



Ibagué, nueve (9) de junio de dos mil veintidós (2022)

Radicación N°:	73001-33-33-007-2016-00207-01
N° Interno:	00059/2021
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	ALBERTO BONILLA CABEZAS
Demandado:	DEPARTAMENTO DEL TOLIMA –FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES

I- ASUNTO A DECIDIR

De conformidad con lo establecido en los artículos 243 y 247 del C.P.A.C.A., procede esta Sala Oral a resolver el recurso de apelación interpuesto por el vocero judicial de la parte actora, contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Oralidad del Circuito de Ibagué el día 20 de noviembre de 2020, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

II- ANTECEDENTES

1. Pretensiones¹

“PRIMERO. Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- 1- Acto administrativo contenido en el OFICIO No. 467 de fecha 11 de marzo de 2014, por medio del cual se resolvió de manera negativa la solicitud de revisión y reliquidación de la pensión de jubilación por factores salariales.*
- 2- Acto administrativo contenido en la Resolución No. 0679 del 19 de agosto de 2014.*

Como restablecimiento del derecho solicito:

SEGUNDA: Declarar que mi poderdante señor Alberto Bonilla Cabezas, tiene derecho a que el Departamento del Tolima- Secretaría Administrativa - 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.

TERCERA: Se condene al Departamento del Tolima - Secretaría Administrativa- Fondo Territorial de Pensiones, a que proceda a reconocer, reliquidar y pagar a mi poderdante la pensión de jubilación, tomando para ello no sólo la última asignación básica devengada, sino también incluyendo todos los haberes devengados, tales como prima de navidad, prima de alimentos, auxilio de transporte y prima de vacaciones, y demás factores percibidos en el último año de servicios de mi poderdante.

¹ Ver Expte Juzgado- C.Ppal- fls 124-125

CUARTA: Se ordene al Departamento del Tolima - Secretaría Administrativa-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 siguiente formula: $R = RH \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$

QUINTA: En caso de ordenar descontar aportes devengados y no cotizados a la Caja de Previsión Social, se dé también aplicación a la prescripción de que trata el art 488 del Código Sustantivo del Trabajo, por los últimos tres años, por ser prestaciones sociales de carácter económico.

SEXTA: Se condene a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se indexe los valores causados tomados como computo del IBL a valor real y presente de manera previa al trámite del punto uno.

SEPTIMA: Condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar los intereses comerciales y moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, según lo previsto en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

OCTAVA: Una vez agotado este procedimiento, liquide la nueva mesada pensional y en consecuencia liquide 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 IPC año a año y mes a mes, en una regresión compuesta para llegar a concluir el monto total y final de la pensión.

NOVENA: Se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido por el artículo 192 del C.P.A.C.A.

DECIMA: Se condene a la entidad demandada al pago de las costas y agencias en derecho.

2.- Fundamentos fácticos.²

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

1- El señor Alberto Bonilla Cabezas, adquirió el status de pensionado mediante Resolución 1831 de 03 de agosto de 1988, expedida por la Caja de Previsión Social del Tolima.

2- Por Resolución No 0779 de 19 de agosto de 2009 fue reliquidada la pensión de jubilación del demandante, sin que se tuvieran en cuenta la totalidad de factores salariales devengados por este, en el año anterior a la consolidación de su status pensional.

3- Señaló que, en los citados actos administrativos, se tuvo como base para la reliquidación de la pensión el 75% de lo devengado durante el último año de servicio, en concordancia con lo establecido en la Ley 71 de 1988, normatividad aplicable para el reconocimiento de la pensión de jubilación.

4- Indicó que el demandante había presentado varios derechos de petición, solicitando la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, siendo el último de estos el radicado el día 10 de febrero de 2014, el cual fue resuelto de manera desfavorable mediante oficio No. 467 del 11 de marzo de 2014.

3.- Contestación de la demanda³

² Ver Expte Juzgado- C.Ppal- fls 126-127

³ Ver Expete Juzgado- C.Ppal- fls 233-245

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la entidad demandada presentó escrito de contestación a través de su vocera judicial, en los términos que a continuación se sintetizan:

Manifestó que el demandante no tiene derecho a que su mesada pensional sea reajustada o reliquidada con la inclusión de los factores reclamados, toda vez que la Ordenanza 057 de 1966, en virtud de la cual se le reconoció su mesada pensional fue declarada nula mediante providencia judicial, al considerarse que a las asambleas departamentales no les correspondía regular las prestaciones de los empleados al servicio del Departamento, ni de las entidades descentralizadas, contrariando la Constitución y la Ley, por tal razón, la negativa de reliquidación pensional encuentra fundamentación jurídica razonable.

Precisó que el motivo de inconformidad de la parte actora no tenía vocación de resquebrajar la legalidad de los actos administrativos enjuiciados, pues el simple hecho de que la administración no acceda a lo pretendido por el administrado no constituye *per se* una vulneración a sus derechos, pues de una simple diferencia entre la administración y el administrado no se colige la ilegalidad del acto.

Advirtió que pese a que la ordenanza está viciada de nulidad, se encontraron frente a una situación jurídica consolidada que deberá ser respetada, esto es los derechos pensionales ya adquiridos por el accionante, por lo que el acto que reconoció la pensión no dejó de surtir efecto alguno; sin embargo, caso diferente sucede frente a la reliquidación de la misma, toda vez que habiendo desaparecido del ordenamiento jurídico dicho fundamento legal, no hay norma y/o regulación que cree el derecho de reajuste que el accionante pretende.

