

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA

Ibagué, diez (10) de marzo de dos mil veintidós (2022).

RADICACIÓN: 73001-33-33-002-2019-00059-00
Nº INTERNO: 00059/2019
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HILDA LONDOÑO DE LOZANO
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA - FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES
REFERENCIA: APELACIÓN SENTENCIA

Procede la Sala¹, a resolver el recurso de alzada interpuesto por la parte demandada contra la **Sentencia del 5 de agosto del 2020**, proferida por el **Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué**, dentro del proceso promovido por **Hilda Londoño de Lozano** contra el **Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones**, que accedió a las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES.

La demanda.

Mediante apoderado, la señora Hilda Londoño de Lozano, y en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento de derecho, consagrado en el artículo 138 del C. de P. A. y de lo C. A., pretende se declare la nulidad de i. La **Resolución No. 2439 del 22 de agosto del 2018**, “*Por medio de la cual se resuelve Derecho de Petición de reliquidación pensional*” expedida por la secretaria administrativa y Fondo Territorial de Pensiones del Departamento del Tolima. (Fls. 38 a 40 documento 003_ EXPEDIENTE JUZGADO, expediente digital), ii. La **Resolución No. 0239 del 31 de octubre del 2018**, “*Por medio de la cual se resuelve recurso de apelación contra la resolución 2439 del 24 de agosto del 2018, por medio de la cual confirmó la decisión adoptada en la resolución 2439*” expedida por el señor Gobernador del Tolima. (Fls. 47 a 61 documento 003_ EXPEDIENTE JUZGADO, expediente digital).

Como consecuencia de ello, solicita:

Declarar la señora Hilda Londoño de Lozano, tiene derecho a que el Departamento

¹ Atendiendo las pautas establecidas desde el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual se imparten instrucciones en virtud del “**Estado de Emergencia económico, social y ecológico**” decretado en el territorio nacional, y con fundamento en los estragos de la pavorosa plaga clasificada como SARS-CoV-2 por las autoridades sanitarias mundiales de la OMS, causante de lo que se conoce como la enfermedad del Covid-19 o popularmente “*coronavirus*”; y el Acuerdo PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual se tomaron medidas por motivos de salubridad pública, **la presente providencia fue discutida, aprobada y firmada por la Sala a través de correo electrónico y se notifica a las partes por el mismo medio.**

del Tolima – Dirección Fondo Territorial de Pensiones reliquide y pague pensión de jubilación, incluyendo todos los factores salariales que devengó durante el año inmediatamente anterior al retiro definitivo del servicio.

Se condene a título de restablecimiento del derecho al Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones, ordenando:

1. El reconocimiento, reliquidación y pago de la pensión de jubilación a la actora Hilda Londoño de Lozano, tomando para ello a parte del sueldo básico, los gastos de representación y la prima de antigüedad devengados durante el último año de servicios (1992), también la inclusión de las doceavas partes de la prima semestral y/o de servicios, vacacional y de navidad, percibidas durante el mismo periodo, con fundamento en la ley 6 de 1945 y artículo 1045 del decreto 1045 de 1978, los cuales se encuentran vigentes para su aplicación.
2. Se ordene la actualización y cumplimiento de las condenas en los términos de los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
3. Que en el evento de ser favorables las pretensiones de la demanda, se dé cumplimiento de las sentencias C-895 del 2019, C-155 de 2004, C-1040 de 2003, C-791 de 2002 y C-821 de 2001 de la Honorable Corte Constitucional, respecto a los descuentos legales que se tengan que hacer por concepto de aportes para Seguridad Social del retroactivo pensional a reconocer, se efectúe por el mismo tiempo a que se refiere la reclamación, y no por toda su vida laboral.
4. Se condene al pago de costas y agencias en derecho a la accionada.

Fundamentos fácticos.

En forma sucinta, el apoderado de la parte demandante expuso los siguientes hechos (Fls. 10 documento 03, *EXPEDIENTE JUZGADO*, expediente digital):

a) La señora Hilda Londoño de Lozano, nació el 29 de junio de 1940, prestó sus servicios desde el 19 de febrero de 1968 al 31 de diciembre de 1992, de manera continua e interrumpida como docente.

b) La señora Hilda Londoño de Lozano fue pensionada por la Caja de Previsión Social del Tolima, mediante la Resolución 3386 del 28 de diciembre de 1992 (Fls. 25 a 26 documento 03, *EXPEDIENTE JUZGADO*, expediente digital): y su pensión reliquidada por retiro del servicio en los términos de la Resolución No. 676 del 13 de mayo de 1993. (Fls. 27 a 28 documento 03, *EXPEDIENTE JUZGADO*, expediente digital).

Normas violadas y concepto de la violación.

A juicio del apoderado de la parte actora, se trasgredieron los artículos 1, 2, 22, 13, 25, 53, 54, 84, 90 y 209 de la Constitución Nacional. Leyes 33 de 1985, artículo 17 ley 6 de 1945, ley 4 de 1966, ley 6 de 1992, artículo 2 de la ley 5 de 1969. Decretos leyes 3135 de 1968 artículo 27, 1048 de 1969, 1045 de 1978 artículo 45, 1042 de 1978 artículo 42, 2108 de 1992 y demás normas concordantes que se relacionen con el tema.

