

República de Colombia
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

PONENTE: Mag. ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA

Ibagué, veintitrés (23) de junio de dos mil veintidós (2022)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: LUZ DARY LOPEZ DE NIETO
Demandada: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES
Radicación: 73001-33-33-003-2019-00166-01
Interno: 0571 - 2020

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el **Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Ibagué** el **14 de febrero de 2020**, que negó las pretensiones de la demanda, no observándose nulidad alguna que invalide lo actuado dentro del presente medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **LUZ DARY LOPEZ DE NIETO** contra el **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES**.

ANTECEDENTES

La señora **LUZ DARY LOPEZ DE NIETO**, actuando por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, presentó demanda con la finalidad de obtener mediante sentencia judicial, un pronunciamiento favorable sobre las siguientes

DECLARACIONES Y CONDENAS

Que se declare la nulidad de la **Resolución 3087 de 11 de octubre de 2018**, por medio de la cual el Fondo Territorial de Pensiones de la Gobernación del Tolima resolvió de manera desfavorable la solicitud de reliquidación de la pensión que disfrutaba la demandada, con el 75% de lo devengado en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio con la inclusión de la totalidad de los factores salariales.

Que se declare la Nulidad de la **Resolución 0037 de 20 de febrero de 2019**, a través de la cual se resolvió de manera desfavorable el recurso apelación interpuesto contra la **Resolución 3087 de 11 de octubre de 2018** y la confirmó en cada una de sus partes.

A título de restablecimiento del derecho, que se ordene a la demandada que reliquide la pensión de vejez reconocida, incluyendo la totalidad de los factores salariales percibidos en el último año de prestación de servicios.

Que se efectúe el pago retroactivo de las mesadas pensionales de la señora **LUZ DARY LOPEZ DE NIETO** sobre los valores que correspondan, debidamente indexadas desde la causación del derecho.

Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 192 y 197 del CPACA.

El anterior petitum fue cimentado por la parte actora en los siguientes,

HECHOS

Que la demandante ingresó al servicio docente del Departamento del Tolima el **15 de enero de 1968**.

Que se le reconoció pensión de jubilación por parte del hoy llamado Fondo Territorial de Pensiones del Departamento del Tolima, al cumplir 20 años de servicio docente al Departamento del Tolima mediante **Resolución 02654 de 31 de octubre de 1988**, con fundamento en la ordenanza 057 de 1966, es decir 20 años de servicio sin contemplar la edad.

Que a través de la **Resolución 02253 de 5 de diciembre de 2003**, la Secretaría Administrativa del Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones, reliquidó la pensión reconocida a la señora demandante, por retiro definitivo con el 75% de lo devengado en el último año de servicios anterior al retiro.

Que, mediante escrito de **25 de septiembre de 2018**, la señora **LUZ DARY LOPEZ DE NIETO**, solicitó a través de apoderado judicial la reliquidación de la pensión que disfruta con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio, solicitud que fue resuelta de manera desfavorable a través de la **Resolución 3087 de 11 de octubre de 2018** y confirmada a través de la **Resolución 0037 de 20 de febrero de 2019**

Por considerar que el reconocimiento de la pensión no se ajusta a derecho, la parte demandante acudió a este medio de control pretendiendo que se ordene la reliquidación de su pensión, teniendo en cuenta el 75% de lo devengado en el último año de servicios incluyendo en su determinación la totalidad de los factores salariales devengados en ese periodo.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas violadas se indicaron en la demanda los siguientes:

Artículos 23, 29, 48, 53, 58, 150, 209 y 289 de la Constitucional Nacional. artículo 1; párrafo 2 de la ley 33 de 1985; la ley 62 de 1985; El decreto 3135 de 1968, la ley 6 de 1946; el Artículo 45 del decreto 1045 de 1978, Decretos 3135 de 1968 y 3752 de 2003.

Refiere que la pensión de la cual es titular la demandante tuvo sustento normativo en la Ordenanza 057 de 1966 que consagraba un reconocimiento pensional a favor de los maestros del sector oficial.

Que pese a la declaratoria de nulidad por inconstitucional de la Ordenanza 57 de 1966, el Tribunal Administrativo del Tolima, en sentencia confirmada por el Consejo de Estado el 29 de noviembre de 1993, ha reconocido a dicha pensión el carácter de ordinaria y, por tanto, sometida a las normas que regulan la pensión ordinaria de jubilación de los docentes en cuanto a los factores que conforman la base para su liquidación, sin discriminación alguna.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones por carecer de sustento factico y jurídico (fls 101 a 112 expediente digitalizado).

Indicó que el reconocimiento de la pensión de la actora fue otorgado en apoyo de los artículos 25 y 26 de la Ordenanza No. 057 de 1966, que fue declarada nula mediante sentencia del 13 de diciembre de 1992 expedida por el Tribunal Administrativo del Tolima, confirmada por el Consejo de Estado en providencia del 04 de noviembre de 1993.

