



**JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ – DISTRITO JUDICIAL DEL TOLIMA**

Ibagué, cinco (05) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

**Clase de Proceso:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho

**Demandantes:** FABIOLA PEÑALOZA BENAVIDEZ

**Demandado:** DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

**Radicación:** No. 73001-33-33-007-2019-00106-00

**Asunto:** Reliquidación pensión de jubilación

Como toda la actuación de la referencia se ha rituado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual, la **Juez Séptima Administrativa de Oralidad del Circuito de Ibagué / Distrito Judicial del Tolima**, en ejercicio legal de la Función Pública de Administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente...

## **S E N T E N C I A**

### **I.- COMPETENCIA**

Tal y como se expuso en el auto admisorio de la demanda, este Despacho es competente para conocer y decidir el presente asunto, conforme a lo dispuesto en el numeral 6° de los artículos 155 y 156 de la Ley 1437 de 2011.

### **II.- ANTECEDENTES**

#### **DE LA DEMANDA:**

A través de apoderado judicial, la señora **FABIOLA PEÑALOZA BENAVIDEZ** ha promovido demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en contra del **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**, con el fin de obtener el reconocimiento de las siguientes

#### **2.1. PRETENSIONES:**

- 2.1.1. Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 0026 del 6 de enero de 2013, expedida por la Secretaría Administrativa y la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones de la Gobernación del Tolima, donde se niega el ajuste, la revisión y/o reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, en cuanto a la inclusión de los factores salariales en el ingreso base de liquidación pensional devengados en el último año de servicio docente, como fueron las doceavas partes de las primas de vacaciones y navidad, al igual que se declare la nulidad de la Resolución No. 0083 del 15 de marzo de 2013, expedida por el Gobernador del

**Nulidad y Restablecimiento.** SENTENCIA  
**Radicaciones:** 73001-33-33-007-2019-00106-00  
**Demandante:** FABIOLA PEÑALOZA BENAVIDEZ  
**Demandados:** DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

Tolima en donde se resolvió el recurso de apelación en contra de la Resolución No. 0026 del 9 de enero de 2013.

**2.1.2.** Como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene y condene a la entidad demandada a:

2.1.2.1. Efectuar la revisión y la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, por retiro definitivo del servicio oficial, incluyendo en el ingreso base de liquidación pensional, no solamente la asignación básica sino también las doceavas partes de las primas de vacaciones y de navidad, y todos los demás factores salariales que no se tuvieron en cuenta para la cuantificación de la reliquidación de su mesada pensional y por ende, reajustar e incrementar las mesadas de su pensión de jubilación producto de la inclusión de los factores salariales en cita, junto con el retroactivo pertinente y con los acrecimientos que se causen durante el proceso y hasta que se haga efectiva la sentencia que así lo ordene.

2.1.2.2. Cancelar las diferencias que existen entre el valor que el ente demandado reconoció a la demandante por concepto de pensión de jubilación y la suma que verdaderamente le correspondía incluida la indexación y los ajustes e intereses que confiere la ley, liquidados mes por mes, más los acrecimientos que se causen durante el proceso y hasta cuando se haga efectiva la sentencia.

2.1.2.3. Pagar a la demandante sobre las diferencias adeudadas las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor de dichas sumas conforme al IPC o al por mayor tal como lo autoriza el C.P.A. y de lo C.A.

2.1.2.4. Ordenar se descuente del retroactivo el valor de los aportes para pensión sobre los factores salariales reconocidos en la sentencia únicamente a partir de los 3 años atrás de la fecha del agotamiento de la vía gubernativa y/o presentación de la demanda hasta cuando se efectuó el pago definitivo a favor de la actora.

**2.1.3.** Dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

**2.1.4.** Pagar los intereses moratorios que consagra el artículo 195 de la ley 1437 de 2011 y conforme a la sentencia C 188 de 1999, si no se da cumplimiento al fallo dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria del mismo.

**2.1.5.** Condenar en costas a la entidad demandada.

**2.2.** Como **HECHOS** que fundamentan sus pretensiones, expuso los que a continuación se sintetizan:

**2.2.1.** La señora FABIOLA PEÑALOZA BENAVIDEZ fue pensionada por la Caja de Previsión Social del Tolima mediante Resolución No. 0419 de 1987. En el último año de servicios del 1 de enero al 31 de diciembre de 2000, devengó el sueldo, prima de vacaciones y prima de navidad. (Hechos 1 y 2)

**2.2.2.** Mediante Resolución No. 410 del 6 de junio de 2001, la Secretaría Administrativa de la Gobernación del Tolima reliquidó la pensión de jubilación por retiro definitivo del servicio docente sin tener en cuenta en el ingreso base de liquidación, los factores salariales percibidos y devengados en el último año de servicios. (Hecho 3)