Aseveró que, aunque dicha entidad considera que las pensiones reconocidas bajo la Ordenanza 057 de 1966 eran de carácter especial y no se deben reliquidar, en el evento de que se aceptara que estas pensiones son de carácter ordinario, tampoco habría lugar a la reliquidación de la pensión con ocasión a la sentencia de Unificación del Consejo de Estado de 28 de agosto de 2018, en la cual se fijó la posición sobre el criterio de interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por último, propuso los medios exceptivos que denominó: i) Imposibilidad legal del Departamento para acceder a lo pretendido por inaplicación de las normas; ii) Cobro de lo no debido; y iii) Prescripción.

4.- La sentencia apelada⁴

Lo es la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2020, por el Juzgado Séptimo Administrativo de Oralidad del Circuito de Ibagué, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

Luego de citar las disposiciones legales y jurisprudenciales que regulan la materia, indicó que al demandante le fue reconocida la pensión de jubilación a través de la Resolución 1831 de 1988, teniendo en cuenta el 75% de lo devengado en su último año de servicios, incluyendo el factor sueldo, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 25 de la Ordenanza 057 de 1966; así mismo señaló que dicha prestación había sido reliquidada como consecuencia del retiro definitivo del servicio, para lo cual se tuvo en cuenta el 75% del sueldo devengado en su último año de servicios.

Adujo que, conforme al material probatorio obrante en el proceso, se advertía que el demandante había devengado en su último año de servicios, además

⁴ Ver Expte Juzgado- Archivo 12

del sueldo básico, las primas de vacaciones y de navidad, sin embargo, indicó que, conforme a la Sentencia de Unificación de 25 de abril de 2019, solamente hacen parte del IBL los factores señalados de manera expresa en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, en donde no se encontraban incluidos ni la prima de vacaciones ni la prima de navidad.

Concluyó que los actos administrativos demandados se encontraban ajustados a derecho, toda vez que el actor adquirió su derecho pensional en los términos del artículo 25 de la Ordenanza 057 de 1966, precepto que había sido declarado nulo, y una vez analizado el estudio de los factores que debían incluirse en el IBL, no se logró verificar si sobre los mismos se efectuaron aportes al Sistema de Seguridad, por lo que no existe fundamento que permita declarar la nulidad solicitada.

5.- El recurso de apelación⁵

Interpuesto oportunamente por el apoderado de la parte actora, mediante el cual solicita la revocatoria del fallo de primer grado y en consecuencia se acceda a las pretensiones de la demanda.

Luego de citar algunos apartes jurisprudenciales relacionados con el tema en comento, precisó que al haber solicitado la reliquidación de la pensión del demandante con fundamento en la pensión ordinaria de jubilación, no era necesario la verificación de los factores salariales tenidos en cuenta en la Ordenanza 057 de 1966, sino por el contrario, se deben tener en cuenta todos los factores salariales que constituyen salario y que fueron devengados durante el último año de servicios.

Afirmó que los factores salariales consagrados en las leyes 33 y 62 de 1985, no eran taxativos, sino enunciativos, de acuerdo con el criterio jurisprudencial de unificación expuesto en la sentencia proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 04 de agosto de 2010.

Sostuvo que al denegarse la reliquidación de la pensión del accionante, se estaba quebrantando el ordenamiento jurídico y se desconocía el principio de favorabilidad desarrollado jurisprudencialmente por el Consejo de Estado vía tutela, en donde se indicó, que ante la disparidad de criterios existentes frente al tema de estudio debía adoptarse el que resultara más favorable a los intereses del trabajador, por consiguiente la pensión reconocida a los docentes conforme a la Ordenanza 057 de 1966, para efectos de su reliquidación, debía sujetarse a las normas que regulan la pensión de jubilación de los docentes.

Concluyó que existía una evidente trasgresión de las normas alegadas en el escrito de demanda, pues con los recientes pronunciamientos del Consejo de Estado, se evidenciaba una violación al artículo 53 de la Constitución Política ya que no se estaba dando aplicación al principio de igualdad y favorabilidad laboral.

III. TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 26 de marzo de 2021 se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del extremo activo, y por considerar innecesaria la celebración de la audiencia de que trata el numeral 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A., mediante proveído del pasado 14 de marzo de 2022, se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para formular por escrito sus alegatos de fondo, oportunidad dentro de la cual los apoderados de ambos extremos judiciales guardaron silencio.

⁵ Ver Expte Juzgado- Archivo 14

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1.- Sobre la competencia

Es competente esta Colegiatura para desatar la impugnación contra la sentencia de primer grado, según voces de los arts. 153 y 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al definir en su orden que corresponde a los Tribunales Administrativos en segunda instancia conocer de las apelaciones contra las sentencias de primera instancia dictadas por los jueces administrativos; asimismo, que son apelables las sentencias de primera instancia de los mismos funcionarios judiciales.

2.- Problema jurídico.

Se contrae a determinar si es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación del señor ALBERTO BONILLA CABEZAS, con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, o si, por el contrario, los actos expedidos por la entidad accionada, mediante los cuales se negó la reliquidación pensional del demandante ALBERTO BONILLA CABEZAS, se encuentran ajustados a derecho.