En lo referente al **concepto de la violación**, menciona que al no acceder a la revisión y/o reliquidación de la pensión de la señora Hilda Londoño de Lozano con base en que en el artículo 22 de la Constitución Política señala como fines esenciales del Estado, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la constitución, en su artículo 25 se determina como derecho fundamental el del trabajo, gozando en

todas sus modalidades de la especial protección del Estado, por lo tanto, toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, el artículo 209 menciona que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla como fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. En conclusión, las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

Con lo referente a la reliquidación de la ley 71 de 1988, esta normativa en su artículo 9 menciona que las personas pensionadas con la pensión del sector público en todos los niveles que no se hayan retirado del servicio, tienen derecho a la reliquidación de la pensión, tomas como IBL el último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social, en el Decreto 1160 de 1989 por medio de la cual reglamento parcialmente la ley 71 de 1988, señala en su artículo 10 que los empleados oficiales a quienes se les hubiere reconocido la reliquidación de la pensión de jubilación y no se hayan retirado del servicio se les reliquidará dicha prestación tomando como base del promedio de los salarios devengados en el último años de servicios. Frente a lo establecido en la ley 33 de 1985 en su artículo 1, indica que el empleado oficial que haya cumplido 20 años continuos o discontinuos de servicio y llegue a los 55 años, tendrá derecho a que la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75 % del salario promedio que sirvió de base para los aportes del último año de servicio.

En este orden de ideas, a la señora Hilda Lozano de Londoño debe hacerse con fundamento en la ley 33 de 1985 por hallarse en el régimen de transición, por lo tanto, como establece la ley 33 debe ser tomado el salario que sirvió de base para los aportes del último año de servicios y teniendo en cuenta la ley 71 de 1988 contiene una norma específica que señala que a la hora de la reliquidación pensional debe tomar como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales hayan aportado al ente de previsión social, norma que es reglamentada por el decreto 1160 de 1989, entonces, la administración está desconociendo la existencia de dicha normatividad, vulnerando el derecho que tiene la señora Hilda a que se le reliquide la pensión de jubilación de acuerdo a las normas citadas, teniendo en cuenta que sobre el sueldo básico, los gastos de representación y la prima de antigüedad percibidos por la actora durante su último año de servicios que fue en 1992, con la inclusión de las doceavas partes de las primas semestral y /o de servicios, vacaciones y de navidad respectivamente, percibidas para ese mismo años, tal y como se menciona en el certificado anexado y que por lo cual la actora devengó aquellos emolumentos.

En conclusión, por lo que mi poderdante está bajo el régimen de transición de la ley 33 de 1985 y bajo el principio de favorabilidad, este hace extensiva a lo determinado en la ley 6 de 1945 artículo 45, por lo tanto, no se puede alegar de la no realización de los aportes con relación a las primas referidas ya que esta situación se le escapa a mi beneficiaria ya que el derecho hoy adquirido, toda vez, que sobre aquellos descuentos no se efectuaron para aquella época, situación que parece ilógico que por esta especial circunstancia se desconozca como factor salarial las citadas primas reclamadas en la reliquidación de la pensión de jubilación cuando las mismas se encuentran determinadas en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 en su artículo 45 y en la ley 6 de 1945.

La Oposición - Contestación de la demanda.

Corrido el traslado de la demanda, de conformidad con lo ordenado mediante auto interlocutorio del 28 de febrero del 2019 (Fls. 66 a 67 documento 003 *EXPEDIENTE JUZGADO*, expediente digital), el cual era de 30 días, tal y como lo dispone el artículo 172 del C. de P. A y de lo C. A., la entidad demandada presentó los siguientes argumentos:

El Departamento del Tolima.

Mediante apoderada (Fls. 129 a 135 documento 003_ *EXPEDIENTE JUZGADO*, expediente digital), se opuso a las pretensiones contenidas en la demanda, con base a las pruebas obrantes dentro del expediente y a la normatividad aplicable al caso, no existe discusión alguna con respecto al régimen pensional aplicable ya que solo basta con saber la edad y el tiempo de servicio para tener claro que su situación particular se encuentra regida por el régimen de transición de la ley 100 de 1993, ya teniendo en cuenta el régimen aplicable, es necesario la vinculación de la ley 33 de 1985 y ley 62 de 1985 que modifico la ley 100, señalan que las pensiones deberán liquidar sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. Esto quiere decir que, si bien reconoce que el solicitante se encuentra en el régimen de transición de la ley 100, los factores salariales que se deben liquidar la pensión se aplica la ley 33 de 1985, modificada parcialmente por la ley 62 de 1985 de tal manera que dichos factores salariales son taxativos.

De acuerdo a la sentencia del Honorable Consejo de Estado en la sentencia del 28 de agosto del 2018, señala que en el artículo 36 de la ley 100 del 93 tiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen de transición puedan adquirir su pensión de jubilación con la edad, tiempo de servicios y la tasa de remplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3 y en el artículo 21 de la ley 100 de 1993. Por lo tanto, resulta de gran beneficio porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el sistema general de pensiones, indudablemente, le son más favorables.

