



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué-Tolima, veintiocho (28) de febrero de dos mil veinte (2020)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: HUGO LEÓN VIVAS SUÁREZ
Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – FONDO TERRITORIAL DEL TOLIMA
Radicación: 73001-33-33-003-2019-00253-00

ASUNTO

Procede este Juzgado a emitir sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, dentro del presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho del señor HUGO LEÓN VIVAS SUÁREZ contra el Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES¹

- 1.1. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 8862 del 21 de septiembre de 2017, por medio de la cual se niega la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios por el señor Hugo León Vivas Suárez.
- 1.2. Que se declare la nulidad del acto ficto negativo, surgido por la no respuesta al recurso de apelación interpuesto el 25 de octubre de 2017.
- 1.3. Que se condene a la entidad demandada a reconocer, reliquidar y pagar la pensión devengada por el actor, incluyendo como factores salariales la prima de navidad, prima de vacaciones, sobresueldo rector y los demás factores percibidos en el último año de servicio.
- 1.4. Que se ordene a la demandada, que reconozca y pague debidamente indexado el retroactivo pensional dejado de pagar, desde la causación del derecho y hasta la fecha de cumplimiento de la sentencia, con base en la fórmula:
$$R = \frac{Rh * \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$
- 1.5. Se condene a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas, se indexen los valores tomados como cómputo del I.B.L, a valor real y presente.
- 1.6. Se condene a la demandada a que reconozca y pague los intereses comerciales y moratorios a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia.
- 1.7. Una vez efectuado lo anterior se liquide nueva mesada pensional y en consecuencia liquide la diferencia entre lo pagado y dejado de pagar

¹ Folios 3-4

tomando como base la primera mesada y en progresión aritmética y geométrica, tomando como base el IPC año a año, en regresión compuesta hasta llegar a concluir el monto total final de la pensión.

- 1.8. Se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en el artículo 192 del CPACA.
- 1.9. Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

2. HECHOS RELEVANTES (Fol. 4-5)

- 2.1. Que el señor Hugo León Vivas Suárez fue pensionado por la Caja de Previsión Social del Tolima mediante Resolución No. 1677 del 14 de octubre de 1987, pensión que luego fue reliquidada por retiro del servicio mediante Resolución No. 698 del 25 de junio de 2003.
- 2.2. Que el señor Hugo León Vivas Suárez nació el 10 de agosto de 1947 y laboró como docente al servicio del Departamento del Tolima desde el 9 de marzo de 1967 hasta el 29 de septiembre de 2002, no obstante, en los actos administrativos de reconocimiento y reliquidación de la pensión, no se tuvieron en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio.
- 2.3. Que mediante petición radicada el 6 de septiembre de 2017, el actor solicitó la reliquidación de la pensión que actualmente devenga, para que fueran incluidos en el cálculo del IBL, todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio, siendo resuelto negativamente mediante Resolución 8862 del 21 de septiembre de 2017.
- 2.4. En contra de la Resolución 8862 del 21 de septiembre de 2017, el accionante interpuso recurso de apelación el 25 de octubre de 2017, el cual no fue resuelto expresamente por la entidad demandada, configurándose el silencio administrativo negativo.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN (Fol. 5-19)

El apoderado de la parte demandante señala que los actos administrativos atacados vulneran los artículos 2, 23, 29, 48, 53, 58, 150, 209 y 289 de la Constitución Política. De rango legal, cita la Ley 33 de 1985, artículo 1º inciso 2º, Ley 62 de 1985, Ley 100 de 1993, Ley 6 de 1945, Ley 24 de 1947, art. 1º parágrafo 2º, Decreto 1045 de 1978, Decreto 3752 de 2003 y Decreto 1919 de 2002

Como concepto de violación expone que la pensión del señor Hugo León Vivas Suárez tuvo sustento normativo en la Ordenanza 057 de 1966, que consagraba un reconocimiento pensional a favor de los maestros del sector oficial, y aun incluso frente aquellos que habiendo laborado en el sector privado por 5 años, igualmente lo hicieron para el magisterio por otros quince años.