3.- Fondo del asunto

3.1. Naturaleza jurídica de la pensión de jubilación con origen en la Ordenanza 057 de 1966.

Lo primero que debe destacarse es que la pensión que le fue reconocida al señor ALBERTO BONILLA CABEZAS por la Caja de Previsión Social del Departamento del Tolima, en los términos de la Resolución No 1831 del 3 de agosto de 1988, lo fue con fundamento en la Ordenanza No. 057 de 1966, expedida por la Asamblea del Departamento del Tolima, artículo 25, cuya disposición fue anulada por esta Corporación en decisión que fue confirmada ulteriormente por el H. Consejo de Estado en sentencia del 29 de noviembre de 1993.

El fundamento de la decisión anulatoria básicamente consistió en que, a partir de la expedición de la Constitución de 1886, las asambleas departamentales no tenían la facultad de regular regímenes prestacionales para servidores públicos, puesto que se trataba de una atribución exclusiva del Congreso de la República. No obstante, lo anterior, el Consejo de Estado ha señalado que, en aras de garantizar la vigencia de los derechos adquiridos, era necesario respetar los derechos que fueron reconocidos a los docentes del Departamento del Tolima en vigencia de dicha Ordenanza.

Con relación a estas pensiones, el H. Consejo de Estado, en sendas providencias como la proferida por la Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, en sentencia del 7 de junio de 2007 dictada dentro del proceso con Radicación N°. 73001-23-31-000-2000-03669-01(4016-05), destacó que por haber sido expedidas con fundamento en un acto contrario a la Constitución que fue declarado nulo por esta jurisdicción, la petición de reajuste no puede prosperar, pues a las asambleas departamentales no les correspondía regular las materias relativas a las prestaciones de los empleados al servicio de los departamentos ni de sus entidades descentralizadas.

Explicó la alta Corporación, que las pensiones de jubilación reconocidas a los servidores públicos con fundamento en normas de carácter territorial, mantienen su vigencia por así haberlo previsto el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, por tratarse de situaciones jurídicas consolidadas. Sin embargo, ello no

implicó que se legalizaran las normas que ampararon la concesión de esas pensiones.

En este punto la Sala debe precisar que si bien, en otros pronunciamientos el Consejo de Estado ha interpretado que aunque la pensión de los allí demandantes fue reconocida en virtud de la Ordenanza 057 de 1966, ello no le restaba el carácter de “ordinaria”; sin embargo, dicha postura no fue acogida por esta Corporación, en la consideración de que es justamente el carácter de “especial” que se otorga a partir del reconocimiento de una pensión, bajo unas circunstancias y requisitos diferentes, que varían ostensiblemente de las condiciones generales, estableciendo un derecho solo en atención al tiempo de servicios, sin tener en cuenta la edad del beneficiario; por ende, siempre ha postulado la tesis que se trata de una pensión “especial”, no susceptible de “reliquidación”.

No obstante la anterior postura, un significativo número de sentencias expedidas por este Tribunal que han negado la reliquidación de las pensiones con origen en la Ordenanza 057 de 1966, invocando el prealudido argumento, han sido objeto de amparos constitucionales por parte de nuestro superior funcional, en las que ha indicado de manera invariable que se debe acoger el criterio más favorable en relación con el tema debatido, es decir, el adoptado en providencia del 18 de febrero de 2010 proferida dentro del proceso con radicación N°. 73001-23-31-000-2004-02509-01 (Interno 1874-2007), con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve⁶, en donde se consideró que a pesar de la pensión haber sido reconocida en los términos de la anulada Ordenanza 057 de 1966, para efectos de su reliquidación se sujeta a las normas que regulan la pensión ordinaria de jubilación de los docentes. En lo fundamental señaló el citado proveído:

“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 comparte 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...” (Subrayas fuera de texto).

Huelga agregar, que a través de la Sentencia T-024 del 05 de febrero de 2018, la Corte Constitucional se pronunció sobre la naturaleza jurídica de la pensión que nos ocupa, y la procedencia de su reliquidación, acotando que la protección constitucional se prodiga a partir de la violación directa de la Constitución y al principio de favorabilidad, y no al precedente judicial. Sobre el particular señaló lo siguiente:

“(...)

⁶ Ver sentencia del 04 de octubre de 2017, dictada dentro de la acción de tutela con Radicación No. 11001-03-15-000-2017-00974-00

Diversidad de interpretaciones desarrolladas por el Consejo de Estado sobre la reliquidación de pensiones concedidas bajo los parámetros de la Ordenanza N° 057 de 1966, expedida por la Asamblea Departamental del Tolima y declarada nula por esa Corporación

24. 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 1993⁷. 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.

A pesar de esa declaratoria de nulidad, todas aquellas personas que tenían derechos adquiridos bajo esa normatividad tuvieron la posibilidad de obtener sus pensiones según lo estipulado con anterioridad, pero sólo con relación al reconocimiento de su derecho pensional como tal.

25. 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 2007⁸, 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

⁷ C. P. Álvaro Lecompte Luna.

⁸ M. P. Alejandro Ordoñez Maldonado.

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 2010⁹, 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 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...”

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.

Las autoridades judiciales acusadas no incurrieron en desconocimiento del precedente.

(....)”

- **Las autoridades judiciales sí incurrieron en violación directa de la Constitución, al inaplicar el principio de favorabilidad en materia laboral**

33. Aunado a lo anterior, es necesario establecer si las autoridades judiciales accionadas incurrieron en violación directa de la Constitución, al elegir entre dos interpretaciones vigentes y concurrentes sobre su situación, la que le era desfavorable. Es decir, al omitir el principio de favorabilidad en materia laboral, consagrado en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo.

