



## Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, once (11) de junio del dos mil veintiuno (2021)

**Radicado:** 73001 33 33 010 2019 00325 00.  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**Demandante:** GONZALO CRUZ  
**Demandado:** DEPARTAMENTO DEL TOLIMA–FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES  
**Asunto:** reliquidación pensión ordenanza 057 de 1966  
**Sentencia:** 00018

### I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal establecido en el Decreto Legislativo 806 del 4 de junio del 2020, se procede a dictar sentencia en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió el señor **GONZALO CRUZ** en contra del **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA - FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES**.

### I. PRETENSIONES

1.1 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución No **1298 del 10 de mayo del 2019**, mediante el cual se resolvió negar la reliquidación de la pensión de jubilación al señor **Gonzalo Cruz**, con inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios

1.2 Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto configurado con ocasión de la negativa de resolver el recurso de apelación interpuesto el 4 de julio del 2019 radicado No 2019E029174UAC.

1.3 Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se declare que el accionante tiene derecho a que la entidad demandada le reliquide y pague la pensión de jubilación incluyendo para ello todos los factores salariales que devengó durante el año inmediatamente anterior al retiro definitivo del servicio del 6 de febrero del 2002 al 5 de febrero del 2003.

1.4 Se condene al Departamento del Tolima - Fondo territorial de pensiones a reconocer, reliquidar y pagar la pensión de jubilación al actor, tomando para ello la última asignación básica devengada e incluyendo todos los haberes devengados tales como prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentación y demás factores percibidos en el último año de servicio por el accionante.

1.5 Que se condene a la accionada para que disponga la cancelación o pago debidamente indexado del retroactivo pensional dejado de cancelar, desde la causación del derecho hasta la fecha de cumplimiento de la sentencia, con base en la fórmula:

$$R = \frac{Rh * \text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

1.6 Que se condene a la entidad a que sobre las sumas adeudadas se indexen los valores causales tomados como computo del ingreso base de liquidación a valor real y presente de manera previa al trámite del punto uno.

1.7 Que se condene a la demandada al pago de intereses comerciales y moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, según lo previsto en el artículo 192 del CPACA

1.8 Una vez agotado este procedimiento liquidar la nueva mesada pensional liquidando la diferencia entre lo pagado y lo dejado de pagar tomando como base la primera mesada y en progresión aritmética y geometría con base en el IPC mes a mes hasta llegar a concluir el monto total y final de la pensión.

1.9 En caso de ordenar el descuento por aportes devengados y no cotizados, se ordene aplicar la prescripción trianual, por ser una obligación económica de carácter laboral, sujeto a dicho fenómeno prescriptivo.

1.10 Se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en el artículo 192 del CPACA.

1.11 Que se condene a la entidad demandada al pago de costas y agencias en derecho.

### 3. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los siguientes hechos que son susceptibles de sintetizar así:

2.1 Que el señor **Gonzalo Cruz** nació el 10 de febrero del 1938 e ingreso a laborar el **1 de julio de 1961** en forma continua e ininterrumpida hasta el **5 de febrero del 2003** como servidor público docente, por lo tanto, el 28 de enero de 1985, contaba con mas de 15 años de servicio, encontrándose inmerso en el régimen de transición contemplado en el artículo 1 parágrafo 2 ley 33 de 1985, siéndole aplicables las normas anteriores a la ley 33 de 1985.

2.2 Que la Caja de previsión social del Tolima mediante resolución No **0839** del **4 de julio de 1984** reconoció la pensión de jubilación al señor **Gonzalo Cruz** teniendo en cuenta el 75% de los haberes devengados en el último año de servicios (sueldo y prima de navidad) a partir del 11 de julio de 1981, en concordancia con lo establecido en el artículo 25 de la ordenanza No **057 de 1966**, que exigía como requisito único haber laborado durante 20 años en la docencia oficial y sin considerar la edad.

2.3 Que la pensión fue reliquidada mediante resolución **No 0356** del **11 de mayo del 2004** por retiro definitivo del servicio y acorde con lo establecido en la Ley 71 de 1988 artículo 9 se le tuvo en cuenta el 75% del promedio mensual de los haberes devengados en el último año de servicios, desde el 6 de febrero del 2002 al 5 de febrero del 2003, y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social.

2.4 Que en la reliquidación de la pensión no se consideró la totalidad de los factores salariales devengados como son la prima de navidad, prima de alimentación y prima de vacaciones y demás factores percibidos, entre otros emolumentos devengados en el

último año de servicios, lo que le representa una suma superior a la que la entidad demandada le reconoció.

2.5 Que mediante derecho de petición radicado el 11 de abril del 2019 No 2019E016693UAC ante el Departamento del Tolima, el accionante solicitó la reliquidación de la pensión única de jubilación, para que se incluyeran todos los factores salariales devengados en el último año de servicio correspondiente al 6 de febrero del 2002 hasta el 5 de febrero del 2003, teniendo como base las normas que regulan las pensiones ordinarias de todos los servidores públicos y no la ordenanza 057 de 1966.

2.6 Mediante resolución No **1298 del 10 de mayo del 2019**, la entidad accionada negó la petición de un derecho imprescriptible irrenunciable e inconciliable.

2.7 Que a través de apoderado el demandante interpuso recurso de apelación en contra de la anterior decisión.

2.8 Que el accionante devengó en el año inmediatamente anterior al del retiro del servicio: sueldo básico, prima de navidad, prima de alimentación y prima de vacaciones.

### 3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad territorial demandada dentro de la oportunidad legal contestó la demanda<sup>1</sup> oponiéndose a las pretensiones de la parte demandante por considerar que las súplicas de la misma carecen de fundamentos de hecho y de derecho, en razón a que no se ha cercenado, desconocido ni vulnerado derecho alguno al accionante, como quiera que se obro bajo la normativa aplicable al caso y en el momento oportuno.

Que al accionante se le reconoció la pensión de jubilación en vigencia de la ordenanza 057 de 1966, que exigía al docente acreditar 20 años de servicio continuos o discontinuos al sector oficial docente sin consideración de la edad y se liquidó aplicándose el 75% del sueldo promedio mensual devengado en el último año de servicios.