Manifestó que la reliquidación pensional pretendida por la demandante no resulta procedente porque la norma que sustentó el reconocimiento de la pensión fue retirada del ordenamiento jurídico, por lo tanto, no es dable acceder a un incremento de la mesada incluyendo nuevos factores salariales, soportando tal determinación en un análisis de legalidad con fundamento en la Ley 6 de 1945, Ley 4 de 1966, Ley 33 de 1985 o Decreto 1045 de 1978.

Afirmó que la posición del Departamento del Tolima - Fondo Territorial de Pensiones ha sido que, si bien se reconoce que el solicitante se encuentra en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, para efectos de determinar los factores o haberes sobre los que se debe liquidar la pensión se aplica la Ley 33 de 1985, modificada parcialmente por la Ley 62 de 1985 de tal manera que dichos factores salariales son taxativos

SENTENCIA RECURRIDA

El **Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Ibagué**, mediante sentencia proferido el **14 de febrero de 2020**, negó las pretensiones de la demanda sin condenar en costas a la parte demandante (fls 206 a 217 expediente digitalizado).

Para arribar a tal conclusión, planteó como problema jurídico el determinar si procede o no la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante, con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior al retiro del servicio, atendiendo a que su pensión se reconoció bajo los postulados de la ordenanza 057 de 1966.

Luego de realizar un recuento sobre las posiciones encontradas que existen en nuestro órgano de cierre frente a la procedencia de reliquidar las pensiones de los empleados públicos, a quienes se les reconoció su pensión bajo los parámetros de la anulada ordenanza 057 de 1966, concluye que en la actualidad no existe una posición unificada ni reiterada con relación a dicho asunto pero que, al existir dos interpretaciones contrarias pero razonables frente al mismo tema, en uso de los poderes constitucionales y legales para la defensa de los derechos fundamentales, consideró que las circunstancias más favorables existentes sobre la materia sometida a juicio, so pena de incurrir en una violación directa del artículo 53 de la Constitución Política, era la tesis planteada por el Consejo de Estado en providencia del 18 de febrero de 2010 que sostiene la posibilidad de reliquidar ésta prestación en el contexto de una pensión ordinaria de jubilación docente, haciendo énfasis en la Sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2-2019, a través de la cual se estableció por el Consejo de Estado como debía

calcularse el IBL en el Régimen Pensional, determinando igualmente la normatividad aplicable para la liquidación de la pensión de esta clase de servidores públicos.

Descendiendo al caso concreto recordó que para hacerse acreedora de la pensión de jubilación con base en la Ordenanza 057 de 1966, la demandante debía acreditar únicamente 20 años de servicio, indistintamente de la edad que tuviera para ese momento. Es por ello que se le reconoció la pensión mensual de jubilación a la demandante cuando cumplió 20 años de servicio, sin tener en cuenta la edad.

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

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

Que del certificado de salarios del último año de servicio aparece que, además de la asignación básica que le tuvo en cuenta la entidad al momento de reliquidar su pensión por retiro del servicio, la demandante devengó prima de navidad y prima de vacaciones, que no están enlistadas en la norma y tampoco se acreditó que sobre ellas se hubieran realizado aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, situación por la cual debían despacharse de manera desfavorable las pretensiones de la demanda.

IMPUGNACIÓN

Mediante apoderado, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por el **Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Ibagué**, solicitando su revocatoria para que, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda (fls. 224 a 228 expediente digitalizado).

Indica que, al denegar el reconocimiento y reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, se está quebrantando el ordenamiento jurídico y, de igual forma, se está desconociendo el principio de favorabilidad resguardado y desarrollado con la línea jurisprudencial que por vía de tutela ha venido trazando el Consejo de Estado, la que además resulta convergente con la Jurisprudencia de la Corte Constitucional; para señalar que, en aplicación del principio de favorabilidad estipulado en el artículo 53 de la Constitución Nacional, ante la disparidad de criterios que existen frente al tema debe adoptarse aquel que resulte más favorable a los intereses del trabajador, por consiguiente la pensión reconocida a los docentes conforme la Ordenanza 057 de 1966, para efectos de su reliquidación debe sujetarse a las normas que regulan la pensión de jubilación de los docentes, y sobre tal egida, bajo la ponderación de los parámetros legales aplicables - Ley 6ª de 1945 - posición que refuerza los pedimentos incoados con la demanda.

TRÁMITE DE LA IMPUGNACIÓN

Mediante auto del **12 de abril de 2021**, por reunir los requisitos legales, se admitió el recurso de apelación interpuestos por la apoderada de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el **Juzgado Tercero Administrativo de Ibagué** el **14 de febrero de 2020**.

En los términos de lo dispuesto en el artículo 247 del CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, se advierte que desde la notificación del auto que concede la apelación y hasta la ejecutoria de la providencia que admitió el respectivo recurso, los sujetos procesales no efectuaron pronunciamiento alguno.

De igual manera, de acuerdo con la constancia secretarial de ingresó para decisión de fondo de fecha 3 de mayo de 2021, se advierte que la providencia de 12 de abril de 2021 que admitió el recurso de apelación fue notificada al agente del Ministerio Público el 22 de abril de 2021, quien guardó silencio dentro del término concedido para rendir concepto.

Encontrándose el proceso en estado de decidir, a ello se procede, con base en las siguientes,

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

De conformidad con el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el **Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Ibagué**, de fecha **14 de febrero de 2020**, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente asunto consiste en establecer si la parte actora, en su condición de beneficiaria de una pensión reconocida bajo la Ordenanza 57 de 1966, retirada del ordenamiento jurídico, tiene derecho a que se le reliquide la pensión que disfruta con el 75% de lo devengado en el último año de servicios, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al retiro, por ser beneficiaria del régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985 como lo sostiene en el escrito de apelación, o si, por el contrario, como lo concluyó el A quo, no es dable reliquidar la pensión de la demandante, para incluir en su monto la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, por cuanto, la reliquidación que solicita debe hacerse conforme a las normas aplicables para las pensiones ordinarias de los empleados públicos, en este caso, la ley 33 de 1985 y en los términos estrictos en los que procede su aplicación.

TESIS DE LA SALA

Consiste en afirmar que debe confirmarse la sentencia impugnada, pues si bien es cierto, en aplicación del principio de favorabilidad, las pensiones reconocidas bajo la Ordenanza 057 de 1966, pese a su declaración de nulidad, pueden ser objeto de revisión para su reliquidación, aplicando la normatividad aplicable a la generalidad de los servidores públicos, conforme a los parámetros establecidos por el Consejo de Estado en Sentencia

del año 2010, también es cierto que no procede la inclusión dentro de la reliquidación solicitada, de factores salariales diferentes a los reconocidos a la demandante al momento de reliquidarse su pensión por retiro definitivo del servicio, pues no acreditó que durante su último año de servicios devengara otros emolumentos previstos en la Ley 62 de 1985 como factores de liquidación pensional, diferentes a su asignación básica, toda vez que la aplicación del régimen de transición previsto en el inciso primero del párrafo segundo de la Ley 33 de 1985, solo se aplica a la demandante en lo referente a la edad para alcanzar su pensión.

FUNDAMENTO DE LA TESIS DE LA SALA

DE LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN OTORGADAS EN APLICACIÓN DE LA DESAPARECIDA ORDENANZA 057 DE 1966 - LAS DOS TESIS DE LA SECCIÓN SEGUNDA DEL CONSEJO DE ESTADO

El problema jurídico que se debate en el sub lite hace referencia a la revisión de la liquidación de la pensión de jubilación, reconocida a un docente con base en la Ordenanza 057 de 1966, norme que desapareció de la vida jurídica a través de sentencia proferida por esta corporación y confirmada por el Consejo de Estado.

Al respecto pueden reconocerse dos posiciones jurisprudenciales, representada la primera, en lo expresado en la sentencia proferida el 07 de junio de 2007¹, en la cual se indicó por parte de la sección segunda del Consejo de Estado lo siguiente:

{...} En estas condiciones mal podría la Sala reconocer un emolumento con base en una norma que ya fue declarada nula. En otras palabras, la Ordenanza no le sirve al demandante de sustento de su pretensión. La administración en el acto administrativo demandado negó el derecho al peticionario, entre otros, bajo el argumento de que la liquidación pensional se efectuó con fundamento en la Ordenanza 57 de 1966. El estudio de legalidad del acto conforme a los argumentos que expresa el demandante y que adujo ante la administración, tendientes a que se incluyan en su liquidación todos los sueldos devengados en el último año de servicios, incluidos la prima de navidad y académica, implicaría para la Sala, necesariamente, revisar la decisión acusada a la luz de la disposición ordenanzal 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.

La segunda posición jurisprudencial puede encontrarse en un pronunciamiento de la misma Subsección, que en sentencia de 18 de febrero de 2010², consideró que a pesar de que la pensión ha sido reconocida en los términos de la Ordenanza 057 de 1966, para efectos de su reliquidación esta debería sujetarse a las normas que regulan la pensión ordinaria de jubilación de los docentes. Señaló esta providencia lo siguiente:

En punto a la solicitud de reliquidación de la mesada pensional destaca la Sala que no se comparten los argumentos consignados en la providencia recurrida sobre la imposibilidad de peticionar esta reliquidación y el reajuste del derecho pensional por haberle sido reconocida en virtud de la Ordenanza 057 de 1966 que finalmente fue

¹ Consejo De Estado, Sección Segunda - Subsección "B", proferida en junio siete (7) de dos mil siete (2007), siendo C. P. el Dr. ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO- Expediente con radicación 73001233100020000366901

² Radicación No.73001233100020040250901 (1874-2007), CP. Gerardo Arenas Monsalve. Actor: Ana Lindelia Valderrama Parra. Demandado: Departamento del Tolima, Fondo Territorial de Pensiones.

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 (...)” (Subrayas y negrilla de la Sala).

Es más, esta tesis ya había sido esbozada por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 24 de abril de 1997³, en la que se señaló que “*el hecho de que estos docentes del departamento por virtud del artículo 25 de la Ordenanza 57 pudieran acceder a la pensión de jubilación ordinaria en una forma más ventajosa que la fijada a los demás servidores públicos (...), solo significa que se trata de una pensión de jubilación con regulación especial, no de una pensión especial diferente a la de jubilación*”, ya que esa Ordenanza “*no creó una prestación especial sino que lo que hizo fue señalar unos requisitos especiales para el reconocimiento de la pensión de jubilación de los maestros*”.

Con base en las razones expuestas, la Sala concluye que existen dos posiciones divergentes sobre la procedencia de revisar la reliquidación de una pensión reconocida bajo los postulados de la extinta Ordenanza 057 de 1966.

La Corte Constitucional ha señalado, que al existir dos posiciones contrarias frente al mismo tema se deben considerar las circunstancias más favorables existentes sobre la materia sometida a juicio, en aplicación directa del artículo 53 de la Constitución Política, por lo que la Sala acogerá la tesis planteada por nuestro órgano de cierre en la providencia de 2010, atrás referida y revisará la procedencia de la reliquidación de la pensión que disfruta el actor, a la luz de las normas que regulan la pensión de jubilación del sector docente.

Sería del caso entrar a pronunciarse de fondo, sobre la viabilidad de reliquidación de la pensión reconocida a la actora con fundamento en una ordenanza que desapareció del ordenamiento jurídico, si no se observara que tal discusión ya resulta intrascendente en este momento pues la pensión que disfruta la demandante y sobre la cual solicita su reliquidación es la reconocida mediante Resolución 0309 del 2127 de 27 de noviembre de 2003, en la que el Fondo Territorial de pensiones del Tolima, reliquidó la pensión de la demandante, con base en el 75% del promedio de lo devengado en concepto de asignación básica durante el año inmediatamente anterior al retiro, es decir, entre el 27 de diciembre de 2001 y el 26 de diciembre de 2002 con fundamento en las normas de las leyes 33 y 62 de 1985, pensión cuya financiación fue compartida en proporción con los tiempos de servicio con el Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, atendiendo a la condición de docente público de la pensionada.

Del régimen pensional del personal docente.

Teniendo en cuenta, lo señalado en la jurisprudencia del Consejo de Estado al referirse al régimen especial de los docentes, es claro que la especialidad de este régimen, comprende entre otros aspectos, el ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de estos servidores (artículo 3º del Decreto 2277 de 1979), pero no regula lo relativo al

³ Expediente 13.005, CP. Dolly Pedraza de Arenas.

régimen pensional, por lo que resulta obligatoria, para ese propósito, la remisión a las normas que disponen esta prestación para los empleados públicos del orden nacional.

En relación con la pensión de los docentes, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 estableció:

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 1o. 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.

Este régimen pensional vigente para el sector público nacional, dependiendo del tiempo y de la entidad a la que se prestó el servicio, ha presentado variaciones en su alcance y características, tal como se reseña a continuación:

Ley 6ª de 1945

En materia pensional estableció dicha prestación para los servidores públicos nacionales, extendiéndose posteriormente, en aplicación de otros mandatos, a los servidores públicos del orden territorial. Esta ley dejó de aplicarse para los empleados nacionales con la expedición del Decreto Ley 3135 de 1968 que reguló la materia para ese grupo, mientras que los empleados territoriales dejaron de estar sometidos a esta ley con la expedición de la Ley 33 de 1985. En el interregno, el legislador promulgó algunos regímenes especiales en materia pensional y también dictó algunas normas relevantes sobre el mismo asunto, aplicables para determinadas actividades

Decreto Ley 3135 de 1968

Señaló, para el ámbito nacional que 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, tendría derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pagara una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al **75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio**, con excepción de aquellas personas que se desempeñen en actividades expresamente determinadas por ley.

Igualmente estableció, que a los empleados que a la fecha del Decreto, hubiesen cumplido dieciocho años continuos o discontinuos de servicios, en cuanto a la edad de jubilación, se les seguiría aplicando las disposiciones anteriores.

Respecto a quienes se hallaren retirados del servicio, con veinte (20) años de labor continua o discontinua, tendrían derecho cuando cumplieran los 50 años de edad, a una pensión de jubilación que se reconocería y pagaría de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Decreto No. 1848 de 1969, reglamentario del Decreto Ley 3135 de 1968, estableció que la cuantía de la pensión, sería el equivalente al **setenta y cinco (75%) por ciento del**

promedio de los salarios y primas de toda especie devengados durante el último año de servicios.

Decreto Ley 1045 de 1978, en su artículo 45, modificó el anterior decreto al señalar expresamente los factores salariales que se tendrían en cuenta para el reconocimiento de la pensión de jubilación, así:

- 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,
- m. Las primas y bonificaciones que hubieren sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.

De esa manera, la pensión de jubilación consagrada en el Decreto Ley 3135 de 1968 se continuó reconociendo hasta la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, pero ya no sobre los salarios y primas de toda especie como lo indicaba el Decreto 1848 de 1969, sino solo sobre los factores explícitamente relacionados en el artículo 45 de este Decreto Ley.

Ley 33 de 1985

Esta norma que sirvió de preámbulo al régimen pensional de carácter general señaló, en su artículo primero, que el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al **setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que haya servido de base para los aportes durante el último año de servicio**.

Del contenido del artículo 1º de esta ley, se deduce que la misma le es aplicable al sector público sin distinción, es decir, a los empleados oficiales de todos los niveles (nacional y territorial), exceptuando de su aplicación a los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

Así mismo, en los parágrafos segundo y tercero del mencionado artículo 1° esta Ley, creó tres circunstancias transicionales del régimen creado por esa norma, las cuales condicionaban su aplicación así:

PARÁGRAFO 2º. *Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, **continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación** que regían con anterioridad a la presente Ley.*

*Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, **actualmente se hallen retirados del servicio**, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55), si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.*

PARÁGRAFO 3º. *En todo caso, los empleados oficiales que a la vigencia de esta Ley, **hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación**, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley. (Resaltado por la Sala)*

A su vez, en su artículo 3º señala que todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier caja de previsión **deben pagar los aportes** que prevean las normas de dicha caja.

La **Ley 62 de 1985**, modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, señalando en forma explícita los factores salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación de los empleados del orden nacional, así:

- a) asignación básica;
- b) gastos de representación;
- c) primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación;
- d) dominicales y feriados;
- e) horas extras;
- f) bonificación por servicios prestados; y
- g) trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

De manera expresa señaló dicha modificación que, **en todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.**

Cabe señalar que esta previsión legal se incluyó en los mismos términos, **pero ahora como una disposición de carácter constitucional**, a través del Acto Legislativo No. 01 de 2005 que modificó el artículo 48 de nuestra Carta Magna.

Por último, si bien es cierto que el régimen de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993 no resulta aplicable a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud de lo señalado en el inciso segundo de su artículo 279, también lo es que, conforme a la Ley 812 de 2003, los docentes que se vincularon con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha norma -27 de junio de 2003-, les resulta aplicable el régimen de prima media con prestación definida contenido en el Sistema General de Pensiones.

Los anteriores argumentos fueron recogidos por la **Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado**, quien en providencia de 25 de abril de 2019⁴, concluyó que no es posible tener en cuenta al momento de reconocer la pensión del personal docente la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios. En la referida providencia textualmente se plasmó:

62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

• En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

63. Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

64. De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

65. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

(...) 67. En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- ✓ Edad: 55 años
- ✓ Tiempo de servicios: 20 años
- ✓ Tasa de remplazo: 75%

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente: César Palomino Cortés, Sentencia de unificación SUJ-014 - CE-S2 -2019, del 25 de abril de dos mil diecinueve (2019). Expediente: 680012333000201500569-01 N.º Interno: 0935-2017 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Abadía Reynel Toloza Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag -

- ✓ *Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.***

Frente al carácter vinculante de la anterior decisión, la misma Sección Segunda fue clara en determinar lo siguiente:

Efectos de la presente decisión

1. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, “La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura - autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen **valor vinculante** por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política. **Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio**”.
2. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que **las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias**; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.
3. Como se ha dicho, **los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia. (...)**”

CASO CONCRETO

Establecido lo anterior, corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el **Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial** de Ibagué el **14 de febrero de 2020**, mediante la cual decidió que, si bien, en aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral, acogía la tesis del Consejo de Estado en la que sostuvo que las pensiones de jubilación reconocidas bajo la ordenanza 057 de 1966, declarada nula, pueden ser objeto de reliquidación, asimilando la misma a la pensión de jubilación aplicable de manera ordinaria al sector docente, es decir las leyes 33 y 62 de 1985; revisando el material probatorio, la demandante no tenía derecho a incluir factores salariales a los ya reconocidos al momento de reliquidársele su pensión por retiro del servicio en el año 2003.

Anotado lo anterior, considera la Sala que, como efectivamente como lo concluyó el A quo, resulta procedente la reliquidación de la pensión reconocida a la actora bajo los

postulados de la desaparecida ordenanza 057 de 1966 pero con las normas que rigen al sector oficial docente de manera general, razón por la cual se concluye que incurre en yerro la parte apelante al manifestar que el régimen pensional de la actora es el previsto en la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 1045 de 1978, por haber laborado más de 15 años con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 por cuanto, si bien es cierto la demandante demostró que a 29 de enero de 1985, fecha en la que entró a regir la mencionada Ley, contaba con más de 15 años de servicio, el régimen de transición previsto para tal situación indica que se aplicará **la edad prevista para pensión en el anterior régimen**, pero en lo demás, se le dará plena aplicación a la Ley 33 de 1985. En ese orden de ideas, su régimen de transición le permitía obtener su status de pensionada al momento de cumplir con los 50 años de edad para ser acreedora a la pensión de jubilación, en los términos del régimen de transición de la Ley 33 de 1985 en la modalidad a ella aplicable, por lo que al no haberse retirado del servicio al cumplimiento de sus 50 años, su pensión se liquida en forma normal en su condición de docente oficial, sujeto a las normas pensionales de las Leyes 33 y 62 de 1985, tomando en cuenta que su retiro del servicio ocurrió el **17 de enero de 2003**.

Frente a la forma correcta de interpretar el régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985, nuestro órgano de cierre en providencia de 8 de julio de 2021, sostuvo lo siguiente⁵:

(..) En cuando a los factores salariales, esta Corporación en sentencia del 4 de agosto de 2010⁶ asumió la posición jurisprudencial según la cual la Ley 33 de 1985 no indicó en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que estos fueron simplemente enunciados, lo que no impedía la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador en el último año de servicio.

No obstante, el anterior razonamiento fue superado por la Sala Plena del Consejo de Estado en la sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2018⁷ cuando fijó como subregla que los factores salariales a incluirse en el IBL son únicamente aquellos sobre los cuales se efectuaron aportes o cotizaciones al sistema de pensiones, al sostener que:

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

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "B" Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS sentencia de ocho (8) de julio de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 54001-23-31-000-2002-01431-02(1869-13)

⁶ 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.

⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018. Expediente 2012-00143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro.

progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

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

*Así las cosas, si bien la sentencia citada ut supra 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 sobre los factores salariales a incluirse en el IBL pensional debe ser extendida al caso de los beneficiarios de la Ley 33 de 1985 en cuanto hace referencia directa a la forma en la cual debe interpretarse el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de 1985. (Resalta la Sala)***

La misma corporación el **26 de agosto de 2021** preceptuó lo siguiente frente a la forma correcta de interpretar el régimen de transición establecido en la ley 33 de 1985 así⁸:

“(…) En conclusión, de conformidad con el régimen de transición establecido por la Ley 33 de 1985 en el inciso 1º del párrafo 2º de su artículo 1º, 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.

*Ahora bien, sobre la norma anterior que resulta oponible por virtud del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, se considera que la lectura desprevenida del párrafo 2º de su artículo 1º, **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.**”*
(Resaltado autoría)

En consecuencia, la decisión de primera instancia debe mirarse, en este momento, a la luz de lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985 y con las previsiones constitucionales del Acto Legislativo 01 de 2005, y dentro de los lineamientos trazados por la Sección Segunda del Consejo de Estado dentro de la Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019.

⁸ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda subsección “B” Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ sentencia de veintiséis (26) de agosto de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 25000-23-42-000-2015-06404-01(1533-20)

Teniendo en cuenta lo anterior, existe claridad que al ser la demandante beneficiaria plena de la Ley 33 de 1985, al no haberse retirado a la edad de 50 años del servicio, **única prerrogativa que le era aplicable en transición pensional**, para efectos del reconocimiento de su pensión de vejez, **los factores sobre los cuales debe reconocerse la misma, por mandato legal y prevalencia jurisprudencial, son los establecidos en el artículo 1 de la ley 62 de 1985.** Ahora bien, en la resolución que le reliquidó la pensión a la actora, se señaló que el factor que se tuvo en cuenta para efectuar la liquidación de la misma fue la **asignación básica**.

De acuerdo con las consideraciones generales ya planteadas y su aplicación al caso concreto, a la demandante, si los devengó, debieron tenerse en cuenta los siguientes factores salariales: **asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.**

Observando el certificado de salarios del año anterior al retiro del servicio que obra a folio 66 del cuaderno principal digitalizado se tiene que, además de la **asignación básica**, incluida en la liquidación efectuada al momento del retiro del servicio, la demandante devengó, la **prima de navidad y prima de vacaciones** en ese periodo, las cuales no se encuentran relacionadas en la Ley 62 de 1985, razón por la cual no resulta procedente su inclusión para tal propósito.

En ese orden de ideas, y conforme con la normatividad aplicable al presente asunto, la Sala considera que la demandante, NO tiene derecho a que la entidad demandada reliquide y pague su pensión de jubilación, incluyendo **como factores pensionales prima de navidad y prima de vacaciones**, devengadas durante el año inmediatamente anterior al retiro del servicio, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 62 de 1985, pues los factores salariales para el reconocimiento de la pensión de los servidores públicos a quienes se les aplica la ley 33 de 1985, entre ellos los docentes, son los establecidos taxativamente en la misma ley.

Así las cosas, la sentencia proferida por el **Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué el 14 de febrero de 2020** ha de confirmarse sin más consideraciones al respecto.

COSTAS

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso.

De conformidad con lo anterior, se observa que el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará en costas 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.

En lo que respecta a las agencias en derecho, el Consejo de Estado ha sostenido que estas deben ser fijadas atendiendo la posición de las partes, y en aplicación a las tarifas contempladas en los acuerdos 1887 de 2003 y 10554 de 2016 expedidos por el Consejo

Superior de la Judicatura, según sea el caso, resaltando que el mismo ordenamiento jurídico advierte que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas.

Visto lo anterior, considera este ponente que se debe condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante, teniendo en cuenta que se resuelve de manera desfavorable el recurso de apelación en virtud de la gestión realizada.

No obstante, considera la Sala Mayoritaria que en el presente asunto no se hace procedente la condena en costas, teniendo en cuenta que la discusión pensional objeto de la litis se aclaró en virtud de un cambio jurisprudencial.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia del **14 de febrero de 2020**, proferida por el **Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Ibagué**, que **NEGÓ** las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen, realizando las anotaciones de rigor y dejando las constancias correspondientes en el sistema “Siglo XXI”.

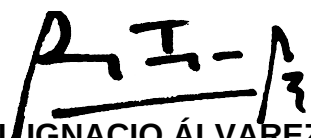
En cumplimiento de las medidas de aislamiento preventivo decretadas por el Gobierno nacional para evitar la propagación del COVID 19, esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión mediante la utilización de medios electrónicos

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


BELISARIO BELTRAN BASTIDAS
Salva Voto


LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA


ANGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
MAG. PONENTE: DR. ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA

Ibagué, veintitrés (23) de junio de dos mil veintidós (2022)

Expediente: 73001-33-33-003-2019-00166-01
Medio de Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho
Accionante: Luz Dary López De Nieto
Accionado: Departamento Del Tolima - Fondo Territorial De Pensiones
Tema: Reliquidación De Pensión -Ordenanza 057 De 1966.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto procedo a presentar las razones que me llevan a salvar el voto en la sentencia emitida dentro del proceso de la referencia, en los siguientes términos:

La parte demandante solicita que le reliquiden su pensión, con el 75% de todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro de su servicio, pensión que le fue reconocida mediante Resolución No. 02654 del 31 de octubre de 1988, con fundamento en la ordenanza 057 de 1966, sin incluir la totalidad de los factores salariales percibidos durante el último año de servicios.

Al respecto, se advierte que sobre la presente litis el Consejo de Estado ha venido manejando 2 posiciones, en cuanto a la reliquidación pensional que ha sido reconocida bajo los lineamientos de la Ordenanza 057 de 1966. En la primera posición, se accede a pretensiones dando aplicación al principio de favorabilidad, al considerarse que la pensión de jubilación reconocida bajo la Ordenanza 057, reviste el carácter de especial al haberse otorgado con una norma diferente a la Ley, para lo cual el Consejo de Estado en una de sus posiciones, le ha reconocido el carácter de ordinaria, sujeta a las normas que regulan la pensión ordinaria de jubilación de los docentes, en cuanto a los factores que conforman la base liquidatoria.

Dicha postura ha tenido un significativo número de sentencias expedidas por este tribunal donde negaban la reliquidación pensional, empero dichas decisiones han sido objeto de amparos constitucionales por parte del

Consejo de Estado, en las que ha precisado de manera invariable que se debe acoger el criterio más favorable en relación con dicho tema, es decir, el adoptado en providencia del 18 de febrero de 2010 proferida dentro del proceso con radicación N°.1874-2007, C.P Gerardo Arenas Monsalve¹, 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 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...” (Subrayas fuera de texto).