De conformidad con el acto legislativo 01 del 2005 y el cual adiciona el artículo 48 constitucional, señalan que, de acuerdo al régimen general de pensiones, previsto en la ley 33 de 1985, los factores salariales a tener en cuenta solo son sobre los que se haya realizado el aporta o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

Excepciona frente a lo pretendido, alegando

i. Reconocimiento oficioso de excepciones, declarar desde ya cualquier excepción que resulta configurada a lo largo del desarrollo procesal.

La sentencia apelada.

El **Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en sentencia proferida del 05 de agosto de 2020**, (Fls. 183 a 195 documento 003_ *EXPEDIENTE JUZGADO*, expediente digital), concedió las pretensiones de la demanda señalando que al momento en que entró a regir la ley 33 de 1985, el 13 de febrero de 1985, la accionante ya contaba con más de 15 años de servicio, debido a que entró a laborar desde el 19 de febrero de 1968, lo que el régimen de pensión aplicable es el de

transición previsto en la ley 33 de 1985, por lo que el derecho adquirido a la señora Hilda no se debe desconocer y las normas que gobiernan su pensión. La normatividad aplicable es la consagrada en la ley 6 de 1945, por tratarse de una empleada de orden territorial, que establecía como requisitos para la liquidación de la mesada pensional tener 50 años de edad, los cuales cumplió la parte actora el 29 de mayo de 1990, como en la norma señalada no reguló el tema de los factores salariales a tener en cuenta para el reconocimiento de las pensiones, se debe remitir al artículo 4 de la ley 4 de 1966 y el artículo 45 del decreto 1045 de 1978, que señaló con claridad los factores salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación, como la prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios o semestral, todas las solicitadas en la demanda. Como la pensión consagrada en la ley 6 de 1945 se reconoce sobre los factores salariales del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y por lo tanto la pensión de la parte actora debe ser liquidada con el 75% del salario promedio de los factores ya señalados y que devengó durante el año anterior al retiro del servicio, esto quiere decir que además del sueldo y los factores ya tenidos en cuenta, las doceavas partes de la prima de navidad, vacaciones y de servicios o semestral.

En virtud de lo anterior, teniendo en cuenta el pronunciamiento del Consejo de Estado en fallo de tutela del 16 de diciembre de 2019, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de abril de 2007, sentencia del 28 de agosto de 2018 Sala Plena del Consejo de Estado, donde todos concluyen que en caso de estar en régimen de transición de la ley 33 de 1985, el asunto debe regirse por la ley 6 de 1945 y no por las reglas definidas en la señalada ley, por lo que la entidad debió reliquidar la pensión bajo la ley 6 de 1945 y frente a la prescripción a la accionante se le reliquidó su pensión de jubilación por retiro definitivo mediante la resolución No. 676 del 13 de mayo de 1993, presentó la reclamación el 16 de julio de 2018, razón por la cual operó la prescripción para las mesadas anteriores al 16 de julio de 2015.

La apelación.

El apoderado del Departamento del Tolima- Fondo Territorial de Pensiones (Fls. 197 a 200 documento 003_ *EXPEDIENTE JUZGADO*, expediente digital), señala que, mediante la sentencia del **05 de agosto de 2020**, donde concedió las pretensiones de la demanda a que se reliquide su pensión de jubilación en un porcentaje equivalente al 75 % de lo devengado en el último año de servicios, incluyendo todos los factores salariales.

Adujo que el régimen aplicable al caso concreto es el correspondiente al de la ley 33 de 1985, modificado por la ley 62 de 1985, con base al régimen de transición de la ley 100 de 1993, lo que significa que los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión, son taxativos; en ese sentido, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación del 28 de agosto del 2018, señaló que los factores salariales a tener en cuenta para el IBL de la pensión de jubilación de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición y que tengan los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previstos en la ley 33 del 85, son únicamente los que se hubieran realizado aportes cotizaciones al sistema de pensiones, esto también lo rectificó la sección segunda del Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 4 de agosto del 2010.

Concluyó que la señora Hilda Londoño de Lozano, adquiere su estatus pensional el

29 de junio de 1990 en vigencia de la ley 33 de 1985 y que empezó la prestación del servicio el 19 de febrero de 1968, por lo que al momento de entrar en vigencia la ley 33 de 1985, ya habían cumplido 15 años de servicio, le es aplicable la normatividad anterior con respecto a la edad, pero no lo relativo al ingreso a base de liquidación está sujeto a la nueva normatividad, esto quiere decir, que los factores a tener en cuenta son solo los que hayan realizado aportes y conforme al artículo 1 de la ley 62 de 1985, por lo que ni la prima de navidad, vacaciones y semestral se encuentran en dicha normatividad.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto interlocutorio del 18 de junio del 2021 (documento 007_730013333001201900059001 NYR de Hilda Londoño de Lozano vs Depto. Del Tolima admite apelación, expediente digital), se admitió el recurso de apelación conforme el artículo 243 de la ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 62 de la ley 2080 de 2021, y por lo tanto se ordenó que, una vez ejecutoriada la providencia, ingresara el proceso para proferir sentencia.

Alegatos de conclusión de las partes y del agente del ministerio público.

Parte demandante.

Teniendo en cuenta que la parte actora cumple a cabalidad las condiciones señaladas en la ley 33 de 1985 para ser beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 1 del parágrafo 2 de dicha norma, para cuando entró en vigencia la señora Hilda Londoño de Lozano contaba con más de 15 años de servicio, lo que la hace acreedora del régimen de pensión previsto en esta legislación y demás anteriores bajo el principio de favorabilidad establecido en el artículo 53 de la Constitución Política.