Que teniendo en cuenta que la Ordenanza 57 de 1966 fue declarada nula y que la pensión de jubilación de su poderdante fue tomada por el Consejo de Estado como una pensión ordinaria, la misma debe ser liquidada con base en el régimen de transición de la Ley 33 de 1985, esto es, la Ley 6 de 1945 y el Decreto 1045 de 1975, las cuales, resultan aplicable al señor Vivas Suárez, es decir, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio y no como se hizo en el acto de reconocimiento pensional, donde se dejaron por fuera,

Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante : HUGO LEÓN VIVAS SUÁREZ
Demandado : DEPARTAMENTO DEL TOLIMA- FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES
Expediente : 73001-33-33-003-2019-00253-00

la prima de navidad, la prima de vacaciones, el sobresueldo rector y demás emolumentos devengados y que no fueron reconocidos por la entidad.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (Fol. 64-72)

Se opone a las pretensiones de la demanda, aduciendo como argumento central, que la pensión de la demandante fue reconocida con fundamento de la Ordenanza 057 de 1966, resultando improcedente la reliquidación de la prestación económica, toda vez que la misma fue reconocida como una pensión de carácter especial, cuyos requisitos y factores salariales fueron tenidos en cuenta a la fecha del reconocimiento.

5. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 5 de julio de 2019 (Fol. 1) y admitida a través de auto fechado 15 de julio de 2019 (Fol. 40); vencido el término de traslado para contestar, mediante auto del 10 de diciembre de 2019 se fijó fecha para la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (Fol. 75), la cual se llevó a cabo el día 12 de febrero de 2020 (Fol. 81-97), en ella se realizó el saneamiento del proceso, se fijó el litigio, se evacuó el trámite correspondiente a las posibles fórmulas de conciliación, sin que las partes llegaran a un acuerdo y al no haber pruebas pendientes de practicar, se prescindió de la etapa probatoria y se otorgó a las partes la oportunidad para la presentación de sus alegatos de conclusión dentro de la diligencia, derecho del cual hicieron uso ambos extremos procesales, reiterando los argumentos que habían expuesto en la demanda y en la contestación.

Así las cosas, al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, el Despacho procede a decidir la controversia conforme a las siguientes

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente este Despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

2. ANÁLISIS SUSTANCIAL

Con miras a resolver la presente controversia, se determinará: **i) problema jurídico ii) Posición del Consejo de Estado sobre el reconocimiento pensional y reliquidación bajo la ordenanza 057 de 1966 iii) Aplicación del principio de favorabilidad iv) Sentencia de Unificación del IBL en el Régimen Pensional Docente - SUJ-014-CE-S2-2019, v) Interpretación del Régimen de transición de la Ley 33 de 1985 vi) caso concreto.**

i) Problema Jurídico

Consiste en determinar si el demandante, tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación de la cual es beneficiario en virtud de la Ordenanza 057 de 1966, con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año anterior al retiro definitivo del servicio.

ii) **Posición del Consejo de Estado sobre el reconocimiento pensional y reliquidación bajo la ordenanza 057 de 1966:**

Se debe indicar que la Asamblea Departamental del Tolima expidió la Ordenanza 057 de 1966, en cuyo artículo 25 determinó que los maestros tendrían derecho a la pensión de jubilación cuando cumplieran con 20 **años** de servicios en el ramo oficial sin interesar la edad, y aún incluso frente a aquellos que habiendo laborado en el sector privado por cinco (5) años, igualmente lo hicieron para el magisterio por otros quince (15) años más. Concretamente señalaba la norma en comento:

“Art. 25.- Las pensiones de jubilación de maestros serán las decretadas por la Secretaría de Educación Pública, tan pronto como el titular del derecho haya cumplido veinte años de servicios continuos o discontinuos en el ramo oficial, sin consideración a su edad. Los maestros que hubieran servido en el magisterio oficial del Tolima durante quince años, y otros cinco por lo menos en establecimientos privados, impartiendo enseñanza primaria o secundaria en el Departamento, tendrán derecho a la pensión de jubilación” (Subrayó el Juzgado)

Sin embargo, dicha disposición fue retirada del ordenamiento jurídico por el Tribunal Administrativo del Tolima, teniendo en cuenta que las Asambleas Departamentales no tienen competencia para regular esta materia, al tratarse de una atribución del legislador en coordinación con el ejecutivo nacional, decisión que fue confirmada por el Consejo de Estado el 29 de noviembre de 1993², quien aclaró que ello no implicaba desconocer las pensiones que ya se hubieren adquirido, las cuales quedaron convalidadas con el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, que saneó las pensiones que habían sido reconocidas con sustento en regulaciones locales.

