



Rama Judicial
República de Colombia

Juzgado Once (11) Administrativo del Circuito de Ibagué

Ibagué (Tolima), once (11) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO: 73001-33 -33- 011-2020-00003-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIA INÉS MONTALVO LOZANO
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA- FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES
TEMA: RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

I. ASUNTO

Surtidas las etapas procesales pertinentes sin que se advierta causal alguna que pueda invalidar lo actuado, procede el Despacho a proferir la SENTENCIA ANTICIPADA dentro del presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por la señora MARIA INÉS MONTALVO LOZANO contra el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA- FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES.

II. ANTECEDENTES

1. La Demanda¹

1.1 Pretensiones²

Declaraciones:

1.- DECLARAR la NULIDAD del acto administrativo contenido la RESOLUCIÓN N° 2665 DE SEPTIEMBRE 16 DE 2019 por medio del cual resolvió “Negar la reliquidación solicitada por la señora MARIA INES MONTALVO LOZANO, identificada con la cédula de ciudadanía N° 28.530.279, en cuanto a la inclusión de factores salariales percibidos en el último año de servicios”.

¹ Fols. 4-38 del documento No. 01 del Cuaderno principal del expediente digital.

² Fols. 6-8 del documento No. 01 del Cuaderno principal del expediente digital.

2.-DECLARAR la NULIDAD del Acto Administrativo Negativo Ficto Presunto, el cual se configuró con ocasión a la negativa de resolverse el Recurso de Apelación Interpuesto el día 08 de Octubre de 2019, tal como aparece adjunto en la presente demanda.

3.-DECLARAR que mi poderdante el Docente MARIA INES MONTALVO LOZANO tiene derecho a que el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA-FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES- 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 (Enero 01 de 2007 a Diciembre 30 de 2007).

Condenas:

1.- Se CONDENE al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA - FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES a que proceda a reconocer, reliquidar y pagar a mi poderdante la pensión de Jubilación, tomando para ello la última asignación básica devengada, e incluyendo todos los haberes devengados, tales como la PRIMA ALIMENTACIÓN FIJA, PRIMA DE VACACIONES, PRIMA DE NAVIDAD Y DEMÁS FACTORES RECIBIDOS el último año de servicio de mi poderdante.

2.- Se ORDENE al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA-FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES, 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:

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

3.- Se CONDENE a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a mi Poderdante, se indexen los valores causales tomados como cómputo del I.B.L (Ingreso Base de Liquidación) a valor real y presente de manera previa al trámite del punto uno.

4.- CONDENAR a la entidad demandada a reconocer y a pagar los intereses comerciales y moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, según lo previsto en el art 192 de la Ley 1437 de 2001.

5.- Una vez agotado este procedimiento, liquide la nueva mesada pensional y en consecuencia determine la diferencia entre lo pagado y dejado de pagar tomando como base la primera mesada y en progresión aritmética y geométrica, tomando como base el I.P.C año a año y mes a mes, en una regresión compuesta para allegar a concluir el monto total y final de la pensión.

6.- En caso de ordenar su Despacho descontar aportes devengados y no cotizados, se realice a partir del momento en que empezó mi mandante a devengar los factores reclamados.

7.- Se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido por el artículo 192 del CPACA.

8.- Se ordene a la entidad demandada al pago de las costas y Agencias en Derecho.

1.2 Hechos³

1. La docente María Inés Montalvo Lozano prestó sus servicios como servidor público-docente, desde el 01 de febrero de 1965 hasta el 30 de diciembre de 2007.
2. La demandante fue pensionada por la Caja de Previsión Social del Tolima a través de la Resolución No. 1386 del 11 de octubre de 1985 y reliquidada su pensión por retiro del servicio en la Resolución No. 0464 del 27 de marzo de 2009. No obstante, la Caja de Previsión Social del Tolima fue liquidada y por disposición del Decreto 532 del 16 de junio de 1995, el pago de las pensiones quedó a cargo del Departamento del Tolima por medio del Fondo Territorial de Pensiones del Departamento.
3. Que para la liquidación de su pensión se tuvo como base el 75% del salario básico devengado durante el último año de servicio; sin embargo, no se consideraron la totalidad de los factores salariales devengados como prima de alimentación fija, prima de vacaciones, prima de navidad y demás factores percibidos.
4. Por lo anterior, mediante derecho de petición la señora Montalvo le solicitó al Departamento del Tolima la reliquidación de la pensión única de jubilación con el reconocimiento de la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicio, es decir, del 01 de enero al 30 de diciembre de 2007.
5. La respuesta a la petición de la demandante fue resuelta negativamente a través de la Resolución No. 2665 del 16 de septiembre de 2019 por el Departamento del Tolima-Fondo Territorial de Pensiones.
6. Finalmente, el 08 de octubre de 2019 la demandante interpuso recurso de apelación contra la Resolución No. 2265 de 2019, empero, al momento de la presentación de la demanda no había sido notificada su decisión, de manera que se configuró el silencio administrativo negativo.