**2.2.3.** Con derecho de petición del 14 de septiembre de 2012, se solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación para que se incluyera en el IBL la totalidad de los factores salariales devengados y percibidos durante el último año anterior al retiro definitivo del servicio; solicitud que fue resuelta negativamente mediante Resolución No. 0026 del 9 de enero de 2013. (Hechos 4 y 5)

- 2.2.4.** A través de la resolución No. 0083 del 15 de marzo de 2013, el Gobernador del Departamento del Tolima confirmó la resolución 0026 de 2013. (Hecho 6)
- 2.2.5.** Mediante Decreto 532 de 1995 se liquidó la Caja de Previsión Social del Tolima, estableciendo la sustitución y pago de las pensiones a través del Fondo Territorial de Pensiones del Departamento del Tolima, creado mediante ordenanza No. 034 de 1995. (Hecho 7)
- 2.2.6.** El requisito de conciliación prejudicial no es obligatorio para esta clase de procesos; la demandante ya había presentado demanda contenciosa administrativa por esta misma causa, la cual fue negada mediante sentencia calendarada 10 de marzo de; sin embargo, teniendo en cuenta que para esta clase de procesos no opera la prescripción del derecho, ni la caducidad de la acción y debido a que han salido nuevas posiciones jurisprudenciales concediendo la reliquidación de la pensión por factores salariales, solicita nuevamente el reconocimiento del derecho. (hecho 8 y 9)
- 2.2.7.** El 13 de febrero de 1985, cuando entra a regir la ley 33 de 1985, la demandante tenía más de 15 años de servicio, estaba próxima a ser pensionada, y tiene su régimen de pensión como el artículo 3 del decreto 1848 de 1969. (hechos 10 y 11)

**2.3.** Como **FUNDAMENTOS DE DERECHO** plasmó los siguientes:

- Constitución Política, artículos 1, 2, 6, 12, 25, 48, 53, 58 y 209.
- Ley 171 de 1961
- Ley 4 de 1966.
- Decreto 1743 de 1966.
- Decreto 1848 de 1969 artículo 73.
- Decreto 1045 de 1978.

**2.4.** Como **CONCEPTO DE VIOLACIÓN**, expuso:

El apoderado de la parte activa señala que el Departamento del Tolima desconoció la normativa legal al no liquidar correctamente su pensión, pues debió incluir los factores salariales consagrados en la ley. A la demandante no la gobierna la ley 100 de 1993, ni la ley 33 de 1985 sino el régimen de transición de esta última, en cuanto a la edad, el monto y el ingreso base de liquidación pensional, esto por el principio de inescindibilidad.

### **III.- TRÁMITE PROCESAL**

La demanda fue presentada el 21 de febrero de 2019<sup>1</sup>, se admitió a través de providencia del 12 de abril de 2019<sup>2</sup>; surtida la notificación a la entidad demandada, se advierte que esta contestó demanda y propuso excepciones dentro del término.

#### **3.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

##### **3.1.1 DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – (Folios 131 a 140 del archivo denominado “001CuadernoPrincipal” de la carpeta del mismo nombre del expediente digital)**

La apoderada de la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, por cuanto los actos emitidos no vulneraron los mandatos normativos invocados por el apoderado de la parte demandante, en razón a que se pretende el reconocimiento de derechos que no estaban consagrados al momento de reconocimiento pensional. La Asamblea Departamental del Tolima expidió la Ordenanza 057 de 1966, y mientras estuvo vigente se reconoció la pensión departamental, pero los

<sup>1</sup> Folio 2 del archivo denominado “001CuadernoPrincipal” de la carpeta del mismo nombre del expediente digital.

<sup>2</sup> Folios 84 a 87 del archivo denominado “001CuadernoPrincipal” de la carpeta del mismo nombre del expediente digital.

efectos de la ordenanza fueron modulados con efectos exnunciativos y fue declarada nula en providencia de 1992, por lo que la Asamblea no estaba facultada para crear una pensión especial y las pensiones reconocidas con sustento en la ordenanza pierden el carácter de especial y pasan a ser ordinarias.

La liquidación realizada a la pensión de la demandante se ajusta a derecho, toda vez que tuvo en cuenta los factores salariales establecidos por la ley durante el último año de servicios, de los cuales aportó a previsión social, negando así la pretensión encaminada a la reliquidación de la pensión con inclusión de factores con fundamento en la ordenanza 57.

Y propuso como excepciones:

### **Imposibilidad legal del Departamento para acceder a lo pretendido por inaplicación de las normas**

La Ordenanza fue declarada nula, por lo que no puede pretenderse el reconocimiento, pago y la inclusión de factores salariales a los que no tiene derecho, existe imposibilidad legal por no resultar aplicables al caso las normas invocadas en la demanda, máxime cuando los factores salariales tenidos en cuenta el momento del reconocimiento pensional. Fueron los que imperaban de acuerdo a la situación en que se ajustaba el demandante.