⁹ M. P. Gerardo Arenas Monsalve.

Como se desprende de los antecedentes, el Juzgado 6º Administrativo de Oralidad de Ibagué y el Tribunal Administrativo del Tolima guardaron silencio respecto de la aplicación del principio de favorabilidad, al resolver la solicitud de reliquidación pensional que la accionante realizó. Esta omisión, desde el punto de vista constitucional, es reprochable, en tanto, ese era uno de los puntos neurálgicos en el análisis del caso concreto. Lo anterior, porque como se reseñó, la presente controversia se edifica sobre la eventual vulneración del derecho a la igualdad y sobre el contenido de las garantías constitucionales de los docentes que: (i) obtuvieron su pensión bajo los parámetros de la Ordenanza N° 057 de 1966, y (ii) solicitaron la reliquidación de su mesada pensional.

34. Como se indicó *ut supra*, el contenido y alcance de la garantía de la favorabilidad, es entendida como el derecho a la interpretación que resulte más benéfica al trabajador/pensionado en caso de duda en la aplicación o interpretación de las fuentes formales del derecho.

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.

35. Como se desprende de este debate, en este escenario, es evidente que se configuran los dos elementos señalados en el fundamento 22 de esta sentencia, que hacen necesario que se resuelva el caso a partir del principio de favorabilidad. En efecto:

- i) En este caso **existe una duda seria y objetiva** que obliga a los jueces a elegir entre dos interpretaciones jurídicas.

- ii) Existe **una plena concurrencia de interpretaciones** para dar solución al caso concreto.

Probados estos dos elementos, era necesario que los jueces, al tomar su decisión, constataran cuál de los dos ejercicios hermenéuticos debían seguir para no contrariar o violar directamente el mandato constitucional de favorabilidad. En la respuesta a esa pregunta, esta Corte encuentra evidente que la segunda opción interpretativa de las fuentes formales del derecho aplicables a estos casos, es aquella que respeta de manera clara y efectiva los derechos de los pensionados a solicitar la reliquidación de sus pensiones. Por tanto, no podría admitirse una conclusión diferente a que los operadores jurídicos escogieran la interpretación más favorable a la pensionada.

En esa medida, es evidente para esta Sala de Revisión que el Juzgado 6º Administrativo de Oralidad de Ibagué y el Tribunal Administrativo del Tolima debieron dar efectividad al principio de favorabilidad en este caso concreto y, en consecuencia, justificar su decisión en la tesis que avala la reliquidación pensional de la señora Policarpa Villanueva de Melendro, so pena de incurrir en violación directa de la Constitución.”.

4. Marco jurisprudencial sobre la pensión ordinaria de jubilación de los docentes.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación de Jurisprudencia proferida el 28 de agosto de 2018, unificó jurisprudencia sobre la interpretación del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sentando las siguientes *sub reglas* que para este grupo de beneficiarios del régimen de transición para efectos de liquidar el IBL:

La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es: 1) Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE, y 2) Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

No obstante lo anterior, precisó la Sala Plena que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues estos servidores fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989¹⁰. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

Indicó que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en cuanto al derecho pensional de los docentes, dispone:

“Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:
[...]

2. Pensiones:
[...]

*B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al **75% del salario mensual promedio del último año**. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional [...]*".

Y agregó, que solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, por así disponerlo el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Es decir, si la vinculación al servicio docente fue con anterioridad a dicha fecha, en lo referente al régimen pensional se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003, esto es, como se dijo, la Ley 91 de 1989 (artículo 15).

Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003).

La segunda subregla determinada en la precitada Sentencia de Unificación se relaciona con que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

En síntesis, de acuerdo con la referida Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, se concluye que de conformidad con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el Sistema Integral de Seguridad Social previsto en dicha normativa, no tiene aplicación para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.¹¹ Por consiguiente, de acuerdo con la Ley 91 de 1989, los docentes nacionalizados mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando con fundamento en las normas vigentes.

Posteriormente, la alta Corporación profirió la nueva Sentencia de Unificación jurisprudencial No. SUJ-014-CE-S2 - 2019G dentro del expte. 680012333000201500569-01 (Número Interno: 0935-2017), de fecha 25 de abril de 2019, en la que abordó puntualmente el tema relacionado con el ingreso base de liquidación en el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, señalando que los Docentes exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social no son sujetos de la transición pensional. Su régimen es el previsto en la Ley 91 de 1989, los Docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, lo serán al Régimen de Prima Media del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 *ídem* y el Acto Legislativo 01 de 2005, de la cual la Sala considera pertinente destacar los siguientes aspectos:

- En primer término, advirtió que la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de agosto de 2018 no constituye precedente frente al régimen pensional de los docentes por dos razones fundamentales: *i*) No hay similitud fáctica entre los supuestos de hecho

¹¹ Ley 100 de 1993. "Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]"

resueltos en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 y el presente caso, y *ii*) se trata de problemas jurídicos distintos tal como lo explicitó en la misma providencia.