1.3 Normas violadas

³ Fols. 8-10 del documento No. 01 del Cuaderno principal del expediente digital.

Artículos 2, 23, 29, 48, 53, 58, 150 ,209 y 289 de la Constitución Política.

Ley 6 de 1945; artículo 1° parágrafo 2° de la Ley 24 de 1947 y el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

1.4 Concepto de violación⁴

Argumentó que el Departamento del Tolima desconoció los principios de favorabilidad e igualdad al negar la reliquidación de la pensión con todos sus factores. Así mismo, subraya que el Departamento del Tolima aplicó erróneamente el régimen de transición de la Ley 33 de 1985, puesto que con la entrada en vigor de la mentada norma, la demandante contaba con más de 15 años de servicio, por lo cual el régimen aplicable era el de la Ley 6 de 1945 en todas sus disposiciones y a sus modificaciones o adiciones, ya que no puede fragmentarse el régimen de transición.

Manifiesta que con la reliquidación de la pensión mediante la Resolución No. 464 de 2009, únicamente se evidencia la asignación básica mensual, lo cual es opuesto al marco normativo vigente y la jurisprudencia, toda vez que se deben considerar todos los factores que constituyen salario. Adicionalmente indica que, se deben tener en cuenta los factores salariales dispuestos en el Decreto 1045 de 1978 en virtud del principio de inescindibilidad de la ley y favorabilidad en materia pensional.

1.5 Contestación de la demanda⁵

El apoderado de la entidad demandada presentó oportunamente escrito de contestación, en donde se opuso a los hechos y pretensiones expuestos en la demanda, afirmando que el factor salarial aplicado para liquidar y reliquidar la pensión fue el correcto, en virtud de los valores registrados en el último año de servicio de conformidad con las certificaciones aportadas por el Fondo Territorial de Pensiones.

Considera que no puede accederse a las pretensiones de la demanda, toda vez que la norma por la cual se reconoció su pensión fue declarada nula por sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima el 13 de diciembre de 1993, por lo que no puede realizarse una revisión de la misma, así como no se pueden estudiar normas que no fueron aplicadas en el acto administrativo que liquidó la pensión de la demandante.

Como medios exceptivos propuso los siguientes:

⁴ Fols. 12-34 del documento No. 01 del Cuaderno principal del expediente digital.

⁵ Documento No. 5 del Cuaderno principal del expediente digital.

1.5.1. Falta de presupuestos sustanciales previstos en la ley para invocar la reliquidación de la pensión

Indicó que en ningún momento se le han desconocido o violado derechos a la demandante respecto a la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de conformidad con las normas vigentes aplicables al caso en concreto.

1.5.2. Imposibilidad legal del Departamento para acceder a lo pretendido por inaplicación de las normas

Señaló que, teniendo en cuenta que el reconocimiento de la pensión de jubilación se efectuó de acuerdo con la normatividad aplicable al caso, no es posible acceder a las pretensiones, siendo los factores reconocidos los que le correspondían a la demandante.

1.5.3. Inexistencia del derecho pretendido

Argumenta que según la naturaleza de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el propósito de ésta es el restablecimiento del derecho vulnerado por un acto administrativo, no obstante, en el caso en concreto no ha existido transgresión al derecho particular de la demandante y por ello, no se reúnen las exigencias para la procedencia de restablecimiento alguno.

1.5.4. Cobro de lo no debido

Manifiesta que, a la demandante no le asiste derecho para reclamar lo pretendido, dado que el reconocimiento de la pensión y su posterior reliquidación fue efectuada con los preceptos normativos aplicables, de modo que no es dable acceder a lo pretendido por la parte actora. En todo caso, no existe causa jurídica para conceder la reliquidación, por lo que las pretensiones configuran cobro de lo no debido con un correlativo empobrecimiento de la administración departamental.

1.5.5. Reconocimiento oficioso de excepciones

Se limita a solicitar el reconocimiento oficioso de excepciones conforme a los hechos que se prueben en el sub lite.