### **Legalidad y firmeza del acto administrativo**

El acto administrativo de reconocimiento de la pensión goza de firmeza y presunción de legalidad.

### **Prescripción**

En el hipotético caso de que se acceda a las pretensiones, se declare la prescripción de los valores reclamados con tres años de anterioridad a la fecha de radicación de la demanda.

### **Inexistencia del derecho pretendido**

Es evidente que el actor solicita la reliquidación de la pensión a todas luces de forma infundada, sin vocación alguna de procedencia, no existe derecho sobre el cual proveer, pues si se otorgó con fundamento en la ordenanza 057 de 1966 se hace imposible su aplicación al ser declarada nula.

### **Reconocimiento oficioso de excepciones**

En el evento de encontrar hechos que constituyan excepción se sirva decretarlos de forma oficiosa.

## **3.2. AUDIENCIAS**

### **3.2.1. INICIAL**

La audiencia inicial<sup>3</sup> se llevó a cabo el 13 de febrero de 2020 y, conforme a lo rituado en el artículo 180 del C.P.A. y de lo C.A., se procedió al saneamiento del proceso, se decidió sobre las excepciones previas, a continuación, se fijó el litigio y se tuvo por fracasada la conciliación por cuanto las demandadas no presentaron fórmulas de arreglo. Así mismo, se incorporaron las pruebas aportadas por cada una de las partes, y como prueba de oficio se solicitó una certificación en donde consten los factores salariales devengados por la demandante y se indique sobre cuáles de ellos se efectuaron aportes al sistema de seguridad social.

Mediante auto del 23 de julio de 2021<sup>4</sup>, se requirió nuevamente al Departamento del Tolima, en atención a que la certificación allegada no correspondía al último año de prestación de servicios de la

<sup>3</sup> Folios 170 a 175 del archivo "001CuadernoPrincipal" de la carpeta del mismo nombre del expediente digital.

<sup>4</sup> Archivo "008AutoRequierePrueba" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital

demandante; posteriormente, con auto del 11 de febrero de 2022<sup>5</sup> se reiteró lo solicitado y, una vez allegado lo solicitado, a través de auto del 24 de junio de 2022<sup>6</sup> se corrió traslado a las partes, se declaró precluido el periodo probatorio y se corrió traslado para alegar de conclusión por escrito, sin perjuicio de la intervención del ministerio público.

### **3.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:**

#### **3.3.1. PARTE DEMANDANTE – Guardó silencio**

Según consta en el archivo “024VencimientoTRasladoLegacionesPasaDespacho” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

#### **3.3.2. PARTE DEMANDADA – DEPARTAMENTO DEL TOLIMA** (Archivo “020EscritoAlegacionesDepartamentoTolima” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital)

Manifiesta el apoderado que el Consejo de Estado fijó una interpretación según la cual, se ampliaba el espectro en cuanto a los factores salariales aplicables para liquidar la pensión, considerando que los factores salariales consagrados en la Ley 33 de 1985 eran simplemente enunciados, lo que no impedía la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. Es por esta razón que resulta recurrente y ya normal, que en casos como el que hoy nos atañe, se cite dicha sentencia procurando la vinculación de determinados factores salariales.

Para aquellos servidores públicos beneficiarios de la transición pensional establecida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, les resultan aplicables las disposiciones del RÉGIMEN LEGAL GENERAL contenido en las Ley 33 y 62 de 1985, en lo atinente a la edad, tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez, elemento este último que debe ser entendido únicamente respecto del porcentaje de la pensión, pues para el ingreso base de liquidación debe ser aplicado el artículo 21 o el inciso 3o del artículo 36 de aquella ley, según el caso.

En ese orden de ideas, surtido el trámite procesal, el Despacho procede a elaborar las siguientes...

## **IV.- CONSIDERACIONES**

### **4.1 PROBLEMA JURÍDICO**

Recuerda el Despacho que el problema jurídico objeto de estudio se centra en determinar, si la demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación por ser beneficiaria del régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios,

### **4.2. CUESTIONES PREVIAS**

#### **4.2.1. DE LA COSA JUZGADA**

La cosa juzgada es una institución de naturaleza procesal, en virtud de la cual los asuntos respecto de los que exista una decisión ejecutoriada, no pueden volver a ser ventilados ante la jurisdicción, razón por la cual de conformidad con el numeral 6º del artículo 180 del C.P.A. y de lo C.A., constituye una excepción previa, que en caso de encontrarse acreditada debe ser decretada de oficio, teniendo por efecto la terminación del proceso.