Sin embargo, precisó que en dicho pronunciamiento se fijó una subregla sobre los factores salariales que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional bajo el régimen de la Ley 33 de 1985, subregla que tuvo en cuenta en la nueva Sentencia de Unificación como criterio de interpretación, señalando que:

1.- **Alcance de la subregla** fijada [en la sentencia de 28 de agosto de 2018] sobre los factores salariales que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985, en el sentido que: *“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”*. La Sección Segunda del Consejo de Estado se ocupó así de definir si esta subregla aplica para los docentes oficiales nacionales y nacionalizados vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuyo régimen pensional se rige por la Ley 91 de 1989.

2.- **Régimen de pensión ordinaria de jubilación** de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de acuerdo con las reglas señaladas en el artículo 15, numeral 2, literales A y B de la Ley 91 de 1989.

En este tema abordó la interpretación del régimen previsto en los literales A y B de la norma citada, que comprende, según la fecha de vinculación al servicio:

- A. Una **pensión ordinaria de jubilación** para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que es compatible con la pensión gracia.
- B. Una **única pensión de jubilación** equivalente al **75% del salario mensual promedio del último año** para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley.

3.- Finalmente, sobre el **Régimen pensional de prima media** establecido en las leyes del Sistema General de Pensiones, aplicable a los docentes en los términos del **artículo 81 de la Ley 812 de 2003**, en concordancia con el Acto Legislativo 01 de 2005.

Como ya se indicó, la Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fijó la regla y las subreglas sobre el Ingreso Base de Liquidación en el **régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993**, y se precisó igualmente que la **regla** establecida en esa providencia, así como la **primera subregla**, “no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, entre otras razones, porque conforme al artículo 279 *ibídem*, a dichos servidores no se aplica dicha legislación en materia pensional.

Sin embargo, se hizo mención a la normativa aplicable a los docentes concretamente, al Literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 *“Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, para precisar lo siguiente:

- i. “Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, por así disponerlo el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 «...».
- ii. “Es decir, si la vinculación al servicio docente fue con anterioridad a dicha fecha, en lo referente al régimen pensional se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003, esto es, como se dijo, la Ley 91 de 1989 (artículo 15) «...».
- iii. “Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003)”.

La segunda **subregla** fijada en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que se deben tener en cuenta para liquidar las pensiones en el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985, en el sentido que solo se incluyen aquellos sobre los que se haya realizado el aporte o cotización, es una norma jurídica o regla de interpretación que contiene una tesis distinta a la que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010.

Esa postura interpretativa que adoptó la Sección Segunda sobre la inclusión de la totalidad de los factores salariales en la base de liquidación, se venía aplicando al resolver los asuntos sobre pensión de jubilación de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que han consolidado su estatus pensional en las condiciones previstas en el régimen general de la Ley 33 de 1985, según lo dispuesto en la Ley 91 de 1989.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado empezó por definir, si el criterio de interpretación que adoptó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación, bajo el régimen general de la citada Ley 33 de 1985, aplica de igual manera para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes prevista en la Ley 91 de 1989, tema que abordó una vez establecidos los siguientes aspectos:

- **Los docentes** afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, están **exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social**, por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.
- Al estar exceptuados del Sistema, **no son beneficiarios del régimen de transición** establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como tampoco les aplica el artículo 21 de la citada ley, en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional.
- **El régimen pensional para estos docentes está previsto en la Ley 91 de 1989, normativa que no establece condiciones ni requisitos especiales para adquirir la pensión de jubilación, ya que como lo dispuso en el literal B del numeral 2 del artículo 15, gozan del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985.**
- De acuerdo con la tesis reiterada de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre el régimen de pensiones para los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales

del Magisterio exceptuados del Sistema General de Pensiones, esta clase de servidores públicos no gozan de un régimen especial de jubilación, pues ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de **1993 así lo establecieron, y tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994 que ratificó el régimen de jubilación previsto en la Ley 33 de 1985, como norma aplicable para los docentes nacionales.**

5. El caso concreto

5.1 De las pruebas allegadas al proceso

- Resolución No. 1831 de 03 de agosto de 1988, a través de la cual la Caja de Previsión Social del Tolima reconoció la pensión de jubilación al demandante¹².
- Resolución No.679 de 19 de abril de 2004, por medio de la cual se reliquidó la pensión de jubilación del actor por retiro definitivo del servicio¹³.
- Petición radicada el pasado 10 de febrero de 2014, donde el accionante solicitó la reliquidación de su mesada pensional, con la inclusión de todos los factores devengados en su último año de servicios¹⁴.
- Oficio No 467 de 11 de marzo de 2014, a través de la cual se negó la reliquidación pensional¹⁵.
- Certificado de salarios devengados por la demandante, expedido por la Secretaría de Educación y Cultura de la Gobernación del Tolima, donde se constata que en el último año de servicios (2003-2004) devengó además de la asignación básica, la prima de navidad y la prima de vacaciones¹⁶.

5.2 Análisis sustancial

Previo a adentrarnos al estudio del caso concreto, es menester para esta Colegiatura hacer un breve recuento factico sobre las circunstancias que rodearon el reconocimiento pensional del demandante, para luego determinar cuál es el régimen legal aplicable al pensionado.

A través de la Resolución número 1831 de 03 de agosto de 1988, la Caja de Previsión Social del Tolima, reconoció pensión mensual vitalicia de jubilación al señor ALBERTO BONILLA CABEZAS, reconocimiento que tuvo en cuenta para integrar el IBL el salario devengado en el último año de servicios.