III. TRÁMITE PROCESAL

La demanda correspondió por reparto el 19 de diciembre de 2019, mediante auto de fecha 21 de agosto de 2020 fue admitida⁶, efectuadas las notificaciones de rigor, la demanda fue contestada oportunamente por la parte accionada⁷. Con auto del 14 de febrero de 2023 se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión por ajustarse el trámite por sentencia anticipada⁸, oportunidad en la que sólo la parte demandante presentó escrito.

Finalmente, como se aprecia en constancia secretarial⁹, el 7 de marzo de 2023, el proceso ingresó al despacho para proferir sentencia.

3.1 Alegatos de conclusión

3.1.1. Parte demandante¹⁰

Reiteró los fundamentos legales y jurisprudenciales planteados en el escrito introductorio y manifestó que a la demandante no se le pueden desconocer sus derechos al quedar pensionada en inferiores condiciones económicas que los demás trabajadores por la interpretación y aplicación errónea de la norma. Finalmente, solicita que en la sentencia se apliquen a los aportes devengados y no cotizados al sistema de seguridad social en pensiones la prescripción respecto a los factores salariales cuya inclusión se dispone y sobre los cuales no se efectuó la correspondiente deducción legal.

3.1.2. Departamento del Tolima¹¹

No presentó alegatos de conclusión.

3.1.3. Ministerio Público

No presentó concepto.

IV. CONSIDERACIONES

4.1 Problema jurídico

⁶ Folios 83 a 84 del Archivo 01 del Cuaderno Principal del expediente digitalizado.

⁷ Archivo 05 del Cuaderno Principal del expediente digitalizado.

⁸ Archivo 11 del Cuaderno Principal del expediente digitalizado.

⁹ Archivo 16 del Cuaderno Principal del expediente digitalizado.

¹⁰ Archivo 15 del Cuaderno Principal del expediente digitalizado.

¹¹ Archivo 15 del Cuaderno Principal del expediente digitalizado.

El litigio se contrae en determinar si la señora MARÍA INÉS MONTALVO LOZANO tiene Derecho a que el Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones, le reliquide y pague su pensión de jubilación, incluyendo todos los factores salariales que devengó durante el año inmediatamente anterior al retiro definitivo del servicio.

En caso positivo si es viable declarar la nulidad de los actos administrativos demandados.

4.2 Tesis del Despacho.

Los documentos aportados dan cuenta que el Departamento del Tolima le liquidó la pensión de jubilación a la señora MARÍA INÉS MONTALVO LOZANO, al momento de que adquirió su status pensional, con los sueldos que devengó durante el último año de servicios, esto es del 07 de febrero de 1984 al 06 de febrero de 1985.

Sin embargo, al momento de ser reliquidada la prestación, la entidad solo tuvo en cuenta como haber devengado la asignación básica, cuando se encuentra acreditado que durante el último año de servicios, esto es del 24 de enero de 2007 al 24 de enero de 2008, devengó además de esa asignación, los factores de prima de alimentación fija, prima de navidad y prima de vacaciones docentes, factores que se hallan expresamente enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, razones por las cuales se declarará la nulidad de los actos acusados y se ordenará la reliquidación de la pensión incluyendo los haberes que no se tomaron para liquidar la pensión de jubilación de la actora.

4.3 Argumentos que sustentan la tesis propuesta por el Despacho

4.3.1 De la pensión de jubilación en vigencia de la ordenanza 057 de 1966

En cuanto a la naturaleza jurídica de la prestación cuya reliquidación sustenta en su pedimento la demandante, se advierte que su pensión de jubilación le fue reconocida con fundamento en el artículo 25 de la Ordenanza 057 de 1966, expedida por la Asamblea del Departamento del Tolima, acto que disponía lo siguiente:

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

La pensión de jubilación de orden departamental concedida con base en la ordenanza 057 de 1966, era reconocida a favor de los maestros del sector oficial y a aquellos que habiendo laborado en el sector privado por cinco (5) años, igualmente lo hicieron para el magisterio por otros quince (15) años más.