Frente a la revisión y reliquidación de estas pensiones, aunque en un principio se sostuvo por el Consejo de Estado que era improcedente por tener su origen en una norma declarada nula³, en sentencia del 18 de febrero de 2010, consideró que a pesar de que la pensión fue reconocida en los términos de la anulada Ordenanza 057 de 1966, para efectos de su reliquidación, está sujeta a las normas que regulan la pensión ordinaria de jubilación de los docentes⁴. Al respecto sostuvo la providencia:

“La actora fue pensionada al cumplir el requisito “tiempo de servicio” que la Ordenanza 057 de 1966 estableció, pero está sola circunstancia no le otorga el carácter de especial al derecho pensional que en todo caso está sujeto a las normas que regulan la pensión ordinaria de jubilación de los docentes, en cuanto a los factores que conforman la base liquidatoria.

Sobre este punto y como la actora fue pensionada bajo la vigencia de la Ley 33 de 1985, ha de precisarse que la normatividad aplicable para determinar la base liquidatoria, es la ley 62 de 1985.

[...]

En un punto a la solicitud de reliquidación de la mesada pensional destaca la Sala que no se comparten los argumentos consignados en la providencia recurrida sobre la imposibilidad de petitionar esta reliquidación y el reajuste del derecho pensional por haberle sido reconocida en virtud de la Ordenanza 057 de 1966 que finalmente fue anulada por la autoridad administrativa, porque, a pesar de que el reconocimiento se dio bajo unos requisitos especiales (los previstos en la referida ordenanza) ello no le resta el carácter de ordinaria a

² Sentencia 5579. M.P. Álvaro Lecompte Luna.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del siete (7) de junio de dos mil siete (2007). CP. Alejandro Ordóñez Maldonado. Rad. 730012331000200003669. Actor: Daniel Molano Rengifo.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010). CP. Gerardo Arenas Monsalve. Rad.73001233100020040250901. Actor: Ana Lindelia Valderrama Parra.

Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante : HUGO LEÓN VIVAS SUÁREZ
Demandado : DEPARTAMENTO DEL TOLIMA- FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES
Expediente : 73001-33-33-003-2019-00253-00

dicha pensión, máxime cuando la petición procura la aplicación de las normas reguladoras de la pensión ordinaria de jubilación[...]” (Negrillas fuera del texto)

Esta posición ya había sido fijada por la Sección Segunda en sentencia del 24 de abril de 1997⁵, en la que se señaló que “*el hecho de que estos docentes del departamento por virtud del artículo 25 de la Ordenanza 57 pudieran acceder a la pensión de jubilación ordinaria en una forma más ventajosa que la fijada a los demás servidores públicos, ... solo significa que se trata de una pensión de jubilación con regulación especial, no de una pensión especial diferente a la de jubilación*”, ya que esa Ordenanza “*no creó una prestación especial sino que lo que hizo fue señalar unos requisitos especiales para el reconocimiento de la pensión de jubilación de los maestros*”; razón por la que no podrán después pretender se les reconozca otra pensión ordinaria de jubilación.

Bajo estos supuestos es que, en la providencia del 18 de febrero de 2010, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, precisó que la reliquidación de esas pensiones se debe efectuar con fundamento en las leyes que regulan la pensión ordinaria de jubilación.

iii) **Aplicación del principio de favorabilidad.**

En este punto es menester indicar que, si bien no hay aún sentencia de unificación sobre el tema, el Honorable Consejo de Estado ha convalidado la tesis planteada en la sentencia del 18 de febrero de 2010, en sendas providencias emitidas en procesos de tutela, donde ha amparado los derechos fundamentales de diferentes docentes a quienes les fue reconocida su pensión con fundamento en la Ordenanza 057 y en el trámite del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, vieron derrotadas sus pretensiones encaminadas a obtener la revisión o la reliquidación de su pensión, bajo el argumento de la improcedencia de la reliquidación por el origen de la pensión; considerando en tales casos el órgano de cierre, que la decisión judicial comportaba la trasgresión de derechos fundamentales y para su amparo, resolvió ordenar al Tribunal Administrativo del Tolima, que dictara nueva sentencia en la que acogiera la tesis más favorable al trabajador en esta materia⁶. Concretamente mencionó en una de sus providencias:

“La Corte Constitucional ha señalado que al existir dos posiciones contrarias pero razonables frente al mismo tema por parte del Consejo de Estado, órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los Tribunales deben hacer uso de los poderes constitucionales y legales para la defensa de los derechos fundamentales, para considerar las circunstancias más favorables existentes sobre la materia sometida a su juicio, de lo contrario incurren en violación directa del artículo 53 de la Constitución Política⁷.”