Con la declaración de nulidad de la ordenanza 057 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima y confirmada por el Honorable Consejo de Estado, la mencionada sentencia **respetó los derechos adquiridos en vigencia de la ordenanza** señalando se trata de una pensión de jubilación ordinaria, sujeta a las normas en materia pensional regulatorias del régimen pensional general para todos los servidores públicos.

Que en el caso presente conforme lo señalado por la parte actora, la norma aplicable es la Ley 6 de 1945 por remisión que hace la ley 33 de 1985 por ser la condición más beneficiosa para el accionante, y respecto de los factores solicitados, se debía aplicar lo indicado en el decreto 1045 de 1978.

Que es necesario clarificar el tema de la pensión de jubilación antes y después de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, y señala que la ley 6 de 1945 en materia pensional reguló la prestación para los servidores públicos del orden nacional y posteriormente en aplicación de otros mandatos se extendió a servidores del orden

---

<sup>1</sup> Folio 73 al 91 cuaderno principal

territorial, dejándose de aplicar para ellos por la promulgación del decreto 3135 de 1968 que regulo la materia para los servidores del orden territorial y en general dejaron de estar sometidos a esta disposición con la expedición de la ley 33 de 1985.

Que la Ley 33 de 1985 que expone que, a los servidores públicos que a la fecha de promulgación de la citada ley hayan cumplido 15 años de servicio, se les continuara reconociendo la pensión de jubilación en aplicación de las disposiciones que rijan al momento del retiro y disponiendo que las pensiones de los servidores públicos de cualquier orden se liquidaran sobre los mismos factores que hayan servido de base para liquidar los aportes

Que la ley 33 de 1985 es aplicable a todo el sector público sin distinción, es decir a todos los niveles (nacional y territorial) y en el artículo 3 señala que todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier caja de previsión deben pagar los aportes que provean las normas de dicha caja y dispone que en todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden siempre se liquidaran sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes, siendo modificada por la ley 62 de 1985 pero sosteniéndose la obligación del pago de los aportes y los mismo serán la base para la liquidación de las pensiones.

Que la disposición general en materia de pensiones contenida en la ley 71 de 1988, en el artículo 9, establece la liquidación de las pensiones sobre los salarios del ultimo año de servicio para las personas pensionadas o con derecho a la pensión en el sector público que no se hayan retirado del servicio, tendrán derecho sobre el promedio del último año, sobre el cual haya aportado al ente de previsión social, además que, no pretendió derogar el artículo 1 de la ley 62 de 1985, sino señalar un tiempo determinada para la reliquidación de la misma,-último año de servicios- y respecto de los factores sobre los que se aportó.

Que el Consejo de Estado señaló que los factores salariales establecidos en las leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos sino meramente enunciativos y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador en el último año de servicios.

Trae a colación la sentencia de unificación No 52001 23 33 000 2012 00143 00 de la sala plena del 28 de agosto del 2018, en donde se establecieron las reglas y subreglas jurisprudenciales respecto del ingreso base de liquidación en el régimen de transición, sin embargo los docentes vinculados al FOMAG no están cobijados por la primera subregla, pues fueron exceptuados por el artículo 279 de la ley 100 de 1993 y su régimen es el establecido en la ley 91 de 1989, pero para la liquidación de jubilación si están cobijados por la segunda subregla, que señala que el para el IBL se tendrá en cuenta los mismo factores sobre los cuales se realizaron los aportes.

Señaló que la Corte Constitucional en **sentencia C-258 del 2013**, resaltó que, como factores de liquidación de la pensión, solo podrán tomarse los que reúnan 3 condiciones: i) que hayan sido efectivamente recibidos por el beneficiario, ii) que tengan carácter remunerativo del servicio y iii) sobre los cuales su hubieran realizado cotizaciones al sistema de pensiones”

Solicitó comedidamente no se acceda a las pretensiones de la demanda porque sin importar el régimen especial al que pertenezca el empleado público incluidos los docentes, los factores a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación son únicamente aquellos sobre los cuales hayan efectuado aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

Propuso las excepciones de: 1. *Imposibilidad legal del Departamento del Tolima para acceder a lo pretendido por inaplicación de normas.* 2. *cobro de lo no debido.* 3. *Prescripción de los descuentos o diferencias de las mesadas.* 3. *Excepción genérica.*

#### **4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

##### **4.1. Parte demandante<sup>2</sup>**

El apoderado en los alegatos finales realizó un recuento histórico de las normas aplicables para la liquidación de la pensión de jubilación y de los factores salariales devengados por los servidores públicos en el último año de servicios, que a raíz de la declaratoria de nulidad de la ordenanza 57 de 1966, el Consejo de Estado ha reconocido que las pensiones reconocidas en vigencia de la ordenanza tienen el carácter de ordinarias y únicas y por tanto sometidas a las normas que regulan las pensiones ordinarias de los docentes en lo que tiene que ver con los factores que conforman la base para su liquidación y en el caso del accionante el Departamento del Tolima desconoció los principios de favorabilidad, progresividad y derechos adquiridos en materia laboral los cuales debes ser aplicados acorde con la sentencia T-024 del 2018 de la Honorable Corte Constitucional<sup>3</sup>.

#### **5. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO**

##### **5.1 Tesis de las partes**

###### **5.1.1 de la parte accionante**

Considera que es procedente la reliquidación de la pensión porque el Departamento del Tolima desconoció y omitió protuberantemente el principio de favorabilidad en materia pensional porque a pesar que la prestación fue reconocida bajo requisitos especiales previstas en la ordenanza 057 de 1966 vigente en ese momento, ello no le resta el carácter de ordinaria a dicha pensión, máximo cuando la petición procura la aplicación de las normas reguladoras de la pensión ordinaria de jubilación.