Ahora bien, en principio, la ordenanza fue expedida bajo una “aparente” competencia legal por parte de la Asamblea Departamental del Tolima, deducida equivocadamente del numeral 9º del artículo 97 de la Ley 4ª de 1913, pues dicha competencia sólo radicaba, y actualmente radica, en el Congreso de la República, tal como lo disponía en su momento la Constitución de 1886 y actualmente la Constitución Política de 1991, por lo que dicha disposición-Ordenanza 057 de 1966- fue declarada nula en sus artículos 25, 26 y 27, mediante sentencia proferida el 13 de diciembre de 1990, por el Tribunal Administrativo del Tolima, confirmada por el Consejo de Estado, en proveído del 29 de noviembre de 1993, C.P. Álvaro Lecompte Luna¹², en donde advirtió:

"Ahora bien, estudiando la Sala con más detenimiento la cuestión planteada, surge que cuando la Asamblea del Tolima, el 30 de noviembre de 1966, produjo los artículos 25, 26 y 27 de la Ordenanza 57, en los cuales se establecieron las condiciones para que los maestros del departamento aludido tuvieran derecho a pensión de jubilación, lo hizo en ejercicio de una facultad aparentemente válida, al tenor del art. 97, numeral 4 de la ley 4 de 1913. Sin embargo, ya para ese entonces el artículo 62 de la original Constitución de 1886 reservaba al legislador lo atinente a las pensiones de jubilación; en otras palabras, la reforma constitucional de 1968, no hizo otra cosa que reafirmar, de una manera más clara y precisa dicha atribución para la ley, o sea el Congreso o al presidente de la república extraordinariamente, de lo que se deduce que, constitucionalmente hablando, la Asamblea del Tolima jamás tuvo la facultad de la que hizo uso..."

Ahora, si bien la ordenanza 057 de 1966, tuvo salida del mundo jurídico, particularmente en lo que respecta al artículo 25, en aras de garantizar la vigencia de los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas, el Tribunal Administrativo del Tolima previó en el momento de su anulación, que las pensiones que hubieran sido reconocidas durante su vigencia fueran respetadas señalando:

"(...) la Sala estima indispensable dejar en claro que el anterior pronunciamiento no afecta pensiones hasta ahora reconocidas".

En este sentido es pertinente indicar que dada la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, se elevó a material legislativo el respeto por las situaciones jurídicas individuales que en materia pensional “extralegal” hubieran sido definidas por disposiciones municipales y departamentales antes de aquella, en favor de

¹² Expediente No. 5579, Actor: Armando Bonilla Triana.

empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados, *resaltando que continuarían vigentes*¹³. Lo propio hizo el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política de 1991.

Sobre el particular, la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad del precepto 146 de la Ley 100 de 1993¹⁴, reiteró que dada la intangibilidad de los derechos adquiridos de los pensionados por jubilación del orden territorial antes de la expedición de la ley 100 de 1993, *las situaciones jurídicas individuales definidas con anterioridad, por disposiciones municipales y departamentales, debían continuar vigentes*.

Ahora bien, en lo que respecta al derecho a la reliquidación de estas pensiones, es decir las reconocidas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, entendido como la verificación de la liquidación que en su momento se efectuó de la prestación en aras de modificar el ingreso base de la misma, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, planteó dos tesis:

- i) La contenida en la sentencia del 7 de junio de 2007¹⁵ que negaba la reliquidación pensión docente a quien le había sido reconocida con base en la ordenanza 057 de 1966, en tanto no era posible reconocer unos emolumentos con base a una norma que había sido declarada nula y,
- ii) La observada en la sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente número: 73001-23-31-000-2004-02509-01(1874-07), consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve, donde expresó:

“La actora fue pensionada al cumplir el requisito “tiempo de servicio” que la Ordenanza 057 de 1966 estableció, pero está sola circunstancia no le otorga el carácter de especial al derecho pensional que en todo caso está sujeto a las

¹³ El texto completo del artículo 146 es el siguiente:

“ARTICULO. 146.-Situaciones jurídicas individuales definidas por disposiciones municipales o departamentales. Las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente ley, con base en disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados, continuarán vigentes.

También tendrán derecho a pensionarse con arreglo a tales disposiciones, quienes, con anterioridad a la vigencia de este artículo, hayan cumplido o cumplan dentro de los dos años siguientes los requisitos exigidos en dichas normas.

Lo dispuesto en la presente ley no afecta ni modifica la situación de las personas a que se refiere este artículo.

Las disposiciones de este artículo regirán desde la fecha de la sanción de la presente ley”.

(El texto en negrilla fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-410 de agosto 28 de 1997, ver Sentencia Corte Constitucional 590 de 1997)

¹⁴ Sentencia C-410 del 28 de agosto de 1997, Magistrado Ponente HERNANDO HERRERA VERGARA.

¹⁵ Rad. 73001233100020000366901.

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 petitionar esta reliquidación y el reajuste del derecho pensional por haberle sido reconocida en virtud de la Ordenanza 057 de 1966 que finalmente fue anulada por la autoridad administrativa, porque, a pesar de que el reconocimiento se dio bajo unos requisitos especiales (los previstos en la referida ordenanza) ello no le resta el carácter de ordinaria a dicha pensión, máxime cuando la petición procura la aplicación de las normas reguladoras de la pensión ordinaria de jubilación.