Señaló que el Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 31 de enero de 2019, Radicado 41001-23-31-000-2012-00101-01, Consejero Ponente Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, estableció que con la entrada en vigencia de la ley 33 de 1985 quedó derogado el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 y por ende, la transición opera en virtud de la ley 6 de 1945 y así mismo lo señaló la sentencia del 19 de abril del 2007, por lo que el régimen de transición pensional de la ley 33 de 1985 remite a las normas contenidas en la ley 6 de 1945 y la inclusión de los factores que constituyen salario, en lo previsto en el artículo 45 decreto 1045 de 1978. (Fls. 1 a 5 documento 015_ PARTE DEMANDANTE ALEGA DE CONCLUSIÓN, expediente digital).

De la parte demandada.

La parte demandada no presentó alegatos.

Del Ministerio Público.

La Agente del Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

Así las cosas, no encontrándose nulidad que invalide lo actuado pasa la Sala a pronunciarse de fondo en esta instancia.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La competencia.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 153 y 243 del C. de P. A y de lo C. A., es competente el Tribunal Administrativo del Tolima para resolver el recurso de alzada interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia de primera instancia, proferida por un Juez del Circuito Administrativo de Ibagué.

Considera la Sala que el medio de control de Nulidad y restablecimiento del derecho instaurado (artículo 138, C. de P.A. y de lo C.A.) es el procedente, toda vez que por esta vía se pretende el resarcimiento patrimonial del presunto daño irrogado a la parte actora derivado de un acto administrativo supuestamente dictado en contravía de la legalidad, el cual se le imputa a la entidad demandada.

Problema jurídico.

En virtud de lo expuesto, la sala entrará a analizar si el fallo de primera instancia se ciñe a derecho, y en consecuencia la demandante Hilda Londoño de Lozano tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación de conformidad con lo establecido en la ley 6 de 1945 y el artículo 45 del decreto 1045 de 1978, con la inclusión de todos los factores devengados durante el año anterior al retiro definitivo del servicio y que no fueron tenidos en cuenta, como la prima de navidad, vacaciones y semestral y/o servicios.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala pone de presente las siguientes precisiones:

En la apelación no se advierte contradicción con los hechos que dieron lugar al acto pensional; por lo tanto, no es objeto de cuestionamiento, que **i.** Que la señora Hilda Londoño de Lozano nació el 29 de junio de 1940, (fls. 10 documento 003_ EXPEDIENTE JUZGADO, expediente digital); **ii.** Que ingresó a laborar al servicio de docencia oficial en el Departamento del Tolima el 19 de febrero de 1968 (fls. 10 documento 003_ EXPEDIENTE JUZGADO, expediente digital); **iii. La Resolución No. 003386 del 28 de diciembre de 1992** (fls. 25 a 26 documento 003_ EXPEDIENTE JUZGADO, expediente digital) expedida por la Caja de previsión Social (hoy Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones), actuando de acuerdo con la ley 33 de 1985, la ley 62 de 1985 y la ley 4 de 1975, le reconoció a la Hilda Londoño de Lozano la pensión de Jubilación; **iv.** Que la actora se retiró del servicio de forma definitiva el 31 de diciembre de 1992 (fls. 10 documento 003_ EXPEDIENTE JUZGADO, expediente digital); **v. La Resolución No. 000676 del 13 de mayo de 1993** (fls. 27 a 28 documento 003_ EXPEDIENTE JUZGADO, expediente digital) expedida por la secretaria administrativa de la Gobernación del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones, reliquidó la pensión de jubilación en razón al retiro del servicio aplicando el sueldo básico más gastos de representación, prima de antigüedad y haberes devengados en el último año de servicio, de acuerdo a lo establecido en la ley 71 de 1988; **vi.** Que mediante apoderado la parte actora solicitó mediante derecho de petición (fls. 29 a 37 documento 003_ EXPEDIENTE JUZGADO, expediente digital) la reliquidación de la pensión de jubilación para que se le incluyera como ingreso a base de liquidación las doceavas partes de todos los factores salariales como prima navidad, vacaciones y semestral como los gastos de representación y antigüedad devengadas durante el último año de servicio; **vii. La Resolución No. 2439 del 22 de agosto del 2018, “Por medio de la cual se resuelve Derecho de Petición de reliquidación pensional”** expedida por la Secretaría Administrativa y la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones (fls. 38 a 40 documento 003_ EXPEDIENTE JUZGADO, expediente digital); **viii. El día 10 de septiembre del 2018**, mediante apoderado interpuso recurso de apelación “contra la

Resolución No 2439 del 2018” expedida por la Secretaría Administrativa y la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones (fls. 41 a 46 documento 003_EXPEDIENTE JUZGADO, expediente digital); **ix. La Resolución No. 0239 del 31 de octubre del 2018, “Por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación”** expedida por la Secretaría Administrativa y la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones (fls. 47 a 61 documento 003_EXPEDIENTE JUZGADO, expediente digital).

La comparecencia del Departamento del Tolima en los conflictos suscitados con ocasión de las funciones asignadas al Fondo Territorial de Pensiones.