Frente a las dos interpretaciones contrapuestas, una menos restrictiva que la otra, la Sala considera que la interpretación más adecuada frente al principio constitucional de favorabilidad en materia laboral, será aquella que respete la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho. Como se aprecia, el principio de favorabilidad opera en caso “de duda en la aplicación e interpretación de las

⁵ Expediente 13.005, CP. Dolly Pedraza de Arenas.

⁶ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN CUARTA-Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO-Bogotá, D.C., primero (1) de agosto de dos mil dieciocho (2018)-Radicación número: 11001-03-15-000-2017-00981-01(AC)-sentencia 10 de mayo de 2018. Actor: DALILA TRONCOSO DE TRUJILLO-Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA; consejo de estado- sección cuarta – rad. 11001-03-15-000-2017-00969-01 Actor: Rosa Amelia Arce, demandado: Tribunal Administrativo del Tolima.

fuentes formales del derecho” (art. 53 de la Constitución), por lo tanto, cuando una norma laboral admita dos o más interpretaciones razonables, el intérprete debe elegir aquella que sea más favorable al trabajador. De no hacerlo, incurriría en violación directa de la Constitución.

En efecto, en sentencia T-024 de 2018⁸, en la que se decidió un asunto con similares supuestos fácticos (reliquidación por Ordenanza 057 de 1966), la Corte Constitucional precisó que la tutela contra providencias judiciales por violación directa de la Constitución, procede cuando:

“a) En la solución del caso se deja de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional;

b) Se trata de la violación evidente a un derecho fundamental de aplicación inmediata;

c) Los jueces, con sus fallos, vulneran derechos fundamentales porque no tiene en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución; y

d) Si el juez encuentra, deduce o se le interpela sobre una norma incompatible con la Constitución, y no aplica las disposiciones constitucionales con preferencia a las legales (excepción de inconstitucionalidad).”

Al aplicar las anteriores consideraciones al asunto debatido, se observa que de las dos interpretaciones posibles frente a la reliquidación de las pensiones originadas en la ordenanza 057 de 1966, una efectuada por la sentencia del 7 de junio de 2007 y la otra en el fallo del 18 de febrero de 2010, la más favorable al trabajador es la interpretación amplia asumida por esta Corporación en la providencia del 2010, por lo que, según el artículo 53 de la Constitución, en conjunción con el artículo 4 ibidem, es la que deben seguir todas las autoridades públicas al desarrollar los principios y derechos constitucionales.

Para esta Sala, al confirmar el Tribunal cuestionado la sentencia de primera instancia dentro de proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, que negó las pretensiones de la señora Dalila Troncoso de Trujillo acogiendo la interpretación fijada en la sentencia de 7 de junio de 2007, incurrió en este defecto especial de procedibilidad de tutela contra providencia judicial, al aplicar la interpretación menos favorable de los dos propuestos por esta Corporación frente a la reliquidación de pensiones adquiridas en virtud de la Ordenanza 057 de 1966. (Subrayado fuera del texto)”

Así las cosas, es evidente que al existir dos interpretaciones contrarias pero razonables frente al mismo tema, se debe tomar la postura más favorable al trabajador, de conformidad con el artículo 53 de la Constitución Política, es por ello que el despacho procederá acoger la tesis planteada por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la providencia del 18 de febrero de 2010, para estudiar la reliquidación en el contexto de una pensión ordinaria de jubilación docente.

iv) Sentencia de Unificación del IBL en el Régimen Pensional Docente - SUJ-014-CE-S2-2019.

Como la pensión en el caso bajo estudio debe analizarse como si se tratara de una pensión de jubilación ordinaria de docente, es propicio recordar que el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, profirió la sentencia de

Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante : HUGO LEÓN VIVAS SUÁREZ
Demandado : DEPARTAMENTO DEL TOLIMA- FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES
Expediente : 73001-33-33-003-2019-00253-00

unificación SUJ-014-CE-S2-2019 el 25 de abril de 2019, sobre el tema de los factores salariales que hacen parte del ingreso base de liquidación del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, haciendo el respectivo análisis a partir de dos regímenes: El primero, al que pertenecen los docentes afiliados al FONPREMAG que se vincularon al servicio antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y el segundo, constituido por los docentes afiliados al FONPREMAG que se vincularon al servicio a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Para el estudio que corresponde en este fallo, el Juzgado extractará de la sentencia de Unificación, lo que concierne al primer régimen, es decir, al de los docentes oficiales vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003:

La sentencia de Unificación recordó que el gremio docente se encuentra excluido del Régimen de Seguridad Social General, por disposición expresa del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y por ende, no son beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de dicha ley, ni les aplica su artículo 21 en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional.