Distinto sería que se solicitara la aplicación del acto departamental que consagró requisitos especiales, pues en este evento, no habría lugar a acceder a ello, por el tantas veces citado argumento, de que solo el Congreso es el autorizado constitucionalmente para fijar el régimen prestacional y salarial de los empleados públicos.” (Resaltado por el Despacho).

La Corte Constitucional en **sentencia T-024 de 2018**¹⁶, atendiendo al criterio de relevancia constitucional, asumió el conocimiento –en sede de revisión– de una acción de tutela decidida en primera instancia por la Sección Primera del Consejo de Estado en contra del Tribunal Administrativo del Tolima y el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Ibagué, los cuales habían denegado las súplicas de la demanda, por considerar el *a-quo* que la demandante pretendía equiparar un régimen especial al régimen ordinario, para obtener beneficios adicionales, y el *ad-quem*, por cuanto la pretensión era a todas luces improcedente, porque la pensión que la tutelante obtuvo se fundó en una norma declarada nula, y en consecuencia, acceder a la misma sería mejorar un derecho que se adquirió de forma ilegal.

En esta sentencia la Corte fija como problema jurídico la necesidad de establecer qué régimen era aplicable a las prestaciones que fueron reconocidas bajo un supuesto que desapareció del ordenamiento jurídico nacional (la Ordenanza), para lo cual expuso que ante duda seria y objetiva que obligue a los jueces a elegir entre dos interpretaciones jurídicas, el operador, debía optar por aplicar el principio constitucional de favorabilidad, es decir, la interpretación más favorable al trabajador.

¹⁶ M.P. Dra. Gloria Stella Ortíz Delgado.

Decisión que dio lugar a que el Tribunal Administrativo del Tolima, en sentencias del 4 de abril¹⁷, 20¹⁸ y 6 de junio de 2019¹⁹, variara su posición sobre la materia, para en su lugar concluir que la prestación percibida por quienes se pensionaron al amparo del acto de ordenanza 057 de 1966 tiene la connotación de ordinaria, siendo procedente un estudio de reliquidación con base en los mismos preceptos del régimen general.

4.3.2 Liquidación pensional para quienes se encuentran cobijados por el régimen de transición de la Ley 33 de 1985: Factores Salariales

Dispone el inciso primero del párrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985:

“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”

De lo anterior se sigue que, por mandato directo de la Ley 33 de 1985, las personas que se encuentran en el anterior supuesto fáctico, esto es, que al 13 de febrero del año 1985²⁰ hayan cumplido quince (15) años de servicio, tienen derecho a que su pensión de jubilación se reconozca bajo los parámetros de las normas que las regulaban antes de la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985.

Ahora bien, frente al tema de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional de dichos destinatarios, la Ley 6ª de 1945, no previó factores a tener en cuenta para el reconocimiento de las pensiones y por tal razón el artículo 4 de la Ley 4ª de 1966 dispuso:

“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.”

El artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, con claridad señaló los factores salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación, de la siguiente forma:

“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 tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

¹⁷ Rad. No 73001 33 33 009 2017 00139 01 (N.I. 2019-00079) M.P. Dr. Carlos Arturo Mendieta.

¹⁸ Rad. No 73001 33 33 009 2018 00131 01 (N.I. 2019-00197) con el mismo Magistrado ponente de la sentencia anterior.

¹⁹ Rad. 73001 33 33 752 2015 00155 01 (N.I. 2018-00243) M.P. Dr. José Andrés Rojas Villa.

²⁰ Fecha de publicación en el diario oficial.

- 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.”.

En ese orden de ideas, la pensión consagrada en la Ley 6ª de 1945 se reconoce sobre los factores señalados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y en la Ley 4 de 1966, y se debe liquidar con el setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios y conforme a los factores citados anteriormente.

Es pertinente resaltar que el precedente contenido en la sentencia **SU -230 de 2015** de la Corte Constitucional y en las **sentencias de Unificación** del Consejo de Estado del **28 de agosto de 2018**, y **25 de abril de 2019**, **no se aplican al presente asunto**, por cuanto se trata de un servidor que se encuentra amparado por el régimen de transición establecido en inciso 1º del párrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 y, en consecuencia, no cobijado por el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

5. Hechos probados:

De conformidad con el material probatorio válido y oportunamente aportado al proceso, el Despacho encuentra acreditados los siguientes hechos relevantes:

- Que mediante Resolución No. 1386 del 11 de octubre de 1985, le fue reconocida a la demandante la pensión de jubilación de conformidad con el artículo 25 de la Ordenanza 57 de 1966 (*Fls. 39-40 del archivo 01 del cuaderno principal*).