Por Resolución No.679 de 19 de abril de 2004, la Secretaría Administrativa del Fondo Territorial de Pensiones de la Gobernación del Tolima, reliquidó la pensión de jubilación de la demandante por retiro definitivos del servicio, teniendo en cuenta el 75% del promedio mensual de la asignación básica devengada en su último año de servicios (2003-2004).

Mediante petición radicada el pasado 10 de febrero de 2014, el accionante solicitó la reliquidación de su mesada pensional, con la inclusión de todos los factores devengados en su último año de servicios, petición esta que fue

¹² Ver Expte Juzgado- C.Ppal – fls 31-32

¹³ Ver Expte Juzgado- C.Ppal – fls 24-30

¹⁴ Ver Expte Juzgado- C.PPal fls 99-100

¹⁵ Ver Expte Juzgado- C.Ppal- fls 3-15

¹⁶ Ver Expte Juzgado- C.P. Oficio – fl 7

despachada desfavorablemente a través del Oficio No 467 de 11 de marzo de 2014.

Precisado lo anterior, se advierte que la accionante nació el 13 de julio de 1945, tal como se advierte a folio 34 del Cuaderno Principal, y según se observa en los actos administrativos que reconocieron y reliquidaron la pensión, el accionante se vinculó a la docencia como maestro oficial a partir del 01 de marzo de 1967, es decir, que para la fecha que entró en vigencia la Ley 33 de 1985, esto es, el 13 de febrero del mismo año, el señor ALBERTO BONILLA CABEZAS contaba con más de 17 años de servicio, lo que conlleva a establecer, que en materia pensional le es aplicable el régimen anterior a la Ley 33 de 1985, en este caso, el consagrado en la Ley 6ª de 1945.

La Ley 33 de 1985 en el párrafo segundo de su artículo 1º estableció el régimen de transición así:

“Párrafo 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.

Por su parte el artículo 17 literal b) de la Ley 6ª de 1945 precisó lo siguiente:

“ARTICULO 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

- a) ...
- b) *Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados...”*

Esta ley de carácter general, que no es especial, aplicó en principio a los servidores públicos nacionales y luego se extendió a los territoriales, a quienes cobijó teniendo en cuenta el Art. 1º del Decreto 2267 de 1947 que hizo extensivo a los empleados y obreros al servicio de departamentos y municipios las prestaciones consagradas en la cita Ley 6ª, así:

“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 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 (Derogado por el Art. 25 de la Ley 33 de 1985).”

El referido Decreto se expidió y aplicó a los servidores de la Rama Ejecutiva Nacional del Poder Público y aunque en algunos eventos fue destinado a servidores territoriales, lo cierto es que éstos últimos continuaron sometidos a la Ley 6ª de 1945 que se aplicó hasta la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 ***“Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”***, que derogó de manera expresa el artículo 27 citado y se aplicó de manera inmediata a los empleados oficiales, ***excepto a los cobijados por el régimen de transición en él previsto***. La precitada disposición estableció lo siguiente:

“Artículo Primero. (...)

Par. 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.

Asimismo, el artículo 27 del Decreto Ley 3135 de 1968, derogado por el art. 25 de la Ley 33 de 1985, en relación con la pensión de jubilación o vejez dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 27. PENSIÓN DE JUBILACIÓN O VEJEZ. 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 previsión se le pague una pensión mensual vitalicia o de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.

No quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción y que la ley determine expresamente.

PARÁGRAFO 1o. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a pensión de jubilación o vejez sólo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro o más horas. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro; el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.

PARÁGRAFO 2o. Para los empleados y trabajadores que a la fecha del presente Decreto hayan cumplido diez y ocho años continuos o discontinuos de servicios continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad al presente Decreto.

PARÁGRAFO 3o. Los empleados públicos y trabajadores oficiales que actualmente se hallen retirados del servicio, con veinte (20) años de labor continua o discontinua, tendrán derecho cuando cumplan los 50 años de edad a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro”.

(Se destaca fuera de texto).

Igualmente, el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del D.L. 3135 de 1968 determinó respecto a la cuantía de la pensión lo siguiente:

*“Artículo 73. **Cuantía de la pensión.** El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin.*
(Subrayas de la Sala).

Y con relación a los factores salariales para el reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 determinó los factores de salario para su liquidación en los siguientes términos:

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

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;*
- c) Los dominicales y feriados;*
- d) Las horas extras;*
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f) La prima de navidad;*
- g) La bonificación por servicios prestados;*
- h) La prima de servicios;*
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;*

k) La prima de vacaciones;

l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;

ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. Modificado posteriormente.

En relación con la aplicación de Régimen de transición establecido en la ley 33 de 1985, venía siendo postura de esta Corporación, con fundamento en lo enseñado por el Consejo de Estado, que la aplicación del régimen anterior debía hacerse en su integridad, incluyendo no sólo el IBL, sino también los factores salariales base de liquidación pensional, bajo el principio de favorabilidad, entendido este como que *“En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad”*;¹⁷ del mismo modo sin desconocer lo establecido en la Constitución Política en su artículo 53 que dicta, *“La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales (...) situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”*.

No obstante, fue necesario para esta Sala, reorientar tal posición, ya que si bien, en un primer momento la jurisprudencia le dio un alcance más amplio al régimen de transición previsto en el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, debe tenerse en cuenta que recientemente las subsecciones que integran la Sección Segunda del Consejo de Estado han adoptado una postura distinta frente a esa situación, en el sentido de que ese beneficio sólo puede aplicarse para la edad.