Que a la entrada en vigencia de la ley 33 de 1981, es decir el 29 de enero de 1981, el demandante reunía los requisitos para ser beneficiaria de la transición, al contar con más de 15 años de servicio, lo que indica que el régimen aplicable es el anterior, o sea, el establecido en la ley 6 de 1945, respecto de la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión, sin prever los factores para liquidar el ingreso base de liquidación por tanto es necesario remitirnos a la **ley 4 de 1966** que establece que a partir de su vigencia, las pensiones de los trabajadores de las entidades de derecho público se liquidaran y pagaran con el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

---

<sup>2</sup> Folios 100 al 110 cuaderno principal.

<sup>3</sup> Corte Constitucional sentencia T-024 del 5 de febrero del 2018 Exp. T-6.409.614. M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Así las cosas, la pensión de jubilación del accionante debía ser liquidada con el 75% del salario promedio del último año de servicios conforme a los factores salariales citados en el decreto 1045 de 1978: prima de navidad, de vacaciones y de alimentación.

### **5.1.2 De la parte accionada**

Deben negarse las pretensiones teniendo en cuenta la disposición general en materia de pensiones contenida en el artículo 9 ley 71 de 1988, el cual establece la liquidación de las pensiones sobre los salarios del último año de servicio para las personas pensionadas o con derecho a la pensión en el sector público que no se hayan retirado del servicio, tendrán derecho sobre el promedio del último año, sobre el cual haya aportado al ente de previsión social, porque sin importar el régimen especial al que pertenezca el empleado público incluidos los docentes, los factores a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación son únicamente aquellos sobre los cuales hayan efectuado aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

## **6. Problema Jurídico**

Procede el despacho a determinar si, ¿el accionante tiene derecho a que se le reliquide y pague su pensión de jubilación reconocida en vigencia de la Ordenanza 057 de 1966, con inclusión del 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios en calidad de docente de vinculación nacionalizada por ser beneficiaria del régimen de transición o si por el contrario los actos administrativos demandados se encuentran ajustados al ordenamiento jurídico

### **6.1 Tesis del despacho**

Se negarán las pretensiones de la demanda, en razón a que la pensión de jubilación del actor fue liquidada en aplicación a lo establecido en el régimen de transición de la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta el 75% del salario promedio que sirvió de base para liquidar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones y lo que dispone la Constitución Política en el artículo 48, y acogiendo los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado en las sentencias de unificación de agosto del 2018 y abril del 2019, la sentencia del 8 de abril del 2021 del Tribunal Administrativo del Tolima en el proceso 2018-375-01, así mismo por cuanto no se probó que sobre los factores salariales (prima de navidad, alimentación y de vacaciones) que reclama se le incluya para la reliquidación de la pensión, el accionante hubiese hecho cotización alguna al sistema de seguridad social.

### **6.2 Marco legal y jurisprudencial**

El artículo 25 de la ordenanza 057 de 1966 expedida por la Asamblea departamental del Tolima, mediante la cual se adoptó el estatuto orgánico de la Caja de previsión social para los empleados del Departamento, establecía:

*“Las pensiones de los maestros serán decretadas por la secretaria de educación pública, tan pronto como el titular del derecho haya cumplido veinte años al servicio del magisterio oficial del Tolima, en forma continua o discontinua, sin consideración de la edad”.*

Sin embargo, los artículos 25, 26 y 27 de la mencionada ordenanza fueron declarados nulos mediante sentencia proferida por el Tribunal administrativo del Tolima decisión que fue confirmada por el Consejo de Estado el 29 de noviembre de 1993, en razón a la falta

de competencia de las asambleas departamentales para regular prestaciones sociales de los empleados públicos.

El máximo órgano de la jurisdicción contenciosa en el texto de la providencia que confirmó la nulidad de la ordenanza, fue claro y enfático al disponer que los derechos pensionales adquiridos en vigencia de la misma serían respetados y como consecuencia de esa declaración la pensión decretada a favor de los docentes y reconocida al hoy demandante adquirió el carácter de ordinaria, sujeta a la aplicación de la normatividad general.

### 6.3 Del régimen de transición

La Ley 71 de 1988 respecto del tema de las pensiones del sector público en el artículo 9 expuso:

*Artículo 9. Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos sus niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho a la reliquidación de la pensión, tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social.*

*Parágrafo. La reliquidación de la pensión de que habla el inciso anterior, no tendrá efectos retroactivos sobre las mesadas anteriores al retiro del trabajador o empleado del sector público en todos sus niveles.*

Acorde con el problema jurídico planteado y con los hechos de la demanda esbozados por la parte accionante, debe resaltarse en primer lugar que el régimen de transición que nos ocupa es el contemplado en el parágrafo 2 artículo 1 de la Ley 33 de 1985, que indica:

**Artículo 1:** "El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) 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 promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio".

(...)

**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.

(...)

**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.

**Artículo 3º. Modificado por la Ley 62 de 1985.** "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 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." (Negritas fuera de texto)**

El decreto 1045 del 7 de junio de 1978 estableció como factor salarial, los siguientes:

**ARTICULO 45. DE LOS FACTORES DE SALARIO POR LA LIQUIDACION DE CESANTIA Y PENSIONES.**

Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán 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 inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968.

El Congreso de la Republica expidió la ley 812 del 26 de junio del 2003, por medio del cual se aprobó el plan nacional de desarrollo y en el artículo 81 estableció régimen prestacional de los docentes oficiales:

**Artículo 81.** Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el **establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.**

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

#### **6.4. Marco Jurisprudencial**

En la sentencia C-258 de 2013 en relación con el derecho a la seguridad social, en especial las pensiones la Corte Constitucional, indicó:

“La Constitución de 1991, en su artículo 48, consagra la seguridad social como un derecho fundamental y como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; una de las obligaciones que se desprenden de dicho precepto es el establecimiento de un sistema de seguridad social en pensiones. A través de la garantía de este derecho se materializan importantes obligaciones del Estado Social de Derecho, entre las que se destacan la protección de los adultos mayores y de aquellas personas que por su condición física, no se encuentran en una situación favorable de ingresar al mercado laboral.