El Fondo Territorial de Pensiones del Tolima fue creado por la Ordenanza Departamental No. 034 de 30 de junio de 1995 y con fundamento en ella, se expidió el Decreto No. 713 del mismo año como una cuenta especial, sin personería jurídica, adscrita al Departamento a través a la Secretaría Administrativa de la Gobernación, es decir, que esa entidad no puede comparecer a juicio, conforme al artículo 159 del C. de P.A. y de lo C.A.

Por su parte el artículo 159 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por su parte, establece:

“TÍTULO V.

DEMANDA Y PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

CAPÍTULO I.

CAPACIDAD, REPRESENTACIÓN Y DERECHO DE POSTULACIÓN.

ARTÍCULO 159. CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN. *Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados.*

La entidad, órgano u organismo estatal estará representada, para efectos judiciales, por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República o Fiscal General de la Nación o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.

(...)

Las entidades y órganos que conforman el sector central de las administraciones del nivel territorial están representadas por el respectivo gobernador o alcalde distrital o municipal. En los procesos originados en la actividad de los órganos de control del nivel territorial, la representación judicial corresponderá al respectivo personero o contralor.”.

Como la personería jurídica² supone la existencia de capacidad suficiente para ejercer derechos, contraer obligaciones y realizar actividades que generan plena responsabilidad jurídica, frente a sí mismos y frente a terceros, es palmario que cuando la normatividad no le otorga dicha personalidad al Fondo, está definiendo, así mismo, que la representación de dicha función pública la deben ejercer otros entes a los cuales estén relacionados; para el caso concreto, el Departamento del

² El artículo 633 del Código Civil, denomina a la persona jurídica “una persona ficticia, capaz de ejercer derechos, contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”, esto es, no son personas jurídicas todos los órganos del Estado, y en el caso de marras, así cumpla funciones estatales el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por ser apenas una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, pero sin personería jurídica; debe comparecer a juicio a través del Ministerio de Educación Nacional que es el Ministerio al cual está adscrita la función encomendada para manejar sus recursos.

Tolima por expresa disposición legal.

Así que en esta clase de asuntos resulta imperioso vincular al Departamento del Tolima, quien maneja la cuenta especial adscrita al Fondo Territorial de Pensiones; pues la pretensión va dirigida contra dicho Fondo y quien tiene su manejo es el Departamento del Tolima.

4.1.1. Jurisprudencia en materia laboral, relativa al derecho a la reliquidación pensional de jubilación reconocida en vigencia de la ley 33 de 1985 modificado por la ley 62 de 1985.

La sala de lo contencioso administrativo, sección segunda del Consejo de Estado del 25 de febrero del 2016, con radicado 25000234200020130154101, consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve, señala:

Antes de la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 era el previsto en la Ley 33 de 1985, la cual en su artículo 1, preceptúa que el empleado oficial tendría derecho al pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio base para los aportes durante el último año de servicio, siempre que prestara o hubiere prestado 20 años continuos o discontinuos de servicios y tuviera 55 años de edad.

*En la mencionada ley en su artículo 3 la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”. **Esto quiere decir que siempre y cuando se tiene en cuenta cualquier factor salarial siempre y cuando se haya efectuado el respectivo aporte al sistema.***

Pero esa misma disposición fue modificada por el artículo 1 de la ley 62 de 1985, que, a su vez, derogo el artículo 45 del decreto 1045 de 1978 y en cuanto a los factores salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación.

*En la misma providencia señalan que en el inciso primero del artículo 1 de la Ley 62 de 1985, la liquidación de la pensión debe estar de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, regla a la que están obligados todos los servidores públicos, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. **En todo caso todos los factores salariales que quieran que se les sea incluido en el IBL deben haber servido de base para calcular los aportes.***

En este mismo sentido, la Sala en sentencia de 21 de junio de 2007, radicado 0950 de 2006, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero, manifestó: “El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 hace referencia a aquellos que al entrar en vigencia la citada ley tuvieran 15 años de servicio, a quienes que se les aplicaría el régimen anterior correspondiente – solamente en cuanto al requisito de edad para adquirir el status pensional pero no con respecto a las normas a tener en cuenta con el ingreso a base de liquidación.

sentencia SL8597 de Radicación n.º 48889 12 julio 7 de 2015, con radicado 48000, señalo:

“En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes” está haciendo clara referencia a aquéllos y no a otros que se pudieran entender por una interpretación extensiva, pues lo cierto es que la lista del artículo 1 de la Ley 62 de 1985 es taxativa y cerrada y no permite la inclusión de elementos diferentes a los contemplados allí.

Lo mismo reitero la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL486-2013 y la SL, 29 may. 2012, rad. 44206, se debe reconocer la pensión de jubilación solo los factores salariales que cotizó al sistema y, por ende, el IBL se debe determinar con base en dichos factores; la expresión de que, no hace cosa distinta que reafirmar la obligatoriedad de tales factores y de los aportes para efectos de establecer el IBL.

Lo anterior concuerda con lo dicho por esta Sala en la sentencia 26659 de 2005:

Señala la Sala que no tiene relevancia el hecho de que en las referidas disposiciones se haga referencia a los factores para la liquidación de aportes a las Caja de Previsión y en este caso el actor no haya aportado a ninguna de ellas, pues de todos modos el inciso 3º del artículo 1º de la Ley 62 de 1985 hacía alusión a que ‘En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes’.