- Que a solicitud de la demandante le fue reliquidada la pensión a través de la Resolución No. 0464 del 27 de marzo de 2009 (*Fls. 41-43 del archivo 01 del cuaderno principal*).
- Que la demandante a través de derecho de petición radicado el 02 de septiembre de 2019, solicitó la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio (*Fls. 44-52 del archivo 01 del cuaderno principal*).
- Que el Director del Fondo Territorial de Pensiones y el Secretario Administrativo del Departamento del Tolima, a través Resolución No. 2665 del 16 de septiembre de 2019, negaron la reliquidación de la pensión de la demandante en lo referente a la inclusión de los factores salariales solicitados, correspondientes a prima de navidad, prima de vacaciones y prima de alimentación percibidos en el último año de servicios, acto administrativo contra el cual se interpuso recurso de apelación el 8 de octubre de 2019 (*Fls. 54-64 del archivo 01 del cuaderno principal*).
- Que, durante el último año de servicios, 24 de enero de 2007 al 24 de enero de 2008, la actora percibió los conceptos de asignación básica, prima de alimentación fija, prima de navidad y prima de vacaciones docentes (*Fls. 75-77 del archivo 01 del cuaderno principal*).

Los documentos aportados en copia gozan de autenticidad por ser emanados de la administración, a lo que se agrega que los mismos no fueron objeto de tacha por la contraparte.

6. Caso concreto

En el sub examine, la señora María Inés Montalvo Lozano pretende la reliquidación de su pensión de jubilación que percibía desde el año 1985, la cual fue reconocida con fundamento en la **ordenanza 057 de 1966**, lo anterior, con el fin de que se incluya en el ingreso base de liquidación todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, esto es la prima de navidad, prima de alimentos fija, prima de vacaciones y demás factores que hubiera percibido en ese periodo.

Por su parte, la demandada arguyó que no hay lugar a la reliquidación de la pensión pretendida, por cuanto la prestación reconocida se concibió bajo una normatividad que hoy en día no está en la vida jurídica, por tanto, mal haría en reliquidar la pensión con conceptos que no están amparados, pues esto generaría inseguridad jurídica.

Lo primero que trae a colación este Administrador de Justicia es que de acuerdo al material probatorio obrante dentro del expediente, la demandante causó el derecho a la pensión antes de la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985.

Decantado el asunto, queda meridianamente claro que la accionante, de acuerdo a la postura jurisprudencial asumida por esta Instancia Judicial y, en aras de garantizar la efectividad del principio de favorabilidad, tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación aplicando íntegramente la normatividad anterior, es decir, la Ley 6ª de 1945, la Ley 4ª de 1966 y el **Decreto 1045 de 1978**, teniendo en cuenta los factores salariales devengados en el último año de servicios.

En consonancia con las afirmaciones y conclusiones que vienen expuestas en los párrafos anteriores, se encuentra evidenciado que, para efectos de la liquidación de la pensión de la actora, la entidad demandada omitió incluir la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, por lo que resulta procedente la reliquidación de la mesada pensional atendiendo al sistema de fuentes atrás referenciada.

Ahora bien, se observa en el escrito introductorio que solicita la parte actora la inclusión de los factores salariales devengados durante el último año de servicio, indicando como fechas exactas el 01 de enero de 2007 al 30 de diciembre de 2007, no obstante, conforme al material probatorio recaudado se constata que la fecha de retiro definitivo de la demandante fue 24 de enero de 2008. Por lo tanto, se interpreta la demanda en el sentido de que se reconocerán los factores devengados a lo largo del año inmediatamente anterior al retiro de la docente, es decir, del 24 de enero de 2007 al 24 de enero de 2008.

Bajo las anteriores premisas, este Despacho habrá de declarar la nulidad de la Resolución No. 2665 del 16 de septiembre de 2019 y del acto administrativo negativo ficto generado el 9 de diciembre de 2019 con ocasión a la configuración del silencio administrativo negativo, teniendo en cuenta que no obra en el expediente acto administrativo expreso que resolviera el recurso de apelación radicado el 8 de octubre de 2019 (Art. 86 C.P.A.C.A.).