<sup>5</sup> Archivo “015AutoRequierePrueba” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital

<sup>6</sup> Archivo “019AutoTrasladoPruebaCorreTrasladoAlegar” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital

Sobre el concepto de Cosa Juzgada en materia de derechos que afectan las prestaciones periódicas, la Sección segunda del Consejo de Estado<sup>7</sup>, en sentencia del 3 de diciembre de 2020, indicó lo siguiente:

*“La cosa juzgada otorga a las decisiones judiciales características de inmutabilidad y las convierte en decisiones vinculantes y definitivas. (...) Las partes que concurren al nuevo proceso deben ser las mismas personas, naturales o jurídicas, que figuraban como sujetos procesales en el anterior; las pretensiones reclamadas en el nuevo proceso deben ser iguales a las reclamadas en el primero ya decidido y el motivo o razón que fundamentó la primera demanda debe corresponder con el invocado en la segunda.*

*(...)*

*Solo es posible predicar la existencia del fenómeno de la cosa juzgada, cuando llega al conocimiento de la jurisdicción un nuevo proceso con identidad jurídica de partes, causa y objeto.*

*(...)*

*Esta Corporación ha precisado que «el principio de cosa juzgada puede relativizarse en los casos donde se pretenda el reconocimiento y pago de un derecho que afecte una prestación periódica como lo son las pensiones, como quiera que las decisiones contrarias a las reclamaciones de los asociados, tan solo producen efectos vinculantes respecto de las mesadas que ya fueron objeto de la decisión, mas no frente a las demás que se causen con posterioridad a la ejecutoria de dicha providencia» (...)*

*Esta Corporación ha entendido que los pensionados deben considerarse como personas de especial protección, debido a su imposibilidad de trabajo, por lo que la aplicación de las normas constitucionales y legales debe ir encaminada a salvaguardar los derechos fundamentales de estos. Por tal razón, es pertinente concluir que en asuntos como el presente no puede hablarse de la ocurrencia del fenómeno de cosa juzgada material en estricto sentido, sino que, por el contrario, esta debe relativizarse en procura del cumplimiento de los principios constitucionales”.*

Ahora bien, como la parte demandada no realizó pronunciamiento alguno frente a lo manifestado por la parte demandante de haber interpuesto demanda para la reliquidación de su pensión y que fue tramitada y decidida en el año 2017, este despacho considera que, en atención a que la pensión de jubilación goza de naturaleza periódica por ser vitalicia y se causa mes a mes, y que el derecho a la seguridad social en pensiones se materializa a través de mesadas que son de tracto sucesivo, las mesadas que se causaron con posterioridad a la decisión adoptada el 10 de marzo de 2017, a la luz de la jurisprudencia vigente constituyen un hecho nuevo que no puede considerarse cobijado bajo el atributo de cosa juzgada, estando habilitada la posibilidad de solicitar su reajuste o revisión en cualquier tiempo; así mismo, en atención a que en esta instancia no es posible tener como acreditada una identidad de causa u objeto, se deberá analizar si la actora tiene derecho o no a la inclusión de la doceava de la prima de vacaciones y de navidad en la liquidación de las mesadas pensionales que se cancelaron después de la ejecutoria de la sentencia de 2017, ante la imposibilidad de concluir respecto a qué pretensiones operó la figura de cosa juzgada.

#### **4.3 FUNDAMENTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES PARA LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURIDICO**

- Constitución Política, artículos 90.
- Ley 33 de 1985
- Ley 6 de 1945.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 17 de febrero de 2020, expediente: 11001-03-15-000-2020-00218-00(AC). Consejero ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas.
- Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 18 de febrero de 2021, expediente:

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 3 de diciembre de 2020, expediente: 25000-23-42-000-2016-00778-01(1103-18). Consejero ponente: Rafael Francisco Suarez Vargas

70001-23-33-000-2015-00018-01(4064-16). Consejero ponente: Rafael Francisco Suarez Vargas.

#### **4.3.1. RELIQUIDACION DE PENSION RECONOCIDA BAJO LA ORDENANZA 057 DE 1966**

El Consejo de Estado analizó la existencia del precedente jurisprudencial en cuanto a la reliquidación de las pensiones reconocidas bajo la ordenanza 057 de 1966, señalando:

*“Al respecto precisa esta Sala que, el tribunal accionado propuso como tesis de la decisión que:*

*“si bien es cierto en aplicación del principio de favorabilidad, las pensiones reconocidas bajo la Ordenanza 057 de 1966 declarada nula, pueden ser objeto de revisión para su reliquidación aplicando la normatividad aplicable (sic) a la generalidad de los servidores públicos, conforme a los parámetros establecidos por el Consejo de Estado en Sentencia del año 2010, en el presente caso, aun cuando esa reliquidación ya se dio en la práctica, lo que convierte en trivial la discusión sobre su revisión en este momento, no es posible ordenar la inclusión de factores salariales diferentes a los reconocidos a la demandante al momento de reliquidarse su pensión por retiro definitivo del servicio, pues no acreditó que durante el último año de servicios devengara otros emolumentos previstos en la Ley 62 de 1985 como factores de liquidación pensional, diferentes a su asignación básica, toda vez que la aplicación del régimen de transición previsto en el inciso primero del parágrafo segundo de la Ley 33 de 1985, solo tenía aplicación para la demandante en lo referente a la edad para alcanzar la pensión”.*