Pese a que la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencias del 26 de febrero de 2009, radicado: 25000-23-25-000-2003-08992-01; 20 de octubre de 2015, radicado 15001-23-31-000-1997-17518-01; 25 de febrero de 2016, radicado 25000-23-42-000-2013-01541-01; 31 de enero de 2019, radicado 41001-23-31-000-2012-00101-01; y 16 de diciembre de 2019, radicado No. 11001-03-15-000-2019-04813-00, determinó que el régimen de transición previsto en la Ley 33 de 1985 no habilitó únicamente la observancia del régimen anterior en cuanto a la edad, sino también acerca de los factores salariales para la liquidación del derecho pensional, debe tenerse en cuenta que en sentencias proferidas más recientemente por la misma Sección Segunda se ha variado aquella postura, como pasa a verse:

- CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, treinta (30) de abril de dos mil veinte (2020), radicación número: 41001-23-33-000-2013-00297-01(2492-14).

En aquella oportunidad se analizó el caso de un servidor que lo cobijaba el régimen de transición preceptuado en el inciso 1° del parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, concluyendo:

- a) Las implicaciones de ser favorecido por este régimen de transición solamente recaen en que se tenga en cuenta la edad de jubilación contemplada en las normas anteriores a dicha ley, de ahí que la pensión de jubilación será liquidada de acuerdo con las Leyes 33 y 62 de 1985, 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.
- b) Por lo anterior, en el ingreso base de liquidación de la prestación periódica, solamente podrán ser incluidos los factores salariales contemplados en las normas ut supra mencionadas y sobre los cuales

¹⁷ Sentencia 168 de 1995 Corte Constitucional.

se hubiese efectuado un aporte que a saber son: **a)** asignación básica; **b)** gastos de representación; **c)** prima de antigüedad; **d)** prima técnica, atencional y de capacitación; **e)** dominicales y feriados; **f)** horas extras; **g)** bonificación por servicios prestados y **h)** trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

- c) Pese a que la primera instancia determinó que los factores salariales de la prestación periódica del interesado son los contenidos en la Ley 33 de 1985, se equivocó al aplicar el precedente fijado en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, vigente al momento de proferirse esa decisión, puesto que en la citada providencia se analizó el criterio de interpretación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y no el de la Ley 33 de 1985.
- CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "A", Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, veintiocho (28) de mayo de dos mil veinte (2020), radicación número: 25000-23-42-000-2013-01869-01(4208-15).

Al analizar el caso de un exservidor público, la Subsección A de la Sección Segunda concluyó:

- a) Los beneficiarios del régimen de transición contenido en el parágrafo 2º, inciso 1º, del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 únicamente tienen derecho a que se les aplique el requisito de edad contenido en la norma anterior y, en consecuencia, los factores salariales se regulan expresamente por la Ley 33 *ejusdem*.
- b) La norma aplicable a los beneficiarios de la primera parte del parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 es el artículo 27 del Decreto Ley 3135 de 1968, que previó que la edad para obtener el beneficio pensional, se reitera, sería de 50 años para las mujeres y 55 para los hombres, por cuanto esta era la norma pensional anterior.
- c) Si bien el Consejo de Estado en sentencia del 4 de agosto de 2010 había unificado su posición¹⁸, en el sentido de indicar que al momento de efectuar el reconocimiento pensional a favor del empleado, se deben tener en cuenta, además de los factores mencionados, aquellos que constituyen salario, independientemente de la denominación que reciban, es decir, los «[...] que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio [...]», y no solamente los descritos en la norma antes mencionada. Sin embargo, en la ya mencionada sentencia del 28 agosto de 2018, se modificó la posición adoptada por la Sección Segunda para acoger el planteamiento de la Corte Constitucional, en cuya jurisprudencia ha destacado la relación de correspondencia entre las cotizaciones efectuadas durante la vida laboral al Sistema General de Seguridad Social con la finalidad de no desconocer el principio de solidaridad y sostenibilidad financiera en esta materia¹⁹, asimismo, se fijó como subregla que los factores salariales a incluirse en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los cuales se efectuaron aportes o cotizaciones al sistema de pensiones.
- d) Si bien la reciente sentencia a la que se alude se pronunció sobre la forma en que debe aplicarse el régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la subregla allí contenida sobre los

¹⁸ Consejo de estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto de 2010, Radicación: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), Demandante: Luis Mario Velandia.

¹⁹ En este sentido se puede consultar, entre otras, las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015, la SU-395 de 2017 y la SU-023 de 2018 de la Corte Constitucional.

factores salariales que se deben incluir en el IBL pensional debe ser extendida al caso de las personas beneficiarias de la Ley 33 de 1985 porque, precisamente, hace referencia directa a la forma en que debe interpretarse el artículo 3 *ejusdem*, modificado por la Ley 62 de 1985, esto es, a la taxatividad de los factores computables en materia pensional.

- CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020), radicación número: 25000-23-42-000-2013-03453-01(3290-18).

En la referida providencia, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, concluyó:

- a) 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.
- b) Sobre la norma anterior que resulta oponible por virtud del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, se considera que la lectura desprevénida 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.

La anterior postura fue acogida nuevamente en fallo de tutela proferido por la Sección Segunda Subsección A del Consejo de Estado el 16 de septiembre de 2021, con ponencia del Dr. William Hernández Gómez, radicado No. 11001-03-15-000-2021-04130-01(AC).