En la misma providencia se definió el régimen de transición como:

*“un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo*

Respecto de las pensiones concedidas con fundamento de la ordenanza 057 de 1966, la Corte Constitucional en sentencia T-024 del 2018<sup>4</sup> se pronunció y por lo tanto, el despacho trae a colación algunos de sus apartes:

<sup>4</sup> Sentencia T-024/18 Referencia: Exp. T-6.409.614 Acción de tutela instaurada por Policarpa Villanueva de Melendro contra el Tribunal Administrativo del Tolima y otros Procedencia: Sección Primera del Consejo de Estado. Asunto: Reliquidación de pensiones de jubilación de docentes del Departamento del Tolima – violación directa de la Constitución y principio de favorabilidad. M. P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

*“Como se desprende de los antecedentes planteados en este asunto, en 1966 la Asamblea Departamental del Tolima, expidió la Ordenanza N° 057, a partir de la cual se establecieron algunos de los requisitos para que los docentes de ese departamento adquirieran su pensión de jubilación.*

*Sin embargo, esa Ordenanza fue declarada nula por el Consejo de Estado el 29 de noviembre de 1993. Lo anterior, debido a que las asambleas departamentales no eran competentes para regular las prestaciones sociales de los empleados públicos, en tanto, según la Constitución de 1886 y la vigente, dicha función es exclusiva del Congreso de la República o del Presidente en ejercicio de facultades extraordinarias.*

*Ahora bien, la controversia interpretativa surge cuando, años después del reconocimiento de dichas pensiones, algunos beneficiarios solicitaron la reliquidación de sus mesadas pensionales, al considerar que no se les incluyeron todos los factores salariales que devengaban al momento de efectuar sus retiros definitivos del servicio, lo anterior con fundamento en el mandato constitucional, también consagrado en el artículo 53 Superior, respecto del derecho que tienen los pensionados al pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones. El problema jurídico surgió entonces respecto de la necesidad de establecer qué régimen era aplicable a tales prestaciones que fueron reconocidas bajo un supuesto que desapareció del ordenamiento jurídico nacional (la Ordenanza), debido a que su expedición fue inconstitucional.*

*En esa medida, las personas acudieron a las distintas instancias judiciales para buscar una solución a sus peticiones de reliquidación, y ese ejercicio litigioso dio como resultado la posibilidad de dos interpretaciones de la situación jurídica de estos docentes.*

*25.1. La **primera interpretación** indica que los docentes que obtuvieron su pensión bajo los parámetros de la Ordenanza N° 057 de 1966, no pueden ser beneficiarios de otro tipo de emolumentos, ya que, el fundamento jurídico de su prestación es ilegal. Esta postura fue reconocida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en especial, en la sentencia del 7 de junio de 2007, que expresamente indicó:*

*“Conforme a lo expuesto, si la reliquidación de la pensión a la que aspira el demandante tiene su fundamento en lo establecido por la Asamblea del Tolima, y tal acto por ser contrario a la Constitución fue declarado nulo por esta jurisdicción, la petición no puede prosperar...*

*(...)*

*En estas condiciones mal podría la Sala reconocer un emolumento con base en una norma que ya fue declarada nula. En otras palabras, la Ordenanza no le sirve al demandante de sustento de su pretensión. La administración en el acto administrativo demandado negó el derecho al peticionario, entre otros, bajo el argumento de que la liquidación pensional se efectuó con fundamento en la Ordenanza 57 de 1966. El estudio de legalidad del acto conforme a los argumentos que expresa el demandante y que adujo ante la administración, tendientes a que se incluyan en su liquidación todos los sueldos devengados en el último año de servicios, incluidos la prima de navidad y académica, implicaría para la Sala, necesariamente, revisar la decisión acusada a la luz de la disposición (Ordenanza) que sirvió de sustento al acto de reconocimiento y liquidación de la prestación, disposición que ya ha desaparecido del ordenamiento jurídico, motivo por el cual no están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda”.*

*25.2 La **segunda interpretación** es aquella que precisa que a pesar de que el fundamento normativo de las pensiones de estos docentes fue declarado nulo, ello no puede suponer que tales prestaciones queden en un vacío jurídico respecto de los demás aspectos que pueden surgir a partir del reconocimiento de una pensión. En esa medida, es claro que para efectos de la reliquidación de las pensiones concedidas bajo la Ordenanza anulada, tales pensiones están sujetas a las normas que regulan las pensiones ordinarias de los docentes. En efecto esta postura, fue recogida, entre otras por la sentencia del 18 de febrero de 2010, expedida por la misma Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que al analizar un caso análogo al presente sostuvo:*

*“La actora fue pensionada al cumplir el requisito ‘tiempo de servicio’ que la Ordenanza 057 de 1966 estableció, pero ésta 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 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 peticionar 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 dicha pensión, máxime cuando la petición procura la aplicación de las normas reguladoras de la pensión ordinaria de jubilación...”**

26. En conclusión, es claro que respecto de esta situación jurídica existen dos interpretaciones judiciales concurrentes, que evidentemente desatan una duda seria y razonable que, en los términos expuestos, amerita la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral para buscar la mejor satisfacción de los derechos de los trabajadores/pensionados, so pena de incumplir un mandato constitucional.

En el caso bajo estudio se presenta una situación que, según los postulados constitucionales, debía necesariamente ser resuelta a partir de los elementos conceptuales del principio de favorabilidad, porque como se mostró en los fundamentos 24 a 26 de esta sentencia, el problema jurídico propuesto alrededor de la solicitud de reliquidación pensional podía ser resuelto, de manera razonable a partir de, por lo menos, dos ejercicios hermenéuticos.

34.1 Una de las opciones interpretativas, que fue la acogida por las entidades judiciales accionadas, conduce a desconocer el derecho de la accionante a buscar la reliquidación pensional, a partir del decaimiento de la validez jurídica de un fundamento normativo, lo cual, sin duda es una construcción seria y objetiva que puede ser aceptada en un sistema jurídico como el nuestro, ante el juez natural del caso. De esta tesis, se destacan las siguientes reglas:

a.- No se puede acceder a la reliquidación de una pensión concedida de conformidad con la Ordenanza N° 057 de 1966, debido a que la declaratoria de nulidad de ésta implica que cualquier emolumento adicional tienen un fundamento jurídico ilegal.

b.- Las pensiones otorgadas en virtud de la Ordenanza nula, tienen carácter especial, y, por ello, no les es aplicable el régimen general.

