

# CONSEJO DE ESTADO

## SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

### SECCIÓN SEGUNDA - SUB SECCIÓN "A"

CONSEJERA PONENTE: DRA. ANA MARGARITA OLAYA FORERO

Bogotá D. C., once (11) de marzo de dos mil cuatro (2004).-

**Radicación N° 25000 23 25 000 2001 11270-01(1124-03)**

AUTORIDADES DEPARTAMENTALES  
APELACIÓN SENTENCIA

AUTOR ? TULIA ELVIRA ROJAS DE GODOYUY

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sub Sección "D" el 28 de noviembre de 2002 en el proceso instaurado por la demandante contra el Departamento de Cundinamarca.

#### ANTECEDENTES

1.- La actora, TULIA ELVIRA ROJAS DE GODOY, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, pide la nulidad de la Resolución No.,2227 del 6.de octubre de 2000, por la cual le negaron los ajustes pensionales de que trata el artículo 12 de la Ordenanza No. 059 de 1937, y que se declare la ocurrencia del fenómeno del silencio administrativo en que incurrió la administración, al no haber dado respuesta, dentro del plazo señalado, a la petición que elevó con el fin de que se le reconociera y ordenara su pensión de jubilación. A título del restablecimiento del derecho, solicita que la condena se haga por las sumas a que ascienden los cálculos aritméticos que determinen el valor equivalente al 25% del último sueldo devengado, que fue tomado por la Caja Nacional de Previsión como base para determinar y calcular el valor de la pensión gracia; que sobre dicho valor, equivalente al 25% del último sueldo devengado se efectuarán todos y cada uno de los reajustes a que haya lugar de conformidad con la ley.

2.- Alega que obtuvo el reconocimiento de la pensión gracia de la Caja Nacional de Previsión; que dicha pensión fue liquidada con el 75% del último salario devengado al cumplir 50 años de edad y 20 de servicio; que en sede gubernativa solicitó la aplicación de los derechos pensionales reconocidos a los funcionarios del departamento por la Ordenanza No. 059 de 1937, norma que establece una pensión extralegal.

3.- La entidad demandada dio contestación oportuna de la demanda. Manifestó que la Ordenanza No. 59 de 1937, al determinar beneficios prestacionales a favor de servidores públicos pensionados del sector educativo, es inconstitucional, ya que en lo atinente a las prestaciones de los servidores públicos, es el legislador el único competente para determinar dicho régimen; que el legislador ha establecido un régimen especial para los docentes; que, por ello, no puede ser aplicado la norma ordenanza que invoca la demandante como fundamento de su petición.

#### SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda. Manifiesta que tanto en la Constitución de 1886 como en la Carta Política de 1991 se ha reservado el legislador la creación y regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos, dentro de ellos la de los docentes; que, por ello, las Asambleas Departamentales no tienen competencia para dictar normas sobre esta materia pensional. Que, en esa medida, resulta a todas luces inconstitucional la Ordenanza No. 59 que invoca la demandante como infringida.

Añade que si en gracia de discusión se estimara que tal ordenanza es constitucional, dicha norma ordenanza fue derogada al expedirse la ley 6ª de 1945; que como la demandante adquirió su status de pensionada para

una época en la cual ya no regía la citada Ordenanza, su situación no puede estar protegida por las disposiciones del artículo 146 de la ley 100 de 1993.

## **EL RECURSO DE APELACIÓN**

Insiste la recurrente en los planteamientos formulados en su demanda. Manifiesta que de conformidad con la sentencia C-410 de 1997, tiene una situación jurídica definida, respecto del artículo 12 de la Ordenanza No. 59 de 1937, el cual se constituye en un derecho adquirido con arreglo al artículo 58 de la Constitución Política.

Agrega que el fallo recurrido desconoce los alcances de las decisiones proferidas por la Corte Constitucional; que, en su caso, reunió los requisitos exigidos por el artículo 12 de la precitada Ordenanza el 31 de mayo de 1988, fecha en que se encontraba vigente el artículo 192 de la Carta Política de 1886, que establece que los Acuerdos Municipales y las Ordenanzas Departamentales son de obligatorio cumplimiento, mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo; que en el caso objeto de examen, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca sólo suspendió dicha Ordenanza el día 5 de febrero de 2001.

Alega en el hecho de que el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 le dio plena vigencia a las "disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales a favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados, siempre que las situaciones jurídicas de carácter individual estuviesen definidas, como es su caso.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

## **CONSIDERACIONES**

Se trata de establecer en el caso objeto de examen si la actora tiene derecho a que se le reliquide la pensión gracia que le fue reconocida, en 25% adicional al 75% que le fue decretado, con fundamento en la Ordenanza No. 59 de 1937 proferida por la Asamblea Departamental de Cundinamarca, teniendo en cuenta las previsiones que sobre situaciones jurídicas consolidadas señaló la Ley 100 de 1993.

Para desatar la cuestión litigiosa, es necesario que la Sala haga las siguientes precisiones sobre el régimen prestacional de los empleados del orden departamental, calidad que, además de la de docente, alega la demandante para reclamar la reliquidación de su pensión gracia.