*El planteamiento anterior lo sustentó el tribunal accionado en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 en la que la Sección Segunda del Consejo de Estado concluyó que: “no es posible tener en cuenta al momento de reconocer la pensión del personal docente la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios”, sino solo “los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo”.*

*Atendiendo a lo hasta aquí expuesto, es evidente que no existe precedente judicial aplicable al caso sometido a revisión constitucional que obligue a los jueces de instancia a decidir de forma unánime cuando de reliquidación pensional reconocida en los términos de la Ordenanza 057 de 1966, se trata. Ninguna de las sentencias fijó una regla vinculante y es por ello que el juez puede, cumpliendo la carga argumentativa que le compete, asumir, frente al reclamo judicial, una posición que no por ser contraria a la que exigió la parte demandante, desconoce derechos fundamentales.*

*(...)*

*Así las cosas, esta Sala constitucional concluye que el tribunal accionado, al desatar el recurso de apelación, bajo el marco de la autonomía judicial, y con argumentos razonables, bajo criterios de transparencia y suficiencia, acogió la línea jurisprudencial que fijó el Consejo de Estado en la sentencia SUJ014 del 25 de abril de 2019, y decidió que no era posible ordenar la reliquidación de la mesada pensional de la señora Blanca Marleny 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 encontraban previstos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 aplicable al derecho pensional”.*

#### **4.3.2. RELIQUIDACION PENSIONAL**

La ley 33 de 1985, por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público, en su artículo 1, parágrafo 2 sobre el régimen de transición dispuso:

*“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.”*

Teniendo en cuenta esta norma, el régimen anterior a la Ley 33 de 1985, es el dispuesto por las Ley 6 de 1945, que en su artículo 17 señalaba:

*“Artículo 17º.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:*

*“(…)*

*b). Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se ira deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión”.*

Por su parte el artículo 4 de la Ley 4 de 1966 por medio de la cual se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez preceptuó en cuanto al porcentaje para la liquidación y pago de la pensión lo siguiente:

*“Artículo 4º.- A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios”.*

No obstante, lo anterior, la normatividad antes señalada no consagró los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión, razón por la cual hay lugar a recurrir al Decreto 1045 de 1978 el cual los determinó claramente en su artículo 45 indicando:

*“Artículo 45º.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:*

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;*
- c) Los dominicales y feriados;*
- d) Las horas extras;*
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f) La prima de navidad;*
- g) La bonificación por servicios prestados;*
- h) La prima de servicios;*
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;*
- k) La prima de vacaciones;*
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. Modificado posteriormente”.*

### **4.3.3. DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN**

El Consejo de Estado<sup>8</sup> se refirió respecto del régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985:

*“Antes del 1º de abril de 1994, fecha en la que entró a regir la Ley 100 de 1993 que estableció el Sistema General de Pensiones, las situaciones pensionales de los empleados públicos se gobernaban por la Ley 33 de 1985, cuya vigencia tuvo inicio el 13 de febrero de 1985.*

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 18 de febrero de 2021, expediente: 70001-23-33-000-2015-00018-01(4064-16). Consejero ponente: Rafael Francisco Suarez Vargas

**Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA**  
**Radicaciones:** 73001-33-33-007-2019-00106-00  
**Demandante:** FABIOLA PEÑALOZA BENAVIDEZ  
**Demandados:** DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

*Esta ley en su Artículo 1° dispuso que el régimen pensional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, que sirvan o haya servido 20 años continuos o discontinuos y lleguen a la edad de 55 años, tendrán derecho al pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.*

*A su vez, en dicho Artículo en el párrafo 2°, se determinó un régimen de transición cuando ordenó lo siguiente:*

*«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.»*

*Por su parte, el Artículo 3.º de la citada ley, modificado por el Artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, indicó que la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estaría constituida por los siguientes factores: «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».*

*Según lo anterior, de conformidad con el régimen de transición establecido por la Ley 33 de 1985, si para el 13 de febrero de 1985, fecha en la cual cobró vigencia dicha ley, la persona tuviese 15 años de servicio o más, tendría como prerrogativa la posibilidad de pensionarse con la edad prevista en la norma anterior; y quienes ya tuviesen 20 o más años de servicio, estuviesen retirados y solo les faltare la edad para obtener el estatus pensional, tendrían derecho a pensionarse con la norma que regía al momento del retiro.*

*Respecto de la regla transicional contenida en el inciso 1° del párrafo 2 de su Artículo 1°, tal como lo consideró esta sección, son las contenidas en la Ley 6ª de 1945, concretamente en el literal b) de su Artículo 17, según el cual el derecho a la pensión de jubilación se adquiere con la edad de 50 años y el tiempo de servicio de 20 años continuo o discontinuo. Tal precepto fue modificado por el Artículo 3.º de la Ley 65 de 1946, y posteriormente por el Artículo 4º de la Ley 4ª de 1966, este último en el sentido de que la pensión sería equivalente al 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicio.*