34.2 La otra tesis, que favorecía los intereses de la accionante también expone argumentos sólidos y constitucionalmente viables, pues desde este punto de vista se indica que, si bien se reconoce la invalidez del fundamento de la pensión, las circunstancias que rodean a la misma no pueden caer en un vacío normativo que desconocería los derechos de esos pensionados. Por tanto, se argumenta que, al desaparecer el fundamento de esas pensiones, éstas deben ser asumidas por la regulación general aplicable al caso (normas ordinarias de pensiones de docentes a nivel nacional). En efecto, de esta opción hermenéutica puede extraerse que:

a.- **Los docentes que fueron pensionados en virtud de la Ordenanza N° 057 de 1966 no tienen un régimen especial, porque a pesar de que el reconocimiento pensional se dio bajo unos requisitos especiales (tiempo de servicio), ello no le resta el carácter de ordinaria a dicha pensión.**

b.- La Ordenanza que fue declarada nula reguló el derecho a la pensión como tal, no a la reliquidación que debe ser reconocida con fundamento en las normas reguladoras de la pensión ordinaria de jubilación de docentes.”

## 7. Caso concreto

### 7.1. Hechos jurídicamente relevantes

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. Que el señor <b>Gonzalo Cruz</b> nació el 10 de enero de 1938.	<b>Documental:</b> Copia cedula de ciudadanía No 5.809.746 (fl. 48)
2. Que ingresó a laborar al servicio de la docencia oficial en el Departamento del Tolima el 11 de julio de 1961	<b>Documental:</b> Extraído de la resolución No. 0839 del 4 de julio de 1984 (fl. 20)
3. Que la entidad accionada reconoció la pensión de jubilación a la accionante, teniendo en cuenta como IBL el 75% del promedio del sueldo básico mensual y la prima de navidad devengados durante el último año de servicio, comprendido entre el 11 de julio de 1980 al 10 de julio de 1981 y efectiva a partir del 11 de julio de 1981, acorde con lo establecido en la ordenanza No 057 de 1966.	<b>Documental.</b> Copia de la de la resolución No. 0839 del 4 de julio de 1984 (fl. 20)
4. Que el accionante se retiró del servicio en forma definitiva el 4 de febrero del 2003.	<b>Documental:</b> Extraído de la resolución No. 0356 del 11 de mayo del 2004 (fl 21 – 24)

5. Que la pensión de jubilación le fue reliquidada en razón al retiro del servicio aplicando el 75% sobre los haberes devengados en el último año de servicio, comprendido entre el 6 de febrero del 2002 al 5 de febrero del 2003, establecidos en la ley 71 de 1988	<b>Documental.</b> Copia de la resolución No. 0356 del 11 de mayo del 2004 (fl 21 – 24)
6. Que el apoderado del actor mediante derecho de petición radicado el 11 de abril del 2019 solicitó a la accionada la reliquidación de la pensión de jubilación para que se incluyeran como ingreso base de liquidación las doceavas partes de todos los factores salariales devengados por el servidor público, en el último año de servicios	<b>Documental:</b> copia de solicitud radicado No 2019E016693UAC del 11 de abril del 2019 (fl 25 – 27)
7. La entidad accionada negó la petición	<b>Documental.</b> Copia de la resolución No 1298 del 10 de mayo del 2019 (fl 28 – 31)
8. En contra de la anterior decisión el apoderado del actor interpuso recurso de apelación.	<b>Documental.</b> Copia memorial radicado No 2019E029174UAC del 4 de julio del 2019 (fl 32 – 39)
9. la entidad estatal guardó silencio.	
10. Que el actor devengó en el último año de servicios asignación básica, prima de alimentación, prima de navidad y prima de vacaciones	<b>Documental:</b> Certificación de sueldos expedido por la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima (fl. 46)

Mediante resolución No. 1298 del 10 de mayo del 2019 la entidad accionada negó la petición en razón a que el fondo territorial de pensiones liquidó la pensión en aplicación del artículo 9 Ley 71 de 1988<sup>5</sup>: Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos sus niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho a la reliquidación de la pensión, tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social, tomando como base el 75% del promedio mensual de los haberes devengados en el último año de salarios y sobre los cuales se haya realizado aportes al ente de previsión social en armonía con el artículo 46 Constitucional adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 01 del 2005, que establece: “para la liquidación de las pensiones solo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiera efectuado cotizaciones”.

En apartes de la mencionada resolución se indicó que la pensión de jubilación fue otorgada al accionante con fundamentó en disposiciones legales vigentes en su momento – artículo 25 ordenanza 057 de 1966 - que señala que la pensión de jubilación será reconocido a los maestros cuando se tenga 20 años de servicio continuos o discontinuos en el sector oficial, la cual debe ser aplicada en su integralidad para no trasgredir el principio de inescindibilidad de las normas, sin ampararse en otras normas que no sirvieron de sustento para adquirir su derecho.

La Corte Constitucional en la sentencia C-258 del 2013, señaló:

*“En efecto, el principio de solidaridad en la seguridad social, como ya se explicó, tiene dos implicaciones; i) la obligación de los afiliados al sistema de contribuir a su financiación de acuerdo con sus capacidades, de tal forma que los que mas ingresos tienen contribuyan en mayor medida financiar el sistema y ii) la obligación del sistema, a su turno, de brindar protección especial a los sectores mas pobres y vulnerables, quienes por sus propios medios no podrían enfrentar las contingencias frente a las que la seguridad social ofrece amparo. Esta exegesis de la solidaridad fue además acogida por el acto legislativo 01 del 2005, cuyo inciso 6 expresamente dispone: para la liquidación de las pensiones solo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiera efectuado cotizaciones”.*

<sup>5</sup> Artículo 9. Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos sus niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho a la reliquidación de la pensión, tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social.