4.2.2. En el caso concreto existe violación directa de la Constitución por no aplicarse el principio de favorabilidad en materia laboral (art. 53 Superior. Reiteración de jurisprudencial del Consejo de Estado y Corte Constitucional como Juez Constitucional)

La naturaleza del principio de favorabilidad, la sentencia T-088 del 2018 de la Honorable Corte Constitucional del 8 de marzo del 2018, Consejero Ponente José Fernando Reyes Cuartas, señalo que en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991 estableció unos principios protectores de los derechos de los trabajadores, los cuales van encaminados a proteger la parte más débil de la relación laboral. De acuerdo a lo anterior, se garantiza la protección de la situación más favorable al trabajador que se aplica en los casos en que existe duda sobre la disposición jurídica aplicable, en tanto se encuentran dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho.

En este orden de ideas, obliga al operador judicial bajo los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social a la aplicación de la disposición jurídica que sea más beneficiosa al trabajador, aplicando de manera íntegra la norma.

En sentencia SU-267 DE 2019, del 12 de junio del 2019, Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos, señala, en los artículos 53 Superior y 21 del Código Sustantivo del Trabajo se establece como principio que, en caso de duda en la aplicación y/o interpretación de las fuentes del derecho, siempre deberá preferirse aquella que resulte más favorable para el trabajador. Lo anterior, se conoce como el principio de favorabilidad o in dubio pro operario, cuyo alcance ha sido desarrollado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional. Esto quiere decir que el juez solamente puede acudir a dicho principio constitucional cuando se halle ante una duda en la aplicación de dos normas vigentes y aplicables al caso.

El principio de favorabilidad se aplica en los casos en que existe duda sobre la disposición jurídica aplicable, en tanto se encuentran dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho. En tales eventos, los cánones protectores

de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social, respetando el principio de inescindibilidad de la norma, esto es, la aplicación de manera íntegra en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece.

Teniendo en cuenta lo anterior, como existe una duda en si se debería aplicar la ley 6 de 1945, el artículo 45 del decreto 1045 de 1978 o la ley 33 de 1985 modificado parcialmente por la ley 62 de 1985, de acuerdo a los hechos la señora Hilda Londoño de Lozano entro a laborar a partir del 19 de febrero de 1968 adquiriendo su estatus pensional el 29 de junio de 1990 en vigencia de la ley 33 de 1985, por lo tanto, al momento en que entro a regir la mencionada ley ya había cumplido con los 15 años de servicio, esto quiere decir que con respecto a la edad se le aplica la normatividad anterior pero con respecto al ingreso a base de liquidación está sujeta a la nueva norma. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado, mediante sentencia del 28 de agosto de 2018, proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de Gladis Del Carmen Guerrero De Montenegro contra La Caja de Previsión Social, radicado 52001233300020120014301, con ponencia del señor consejero César Palomino Cortés, señala *que el ingreso a base de liquidación de la pensión de jubilación de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición y que satisfagan los requisitos de edad, tiempo y tasa de remplazo del régimen general de pensiones previsto en la ley 33 de 1985, son únicamente sobre los cuales haya efectuado los aportes o cotizaciones al sistema de pensiones.*

De acuerdo a lo anterior, la sala plena ratifico la tesis sostenida en la sección segunda del Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 4 de agosto del 2010, indicando *que las inclusiones en el IBL de todos los factores devengados por el servidor público solo serían sobre los cuales se realizaran los respectivos aportes al sistema permitiendo garantizar la debida correspondencia de un sistema de contribución bipartita debe mantener entre lo aportado, lo que el sistema retorna al afiliado y el aseguramiento de la viabilidad financiera del sistema.*

Caso concreto.

Del reconocimiento pensional otorgado a la accionante bajo ley 33 de 1985, 62 de 1985 y 4 de 1975 y procedencia de la reliquidación pensional.

Conforme al caudal probatorio obrante en el expediente, avizora la Sala que mediante acto administrativo contendido en la **Resolución No. 3386 del 28 de diciembre de 1992** (fls. 25 a 26 documento 003_ EXPEDIENTE JUZGADO, expediente digital) expedida por la Caja de previsión Social (hoy Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones), actuando de acuerdo a lo establecido en la ley 33 de 1985, ley 62 de 1985 y ley 4 de 1975, le reconoció a la señora Hilda Londoño de Lozano la pensión de jubilación; y mediante la **Resolución No. 676 del 13 de mayo de 1993** (fls. 27 a 28 documento 003_ EXPEDIENTE JUZGADO, expediente digital) expedida por la secretaria administrativa de la Gobernación del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones, reliquidó la pensión de jubilación en razón al retiro del servicio aplicando el sueldo básico más gastos de representación, prima de antigüedad y haberes devengados en el último año de servicio, siendo menester para la Sala desplegar el análisis que legalmente corresponde al asunto en estudio.