Precisado lo anterior, se advierte que el apoderado judicial de la parte actora, señala que al demandante le asiste derecho a su reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en su último año de servicios, pues, indicó que la reliquidación pretendida debía regularse por las normas que rigen la pensión ordinaria de jubilación; así mismo indicó, que se hacía procedente dicha pretensión reliquidaría, en razón a la posición adoptada por nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional, en donde señalaba que ante la disparidad de criterios frente al tema de la reconocimiento pensional en comento, debía adoptarse la posición que resultare más favorable al trabajador.

Ha de decidir este Colectivo, conforme al criterio jurisprudencial reseñado en capítulos precedentes, que los docentes vinculados con anterioridad al 26 de

junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se les aplica el régimen pensional previsto en la Ley 91 de 1989, y como quiera que dicha norma no contempló las condiciones para adquirir la prestación pensional, ya que como lo dispuso en el literal B del numeral 2 del artículo 15, gozan del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985, en tal sentido, para efectos de la reliquidación pensional de la aquí demandante las disposiciones normativas que regulan su situación están contempladas en la precitada Ley 33 de 1985.

Aclarado lo anterior, y como quedó anotado en precedencia, la entidad accionada reliquidó la pensión de jubilación del demandante por retiro definitivo del servicio, teniendo en cuenta para el efecto, el 75% del promedio mensual de la asignación básica devengada en su último año de servicios (2003-2004); así mismo se pudo determinar que la accionante durante su último año de servicios devengó, además de la asignación básica, la prima de navidad y de vacaciones.

Bajo ese entendido y conforme a la nueva postura adoptada por nuestro Superior Jerárquico, en relación con el régimen de transición de la Ley 33 de 1985, fue acertada la decisión del Juzgado de Instancia al denegar la reliquidación pensional pretendida, por cuanto el reconocimiento pensional del demandante, si bien debía regirse por las disposiciones anteriores a la precitada Ley 33 de 1985, ellos sólo abarca lo concerniente a la edad y tiempo de servicios, pues en relación con el IBL y los factores salariales base de liquidación, quedó claramente expuesto que ellos no hacen parte de la transición y por ende estos últimos debían reconocerse conforme a los factores enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, norma esta que no contempló la prima de navidad y la prima de vacaciones, los cuales se prendían fueran incluidos en la reliquidación pensional; aunado a lo anterior, tampoco se determinó que sobre los mismos se hubiesen realizado aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones.

Finalmente, ha de decirse que si bien esta Corporación, en cumplimiento de diversas ordenes de tutela, venía accediendo a la reliquidación pensional de los docentes que se hicieron acreedores a dicho beneficio pensional en razón de lo normado en la Ordenanza 057 de 1966, con fundamento en las normas anteriores a la Ley 33 de 1985, en virtud de la transición establecida en dicha norma, dicha postura, obligatoriamente debe ser modificada, en razón a los recientes pronunciamientos jurisprudenciales que sobre la referida transición ha acogido el H. Consejo de Estado, y que inevitablemente conducen a variar la posición que se venía acogiendo sobre el particular.

En las anteriores condiciones, la Sala CONFIRMARA en su integridad la sentencia impugnada al encontrarla ajustada al ordenamiento legal.

6. La condena en costas.

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

Por su parte, el Acuerdo N° PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, señala que en tratándose de asuntos contencioso administrativos con cuantía, en primera instancia, habrá de condenarse en agencias en derecho hasta por el veinte por ciento (20%) de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia, y en segunda instancia, hasta por el cinco por ciento (5%) de las mismas.

Ahora bien, el Código General del Proceso, en su artículo 365, en cuanto a la condena en costas establece en su numeral 1º que se condenará en ellas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el

recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación, o revisión que haya propuesto, y en su num. 3º agrega: *“En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda”*.

No obstante lo anterior, esta Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, pese a haber resultado vencida en el proceso, toda vez que cuando esta dio inicio al medio de control que se analiza, tenía la firme expectativa de que sus pretensiones iban a prosperar, en razón a que la posición jurisprudencial de nuestro Superior Jerárquico, respecto del régimen de transición de la ley 33 de 1985, para ese entonces era favorable, no siendo por ende justo una condena en costas, ante el intempestivo giro argumentativo que sobre el particular adoptó la Alta Corporación.

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

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR sentencia impugnada, proferida el 20 de noviembre de 2020 por el Juzgado Séptimo Administrativo de Oralidad del Circuito de esta ciudad.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta decisión, devuélvanse las diligencias al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ANGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA


BELISARIO BELTRAN BASTIDAS
Salva voto


JOSÉ ALÉTH RUIZ CASTRO

Se suscribe esta providencia con firmas electrónica y escaneada, ante las medidas de aislamiento preventivo obligatorio decretada por el Gobierno Nacional con el fin de evitar la propagación de la pandemia del COVID-19 –coronavirus-en Colombia. No obstante, se deja expresa constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada por cada uno de los magistrados que integran la Sala de Decisión a través de la plataforma tecnológica Teams y correos electrónicos institucionales

Firmado Por:

**Jose Aleth Ruiz Castro
Magistrado
Oral 006
Tribunal Administrativo De Ibague - Tolima**

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

Código de verificación: **cc577e2d0e82cf7aa777233d426435236d8506b9ff487be9bcf0e30898f887c1**
Documento generado en 13/06/2022 03:21:21 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>