Acorde con el anterior pronunciamiento de la Honorable Corte Constitucional en el caso bajo estudio y en aplicación del principio de la favorabilidad en materia laboral, se analizará la pretensión de reliquidación de la pensión ordinaria de jubilación del señor **Gonzalo Cruz**, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional y las normas aplicables a los docentes en materia pensional.

El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y **solidaridad**, en los términos que establezca la Ley<sup>6</sup>

Así mismo, respecto del régimen aplicable a los docentes, el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, en relación con el régimen pensional dispuso:

**"Parágrafo transitorio 1º.** El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

En un caso de similares condiciones al que nos ocupa, el Honorable Tribunal Administrativo del Tolima<sup>7</sup>, al resolver un recurso de apelación realizó un juicioso y concienzudo análisis de las normas expedidas con anterioridad a la promulgación de la Ley 33 de 1985 con el objetivo de dilucidar la normatividad aplicable a los docentes vinculados al sector oficial y así establecer los factores salariales sobre los cuales se debe reliquidar las pensiones de los docentes reconocidas al amparo de la ordenanza 057 de 1966.

En su estudio el honorable tribunal señaló que en providencia No 0450/09 del 10 de febrero del 2011 el Consejo de Estado expresó que: *"los docentes son empleados oficiales de régimen especial, lo cual comprende su ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro, pero no ocurre lo mismo respecto al régimen pensional, en la medida que las citadas normas no previeron requisitos específicos para los docentes"*

La Ley 6 de 1945 en su artículo 71, sobre prestaciones oficiales, consagró: *"la 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"*.

En principio esta ley rigió para los empleados del sector público nacional y del sector privado, que luego se extendió al territorial. En materia de jubilación, esta ley se aplicó en el ámbito nacional hasta la expedición del Decreto 3135 de 1968 que indicaba:

**"Art. 27** El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de

<sup>6</sup> Consejo de Estado sala Plena. C. P Cesar Palomino Cortés. radicado No. 52001 23 33 000 2012 00143 01 del 28 de agosto del 2018. Sentencia de unificación jurisprudencial.

<sup>7</sup> Tribunal Administrativo Del Tolima Sala de Oralidad M. P.: Luis Eduardo Collazos Olaya. 8 de abril del 2021. N y R Radicado: 73001-33-33-001-2018-00375-01 Demandante: Melania Marroquín de Vásquez Demandado: Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones Apoderado: Tema: Reliquidación pensional. reconocida bajo Ordenanza 057 de 1966

*previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio*

Sin embargo, el artículo 27 citado fue expresamente derogado por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985, en los siguientes términos: “Artículo 25. Esta ley rige a partir de su sanción y deroga los artículos 27 Y 28 del Decreto extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que le sean contrarias.”

En otro de los apartes de la sentencia el Tribunal señaló:

*“Tanto el Decreto ley 3135 de 1968, como su reglamentario (Decreto 1848 de 1969), se expidieron y aplicaron para servidores de la rama ejecutiva nacional del poder público.*

*Respecto de los servidores de los entes territoriales, en materia pensional continuaron sometidos a la Ley 6 de 1945 y normas complementarias y modificatorias, hasta la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985.*

*Esta ley exceptuó de su aplicación a los empleados oficiales que disfrutaban de un régimen especial de pensiones.*

*El Decreto ley 2277 de 1979, estatuto docente, indudablemente que comprende un régimen “especial” de los educadores; pero, esta disposición no regula las pensiones de jubilación u ordinarias de los mismos, de modo que es preciso remitirse a la regulación general de la Ley 33 de 1985.”* (negrilla fuera de texto)

Por lo anteriormente expuesto, es claro que en relación con los factores salariales a tener en para el ingreso base de liquidación de la mesada pensional del señor **Gonzalo Cruz** luego de la declaratoria de nulidad de la ordenanza 057 de 1966, son los establecidos en las Leyes 33 y 62 de 1985.

## **10. De las pretensiones.**

### **10.1 Del acto ficto o presunto**

Previo al estudio de la pretensión principal, sobre la inclusión de otros factores salariales, el despacho estudiara la segunda petición de declarar la existencia del acto ficto o presunto, con ocasión de la negativa a resolver el recurso de apelación

El apoderado señaló que en contra del acto administrativo que negó la reliquidación de la pensión al accionante, interpuso recurso de apelación con radicado No 2019E029174UAC de fecha 4 de julio del 2019, el cual no fue resuelto por la entidad accionada.

Revisado el expediente se evidencia que no existe prueba que permita llevar certeza al despacho sobre la fecha de notificación del acto administrativo atacado, Resolución No 1298 del 10 de mayo del 2019, por tanto, este operador judicial considerara que el recurso de apelación en cita, fue interpuesto en forma extemporánea.

Sin embargo, en aras de la legalidad y el respeto al debido proceso en las actuaciones judiciales, se analizará la petición, teniendo en cuenta las consecuencias legales de la declaratoria.

El Departamento Administrativo de la Función Pública, en el concepto No 22281 del 29 de enero del 2019, señaló:

*“El silencio administrativo es un fenómeno que la ley contempla con la finalidad de proteger el derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, para los casos en los que la Administración no se pronuncie frente a peticiones o recursos interpuestos por los administrados, generando un acto ficto o presunto que según el caso niega o acepta lo solicitado.*

En cuanto a los efectos del silencio administrativo, tenemos que de conformidad con lo dispuesto en Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo en sus artículos 83 y 84, la regla

general es que este tiene efectos negativos, puesto que el silencio será positivo solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones legales especiales, por tanto, en los demás casos será negativo.

Así las cosas, para que se configure este fenómeno se deben cumplir tres requisitos:

**\*i\*. Que la ley le haya dado a la Administración un plazo dentro del cual deba resolver la petición.**

**\*ii\*. Que la ley contemple de manera expresa que el incumplimiento del plazo tiene efectos de silencio positivo y**

**\*iii\*. Que la autoridad que estaba en la obligación de resolver no lo haya hecho dentro del plazo legal. Por último, es bueno precisar que dentro del plazo legal no solo se debe emitir la decisión, sino también su respectiva notificación en debida forma”.**

Teniendo en cuenta lo anterior, para que se configure el silencio administrativo positivo se deben cumplir los tres requisitos señalados y a falta de uno de estos se aplicará la regla general, la cual es el silencio administrativo negativo.”