Teniendo en cuenta, que la señora Hilda Londoño de Lozano, empezó a laborar desde el 19 de febrero de 1968 adquiriendo su estatus pensional el 29 de junio de 1990 bajo la vigencia de la ley 33 de 1985 y que al momento en que entro a regir la

mencionada ley, ya había cumplido los 15 años de servicio, de acuerdo a lo anterior, solo aplica la normatividad anterior con respecto a la edad, pero no lo relativo al ingreso a base de liquidación debido a que está sujeta a la nueva normatividad, esto quiere decir, que los factores a tener en cuenta son solo los que hayan realizado aportes y conforme al listado del artículo 1 de la ley 62 de 1985 como de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, no se encuentra ni la prima de navidad, vacaciones y semestral.

No es posible acceder a la solicitud de reliquidación pensional que se fundamentó bajo la ley 33 de 1985, 62 de 1985 y 4 de 1975 atendiendo a los lineamientos y pronunciamientos tutelares del órgano de cierre jurisdiccional, según la cual, entre las disposiciones adoptadas por el Honorable Consejo de Estado, esta Corporación debe acoger a aquella que resulte más favorable para el trabajador.

Del Régimen Normativo y Jurisprudencial sobre la pensión ordinaria de jubilación de docentes aplicable a la accionante.

En razón a que, según lo expuesto, a la prestación recibida por la señora Hilda Londoño de Lozano, que le reconocieron la pensión de jubilación bajo la ley 33 de 1985, ley 62 de 1985 y ley 4 de 1975 mediante la resolución **No. 003386 del 28 de diciembre de 1992**, se le puede atribuir la connotación de ordinaria, esta sala considera que es procedente efectuar el correspondiente estudio de la reliquidación pensional deprecada en el presente medio de control, de conformidad con los preceptos normativos del régimen general aplicable al caso.

La jurisprudencia del alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo señalo que los docentes son empleados oficiales del régimen especial, lo que se incluye el ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de acuerdo al art. 3º del Decreto 2277/79, pero esto no es aplicable al régimen pensional ya que para los docentes no se establecieron requisitos específicos en cuanto a la edad, el tiempo de servicio, la cuantía y demás disposiciones generales³.

Del caudal probatorio que se extrajo dentro del expediente, se encuentra acreditado que la señora Hilda Londoño de Lozano, nació el 29 de junio de 1940⁴, y prestó sus servicios como docente a orden del Departamento del Tolima – sector público desde el 19 de febrero de 1968, por lo tanto el 28 de diciembre de 1992, fecha en que se reconoció su pensión de jubilación, tenía más de 15 años de servicio, por lo que la Caja de Previsión Social del Tolima le reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación, efectiva dato que no fue debatido dentro del proceso, fecha en la cual adquirió el derecho que instituía la ley 33 de 1985, 62 de 1985 y 4 de 1975, que la señora Hilda Londoño de Lozano se retiró de forma definitiva del servicio el 31 de diciembre de 1992, que mediante la resolución No. 000676 del 13 de mayo de 1993 se reliquido la pensión en razón a su retiro sobre los haberes devengados durante el último año de servicio y teniendo en cuenta que la misma es de naturaleza ordinaria, esta Corporación establecerá el régimen pensional vigente para la época en que demostró acreditar los requisitos legales del régimen general (edad y tiempo de servicio), el cual no es otro que el instituido en la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º preceptuó lo siguiente:

³ Consejo de Estado. Sección Segunda. sentencia del 10 de febrero de 2011. radicación No. 73001-23-31-000-2004-01598-01(0450-09). Consejero ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

⁴ Según hechos de la demanda visible a folio 10, documento 003_ expediente juzgado, expediente digital.

Artículo 1º de la Ley 33 de 1985, preceptuó:

"ARTICULO 1º. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario que sirvió de base para los aportes durante el último año de (Negrillas de la Sala).

A su turno, los párrafos 2º y 3º del artículo en cita, con respecto al régimen de transición, expresamente señalan lo siguiente:

"Parágrafo 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55), si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3º. En todo caso, los empleados oficiales que, a la vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley." (Negrillas de la Sala).

Por otra parte, las señora Hilda Londoño de Lozano, contaba con más de quince (15) años de servicio para el momento en que empezó a regir la Ley 33 de 1985, es decir al 13 de febrero de 1985, toda vez que se encuentra acreditado dentro de la foliatura que empezó a laborar a orden del Departamento del Tolima, el 19 de febrero de 1968⁵, es decir, que había acreditado más de 15 años de servicio que exige la norma, por lo tanto, se encuentra inmerso en el régimen de transición del citado canon; lo que motiva que se le deba aplicar el régimen pensional anterior, en lo atinente a la edad, como lo indica el inciso 1º, Parágrafo 2º, artículo 1º de la citada normatividad⁶.

Como puede apreciarse, la Ley 33 de 1985 reprodujo la exigencia temporal contemplada en el artículo 68 del Decreto 1848 de 1969 para ser beneficiario de una pensión de jubilación, esto es, la acreditación de veinte (20) años de servicios y frente a la edad, unificó el requisito de los 55 años que, conforme al Decreto en mención, dicho límite era únicamente exigible para los hombres.

Para el caso en concreto aplica el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, contenido en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019⁷ la cual en el numeral

⁵ Según los hechos de la demanda, obrante a folio 10, documento 003_ expediente juzgado, expediente digital.

⁶ El inciso 1º del parágrafo 2º del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, señala: "Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley..."