Así, indicó que el régimen pensional aplicable a dicho grupo de servidores públicos es el consagrado en la Ley 91 de 1989, disposición normativa que no consagró requisitos ni condiciones especiales para acceder a la pensión de jubilación, por tanto y en aplicación del literal B del numeral 2 del artículo 15 de la citada Ley 91 quedó establecido que tales presupuestos serían los consagrados en el régimen de los servidores públicos consagrado en la Ley 33 de 1985, con ello ratificó la tesis reiterada de la sección Segunda, con respecto a que los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al FONPREMAG y exceptuados del Sistema General de Pensiones, no gozan de un régimen especial de jubilación, sino que están sometidos al régimen de los servidores públicos del orden nacional.

Al concluirse que el régimen aplicable al sector docente es el mismo de los servidores públicos del orden nacional, contenido en la Ley 33 de 1985, adujo que así mismo el ingreso base de liquidación sería el consagrado en el artículo 3º de dicha disposición normativa, la cual fue modificada por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985. Puntualmente fijó la siguiente regla, que será el pilar de esta sentencia:

“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 los factores 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.”

Con la emisión de esta sentencia de unificación, quedó definido que la base de liquidación pensional para los docentes nacionales, nacionalizados y vinculados con la Ley 89 de 1991, corresponde únicamente a los factores salariales respecto de los cuales se efectuaron aportes de conformidad con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 durante el último año de servicios, postura ésta que ya había sido acogida por este Despacho Judicial con anterioridad.

v) Interpretación del Régimen de transición de la Ley 33 de 1985:

Es necesario recordar también, que la Ley 33 de 1985, que rige desde el 13 de febrero de 1985, fecha de su promulgación, consagra un régimen de transición en su artículo 1º parágrafos 2 y 3, que condicionó su aplicación así:

- Los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
- Los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones sobre edad pensional que regían con anterioridad.
- Y los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

Se debe precisar que este Despacho venía sosteniendo la tesis según la cual, a los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 33 de 1985 se les debía aplicar la normatividad anterior, no solo frente a la edad sino también a todos los demás componentes, incluido por su puesto el ingreso base de liquidación, que en consecuencia debía entenderse integrado por todos los factores de salario devengados, porque de no hacerse así, se desconocería el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la Carta Política que establece la *“situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”*⁹

Sin embargo, en recientes sentencias, el superior funcional ha revocado las decisiones de este Despacho, que con fundamento en dicha interpretación venían accediendo a las pretensiones de reliquidación pensional con todos los factores salariales para el caso de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 33 de 1985. Al respecto, el Tribunal Administrativo del Tolima en fallo del 19 de septiembre de 2019, en la radicación 73001-33-33-003-2016-00323-01, con ponencia del Magistrado Ángel Ignacio Álvarez Silva, indicó:

“...considera así mismo que erró el A quo, al manifestar que el régimen pensional de la actora es la Ley 6a de 1945 y el Decreto 1045 de 1978, por haber laborado más de 15 años con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 por cuanto, si bien es cierto la demandante demostró que a 29 de enero de 1985, fecha en la que entró a regir la mencionada Ley, contaba con más de 15 años de servicio, el régimen de transición previsto para tal situación indica que se aplicará la edad prevista para pensión en el anterior régimen, pero en lo demás, se le dará plena aplicación a la Ley 33 de 1985.

(...)

En consecuencia, la decisión de primera instancia debe mirarse, en este momento, a la luz de lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985 y con las previsiones constitucionales del Acto Legislativo 01 de 2005”

Por lo anterior, el Despacho acoge el criterio del superior funcional para advertir que la transición que cobija a quienes al entrar a regir la Ley 33 de 1985 tenían 15 o más

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 7 de octubre de 2010, radicación número: 25000-23-25-000-2002-02392-01(0265-07).

Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante : HUGO LEÓN VIVAS SUÁREZ
Demandado : DEPARTAMENTO DEL TOLIMA- FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES
Expediente : 73001-33-33-003-2019-00253-00

años de servicio, pero no habían consolidado su status pensional, solamente implica la aplicación de las normas de edad que regían con antelación, como el propio artículo 1º Ibidem lo señala. En lo demás, la pensión queda sometida a la Ley 33 de 1985 y la normatividad que con posterioridad se expida.

Para determinar las implicaciones que tiene esta tesis de la aplicación íntegra de la Ley 33 en aspectos tales como el Ingreso Base de Liquidación, es pertinente recordar que en la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado calendada **el 4 de agosto de 2010**, expediente No. 0112-09, Consejero Ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, consideró el órgano de cierre que la Ley 33 de 1985 no indicaba en forma taxativa los factores salariales que conformaban la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta postura perdió vigencia con la sentencia del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, con ponencia del Magistrado César Palomino Cortés, radicado No. 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ), la cual se aclara, tiene en principio como destinatarios a los servidores públicos beneficiarios de la transición del artículo 36 de la Ley 100. En esta sentencia se unificó jurisprudencia sobre el período y los factores base de liquidación pensional de los beneficiarios de la transición de la Ley 100, empero, también se ocupó el Consejo de Estado de señalar que la interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual, en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, **solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.**

Igualmente, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo refiere que de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización**. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

En ese orden de ideas, el órgano de cierre concluye:

“A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que

conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respetu la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema". (Negrillas del despacho).

Con lo dicho, el Despacho destaca de la jurisprudencia vigente que:

- Para los efectos del reconocimiento pensional establecido en el régimen general de la Ley 33 de 1985, solamente pueden ser tomados como factores de liquidación, aquellos sobres los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.
- Quienes al momento de entrar a regir la Ley 33 de 1985 (febrero 13 de 1985), ya habían cumplido 15 años de servicio, se les aplicarán las disposiciones sobre edad pensional que regían con anterioridad, pero aspectos tales como el ingreso base de liquidación, queda sometido a la nueva norma.
- Solamente a quienes al momento de entrar a regir la Ley 33 de 1985 (febrero 13 de 1985), ya habían cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación y/o pertenezcan a un régimen especial o excepcional, dicha prestación continuará regíndose por las normas anteriores.

vi) **Caso concreto**

Como hechos probados relevantes para resolver el litigio encontramos los que a continuación se relacionan:

<ul style="list-style-type: none"> • El señor Hugo León Vivas Suárez laboró al servicio de la educación pública oficial desde el 9 de marzo de 1967 y hasta el 29 de septiembre de 2002, según consta en la Resolución No. 698 del 25 de julio de 2003. 	Fls. 25-26
<ul style="list-style-type: none"> • Tomando en cuenta que el demandante acreditó la prestación de servicios como docente oficial durante más de 20 años, acudiendo a la Ordenanza 057 de 1966, la extinta Caja de Previsión Social del Tolima, mediante Resolución No. 1677 de 1987, reconoció a favor del señor Hugo León Vivas Suárez, una pensión mensual de jubilación vitalicia, en cuantía de \$69.593.56 con efectos a partir del 21 de marzo de 1987. <p>Dicha pensión se reconoció en cuantía equivalente al 75% de lo devengado entre el 21 de marzo de 1986 al 20 de</p>	Fls.24

Medio de Control : **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
 Demandante : HUGO LEÓN VIVAS SUÁREZ
 Demandado : DEPARTAMENTO DEL TOLIMA- FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES
 Expediente : 73001-33-33-003-2019-00253-00

marzo de 1987, tomando en cuenta el sueldo básico, horas cátedra y primas de navidad.	
<ul style="list-style-type: none"> La pensión fue reliquidada por retiro definitivo del servicio, a través de la Resolución No.698 del 25 de junio de 2003, teniendo en cuenta el 75% del promedio mensual de lo devengado por concepto de sueldo o asignación básica y el sobre sueldo de rector, en el año anterior al retiro (comprendido entre el 30 de septiembre de 2001 al 29 de septiembre de 2002), efectiva a partir del 30 de septiembre de 2002. 	Fls. 25-26
<ul style="list-style-type: none"> El 6 de septiembre de 2017, el apoderado del demandante solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación, equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el año anterior al retiro del servicio, con inclusión del sueldo y todos los factores salariales percibidos. 	Fls. 27-28
<ul style="list-style-type: none"> Mediante Resolución 8862 del 21 de septiembre de 2017, la Directora del Fondo Territorial de Pensiones del Departamento del Tolima dio respuesta negativa a la petición presentada por la accionante. 	Fls. 29-30
<ul style="list-style-type: none"> La parte actora interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, sin que la entidad al momento de la presentación de la demanda hubiese dirimido de fondo el recurso de alzada. 	Fls. 31-33
<ul style="list-style-type: none"> De conformidad con el certificado de salarios allegado al proceso; el accionante percibió en el último año de servicio anterior al retiro definitivo, además del sueldo y el sobresueldo rector que la entidad tuvo en cuenta como factor de reliquidación pensional, prima de navidad y prima de vacaciones. 	Fl. 36