Acorde con lo anterior y ante la inexistencia del segundo requisito esbozado por el Departamento de la función pública en el concepto en comento, el despacho declarara la existencia del acto ficto o presunto negativo.

## **10.2 De la inclusión de otros factores salariales**

En la demanda el apoderado señaló que al entrar en vigencia la ley 33 de 1985, el accionante contaba con más de 15 años de servicio por lo tanto es beneficiario del régimen de transición establecido en el parágrafo 2 del artículo 1 ibidem, indicando se deben aplicar las disposiciones contenidas en normas anteriores, haciendo énfasis en los factores salariales en ellas señaladas.

Con base en lo anterior, pretende que el despacho declare la nulidad de los actos administrativos demandados y como consecuencia se ordene reliquidar la pensión de jubilación del señor Gonzalo Cruz, teniendo en cuenta para ello los factores salariales establecidos en normas expedidas con anterioridad a la precitada ley -decreto 1045 de 1978- en aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral, en razón que aunque la misma, se haya reconocido en vigencia de la ordenanza 057 de 1966, es una pensión de carácter ordinario según la jurisprudencia del Máximo órgano de cierre de la jurisdicción y de la Corte Constitucional.

En primer lugar es diáfano para el despacho y no es materia de discusión en este litigio que, el accionante es beneficiario del mencionado régimen, habida cuenta que el señor Cruz ingresó a laborar el 11 de julio de 1961 y la ley fue promulgada el 29 de enero de 1985 por tanto con un sencillo computo se puede establecer que habían transcurrido 23 años 7 meses y 18 días de tiempo, desde su ingreso a laborar en el sector docente oficial hasta la fecha de promulgación de la citada norma, sobrepasando con creces los 15 años de tiempo de servicio, requeridos en la misma.

En segundo lugar, si bien es cierto que, aunque la pensión de jubilación se le haya reconocido al accionante, en vigencia, porcentaje y en los términos establecidos en la ordenanza 057 de 1966, también es cierto que, a voces del Consejo de Estado en la sentencia que confirmo la nulidad de la misma, la ordenanza no creo una pensión especial para los docentes, sino que concedió unos términos de tiempo de servicio para que los docentes que laborarán en los niveles de básica primaria y secundaria en el Departamento del Tolima, accedieran a la pensión de jubilación sin ningún otro requisito.

Así mismo, el Consejo de Estado en su providencia dejó bien claro, que a pesar de que el reconocimiento de la pensión se presenta bajo unos requisitos especiales, - los

previstos en la referida ordenanza - ello no le resta el carácter de ordinaria a dicha prestación y por tanto, sujeta a las normas que en materia pensional, se expidan y le sean aplicables, teniendo en cuenta la fecha de ingreso al sector docente oficial y en el caso presente a la luz de la Ley 33 de 1985 que en su artículo 1 parágrafo 2 dispone: *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*

En armonía con lo expuesto, es evidente que, el régimen de transición establecido en el parágrafo en cita, conservó para sus beneficiarios el derecho a obtener una pensión acorde con la edad establecida en normas anteriores, sin indicar sobre cuales factores salariales debería realizarse la liquidación de la misma, señalando solamente 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*”<sup>8</sup>.

En vista de lo anterior, el estudio de la reliquidación pensional del accionante debe hacerse de conformidad con la Ley 33 de 1985 que en su artículo 1, parágrafo 2 dispone: *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*” se colige que el régimen de transición establecido en el parágrafo en cita, conservó para sus beneficiarios el derecho a obtener una pensión acorde con la edad establecida en normas anteriores, sin indicar sobre cuales factores salariales debería realizarse la liquidación de la misma, señalando solamente 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*”.

Por lo anteriormente expuesto y ante la expulsión de la ordenanza 057 de 1966 del mundo jurídico, es claro que los factores salariales que se deben tener en cuenta como ingreso base de liquidación de la mesada pensional del señor Gonzalo Cruz, son los establecidos en la Ley 33 de 1985, en la Ley 62 de 1985 y la Ley 71 de 1988 y sobre los cuales haya realizado aportes a la respectiva Caja de Previsión Social.

Según certificados expedido por la Secretaría de Educación del departamento del Tolima<sup>9</sup>, el demandante laboró desde el 11 de julio de 1961 hasta el 5 de febrero del 2003, cumpliendo 20 años de servicio el 11 de julio de 1981, haciéndose acreedor a la pensión de jubilación, al cumplir con el requisito único establecido en la ordenanza 057 de 1966, así mismo que en el periodo comprendido del 6 de febrero del 2002 al 5 de febrero del 2003, el accionante devengó prima de alimentación, prima de navidad y prima de vacaciones.

Debe decirse que, para este caso no son aplicables las sentencias C-258 DE 2013, SU-230 de 2015 y SU-395 de 2017 de la Honorable Corte Constitucional, en virtud a que en ellas se realizó un análisis de interpretación en relación con que debía entenderse por índice base de liquidación IBL, con fundamento en el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues los docentes fueron exceptuados de la aplicación de la citada ley, por el artículo 279 ibidem

<sup>8</sup> Inciso final artículo 3 ley 33 de 1985

<sup>9</sup> Folio s 42 al 46 cuaderno principal.

Ahora bien, la aplicación de la Ley 33 de 1985 no deviene de la norma transicional de la ley 100 de 1993, sino única y exclusivamente de los mandatos señalados en la Ley 91 de 1989 y posteriores que regularon el régimen prestacional de los mismos, así como de la Ley 812 de 2003 debido a la fecha de vinculación al servicio del educador.

El Honorable Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, con ponencia de la magistrada Sandra Lisset Ibarra Vélez, en sentencia del veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020), radicado: 25000- 23-42-000-2013-03453-01(3290-18), señaló:

*“25. En conclusión, de conformidad con el régimen de transición establecido por la Ley 33 de 1985 en el inciso 1 del párrafo 2 de su artículo 1, si para el 13 de febrero de 1985, fecha en la cual cobró vigencia dicha ley, el empleado oficial ha reunido los 15 años de servicios continuos o discontinuos, se tiene que es destinatario de la pensión de jubilación de conformidad con lo ordenado por el literal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, es decir con el cumplimiento de 50 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio, y con los factores salariales contenidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.*

*26. Ahora bien, sobre la norma anterior que resulta oponible por virtud del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, se considera que la lectura desprevenida del párrafo 2 de su artículo 1, **supone que solo sea para efectos de determinar la edad**; criterio que pese a ser contrario a lo que por mucho tiempo defendió la sección segunda, en cuanto a la aplicación integral e inescindible de la norma pensional, y a la noción de salario para integrar la base de liquidación pensional, será el que acogerá esta Sala, porque apunta a la real intención del legislador al distinguir expresamente qué aspecto protegía respecto de la norma anterior, **sustentado en su libertad de configuración normativa, y porque resulta ser la interpretación que de mejor forma se acopla a los principios constitucionales, según los cuales la pensión se liquida con los factores efectivamente cotizados, que en vigencia de la Ley 33 de 1985, eran los previstos en la Ley 62 del mismo año.***

En orden a lo expuesto anteriormente y en relación con los factores salariales que deben tenerse en cuenta, el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por artículo 1º de la Ley 62 de 1985 indicó:

*“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 la 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 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**”.* (Negrillas fuera de texto)

Conforme a lo señalado en las normas citadas y aun cuando la sentencia de unificación de Sala Plena del 28 de agosto de 2018, con ponencia del consejero César Palomino Cortés, no sea expresamente aplicable al caso, este despacho considera que algunos argumentos de la misma, sirven para dilucidar cuales son los factores a tener en cuenta al momento de liquidación pensional de los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003.

El Consejo de Estado respecto del concepto de solidaridad constitucional, en la mencionada sentencia expresó:

99. 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.**

100. 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.

101. 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 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.

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 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.”

Esta misma posición se adopta en la sentencia de Unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019<sup>10</sup>, al establecer:

*“De acuerdo con el párrafo 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.***

Es por lo anterior que considera el despacho, que estos argumentos deben ser aplicados a todos y cada uno de los casos que tengan como fundamento de las pretensiones, el reajuste o reliquidación de la pensión reconocida, sin importar el régimen especial al que pertenezca el empleado público o el docente, dejando entonces inmersos a los docentes en la teoría de que los factores que deben ser incluidos en el IBL, **son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado cotizaciones al sistema de pensiones,**

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 25 de abril de 2019. Radicación: 680012333000201500569-01 Ponencia César Palomino Cortés

en virtud de los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema.

El despacho evidencia que en el reconocimiento pensional la entidad no incluyó como factores salariales en el IBL las primas de alimentación, navidad y de vacaciones, en razón a que los citados factores salariales no están incluidos en la ley 62 de 1985 como factor que sirva de base para calcular los aportes y consecuentemente la base de liquidación.

Acorde con establecido en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, no es dable ordenar el reajuste de la mesada pensional por inclusión de los factores solicitados por el accionante, en razón a no encontrarse establecidos en el ordenamiento legal para la cotización de aportes al sistema de seguridad social y por ende ser factores salariales para la liquidación pensional, aunado a que el actor no demostró que hubiese hecho aportes al sistema de seguridad social en pensiones administrado por la Caja de Previsión Social del Tolima sobre las mencionadas primas de alimentación, navidad y de vacaciones, las pretensiones de la demanda deben ser negadas.

### **11. Recapitulación**

En conclusión y teniendo en cuenta que la prestación económica reconocida al señor Gonzalo Cruz, en vigencia de la ordenanza No 057 de 1966 expedida por la Asamblea departamental del Tolima tenía la calidad de especial y única y exigía como único requisito haber laborado 20 años al servicio de la docencia oficial y que la sentencia del Consejo de Estado que confirmó la nulidad de la mencionada ordenanza por incompetencia de la entidad que la expidió, respetó los derechos de los docentes que habían adquirido el derecho pensional durante su vigencia, también indicó que la misma es una pensión vitalicia de jubilación de carácter ordinario, sujeta por lo tanto a la normatividad general de pensiones, esto es, las leyes 33 de 1985 y 62 de 1985, que establecen el régimen de transición y los factores salariales a tener en cuenta para el ingreso base de liquidación de las pensiones, son aquellos sobre los que el docente haya realizado aportes a la respectiva Caja de previsión social y en ese orden de ideas, se negarán las pretensiones de la demanda, declarando que los actos administrativos demandados, se encuentran ajustados a derecho.

### **12. Costas**

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del C.G.P dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso se observa que las pretensiones de la demanda fueron despachadas favorablemente, razón por la cual de conformidad con el ACUERDO No. PSAA16-10554 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la parte accionante y a favor de la entidad demandada, en la suma equivalente al cuatro por ciento (4%) de las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR** la existencia del acto ficto o presunto negativo, producto del silencio administrativo del Departamento del Tolima-Fondo territorial de pensiones respecto de la no resolución del recurso de apelación, interpuesto el 4 de julio del 2019, en contra de la decisión contenida en la Resolución No 1298 del 10 de mayo del 2019, acorde con la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO: NIÉGUENSE** las demás pretensiones de la demanda.

**TERCERO: CONDÉNESE** en costas a la parte accionante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del C.G.P, en la suma equivalente al cuatro por ciento (4%) de las pretensiones de la demanda como agencias en derecho

**CUARTO:** Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme el artículo 203 del C.P.A.C.A.

**QUINTO:** Liquidense los gastos del proceso, si hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

**SEXTO:** En firme este fallo, archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático “Justicia Siglo XXI”.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**LUIS MANUEL GUZMÁN**  
Juez

**Firmado Por:**

**LUIS MANUEL GUZMAN**  
**JUEZ CIRCUITO**  
**JUZGADO 10 ADMINISTRATIVO IBAGUE**

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:

**36417b1fdf7d1fd4ffae2c5d9d8427789e12a61203bde1f4bc3ac55b7510e39c**

Documento generado en 11/06/2021 11:40:52 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**