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019, del 25 de abril de 2019, Expediente: 680012333000201500569-01, N.º Interno: 0935-2017, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Demandante: Abadía Reynel Toloza, Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -Fomag-, Tema: Ingreso base de liquidación en el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio/Docentes exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social no son

primero de la parte resolutive estableció:

Primero: *Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:*

De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así:

a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

Esta Sala concluye que, se debe acoger la línea jurisprudencial que fijó el Consejo de Estado en la sentencia SUJ014 del 25 de abril de 2019, para lo cual se vislumbra que no es posible ordenar la reliquidación de la mesada pensional de la actora en los términos que esta lo solicitó y que ordenó el juez de primera instancia, pues los factores que pretendía se le incluyeran en la base liquidatoria no se encuentran previstos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 aplicable al derecho pensional.

Efectivamente, la Ley 62 de 1985, establece en su artículo primero:

ARTÍCULO 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes (Resalta la Sala).

Ahora bien, en la resolución **la Resolución No. 003386 del 28 de diciembre de 1992**

sujetos de la transición pensional. Su régimen es el previsto en la Ley 91 de 1989 / Docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003: Régimen de Prima Media del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 ídem y el Acto Legislativo 01 de 2005, Ley 1437 de 2011.

(fls. 25 a 26 documento 003_ EXPEDIENTE JUZGADO, expediente digital) expedida por la Caja de previsión Social (hoy Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones), debido a que el accionante se retiró el 31 de diciembre de 1992, la Secretaría Administrativa de la Gobernación del Tolima- Fondo Territorial de Pensiones, mediante la **Resolución No. 000676 del 13 de mayo de 1993** (fls. 27 a 28 documento 003_ EXPEDIENTE JUZGADO, expediente digital) expedida por la Secretaría Administrativa de la Gobernación del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones reliquido la pensión de la señora Hilda Londoño de Lozano solo reconociendo el sueldo básico, prima de antigüedad y gastos de representación.

Entonces, de la lista de factores sobre los que se deben calcular los aportes para los docentes en los términos de las leyes 33 y 62 de 1985 y la sentencia SUJ-014-CE-S2-19 del 25 de abril de 2019, no sobre el artículo 45 del decreto 1045 de 1978 en el caso particular de la demandante, solo podía incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, la asignación básica.

En este orden de ideas, en la sentencia de unificación referenciada, la señora Hilda Londoño de Lozano no tiene derecho a la reliquidación de pensión de jubilación debido a que se rige bajo la normatividad de la ley 33 y 62 de 1985, a parte del sueldo tiene que comprobarse que los factores salariales que está exigiendo tuvo que haberlos aportado en el sistema pero al no comprobarse que hubiera efectuado las respectivas cotizaciones al sistema y que los factores salariales que se querían incluir los cuales estaban en el artículo 45 de la ley 1045 no son procedentes.

Debe tenerse en cuenta que la sentencia de unificación del Consejo de Estado hizo la siguiente advertencia:

***Segundo:** Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación, constituyen precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de la presente sentencia de unificación son retrospectivos, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Por tales razones, la Sala revocará la sentencia apelada y en su lugar denegará las pretensiones de la demanda.

Costas.

En relación a la condena en costas, la Sala advierte que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone:

***“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

La condena en costas fue consagrada como una forma de sancionar a la parte que resulta vencida en el litigio y consiste en el reconocimiento a favor de la parte contraria de los gastos en que incurrió para impulsar el proceso (expensas) y de los honorarios de abogado (agencias en derecho).

A efectos de determinar si procede la condena en costas, la Sala advierte que en sentencia del 22 de febrero de 2018, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado recoge las posiciones anteriores adoptadas por las Subsecciones A y B de esa Corporación y señala que para determinar las costas se debe adoptar un criterio objetivo valorativo, pues el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) impone al juez la facultad de disponer sobre la condena respecto de éstas, “...lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso.”⁸.

En el caso de autos, no se advirtió el cumplimiento de los presupuestos establecidos en la norma que implique la imposición de costas en esta instancia, por ello no procede esta condena, pues no obra prueba alguna que evidencie la acusación de expensas en contra de las partes quienes, conforme a sus facultades, hicieron uso mesurado de su derecho a la réplica y contradicción.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo del Tolima**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia del 5 de agosto de 2020, proferida por el **Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué**, dentro del proceso promovido por **Hilda Londoño de Lozano** contra el **Departamento del Tolima - Fondo Territorial de Pensiones**, que accedió a las súplicas de la demanda.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: ABSTENERSE de condenar en costas.

CUARTO: En firme la presente decisión devuélvase el expediente al Juzgado de origen, para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE⁹,


ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA
Magistrado


JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO
Magistrado

⁸ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda- Subsección “B”. CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez. 22 de febrero de 2018, Radicación: 25000-23-42-000-2012-00561-02(0372-17), Actor: JORGE ENRIQUE GAMBOA SALAZAR.

⁹ **NOTA ACLARATORIA:** La Providencia se tramitó y suscribió por los canales electrónicos oficiales de los Despachos de los Magistrados que integran la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima y de la misma manera fue firmada y notificada.

2ª Instancia N/R
Radicado: 73001-33-33-002-2019-00059-00
De: Hilda Londoño De Lozano
Contra: Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones



JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado