

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA

Ibagué, 3 de marzo de dos mil veintidós (2022).

**RADICACIÓN:** 73001-33-33-010-2019-00325-00  
**Nº INTERNO:** 611/2021  
**MEDIO DE CONTROL:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**DEMANDANTE:** GONZALO CRUZ  
**DEMANDADO:** DEPARTAMENTO DEL TOLIMA - FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES  
**REFERENCIA:** APELACIÓN SENTENCIA

Procede la Sala<sup>1</sup>, a resolver el recurso de alzada interpuesto por la parte demandante contra la **sentencia del 11 de junio del 2021**, proferida por el **Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Ibagué**, dentro del proceso promovido por **Gonzalo Cruz** contra el **Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones**, que negó las súplicas de la demanda.

### ANTECEDENTES.

#### La demanda.

Mediante apoderado, el señor Gonzalo Cruz, y en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento de derecho, consagrado en el artículo 138 del C. de P. A. y de lo C. A., pretende se declare la nulidad de **i.** la **Resolución No. 1298 del 10 de mayo de 2019**, “*Por medio de la cual se resuelve Derecho de Petición de reliquidación pensional*” expedida por la Secretaría Administrativa y la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones (Fls. 28 a 31 documento 003\_ ANEXOS, expediente digital), **ii.** el Acto Administrativo ficto que se configuró con el silencio de la administración frente al recurso de apelación interpuesto el 4 de julio de 2019 por el actor, **con radicado 2019E029174UAC** (Fls. 32 a 39 documento 003\_ ANEXOS, expediente digital).

Como consecuencia de ello, solicita:

Declarar que el señor Gonzalo Cruz, tiene derecho a que el Departamento del Tolima – Dirección Fondo Territorial de Pensiones reliquide y pague pensión de jubilación,

---

<sup>1</sup> Atendiendo las pautas establecidas desde el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual se imparten instrucciones en virtud del “**Estado de Emergencia económico, social y ecológico**” decretado en el territorio nacional, y con fundamento en los estragos de la pavorosa plaga clasificada como SARS-CoV-2 por las autoridades sanitarias mundiales de la OMS, causante de lo que se conoce como la enfermedad del Covid-19 o popularmente “*coronavirus*”; y el Acuerdo PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual se tomaron medidas por motivos de salubridad pública, **la presente providencia fue discutida, aprobada y firmada por la Sala a través de correo electrónico y se notifica a las partes por el mismo medio.**

incluyendo todos los factores salariales que devengó durante el año inmediatamente anterior al retiro definitivo del servicio.

Se condene a título de restablecimiento del derecho al Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones, ordenando:

1. El reconocimiento, reliquidación y pago de la pensión de jubilación al actor Gonzalo Cruz, tomando para ello no solo la última asignación básica sino también incluyendo todos los haberes devengados, tales como la prima de navidad, prima de alimentos y la prima de vacaciones y demás factores percibidos el último año de servicios.
2. 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.
3. Que sobre las sumas adeudadas se indexe los valores causales tomados como cómputo del IBL a valor real y presente de manera previa al trámite del punto uno.
4. 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.
5. Liquidar la nueva mesada pensional y en consecuencia liquidar 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.
6. En caso se ordenarse descontar los aportes devengados y no cotizados, se realice a partir del momento en que empezó a devengarlos.
7. Cumplir la sentencia dentro del término establecido por el artículo 192 del C. de P. A. y de lo C. A.
8. El pago de las costas y agencias en derecho.

#### **Fundamentos fácticos.**

En forma sucinta, el apoderado de la parte demandante expuso los siguientes hechos (Fls. 3 documento 02 DEMANDA, expediente digital):

a) El señor Gonzalo Cruz, nació el 10 de enero de 1938, prestó sus servicios desde el 11 de julio de 1961 al 5 de febrero del 2003, de manera continua e ininterrumpida como docente.

b) El señor Gonzalo Cruz fue pensionado por la Caja de Previsión Social del Tolima, mediante la Resolución 0839 del 04 de julio de 1984 y su pensión reliquidada por retiro del servicio en los términos de la Resolución No. 0356 del 11 de mayo de 2004.

c) Mediante Derecho de Petición, radicado 2019E016693UAC del 11 de abril de 2019, solicitó a la demandada la reliquidación de su pensión de jubilación, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios (febrero 6 de 2002 a febrero 5 de 2003) teniendo como base las normas que regulan las pensiones de todo servidor público.

#### **Normas violadas y concepto de la violación.**

A juicio del apoderado de la parte actora, se trasgredieron los artículos 2, 23, 29, 48 modificado por el acto legislativo 1 del 2005, 53, 58, 150, 209 y 289 de la Constitución Política; Ley 24 de 1947 artículo 1 parágrafo 2; artículo 17 modificado por la Ley 65

de 1946 artículo 3; artículo 1 Ley 115 de 1994 ; artículo 81 de la ley 812; artículo 1 inciso 2 Ley 33 de 1985; artículo 1 Ley 62 de 1985; artículo 45 Decreto 1045 de 1978; artículo 36 Ley 100 de 1993; Ley 6 de 1945; artículo 27 Decreto 3135 de 1968; artículo 73 del Decreto 1848 de 1969 ; artículo 15 Decreto 3752 de 2003; artículo 15 Ley 91 de 1989 y el artículo 3 decreto 3275 del 2003.

En lo referente al **concepto de la violación**, menciona que al no acceder a la revisión y/o reliquidación de la pensión del señor Gonzalo Cruz con base en todos los factores salariales devengados, estaría desconociendo los derechos fundamentales constitucionales, recordando la aplicación del fenómeno de la constitucionalización del derecho al trabajo en 1991, esto quiere decir que se dio una nueva actitud frente al trabajo, consagrando como principios generales como de la solidaridad, universalidad, seguridad social que menciona que no puede realizarse cuando las propias entidades por falta de decisión jurídica actualizada obstaculizan al trabajador de acceder a todos los beneficios pensionales, por lo tanto, debe haber una pronta resolución de las peticiones ya sea del reconocimiento y /o la reliquidación de las pensiones, eficiencia que significa que los funcionarios judiciales deben concretar con prontitud en hechos positivos los derechos de la seguridad social, y favorabilidad el cual se denomina la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, que para este caso es la inclusión de las doceavas partes de todos los factores salariales devengados por el actor o los que por ley le corresponden a la pensión ordinaria. En consecuencia, la protección de la pensión surge no solo de la seguridad social sino de la relación laboral, por tanto, incluye no solo los principios de seguridad social ya mencionados, que aparecen en la constitución y los principios generales del derecho establecidos por la doctrina y que adquieren rango constitucional en el artículo 53 de la constitución política. Por lo que existe un desconocimiento de los principios anteriormente mencionados por parte del Departamento del Tolima, al denegar dicha prestación con el propósito de mejorar la pensión ordinaria y única de jubilación de mi mandante a pesar de que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio viene reconociendo el ingreso a base de liquidación a los docentes que no alcanzaron a pensionarse a raíz de la nulidad parcial de la ordenanza 057 de 1966, lo que resulta la violación del principio de igualdad y privación de la realidad sobre las formas.

A demás, resalta que como el reconocimiento de la pensión de jubilación del señor Gonzalo Cruz fue reconocida bajo la ordenanza 057 de 1966 que fue declarada nula por la sentencia del 29 de noviembre de 1993 y que menciono que las pensiones que fueron reconocidas bajo este fundamento normativo seguían siendo válidas, a mi poderdante se le debe aplicar el régimen de transición el cual se aplicó de forma equivocada el régimen de transición debido a que a la entrada en vigencia de la ley 33 de 1985, es decir, al 29 de enero de 1985, el señor Gonzalo Cruz pertenecía al régimen especial de docentes oficiales y a pesar de que contaba con los requisitos exigidos por la ley de transición de estar más de 15 años en el servicio, esto se refiere a que el régimen aplicable es el anterior al de la ley 33 de 1985 es decir, la ley 6 de 1945 con las normas que modificaron temas como a la edad, tiempo y monto de pensión, además, indico que los factores salariales no podrían considerarse taxativos de acuerdo a la sentencia del 4 de agosto de 2010, expediente No. 0112-09, consejero ponente Víctor Hernando Alvarado Ardilla, bajo los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad, los factores salariales solo están siendo enunciados más no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación del

servicio, por lo tanto, en la ley 6 de 1945 no regulo acerca de los factores salariales, deben acogerse a los del artículo 45 de la ley 1045 de 1978 en la reliquidación de la pensión del señor Gonzalo Cruz debe tenerse en cuenta como ingreso a base de liquidación la prima de navidad, la prima de vacaciones, prima de alimentación y demás factores devengados, sin embargo la entidad demandada solo reconoció la asignación básica.

### **La Oposición - Contestación de la demanda.**

Corrido el traslado de la demanda, de conformidad con lo ordenado mediante auto interlocutorio del 17 de septiembre del 2019 (Fls. 79 a 82 documento 004 EXPEDIENTE JUZGADO, expediente digital), el cual era de 30 días, tal y como lo dispone el artículo 172 del C. de P. A y de lo C. A., la entidad demandada presentó los siguientes argumentos:

### **El Departamento del Tolima.**

Mediante apoderada (Documento 10\_ CONTESTACIÓN DE DEMANDA DPTO TOLIMA, expediente digital), se opuso a las pretensiones contenidas en la demanda, por considerar que las suplicas carecían de fundamentos de hecho y de derecho, teniendo en cuenta, que en su actuar no vulneró ni desconoció derecho alguno a la parte actora ya que aplicó la normativa aplicable al caso y en el momento oportuno. Teniendo en cuenta que el accionante se le reconoció su pensión de jubilación en vigencia de la ordenanza 057 de 1966, que exigía acreditar los 20 años de servicio continuos o discontinuos como docente oficial sin importar la edad y se liquidó aplicándose el 75 % del sueldo promedio mensual devengado durante el último año de servicios, dicha ordenanza fue declarada nula mediante sentencia del 29 de noviembre de 1993 y que respetó los derechos adquiridos bajo la vigencia de la ordenanza señalando que se trataba de una pensión de jubilación ordinaria sujeta a las normas en materia pensional regulatorias al régimen general aplicable a todos los servidores públicos. Conforme a lo señalado por la parte actora, según la norma aplicable es la ley 6 de 1945 por remisión que hace la ley 33 de 1985 por ser la condición más beneficiosa para el actor y respecto a los factores salariales, debían remitirse al artículo 45 del decreto 1045 de 1978.

Se refirió a que el tema de la pensión de jubilación antes y después de la entrada de vigencia de la ley 100 de 1993, y que la ley 6 de 1945 en materia pensional reguló la prestación para los servidores públicos del orden nacional y posteriormente se extendió a servidores del orden territorial, dejándose de aplicar para ellos lo regulado en el decreto 3135 de 1968 que regulo la materia para los servidores de orden territorial y dejaron de estar sometidas a esta normatividad con la expedición de la ley 33 de 1985.

Señaló que con la ley 33 de 1985, los servidores públicos que a la fecha de la promulgación de la ley cumplieran con 15 años de servicio se les seguía reconociendo la pensión de jubilación de acuerdo a las normas que se encuentren vigentes al momento del retiro y con los factores salariales que hayan servido de base para liquidar los aportes de acuerdo al artículo 3 modificado por la ley 62 de 1985 que siguió sosteniendo el pago de los aportes y los mismos servirán de base para la liquidación de pensiones, esta condición también la señalo en providencia del Honorable Consejo de Estado donde menciona que si bien los factores salariales que se describen en la ley 33 y 62 de 1985 no son taxativos se pueden incluir otros

conceptos siempre y cuando se realizaran los respectivos aportes al sistema. Además, la Corte Constitucional en sentencia C-258 del 2013, resaltó que, como factores de liquidación de la pensión, solo podrán tomarse los que reúnan 3 condiciones: i) que hayan sido efectivamente recibidos por el beneficiario, ii) que tengan carácter remunerativo del servicio y iii) sobre los cuales su hubieran realizado cotizaciones al sistema de pensiones. Por lo tanto, la parte actora no demostró haber realizado los respectivos aportes al sistema y, por lo tanto, no se le reconocieron los factores salariales en su pensión de jubilación.

Propuso como excepciones: ***i. Imposibilidad legal del departamento para acceder a lo pretendido por inaplicación de las normas***, las normas invocadas a la demanda no se pueden aplicar, pues para que haya reliquidación de la pensión de jubilación debe tomarse desde la norma que la originó no haya sido expulsada del ordenamiento jurídico, por lo tanto, en el caso en concreto no existe fundamento legal y sería improcedente aplicar una norma diferente a la ordenanza 057, sin hacer observación de lo que trae la misma norma y sin importar que sea contraria a la constitución y la jurisprudencia, ***ii. Cobro de lo no debido***, la parte actora no tiene derecho a reclamar lo pretendido ya que fueron tenidos en cuenta los preceptos normativos contemplados por el reconocimiento de la misma a demás no reúne los requisitos necesarios para la reliquidación de la pensión y que los factores salariales que se le incluyeron fueron de acuerdo a la normatividad vigente, ***iii. Prescripción de diferencias o descuentos de las mesadas***, en caso de que el señor juez acceda a las pretensiones de la demanda, declare la prescripción de las mesadas o diferencias de las mensualidades causadas con tres años de anterioridad a la fecha de radicación de la demanda, prescripción debe declararse con respecto a la fecha del status del pensionado, ***iv. Reconocimiento oficioso de excepciones***, declarar desde ya cualquier excepción que resulta configurada a lo largo del desarrollo procesal.

### **La sentencia apelada.**

**El Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Ibagué, en sentencia proferida el 11 de junio de 2021**, (Fls. 1 a 20 documento 18\_ SENTENCIA, expediente digital) negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que la pensión de jubilación fue reconocida bajo la ordenanza 057 de 1966 la cual fue declarada nula por sentencia del 29 de noviembre de 1993, mencionando que las pensiones que se reconocieran bajo la vigencia de dicha ordenanza serán respetadas y se consideran como pensiones ordinarias, por lo tanto la pensión de jubilación del señor Gonzalo Cruz se reconoció bajo el régimen de transición de la ley 33 de 1985, teniendo en cuenta el 75 % del salario promedio que sirvió de base para liquidar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones y los factores salariales se liquidaran siempre y cuando hayan realizado el respectivo pago de los aportes al sistema, esto también lo reitera la sentencia C-258 del 2013 que señala bajo el principio de solidaridad en seguridad social, implica la obligación de los afiliados al sistema a contribuir a su financiación de acuerdo con sus capacidades y así contribuir a la financiación del sistema y así el sistema brinda protección especial que no tienen los medios para afrontar la contingencia en seguridad social, esto también lo apoya el artículo 48 de la constitución política y el Acto Legislativo 01 del 2005 que en su inciso 6 menciona que para la reliquidación de la pensión solo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiera efectuado cotizaciones y por último en la sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019, los factores que se tienen en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la ley 62 de 1985, que tienen el mismo régimen de pensión ordinaria de

los servidores públicos, son solo los enlistados en el artículo 1° de la ley 62 y son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado cotizaciones al sistema de pensiones, en conclusión la entidad no incluyó en el IBL la prima de navidad, prima de vacaciones y prima de alimentos.

Es por tal razón que negó la reliquidación de la pensión de jubilación del señor Gonzalo Cruz, concedida mediante la Resolución No. 0839 del 4 de julio de 1984 expedida por la caja de Previsión Social del Tolima, con la inclusión de los factores salariales como prima de navidad, prima de vacaciones y auxilio de alimentación.

### **La apelación.**

El apoderado judicial del señor Gonzalo Cruz (Fls. 1 a 8 documento 21\_ RECURSO APELACIÓN, expediente digital), señala que, mediante la sentencia del 11 de junio del 2021, donde denegó las pretensiones de la demanda, desconocieron la condición en que se encuentra el señor Gonzalo Cruz como docente oficial y realizaron un análisis erróneo de la sentencia de unificación jurisprudencial 00143 de 2018 la cual respeta las excepciones contenidas en el artículo 279 de la ley 100 del 93 al indicar que la en la primera subregla, no acobija 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 no están cobijados al régimen de transición de la ley 33 de 1985 ya que fue la misma ley que señaló que excluyó del régimen a los docentes en su artículo 1 inciso 2.

Consideró que, tampoco resulta aplicable lo mencionado en la providencia SUJ del 25 de abril del 2019 y en la sentencia C- 258 del 2013, al determinar que los docentes exceptuados por el artículo 279 de la ley 100 del 93 y en la ley 91 de 1989, respecto al régimen prestacional aplicable a los docentes, son quienes se han vinculado antes del 1 de enero de 1990 y después solo se le reconocerá la pensión de jubilación del 75% del salario mensual promedio del último año y se les aplicará el régimen vigente para los pensionados del sector público, además los docentes gozan de un régimen de pensiones especial establecido en la ley 115 de 1994 señalado en el inciso 1° del artículo 115 y en el mismo sentido la ley 6ª de 1945, la ley 24 de 1947 y en el artículo 3 de la ley 65 de 1946 lo establecieron.

Concluyó que los docentes se encuentran excluidos según el artículo 279 del 2003 por ser un régimen especial, por lo tanto, mal sería aplicar el IBL pensional de los servidores públicos en general y para el año en que adquirió el status de pensionado no existían ni los decretos reglamentarios que señalan ni la sentencia SUJ del 25 de abril del 2019 y en la sentencia C-258 del 2013 y como en la sentencia del 14 de junio del 2018, exp. 2015-00130-01 el Tribunal Administrativo del Tolima señaló que en la sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015 la Corte Constitucional realizó un análisis del artículo 36 de la ley 100 más no respecto de la ley 33 de 1985. Además, frente a los factores salariales no le es aplicable lo dispuesto en la sentencia SUJ del 25 de abril del 2019 ni en la 0143 del 28 de agosto de 2018, teniendo en cuenta que se encuentran excluidos del régimen y que se deben tener en cuenta lo establecido en el artículo 45 de la ley 1045.

### **TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA**

Mediante auto interlocutorio del 7 de septiembre de 2021 (documento 006\_AUTO

ADMITE APELACIÓN, expediente digital), se admitió el recurso de apelación conforme el artículo 243 de la ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 62 de la ley 2080 de 2021, y por lo tanto se ordenó que una vez ejecutoriada la providencia, ingresara el proceso para proferir sentencia.

### **Alegatos de conclusión de las partes y del agente del ministerio público.**

#### **Parte demandante.**

La parte demandante no presentó alegatos.

#### **De la parte demandada.**

La parte demandada no presentó alegatos.

#### **Del Ministerio Público.**

La Agente del Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

Así las cosas, no encontrándose nulidad que invalide lo actuado pasa la Sala a pronunciarse de fondo en esta instancia.

## **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

### **La competencia.**

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 153 y 243 del C. de P. A y de lo C. A., es competente el Tribunal Administrativo del Tolima para resolver el recurso de alzada interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia de primera instancia, proferida por un Juez del Circuito Administrativo de Ibagué.

Considera la Sala que el medio de control de Nulidad y restablecimiento del derecho instaurado (artículo 138, C. de P.A. y de lo C.A.) es el procedente, toda vez que por esta vía se pretende el resarcimiento patrimonial del presunto daño irrogado a la parte actora derivado de un acto administrativo supuestamente dictado en contravía de la legalidad, el cual se le imputa a la entidad demandada.

### **Problema jurídico.**

En virtud de lo expuesto, la sala entrará a analizar si el fallo de primera instancia se ciñe a derecho, y en consecuencia el demandante Gonzalo Cruz tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación que fue reconocida con fundamento en la ordenanza 057 de 1966, con inclusión del 75 % de todos los factores salariales (prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad devengados durante el último año de servicios en calidad de docente de vinculación nacionalizada por ser beneficiaria del régimen de transición y si los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala pone de presente las siguientes precisiones:

En la apelación no se advierte contradicción con los hechos que dieron lugar al acto pensional; por lo tanto, no es objeto de cuestionamiento, que **i.** Que el señor Gonzalo Cruz nació el 10 de enero de 1938 (fls. 48 documento 003\_ ANEXOS, expediente digital); **ii.** Que ingresó a laborar al servicio de docencia oficial en el Departamento del Tolima el 11 de julio de 1961 (fls. 20 documento 003\_ ANEXOS, expediente digital); **iii.** **La Resolución No. 0839 del 4 de julio de 1984** (fls. 20 documento 003\_ ANEXOS,

expediente digital) expedida por la Caja de previsión Social (hoy Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones), actuando de acuerdo con el artículo 25 de la Ordenanza 057 de 1966 de la Asamblea Departamental del Tolima, le reconoció a Gonzalo Cruz la pensión de Jubilación; **iv.** Que el actor se retiró del servicio de forma definitiva el 5 de febrero del 2003 (fls. 21 a 24 documento 003\_ ANEXOS, expediente digital); **v. La Resolución No. 0356 del 11 de mayo del 2004**, (fls. 21 a 24 documento 003\_ ANEXOS, expediente digital) expedida por la secretaria administrativa de la Gobernación del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones, reliquidó la pensión de jubilación en razón al retiro del servicio aplicando el 75 % sobre los haberes devengados en el último año de servicio, de acuerdo a lo establecido en la ley 71 de 1988; **vi.** Que mediante apoderado la parte actora solicitó mediante derecho de petición (fls. 25 a 27 documento 003\_ ANEXOS, expediente digital) con radicado No 2019E016693UAC del 11 de abril del 2019 la reliquidación de la pensión de jubilación para que se le incluyera como ingreso a base de liquidación las doceavas partes de todos los factores salariales devengados por el señor Gonzalo Cruz, durante el último año de servicio; **vii. La Resolución No. 1298 del 10 de mayo del 2019**, “*Por medio de la cual se resuelve Derecho de Petición de reliquidación pensional*” expedida por la Secretaría Administrativa y la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones (fls. 28 a 31 documento 003\_ ANEXOS, expediente digital); **viii. El día 4 de julio del 2019**, mediante apoderado interpuso recurso de apelación “*contra la Resolución No 1298 del 2019*” expedida por la Secretaría Administrativa y la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones efls. 32 a 39 documento 003\_ ANEXOS, expediente digital); **ix.** La entidad estatal guardó silencio frente al recurso de apelación interpuesto el 4 de julio de 2019 por el actor, **con radicado 2019E029174UAC** (Fls. 32 a 39 documento 003\_ ANEXOS, expediente digital); **x.** Que el actor devengó en el último año de servicios asignación básica, prima de alimentación, prima de navidad y prima de vacaciones (fls. 45 a 46 documento 003\_ ANEXOS, expediente digital).

### **La comparecencia del Departamento del Tolima en los conflictos suscitados con ocasión de las funciones asignadas al Fondo Territorial de Pensiones.**

El Fondo Territorial de Pensiones del Tolima fue creado por la Ordenanza Departamental No. 034 de 30 de junio de 1995 y con fundamento en ella, se expidió el Decreto No. 713 del mismo año como una cuenta especial, sin personería jurídica, adscrita al Departamento a través a la Secretaría Administrativa de la Gobernación, es decir, que esa entidad no puede comparecer a juicio, conforme al artículo 159 del C. de P.A. y de lo C.A.

Por su parte el artículo 159 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por su parte, establece:

#### *“TÍTULO V.*

#### *DEMANDA Y PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.*

#### *CAPÍTULO I.*

#### *CAPACIDAD, REPRESENTACIÓN Y DERECHO DE POSTULACIÓN.*

**ARTÍCULO 159. CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN.** *Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados.*

*La entidad, órgano u organismo estatal estará representada, para efectos judiciales, por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador*

*Nacional del Estado Civil, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República o Fiscal General de la Nación o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.*

*(...)*

*Las entidades y órganos que conforman el sector central de las administraciones del nivel territorial están representadas por el respectivo gobernador o alcalde distrital o municipal. En los procesos originados en la actividad de los órganos de control del nivel territorial, la representación judicial corresponderá al respectivo personero o contralor. ”.*

Como la personería jurídica<sup>2</sup> supone la existencia de capacidad suficiente para ejercer derechos, contraer obligaciones y realizar actividades que generan plena responsabilidad jurídica, frente a sí mismos y frente a terceros, es palmario que cuando la normatividad no le otorga dicha personalidad al Fondo, está definiendo, así mismo, que la representación de dicha función pública la deben ejercer otros entes a los cuales estén relacionados; para el caso concreto, el Departamento del Tolima por expresa disposición legal.

Así que en esta clase de asuntos resulta imperioso vincular al Departamento del Tolima, quien maneja la cuenta especial adscrita al Fondo Territorial de Pensiones; pues la pretensión va dirigida contra dicho Fondo y quien tiene su manejo es el Departamento del Tolima.

#### **4.1.1. Jurisprudencia en materia laboral, relativa al derecho a la reliquidación pensional de jubilación reconocida en vigencia de la Ordenanza 057 de 1966 expedida por la Asamblea Departamental del Tolima.**

Con respecto a las pensiones de jubilación reconocidas con base en la ordenanza 057 de 1966 expedida por la Asamblea Departamental del Tolima, fue declarada nula mediante sentencia del 29 de noviembre de 1993, con ponencia del Dr. Álvaro Lacompte Luna que consigna:

*“Estudiando la Sala con más detenimiento la cuestión planteada, surge que cuando la Asamblea del Tolima, el 30 de noviembre de 1966, produjo los artículos 25, 26 y 27 de la Ordenanza 57, en los cuales se establecieron las condiciones para que los maestros del departamento aludido tuvieran derecho a pensión de jubilación, por lo tanto, en esta ordenanza no se trata de una régimen pensional especial sino que estableció unas requisitos especiales para los maestros del departamento del Tolima por lo que se debe tratar como una pensión ordinaria. la Sala estima indispensable dejar en claro que el anterior pronunciamiento no afecta pensiones hasta ahora reconocidas”.*

*“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. ”*

---

<sup>2</sup> El artículo 633 del Código Civil, denomina a la persona jurídica “una persona ficticia, capaz de ejercer derechos, contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”, esto es, no son personas jurídicas todos los órganos del Estado, y en el caso de marras, así cumple funciones estatales el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por ser apenas una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, pero sin personería jurídica; debe comparecer a juicio a través del Ministerio de Educación Nacional que es el Ministerio al cual está adscrita la función encomendada para manejar sus recursos.

En la sentencia del 7 de junio de 2007<sup>3</sup>, la Subsección “B” de la Sección Segunda negó la reliquidación de la pensión de un docente del magisterio del Tolima a quien le había sido reconocida con base en la Ordenanza 057 de 1966, porque no podría aplicarse el marco legal para ese efecto. Dijo la Corporación:

*“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 (...).*

Esto quiere decir que la ordenanza 057 de 1966 no le sirve de fundamento jurídico a sus pretensiones, debido a que la norma que dio existencia al acto administrativo por medio del cual reconoció la pensión de jubilación ya no existe en el mundo jurídico.

La jurisprudencia de la sección segunda subsección B del Honorable Consejo de Estado, en la sentencia de 18 de febrero de 2010<sup>4</sup>, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve indico: *“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(...)*

El Honorable Consejo de Estado señala, que a pesar de que a muchos docentes oficiales se les reconoció su derecho de pensión bajo la ordenanza 057 de 1966 y bajo unos requisitos especiales establecidos en la misma, como lo es a ver cumplido los 20 años en el servicio, esto no quiere decir que le resta el carácter de ordinaria.

La jurisprudencia de la sección segunda del Consejo de Estado mediante sentencia del 1 de junio de 2012, Radicación número 73-001-33-31-005-2007-00103-01, Consejera ponente: Susana Nelly Acosta Prada que consigna: *“si bien es cierto una vez declarada la nulidad de la Ordenanza en virtud de la cual se adquirió el derecho, se respetaron las pensiones que habían sido reconocidas bajo su vigencia, ello no quiere decir que habiendo desaparecido del mundo jurídico el fundamento de la misma, ahora pretenderse su incremento, así como tampoco la inclusión de factores salariales (...).*

En conclusión, las pensiones de jubilación otorgadas mediante la ordenanza 057 de 1966, la cual fue nula mediante providencia del Honorable Consejo de Estado del 29 de noviembre de 1993, con ponencia del Dr. Álvaro Lacompte Luna y otros precedentes jurisprudenciales mencionados anteriormente, señalan **que se les debe respetar el derecho adquirido y no desconocerse solo por el simple hecho de que el fundamento normativo que creó ese acto administrativo desapareció del mundo jurídico y con respecto a los factores salariales a tener en cuenta para el**

<sup>3</sup> Referencia No. 730012331000200003669 01(4016-2005). CP. Alejandro Ordóñez Maldonado. Actor: Daniel Molano Rengifo. Demandado: Departamento del Tolima- Fondo Territorial de Pensiones.

<sup>4</sup> Radicación No. 73001233100020040250901 (1874-2007), CP. Gerardo Arenas Monsalve. Actor: Ana Lindelia Valderrama Parra. Demandado: Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones.

**ingreso a base de liquidación son siempre y cuando de muestre que consigno al sistema sino no serán tenidos en cuenta.**

**4.2.2. En el caso concreto existe violación directa de la Constitución por no aplicarse el principio de favorabilidad en materia laboral (art. 53 Superior. Reiteración de jurisprudencia del Consejo de Estado como Juez Constitucional)**

*La naturaleza del principio de favorabilidad, la sentencia T-088 del 2018 de la Honorable Corte Constitucional del 8 de marzo del 2018, Consejero Ponente José Fernando Reyes Cuartas, señalo que en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991 estableció unos principios protectores de los derechos de los trabajadores, los cuales van encaminados a proteger la parte más débil de la relación laboral. De acuerdo a lo anterior, **se garantiza la protección de la situación más favorable al trabajador que se aplica en los casos en que existe duda sobre la disposición jurídica aplicable, en tanto se encuentran dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho.***

En este orden de ideas, obliga al operador judicial bajo los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social a la aplicación de la disposición jurídica que sea más beneficiosa al trabajador, aplicando de manera íntegra la norma.

*La Corte constitucional ha recalcado que al existir la ‘duda’ ‘debe revestir un carácter de seriedad y objetividad, pues no sería dable que, ante una posición jurídicamente débil, deba ceder la más sólida bajo el argumento que la primera es la más favorable al trabajador. Por lo tanto, los Tribunales deben hacer uso de los poderes constitucionales y legales para la defensa de los derechos fundamentales del trabajador, para considerar las circunstancias más favorables existentes sobre la materia sometida a su juicio, de lo contrario incurren en violación directa del artículo 53 de la Constitución Política<sup>5</sup>.*

*Frente a toda la línea jurisprudencial, la sala considera que la interpretación más pertinente al principio de favorabilidad en materia laboral, siempre opera “de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho” (art. 53 C.N.), por lo tanto, cuando una norma laboral admita dos o más interpretaciones razonables, el operador judicial debe elegir la que más le favorezca al trabajador.*

De acuerdo a lo anterior, frente a la reliquidación de las pensiones originadas en la ordenanza 057 de 1966, la interpretación jurídica más favorable para el trabajador y adoptada por el Honorable Consejo de Estado es la del fallo del 18 de febrero de 2010, la más favorable al trabajador, es el precedente constitucional vinculante para todos los funcionarios judiciales con el fin de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos y la igualdad en la aplicación de la normatividad.

#### **Caso concreto.**

#### **Del reconocimiento pensional otorgado a la accionante bajo la ordenanza 057 de**

---

<sup>5</sup> En el caso que revisó la Corte Constitucional en sentencia T-088 del 2018, señala que ante la existencia de varios enunciados normativos que regulan una situación jurídica les corresponde a las autoridades judiciales aplicar la norma que le resulte más favorable al trabajador, de acuerdo a los artículos 1, 2 y 53 de la carta magna, legales en el artículo 21 del código sustantivo del trabajo.

### **1966 y procedencia de la reliquidación pensional.**

Conforme al caudal probatorio obrante en el expediente, avizora la Sala que mediante acto administrativo contenido en la Resolución No. **0839 del 4 de julio de 1984** (fls. 20 documento 003\_ ANEXOS, expediente digital), la Secretaría de Educación del Tolima (hoy Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones), actuando de acuerdo con el artículo 25 de la Ordenanza 057 de 1966 de la Asamblea Departamental del Tolima, le reconoció a Gonzalo Cruz, la pensión de jubilación; y mediante la **Resolución No. 0356 del 11 de mayo de 2004** (fls. 21 a 24 documento 003\_ ANEXOS, expediente digital), la Secretaria Administrativa de la Gobernación del Tolima, reliquidó la pensión de jubilación del señor Gonzalo Cruz, teniendo en cuenta el promedio mensual de los sueldos devengados durante el último año de servicio, siendo menester para la Sala desplegar el análisis que legalmente corresponde al asunto en estudio.

Al respecto la ordenanza 057 de 1966, expedida por la Asamblea Departamental del Tolima fue declarada nula por el Tribunal Administrativo del Tolima, decisión que fue confirmada por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 29 de noviembre de 1993<sup>6</sup>, no afectó la pensión de jubilación ya reconocida al señor Gonzalo Cruz, por cuanto quedó convalidada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, que saneó las prestaciones pensionales que habían sido otorgadas con base en regulaciones locales, a pesar que es una competencia del legislador, en coordinación con el Ejecutivo Nacional.

Teniendo en cuenta, que estamos ante un derecho fundamental preexistente el cual no puede desconocerse debido a que fue otorgado bajo el fundamento de la ordenanza 057 de 1966 que fue declarada nula, se puede inferir que como el acto administrativo nació a la vida jurídica bajo un fundamento jurídico inexistente no es posible acceder a la solicitud de reliquidación pensional que se fundamentó bajo la ordenanza, atendiendo a los lineamientos y pronunciamientos tutelares del órgano de cierre jurisdiccional, según la cual entre las disposiciones adoptadas por el Honorable Consejo de Estado, esta Corporación debe acoger a aquella que resulte más favorable para el trabajador.

De acuerdo a lo anterior, la tesis adoptable por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B, Consejero Ponente Dr. Ponente Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia del 18 de febrero de 2010, transcrita anteriormente, y cuya parte pertinente se reitera:

*“La actora fue pensionada al cumplir el requisito “tiempo de servicio” que la Ordenanza 057 de 1966 estableció, pero esta 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 caso de una solicitud de reliquidación de la mesada pensional de jubilación fundamentada en la ordenanza 057 de 1966, que fue anulada por autoridad administrativa, la sala señala **que tiene la posibilidad de petitionar porque a pesar de que el reconocimiento se dio bajo los requisitos especiales establecidos en la**

<sup>6</sup> M.P. Álvaro Lecomte Luna, exp. No. 5579.

*ordenanza 057 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 o 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. De acuerdo a lo anterior solo el Congreso es el autorizado constitucionalmente para fijar el régimen prestacional y salarial de los empleados públicos (...)*” (Subrayas y negrillas originales).

En este orden de ideas, mediante la sentencia T-024 del 2018 <sup>7</sup>, reitera que como la ordenanza 057 de 1966, fue declarada nula mediante providencia del Consejo de Estado del 29 de noviembre de 1993, lo anterior, a que las asambleas departamentales no tienen la competencia para regular las prestaciones sociales de los empleados públicos.

Frente a la controversia de que, si se debería o no reliquidar la pensiones con la inclusión de los factores salariales reconocidas bajo la ordenanza 057 de 1966, las instancias judiciales sacaron dos interpretaciones ya mencionadas anteriormente, una en la sentencia del 7 de junio del 2007 y la segunda mediante sentencia del 18 de febrero del 2010, ambas expedidas por la subsección B de la sección segunda del Consejo de Estado, en conclusión, existen dos interpretaciones judiciales concurrentes a la misma situación, lo cual desata una duda seria y razonable que amerita la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral para buscar la mejor satisfacción de los derechos del trabajador.

Por lo tanto, la tesis aplicable para el caso en concreto fue la tesis que se estableció en la sentencia del 18 de febrero del 2018, el cual es el más favorecedor para el accionante ya que exponen mediante argumentos sólidos y constitucionalmente viables señalan que no se puede desconocer ese derecho adquirido solo porque el fundamento normativo en que se configuro no existe en el mundo jurídico, los docentes que se les reconoció su derecho de pensión bajo la ordenanza 057 de 1966, no tienen un régimen especial sino que creo unas subreglas especiales como (el tiempo de servicio) pero esto no quiere decir que le resta el carácter de ordinaria, en conclusión la pensión de jubilación será reconocida con fundamento en las normas que regulan la pensión ordinaria.

### **Del Régimen Normativo y Jurisprudencial sobre la pensión ordinaria de jubilación de docentes aplicable a la accionante.**

En razón a que según lo expuesto, a la prestación recibida por la señor Gonzalo Duarte, que le reconocieron la pensión de jubilación bajo la ordenanza 057 de 1966 mediante la resolución No. 0839 de 1984 del 4 de julio de 1984, se le puede atribuir la connotación de ordinaria, esta sala considera que es procedente efectuar el correspondiente estudio de la reliquidación pensional deprecada en el presente medio de control, de conformidad con los preceptos normativos del régimen general aplicable al caso.

Teniendo en cuenta que la ordenanza 057 de 1966 fue declarada nula por la sentencia del 29 de noviembre de 1993, es necesario establecer el régimen pensional ordinario

---

<sup>7</sup> Exp. T-6.409.614 Acción de tutela instaurada por Policarpa Villanueva de Melendro contra el Tribunal Administrativo del Tolima y otros Procedencia: Sección Primera del Consejo de Estado. Asunto: Reliquidación de pensiones de jubilación de docentes del Departamento del Tolima – violación directa de la Constitución y principio de favorabilidad. M. P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

que aplica en el caso en concreto, para sí determinar qué factores salariales se deben tener en cuenta en la reliquidación pensional.

La jurisprudencia del alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo señaló que los docentes son empleados oficiales del régimen especial, lo que incluye el ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de acuerdo al art. 3º del Decreto 2277/79, pero esto no es aplicable al régimen pensional ya que para los docentes no se establecieron requisitos específicos en cuanto a la edad, el tiempo de servicio, la cuantía y demás disposiciones generales<sup>8</sup>.

Del caudal probatorio que se extrajo dentro del expediente, se encuentra acreditado que el señor Gonzalo Cruz, nació el 10 de enero de 1938<sup>9</sup>, y prestó sus servicios como docente a orden del Departamento del Tolima – sector público desde el 11 de julio de 1961, por lo tanto al 4 de julio de 1984, fecha en que se reconoció su pensión de jubilación, tenía más de 22 años de servicio, por lo que la Caja de Previsión Social del Tolima le reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación, efectiva dato que no fue debatido dentro del proceso, fecha en la cual adquirió el derecho que instituía la Ordenanza 057 de 1966, que el señor Gonzalo Cruz se retiró de forma definitiva del servicio el 5 de febrero del 2003, que mediante la resolución No. 0356 del 11 de mayo del 2004 se reliquidó la pensión en razón a su retiro sobre los haberes devengados durante el último año de servicio que fue entre el 6 de febrero del 2002 al 5 de febrero del 2003, sin embargo, y teniendo en cuenta que la misma se le atribuye la naturaleza de ordinaria, esta Corporación establecerá el régimen pensional vigente para la época en que demostró acreditar los requisitos legales del régimen general (edad y tiempo de servicio), el cual no es otro que el instituido en la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º preceptuó lo siguiente:

Artículo 1º de la Ley 33 de 1985, preceptuó:

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

A su turno, los párrafos 2º y 3º del artículo en cita, con respecto al régimen de transición, expresamente señalan lo siguiente:

*"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*

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. sentencia del 10 de febrero de 2011. radicación No. 73001-23-31-000-2004-01598-01(0450-09). Consejero ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

<sup>9</sup> Según Cédula de Ciudadanía visible a folio 48, documento 003\_ anexas, expediente digital.

*continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley." (Negrillas de la Sala).*

Por otra parte, el señor Gonzalo Cruz, contaba con más de veinte y dos (22) años de servicio para el momento en que empezó a regir la Ley 33 de 1985, es decir al 13 de febrero de 1985, toda vez que se encuentra acreditado dentro de la foliatura que empezó a laborar a orden del Departamento del Tolima, el 11 de julio de 1961<sup>10</sup>, es decir, que había acreditado más de 15 años de servicio que exige la norma, por lo tanto, se encuentra inmerso en el régimen de transición del citado canon; lo que motiva que se le deba aplicar el régimen pensional anterior, en lo atinente a la edad, como lo indica el inciso 1º, Parágrafo 2º, artículo 1º de la citada normatividad<sup>11</sup>.

Como puede apreciarse, la Ley 33 de 1985 reprodujo la exigencia temporal contemplada en el artículo 68 del Decreto 1848 de 1969 para ser beneficiario de una pensión de jubilación, esto es, la acreditación de veinte (20) años de servicios y frente a la edad, unificó el requisito de los 55 años que, conforme al Decreto en mención, dicho límite era únicamente exigible para los hombres.

Para el caso en concreto aplica el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, contenido en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019<sup>12</sup> la cual en el numeral primero de la parte resolutiva estableció:

**Primero:** *Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:*

*De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así:*

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

**b.** *Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley*

---

<sup>10</sup> Según la resolución de reconocimiento, obrante a folio 20, documento 003\_ ANEXOS, expediente digital.

<sup>11</sup> El inciso 1' del parágrafo 2' del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, señala: "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..."

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019, del 25 de abril de 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-, Tema: 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/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 / Docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003: Régimen de Prima Media del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 ídem y el Acto Legislativo 01 de 2005, Ley 1437 de 2011.

*812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.*

Esta Sala concluye que, se debe acoger la línea jurisprudencial que fijó el Consejo de Estado en la sentencia SUJ014 del 25 de abril de 2019, para lo cual se vislumbra que no es posible ordenar la reliquidación de la mesada pensional del actor en los términos que esta lo solicitó y que ordenó el juez de primera instancia, pues los factores que pretendía se le incluyeran en la base liquidatoria no se encuentran previstos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 aplicable al derecho pensional.

Efectivamente, la Ley 62 de 1985, establece en su artículo primero:

*ARTÍCULO 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En 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 (Resalta la Sala).*

Ahora bien, en la resolución 0839 del 4 de julio de 1984, expedida por la Secretaría de Educación del Tolima (hoy Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones) (fls. 20 documento 003\_ ANEXOS, expediente digital), debido a que el accionante se retiró el 5 de febrero del 2003, la secretaria administrativa de la gobernación del Tolima- Fondo Territorial de Pensiones, mediante la resolución 0356 del 11 de mayo del 2004, (fls. 21 a 24 documento 003\_ ANEXOS, expediente digital) reliquidó la pensión del señor Gonzalo Cruz reconociendo solo el sueldo básico más los haberes devengados.

Entonces, de la lista de factores sobre los que se deben calcular los aportes para los docentes en los términos de las leyes 33 y 62 de 1985, en el caso particular de la demandante, solo podía incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, la asignación básica.

En este orden de ideas, en la sentencia de unificación referenciada, el señor Gonzalo Cruz no tiene derecho a la reliquidación de pensión de jubilación debido a que es de carácter ordinaria y se rige bajo la normatividad de la ley 33 y 62 de 1985, aparte del sueldo debe comprobarse que los factores salariales que exige fueron base de aportes al sistema de Seguridad Social, sin embargo al no comprobarse que hubiera efectuado las respectivas cotizaciones al sistema y que los factores salariales que se querían incluir los cuales estaban en el artículo 45 de la ley 1045 no son procedentes.

Debe tenerse en cuenta que la sentencia de unificación del Consejo de Estado hizo la siguiente advertencia:

**Segundo:** *Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación, constituyen precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de la presente sentencia de unificación son retrospectivos, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.*

Por tales razones, la Sala confirmará la sentencia apelada en cuanto denegó las pretensiones de la demanda.

### **Costas.**

En relación a la condena en costas, la Sala advierte que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone:

**“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*1. 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. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

*Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.*

La condena en costas fue consagrada como una forma de sancionar a la parte que resulta vencida en el litigio y consiste en el reconocimiento a favor de la parte contraria de los gastos en que incurrió para impulsar el proceso (expensas) y de los honorarios de abogado (agencias en derecho).

A efectos de determinar si procede la condena en costas, la Sala advierte que en sentencia del 22 de febrero de 2018, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado recoge las posiciones anteriores adoptadas por las Subsecciones A y B de esa Corporación y señala que para determinar las costas se debe adoptar un criterio objetivo valorativo, pues el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) impone al juez la facultad de disponer sobre la condena respecto de éstas, “...lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso.”<sup>13</sup>.

En el caso de autos, no se advirtió el cumplimiento de los presupuestos establecidos en la norma que implique la imposición de costas en esta instancia, por ello no procede esta condena, pues no obra prueba alguna que evidencie la causación de expensas en contra de las partes quienes, conforme a sus facultades, hicieron uso mesurado de su derecho a la réplica y contradicción.

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda- Subsección “B”. CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez. 22 de febrero de 2018, Radicación: 25000-23-42-000-2012-00561-02(0372-17), Actor: JORGE ENRIQUE GAMBOA SALAZAR.

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

**FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la **Sentencia del 11 de junio de 2021**, proferida por el **Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Ibagué**, dentro del proceso promovido por **Gonzalo Cruz** contra el **Departamento del Tolima - Fondo Territorial de Pensiones**, que denegó a las súplicas de la demanda.

**SEGUNDO: ABSTENERSE** de condenar en costas.

**TERCERO:** En firme la presente decisión devuélvase el expediente al Juzgado de origen, para lo de su competencia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE<sup>14</sup>,**

  
**ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA**  
Magistrado

  
**JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO**  
Magistrado  
(Aclara voto)

  
**JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA**  
Magistrado

---

<sup>14</sup> **NOTA ACLARATORIA:** La Providencia se tramitó y suscribió por los canales electrónicos oficiales de los Despachos de los Magistrados que integran la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima y de la misma manera fue firmada y notificada.