*En ese sentido, a partir de la Ley 4ª de 1966, los empleados oficiales tendrían derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios, siempre que cumplieran 50 años y 20 de servicio al Estado.*

*Por su parte el Decreto 3135 de 1968, en el Artículo 27, ordenó que los servidores públicos y trabajadores oficiales que sirvieran al Estado por 20 o más años, continuos o discontinuos, y cumplieren 55 años en el caso de los hombres y 50 en el de las mujeres, tendrían derecho al pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.*

*De modo tal que se infiere que el Decreto Ley 3135 de 1968 únicamente modificó lo concerniente a la edad para acceder al derecho pensional, respecto de los hombres, quienes podrían obtener el estatus una vez cumplieran los 55 años, mientras que no hubo cambio respecto a la situación jurídica de las mujeres.*

*Por consiguiente, la norma aplicable a los beneficiarios de la primera parte del párrafo 2º del Artículo 1º de la Ley 33 de 1985 es el Artículo 27 del Decreto Ley 3135 de 1968, que previó que la edad para obtener el beneficio pensional, se reitera, sería de 50 años para las mujeres y 55 para los hombres, por cuanto esta era la norma pensional anterior.*

*Ahora bien, el conflicto se suscita por la forma cómo se debe aplicar el régimen de transición al que alude el Artículo 1º de la Ley 33 de 1985, es decir, conforme a la interpretación literal de la norma*

**Nulidad y Restablecimiento.** SENTENCIA  
**Radicaciones:** 73001-33-33-007-2019-00106-00  
**Demandante:** FABIOLA PEÑALOZA BENAVIDEZ  
**Demandados:** DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

*según la cual se garantiza el acceso a la prestación con la edad regulada en la norma anterior, o, por el contrario, si se debe emplear el régimen anterior en su integridad.*

*Según esta última posición, las personas beneficiadas con la transición regulada en el inciso primero del párrafo 2º del Artículo 1º de la Ley 33 de 1985 tendrían derecho a pensionarse en los términos del Decreto 3135 de 1968, es decir, con 20 años de servicio al Estado ya fueran continuos o discontinuos; 55 años de edad en el caso de los hombres y 50 en el de las mujeres; en cuantía equivalente al 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicio.*

*El anterior criterio en un primer momento fue acogido por la sentencia del 16 de diciembre de 2009 al considerar lo siguiente:*

*«El Artículo 1º, párrafo 2 ibídem, estableció un régimen de transición consistente en que los empleados que llevaran un tiempo de servicio de 15 años a la fecha de expedición de la ley, podían pensionarse con los requisitos del régimen anterior de pensiones contenido en la Ley 6ª de 1945[...]*

*Posteriormente, esta Corporación en sentencia del 4 de agosto de 2010 había unificado su posición, en el sentido de indicar que al momento de efectuar el reconocimiento pensional a favor del empleado, se deben tener en cuenta, además de los factores mencionados, aquellos que constituyen salario, independientemente de la denominación que reciban, es decir, los «[...] que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio [...]», y no solamente los descritos en la norma antes mencionada.*

*Sin embargo, en la sentencia de unificación del 28 agosto de 2018, se modificó la posición adoptada por la Sección Segunda para acoger el planteamiento de la Corte Constitucional, en cuya jurisprudencia destacó la relación de correspondencia entre las cotizaciones efectuadas durante la vida laboral al Sistema General de Seguridad Social con la finalidad de no desconocer el principio de solidaridad y sostenibilidad financiera en esta materia, y se fijó como subregla que los factores salariales a incluirse en el ibl para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los cuales se efectuaron aportes o cotizaciones al sistema de pensiones, al sostener lo siguiente:*

*«[...] 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 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.*

*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 afectan 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.*

*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 respeta 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. [...]*»

*Conforme a lo expuesto, si bien la reciente sentencia a la que se alude se pronunció sobre la forma en que debe aplicarse el régimen de transición regulado en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la subregla allí contenida sobre los factores salariales que se deben incluir en el ibl pensional debe ser extendida al caso de las personas beneficiarias de la Ley 33 de 1985 porque, precisamente, hace*

*referencia directa a la forma en que debe interpretarse el Artículo 3° ibidem, modificado por la Ley 62 de 1985, esto es, a la taxatividad de los factores computables en materia pensional.”*

#### **4.4. DE LA SOLUCIÓN AL CASO EN CONCRETO.**

##### **4.4.1 DEL MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO EN EL PRESENTE ASUNTO**

- 4.4.1.1** Copia de la Resolución No. 0449 del 19 de marzo de 1987<sup>9</sup>, mediante la cual se reconoce una pensión de jubilación a la demandante, e indica que, dentro de los haberes devengados en el último año de servicios y que sirvieron para su liquidación están el sueldo, la prima de navidad, la prima de alimentación y la prima académica.
- 4.4.1.2** Copia de la Resolución No. 410 de junio de 2001<sup>10</sup>, mediante la cual se reliquida la pensión mensual de jubilación tomando como base el 75% del promedio mensual de los haberes devengados del 1 de enero al 31 de diciembre del 2000.
- 4.4.1.3** Copia de la Resolución No. 0026 del 9 de enero de 2013<sup>11</sup>, en donde se señala que no se puede pretender un derecho sustentado en una norma desaparecida como es la ordenanza 57 de 1966, por lo que la liquidación realizada se ajusta a derecho toda vez que se tuvieron en cuenta los factores salariales establecidos por la ley.
- 4.4.1.4** Copia de la Resolución No. 0083 del 15 de marzo de 2013<sup>12</sup>, que considera que no es procedente incluir los factores salariales solicitados denominados prima de navidad y prima de alimentación, por lo que confirma la Resolución 0026 de 2013.
- 4.4.1.5** Copia del certificado de salarios del demandante<sup>13</sup>, en donde consta que para los años 2000 devengaba como factores salariales: sueldo, prima de navidad y prima de vacaciones docentes.
- 4.4.1.6** Certificación expedida por el Departamento del Tolima<sup>14</sup> en donde señala que durante el año 2000, último año de vinculación, los factores que se tuvieron en cuenta para los aportes al sistema de seguridad social fueron el sueldo básico y la prima de alimentación especial.

##### **4.4.2 DE LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO**

El fondo del asunto se contrae en determinar, si a la demandante le asiste el derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de los factores salariales denominados prima de navidad y prima de vacaciones, por cuanto ante la nulidad de la Ordenanza 57 de 1966 su situación se rige por el régimen de transición establecido en el parágrafo 2 de al artículo 1 de la Ley 33 de 1985, o si por el contrario, se acoge la tesis de la entidad demandada que establece que es improcedente la reliquidación de la pensión toda vez que los aportes o cotizaciones al sistema de seguridad social se realizaron exclusivamente sobre el sueldo por lo que no es posible la inclusión de los factores salariales mencionados.

En primer lugar, es necesario establecer que al no existir una posición unificada en cuanto a la reliquidación de la pensiones de jubilación reconocida con fundamento en la Ordenanza 57 de 1966, este despacho se acoge al criterio que se deben aplicar las normas que regulan la pensión ordinaria. Una vez analizada la situación de la demandante, se aprecia que esta se encuentra inmersa en el régimen de transición contenido en el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 y, en consecuencia, el régimen pensional aplicable es la Ley 6 de 1945, por cuanto la demandante prestó sus servicios desde febrero de 1966, es decir, que para la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 tenía cumplidos más de 15 años de servicio, según se observa en la resolución de reconocimiento pensional (v.num.4.4.1.1).

<sup>9</sup> FIs 7 a 9 del Archivo "001CuadernoPrincipal" de la carpeta del mismo nombre del expediente digital

<sup>10</sup> FIs 10 a 17 del Archivo "001CuadernoPrincipal" de la carpeta del mismo nombre del expediente digital

<sup>11</sup> FIs 28 a 39 del Archivo "001CuadernoPrincipal" de la carpeta del mismo nombre del expediente digital

<sup>12</sup> FIs 40 a 45 del Archivo "001CuadernoPrincipal" de la carpeta del mismo nombre del expediente digital

<sup>13</sup> FI 50 del Archivo "001CuadernoPrincipal" de la carpeta del mismo nombre del expediente digital

<sup>14</sup> FI 11 del archivo "004RespuestaRequerimientoDepartamentoTolima" de la carpeta "002CuadernoPruebasOficio" del expediente digital.

Determinado lo anterior, corresponde establecer si le asiste derecho a que su pensión de jubilación sea reliquidada con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, o si, por el contrario, como lo adujo la entidad demandada, se debe aplicar el criterio fijado por el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación proferida el 28 de agosto de 2018 que, en cuanto al IBL señala que los factores salariales que se deben incluir para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Con esta interpretación el Consejo de Estado, al tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, garantiza que no se afecten las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión de los demás habitantes, por cuanto: (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 respeta 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.

Desde esta perspectiva, si bien para la demandante el régimen aplicable para reliquidar su pensión era el contenido en la Ley 6 de 1945 y, en concordancia con esta los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y el Decreto 1045 de 1978, conforme a lo establecido por el Consejo de Estado le es aplicable la Sentencia de Unificación de 2018 (v.num.4.3.3), en cuanto su criterio es referente a los factores de liquidación del IBL y si bien su pronunciamiento es al régimen de transición de la ley 100 de 1993, este es extendido al régimen establecido en la ley 33 de 1985.