En consecuencia, ordenará a la entidad demandada a reliquidar y pagar la pensión de jubilación de la señora María Inés Montalvo Lozano, incluyendo la asignación básica, la prima de alimentación fija, prima de navidad y prima de vacaciones docentes, devengados por la aquélla en el último año de servicios, 24 de enero de 2007 al 24 de enero de 2008, tal como ha sido señalado por el Consejo

de Estado²¹, teniendo en cuenta que en la resolución que le reliquidó la pensión sólo se incluyó la asignación básica.

7. Descuento de aportes

Por otro lado, frente a los **aportes a seguridad social** correspondientes a los mencionados factores, deberán ser descontados debidamente indexados al momento de dar cumplimiento al presente fallo de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C.P.A.C.A, sobre los factores ordenados incluir, es decir, prima de alimentación fija, prima de navidad y prima de vacaciones docentes.

Al respecto, el artículo 99 del decreto 1848 de 1969 establece:

“ARTÍCULO 99.- Deducciones por aportes que se adeuden. Cuando un empleado oficial tenga derecho a una determinada prestación por la cual deba responder una entidad de previsión social y no haya pagado en todo o en parte los aportes correspondientes, la entidad al hacer el reconocimiento respectivo descontará el valor de los aportes, que se liquidarán con base en los diferentes salarios percibidos por el empleado en el respectivo tiempo de servicio.”

De conformidad con la norma anterior la entidad demandada queda autorizada para descontar el valor de los aportes correspondientes a los factores salariales a incluir como base del quantum pensional y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal.

Lo anterior es reforzado con lo señalado por el Tribunal Administrativo del Tolima en sentencia del 20 de junio de 2019²²:

*“En virtud de lo anterior, la Sala modificará el numeral sexto de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Ibagué el 7 de diciembre de 2018, para autorizar al Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones que efectúe el descuento de los aportes debidamente actualizados conforme al índice de precios al consumidor (artículo 187 del código de procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo), **sobre los factores ordenados incluir al cálculo pensional (prima de navidad y prima de vacaciones), por el tiempo que la señora Leticia Méndez los haya percibido**” (Resaltado fuera del texto)*

3. Prescripción

²¹ “Por lo anterior, procede la reliquidación de la pensión reconocida a la actora, teniendo en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibió de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, como son: Sueldo, Bonificación por Servicios Prestados, Prima Semestral Junio, Prima de Navidad y Prima de Vacaciones. Consejo De Estado, Sección Segunda, Sentencia del 4 de septiembre de 2014, Radicación número: 25000-23-25-000-2006-08455-01(1420-11), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

²² Sentencia del 20 de junio de 2019. M.p: Carlos Arturo Mendieta. Rad. 73001333300920180013101.

De acuerdo al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, se estableció:

*“... Artículo 41. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en este decreto, **prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se hizo exigible.** El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”. (Negrilla fuera del texto original)*

Teniendo en cuenta que la demandante presentó ante la entidad solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación, el **día 02 de septiembre de 2019** (Fls. 44-52 archivo 01 cuaderno principal, Exp. Digital), se tomará desde el 02 de septiembre de 2016 para determinarla y en consecuencia se declarará probada la excepción de prescripción del reajuste de las mesadas causadas con anterioridad al 02 de septiembre de 2016.

Por lo tanto, el Despacho declarará probada la excepción de prescripción en cuanto a los periodos causados con anterioridad al **02 de septiembre de 2016**, atendiendo la prescripción trienal que opera en el ámbito administrativo laboral (artículos 41 Decreto 3135 de 1968, 101 del Decreto 1848 de 1969 y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social).²³

Así mismo, se dispondrá el pago de lo pretendido por la parte demandante respecto del índice de precios al consumidor, tal como lo autoriza el artículo 187 del CPACA mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{IPC FINAL}}{\text{IPC INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor de la diferencia entre la reliquidación ordenada en este fallo y las mesadas pensionales efectivamente pagadas a la parte demandante, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al mes anterior a la ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada asignación salarial.

²³ El artículo 42 del Decreto 3135 de 1968, consagra: “Artículo 41º.- Las acciones que emanan de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. // El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.” Igual disposición es reiterada por el artículo 101 del Decreto 1848 de 1969.

De igual forma, se ordenará dar cumplimiento al fallo de conformidad con los artículos 192 y 195 del CPACA.

3. Costas

Teniendo en cuenta la sentencia del 16 de abril de 2015 de la sección primera del Consejo de Estado²⁴ en el cual se manifiesta que la condena en costas no es objetiva y que de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre las costas y que debe establecerse si es o no procedente dicha condena.