Sumado a ello, es de resaltar que en sentencia T-024 del 05 de febrero de 2018, la Corte Constitucional se pronunció sobre la naturaleza jurídica de la pensión reconocida bajo los preceptos de la ordenanza 057 de 1966 y la procedencia de la reliquidación de la misma, donde sostuvo que el amparo constitucional surge a partir de la violación directa de la carta magna y el principio de favorabilidad, y no al precedente judicial, para lo cual mencionó:

“(...)”

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

¹ 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

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 1993². 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 2007³, que expresamente indicó:

“Conforme a lo expuesto, si la reliquidación de la pensión a la que aspira el demandante tiene su fundamento en lo

² C. P. Álvaro Lecompte Luna.

³ M. P. Alejandro Ordoñez Maldonado.

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 pensionario, entre otros, bajo el argumento de que la liquidación pensional se efectuó con fundamento en la Ordenanza 57 de 1966. El estudio de legalidad del acto conforme a los argumentos que expresa el demandante y que adujo ante la administración, tendientes a que se incluyan en su liquidación todos los sueldos devengados en el último año de servicios, incluidos la prima de navidad y académica, implicaría para la Sala, necesariamente, revisar la decisión acusada a la luz de la disposición (Ordenanza) que sirvió de sustento al acto de reconocimiento y liquidación de la prestación, disposición que ya ha desaparecido del ordenamiento jurídico, motivo por el cual no están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda”.

*25.2 La **segunda interpretación** es aquella que precisa que a pesar de que el fundamento normativo de las pensiones de estos docentes fue declarado nulo, ello no puede suponer que tales prestaciones queden en un vacío jurídico respecto de los demás aspectos que pueden surgir a partir del reconocimiento de una pensión. En esa medida, es claro que para efectos de la reliquidación de las pensiones concedidas bajo la Ordenanza anulada, tales pensiones están sujetas a las normas que regulan las pensiones ordinarias de los docentes. En efecto esta postura, fue recogida, entre otras por la sentencia del 18 de febrero de 2010⁴, 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

⁴ M. P. Gerardo Arenas Monsalve.

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.

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.”.

Ahora bien, en este punto es de resaltar que el Tribunal venía siguiendo la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, de acuerdo a lo señalado por dicho órgano en las sentencias de tutela del 3 de julio de 2019⁵ y 10 de mayo de 2018⁶, donde ordenó a esta Corporación expedir una nueva sentencia accediendo a las pretensiones de la demanda, dando aplicación al principio de favorabilidad, pues así se dejó sentado en los fallos judiciales proferidos

⁵ Ver sentencia con radicación No. 11001-03-15-000-2019-01592-00, CP: Ramiro Pazos Guerrero

⁶ Ver sentencia con radicación No. 11001-0315-000-2017-01222-01, C.P: Stella Jeannette Carvajal Basto

dentro de los procesos con radicación 73001-33-33-007-2015-00179-01⁷ MP: José Aleth Ruiz Castro, No. 73001-33-33-002-2015-00024-01⁸ MP. Luis Eduardo Collazos Olaya y el No. 73001-33-33-751-2015-00214-01⁹ MP. Carlos Arturo Mendieta Rodríguez.

Ante dichas circunstancias, el suscrito observa que la demandante al ser beneficiaria del régimen de transición contenido en la Ley 33 de 1985, como quiera que **adquirió su status pensional en el año de 1988**, y a diferencia de lo señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no estableció el ingreso base de liquidación para estas personas, y en tal sentido, pensar que únicamente está relacionado con la edad, desmejoraría los derechos de los beneficiarios, razón por la que consideró que debe acogerse no sólo lo relacionado con la edad sino también el tiempo de servicio y el monto de la pensión del régimen anterior a la expedición de la Ley 33, y ante dicho escenario, no habría lugar a que en el caso bajo estudio se dé aplicación a la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 agosto de 2018, pues esta se refiere a las personas beneficiarias del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior, la demandante al ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, el régimen pensional que le cobija sería el contenido en la Ley 6ª de 1945, y por ello la liquidación de su pensión debió haberse realizado con el 75% del salario promedio devengado durante el año anterior a su retiro definitivo, incluyéndose todos los factores salariales enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, y ante ello, consideró que la decisión proferida por el Juez de primera instancia debía ser revocada, al ser procedente acceder a las pretensiones de la demanda y ordenar la reliquidación pensional de la accionante, reiterándose, que la parte accionante no esta inmersa en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Estas son las razones que me llevan a salvar el voto frente a la decisión mayoritaria.


BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS
Magistrado

⁷ Fecha de expedición de la sentencia del 19 de septiembre de 2019.

⁸ Fecha de expedición de la sentencia del 14 de junio de 2018.

⁹ Fecha de expedición de la sentencia 15 de junio de 2018.