Como se había dicho, para hacerse acreedor de la pensión de jubilación con base en la Ordenanza 057 de 1966, el demandante debía acreditar únicamente 20 años de servicio, indistintamente de la edad que tuviera para ese momento. Es por ello que en la Resolución No. 1677 del 14 de octubre de 1987, le reconoció la pensión mensual de jubilación vitalicia, con efectos a partir del **21 de marzo de 1987**, esto es, cuando cumplió 20 años de servicio.

Se sabe también, que una vez anulada la Ordenanza 057 de 1966, pensiones como la reconocida al actor, toman la connotación de una pensión de jubilación ordinaria docente y por ende, a pesar del respeto del derecho adquirido que se tiene, deben ser estudiadas para efectos de reliquidación, con base en la normatividad general que rige a esta clase de servidores.

Bajo esta premisa, se advierte que para el momento en que entró a regir la Ley 33 de 1985 (13 de febrero de 1985), el demandante no había consolidado su status pensional, ni siquiera con la normatividad hoy anulada (Ordenanza 057 de 1966), siendo inviable jurídicamente acudir a normas anteriores y que perdieron vigencia para resolver sobre su derecho a la reliquidación pensional por retiro definitivo del servicio.

Ahora bien, es claro que cuando entró a regir la Ley 33 de 1985, el demandante ya contaba con 17 años y 11 meses de servicio, pues ingresó a laborar el 9 de marzo de 1967, lo que lo hace beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 33 de 1985, pero únicamente en cuanto al requisito de la edad, que para el caso de las pensiones reconocidas bajo la Ordenanza 057 de 1966 no existe. Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia vigente y ya reseñada, el tiempo de servicio, tasa de reemplazo y el ingreso base de liquidación se rigen en un todo por la Ley 33 de 1985 y los factores salariales son únicamente los enlistados en la Ley 62 de 1985 así:

- **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.*

Del certificado de salarios del último año de servicio (Fol. 36), aparece que además de la asignación básica y el sobresueldo rector que le tuvo en cuenta la entidad en la Resolución 698 del 25 de junio de 2003¹⁰ que le reliquidó la pensión al actor por retiro del servicio, el demandante devengó una prima de navidad y de vacaciones, que no están enlistadas en la norma, ni tampoco se acreditó que sobre las mismas se hubieran realizado aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Por lo anterior, se impone denegar las pretensiones de la demanda, al no desvirtuarse la presunción de legalidad de los actos acusados, pues la negativa a incluir otros factores para la reliquidación pensional de la actora, tuvo fiel apego al régimen pensional que le es aplicable, esto es, al de las Leyes 33 y 62 de 1985.

3. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

Sin embargo, considera el Juzgado que a pesar de haber resultado imprósperas las pretensiones de la demanda, es claro que el accionante inició este medio de control, con fundamento en los antecedentes jurisprudenciales proferidos por el H. Consejo de Estado del año 2010 y que en su momento daban lugar a la prosperidad de las pretensiones en tratándose del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, pues fue solo con la sentencia SUJ-014-CE-S2-2019 que se definió por parte del Consejo de Estado el tema del IBL en las pensiones ordinarias de los docentes, situación especial, que sumada a que la parte vencida en este caso, es la más vulnerable de la relación laboral, determinan que esta instancia judicial se abstenga de condenar en costas.

¹⁰ Ver a folio 25-26

Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante : HUGO LEÓN VIVAS SUÁREZ
Demandado : DEPARTAMENTO DEL TOLIMA- FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES
Expediente : 73001-33-33-003-2019-00253-00

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda formulada por el señor HUGO LEÓN VIVAS SUÁREZ contra el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas.

TERCERO: De no ser apelada esta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previo las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL
Jueza