En este orden de ideas, el numeral 1º del artículo 365 C.G.P. establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. Es así como el numeral 8º del artículo antes mencionado establece que habrá costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Por lo tanto, las agencias en derecho hacen parte de las costas, pero debe tenerse en cuenta que de conformidad con los numerales 3º y 4º del artículo 366 C.G.P. Las agencias serán fijadas por el Magistrado Sustanciador o el Juez y deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura.

Teniendo en cuenta la argumentación antes efectuada y descendiendo al caso que nos ocupa se condenará al pago de las costas del proceso al Departamento del Tolima - Fondo Territorial de Pensiones, que resultó vencida en el presente proceso.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la apoderada de la parte actora presentó la demanda y alegó de conclusión, se observa que se causaron agencias en derecho.

Por consiguiente, el despacho condenará en costas a la parte demandada, en tanto resultó vencida en la presente instancia, fijando como agencias en derecho la suma de \$410.887 equivalente al 4% de lo pedido (Fol. 34 documento No. 1 del cuaderno principal del expediente digital), de conformidad con el Acuerdo No. PSAA 16-10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Se ordenará que la Secretaría efectúe la correspondiente liquidación, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

²⁴ C.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala. Expediente No 25000 23 24 000 2012 00446 00.

En mérito de lo expuesto, el Juez Once Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLÁRESE NO PROBADAS las excepciones propuestas por el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA de *“Falta de presupuestos sustanciales previstos en la ley para invocar la reliquidación de la pensión”, “Imposibilidad legal del Departamento para acceder a lo pretendido por inaplicación de las normas”, “Inexistencia del derecho pretendido” y “cobro de lo no debido”*, en virtud a lo expuesto en este proveído.

SEGUNDO: DECLARASE probada de oficio la excepción de prescripción, frente a las mesadas causadas con anterioridad al **02 de septiembre de 2016**, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLÁRESE LA NULIDAD de la **Resolución No. 2665 del 16 de septiembre de 2019**, por medio de la cual EL SECRETARIO ADMINISTRATIVO Y EL DIRECTOR DEL FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DE LA GOBERNACIÓN DEL TOLIMA, negaron la reliquidación de la pensión de jubilación de la actora con la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios y, del acto administrativo ficto o presunto generado el 9 de diciembre de 2019, con ocasión del silencio administrativo negativo respecto del recurso de apelación interpuesto, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNESE** al **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA - FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES**, a reliquidar y pagar la pensión de jubilación que ostenta la señora MARIA INES MONTALVO LOZANO, en el equivalente del 75% del monto total de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, incluyendo para ello además de la asignación básica, la prima de alimentación fija, prima de navidad y prima de vacaciones docentes, sumas establecidas que deberán incluirse en nómina. Dicha suma deberá ser pagada a partir del 02 de septiembre de 2016, en virtud del fenómeno jurídico de prescripción.

QUINTO: CONDÉNESE a la entidad demandada a que, sobre las sumas a pagar, liquide y pague el reajuste de su valor, conforme al índice de precios al consumidor, con la aplicación de la fórmula reseñada en la parte motiva de este fallo y con las precisiones efectuadas sobre dicha fórmula.

SEXTO: CONDÉNESE en costas al **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA- FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES** a pagar la suma de \$410.887 y a favor de la

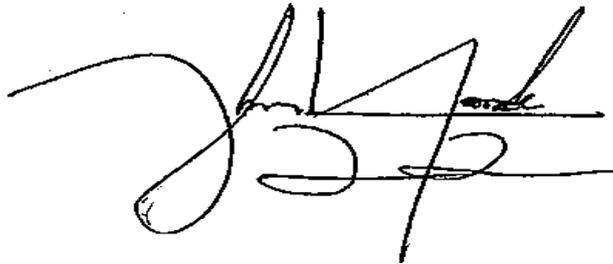
demandante, valor que será tenido en cuenta por secretaría al momento de liquidar las costas.

SÉPTIMO: Dar cumplimiento a esta sentencia, en los términos previstos en el artículo 192 y 195 del CPACA.

OCTAVO: En caso que no se hubiesen efectuado aportes sobre los factores que se ordenan reconocer, éstos se descontarán de la condena por parte de la entidad demandada a la parte demandante.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia, liquídense las costas y archívese el proceso previas las anotaciones que sean del caso en el sistema Samai. Además, para su cumplimiento, por Secretaría expídanse copias auténticas con destino y a costa de la parte demandante, con las precisiones del artículo 114 del C.G.P. con fines de ejecución, previa acreditación del pago del arancel judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'John Libardo Andrade Flórez', written over two horizontal lines.

**JOHN LIBARDO ANDRADE FLÓREZ
JUEZ**