En el presente caso, conforme a las pruebas obrantes en el expediente, se evidencia que la demandante durante el último año de servicios devengaba el sueldo, la prima de vacaciones y la prima de navidad (v.num.4.4.1.6), factores salariales que se encuentran enlistados en el Decreto 1045 de 1978 (v.num.4.3.2); además, que de lo reportado por el Departamento del Tolima, sus cotizaciones al sistema de seguridad social sólo se realizaron sobre el sueldo y la prima de alimentación (v.num.4.4.1.7).

Luego entonces, si bien los factores salariales denominados prima de navidad y prima de vacaciones fueron percibidos por la demandante, la entidad demandada afirma que estos no fueron tenidos en cuenta para la cotización al sistema de seguridad social (v.num.4.4.1.7).

En atención a lo anterior, la reliquidación de la pensión de jubilación no es procedente, porque según la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, el IBL aplicable para el caso concreto correspondía al 75% del promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el afiliado durante el año anterior a su retiro del servicio, con la inclusión de los factores salariales percibidos que estuviesen regulados en el Decreto 1045 de 1978 y sobre los que hubiese realizado los correspondientes aportes, y teniendo en cuenta que dichos factores no fueron tenidos en cuenta para las cotizaciones al sistema de seguridad social, no se desvirtúa la legalidad de los actos administrativos y se tendrán como probadas las excepciones denominadas “Imposibilidad legal del Departamento para acceder a lo pretendido por inaplicación de las normas”, “Legalidad y firmeza del acto administrativo” e “inexistencia del derecho pretendido” propuestas por el Departamento del Tolima.

#### **4.5. DE LA CONDENA EN COSTAS.**

El artículo 365 del C.G.P., aplicable al caso por disposición expresa del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y en virtud de la derogatoria del Código de Procedimiento Civil, dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y como quiera que la parte demandante fue la parte vencida, resulta ajustado a derecho aplicar este criterio y, en consecuencia, se procederá a condenarla al pago de las costas procesales.

Para el efecto, y como quiera que se trata de un asunto contencioso administrativo en donde se perseguían pretensiones por valor de TRECE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y DOS MIL CIENTO DOS PESOS (\$13.632.102), que se encuadran en el proceso de menor cuantía, según lo

**Nulidad y Restablecimiento.** SENTENCIA  
**Radicaciones:** 73001-33-33-007-2019-00106-00  
**Demandante:** FABIOLA PEÑALOZA BENAVIDEZ  
**Demandados:** DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

establecido en el Acuerdo 10554 de 2016 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, los montos mínimos y máximos de estos serán entre el 4% y 10%.

Dentro del expediente se encuentra acreditado que la entidad demandada actuó a través de apoderado judicial quien contestó la demanda y presentó sus alegatos de conclusión, y si bien no es posible establecer que el apoderado hubiese sido contratado y la entidad incurriera en el pago de sus honorarios, aun en caso de ser este empleado de planta, el criterio jurisprudencial ha indicado que esta situación ha de ser comparable a cuando la parte actúa en nombre propio, por lo que, teniendo en cuenta dichas intervenciones procesales se impone una condena equivalente al cuatro por ciento (4%) de la cuantía de las pretensiones de la demanda

### **V.- DECISIÓN**

Como natural corolario de lo expuesto, la Juez Séptima Administrativa de Oralidad del Circuito de Ibagué, Distrito Judicial del Tolima, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR** probadas las excepciones denominadas “Imposibilidad legal del Departamento para acceder a lo pretendido por inaplicación de las normas”, “Legalidad y firmeza del acto administrativo” e “inexistencia del derecho pretendido” propuestas por el Departamento del Tolima, de conformidad con lo esbozado en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: NEGAR** las pretensiones de la demanda, por lo expuesto a lo largo de esta sentencia.

**TERCERO:** Condenar en costas en esta instancia a la parte demandante. Por secretaría procédase a su liquidación, para ello se fijan como agencias en derecho a favor de la demandada, el equivalente al cuatro por ciento (4%) de la cuantía de las pretensiones de la demanda.

**CUARTO: ORDENAR** se efectúe la devolución de los dineros consignados por la parte demandante por concepto de gastos del proceso, si los hubiere, lo cual deberá realizarse por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, acorde con lo establecido en la Circular DEAJC19-43 del 11 de junio de 2019, y los lineamientos establecidos para tal fin.

**QUINTO:** En firme la presente sentencia, **ARCHÍVESE** el expediente previa cancelación de su radicación.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**



**INÉS ADRIANA SÁNCHEZ LEAL**  
**JUEZ**

Firmado Por:  
Ines Adriana Sanchez Leal  
Juez Circuito

**Juzgado Administrativo**

**007**

**Ibague - Tolima**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,  
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **885fa233f41c64092a48645d80ed0cd162c9dae120aadf08c5adfa78453a0eb6**

Documento generado en 05/12/2022 10:13:54 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**