## **ASPECTOS GENERALES**

Antes de la vigencia de la Ley 33 de 1985, la norma aplicable para los empleados de los niveles departamentales y municipales era la Ley 6ª de 1945, precepto que establecía como requisito para tener derecho a la pensión, sin distinción de sexo, llegar a la edad de 50 años y haber laborado 20 años de servicio continuo o discontinuo para el Estado.

El requisito de edad para dichos empleados, fue modificado primero por la Ley 33 de 1985 que lo fijó en 55 años sin distinción de sexo, luego por la Ley 71 de 1988 que lo señaló en 55 años para las mujeres y 60 años para los hombres, requisito que fue fijado en esos mismos términos en la Ley 100 de 1993 para el régimen solidario de prima media con prestación definida hasta el año 2014, pues a partir del 1º de enero de dicho año, las edades para acceder a la pensión de vejez se reajustarán a 57 años si es mujer y 62 si es hombre, como lo dispuso la nueva ley 797 que modificó la precitada ley 100.

Ahora bien, el inciso 2 del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, exceptuó de su aplicación a los empleados oficiales (del orden nacional y territorial) que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones, como es el caso de la pensión gracia establecida para los docentes territoriales y nacionalizados por virtud de la Ley 45 de 1973.

Como es sabido, tanto en la Carta Política de 1991 como en la anterior, el régimen prestacional de los empleados oficiales del orden territorial, es el señalado por la Ley. En efecto, a partir de la expedición del Acto Legislativo No. 01 de 1968, el primitivo artículo 187 de la Constitución de 1886 fue subrogado, dejando en

manos exclusivamente del Congreso, la facultad de regular el sistema prestacional de los empleados oficiales de cualquier orden, siendo proscrito cualquier régimen señalado por los Concejos Municipales o las Asambleas Departamentales.

En ese orden, para los empleados de los niveles territoriales antes de la expedición de la Constitución de 1991, gobierna, según el caso, en materia de pensiones de jubilación las siguientes normas, cuyo ámbito de aplicación abarca a los empleados oficiales sin distinción alguna: son ellas:

Ley 6ª de 1945 y las normas que la complementan (Ley 24 de 1947, D. 2921 de 1948; Ley 171 de 1961), Ley 4ª de 1976, Ley 33 de 1985 y Ley 71 de 1988. Y para los docentes, además, las disposiciones especiales como las Leyes 114 de 1913 y complementarias sobre pensión gracia y 91 de 1989.

Ahora bien, a diferencia de la Carta Política anterior, la Constitución de 1991 en el artículo 150 numeral 19 le dio al Gobierno Nacional la potestad de definir el régimen prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, con sujeción a los objetivos y criterios generales que fije el Congreso de República mediante una ley general.

Dentro de este nuevo reparto de competencias, el Congreso dictó la Ley 4ª de 1992, de carácter general, y el gobierno quedó habilitado para fijar, mediante decreto, el régimen prestacional, entre otros, de los empleados de las entidades territoriales, al tenor del artículo 12 de la citada Ley, el cual reza así:

"El régimen prestacional de los servidores públicos de las Entidades Territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.

En consecuencia, no podrán las Corporaciones Públicas Territoriales arrogarse esta facultad."

De lo anterior se concluye que ni antes de la Constitución de 1991, ni a partir de su vigencia, las Corporaciones Públicas Territoriales están facultadas para señalar el régimen prestacional de sus servidores.

## **CASO CONCRETO**

La actora invoca como fundamento de su pretensión el artículo 12 de la Ordenanza No. 059 del 12 de julio de 1937, que reza así:

"Artículo 12 Para el caso especial de los maestros e inspectores escolares pensionados por la Nación o que tengan derecho a esa gracia del tesoro nacional, la Caja de Previsión sólo reconocerá el saldo que falte para complementar el valor del último sueldo devengado por el respectivo inspector o maestro.

Parágrafo. Para el caso especial de los maestros de escuela se computará como servicios al Departamento el prestado por ellos como maestros, o como directores de establecimientos de educación que tengan carácter oficial."

Según la anterior norma, se establece un "complemento" del 25% pensional a cargo del Departamento de Cundinamarca, que tiene relación con la pensión de jubilación gracia, no obstante, del análisis del capítulo precedente, la pretensión de la demandante no puede ser juzgada a la luz de dicha norma ordenanza invocada, pues tal precepto es inconstitucional y por tal virtud no puede constituirse en amparo de derecho alguno. Tal previsión, así como los artículos 11, 13, 16, 17, 18, 19, 24 y 27 de la precitada Ordenanza fueron declarados nulos por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del 14 de junio de 2002, que quedó ejecutoriada el 19 de noviembre del mismo año, precisamente, por ser contrarios a la Constitución Política tanto de 1886 como a la Carta Fundamental de 1991.

Lo anterior impone a la Sala juzgar la situación de la demandante frente a las normas legales especiales que rigen la pensión especial denominada "gracia".

En primer lugar, debe precisarse que el artículo 4o. de la Ley 114 de 1913 no ha sido modificado ni derogado por las Leyes 116 de 1928 y 37 de 1933.

La Ley 114 antes citada otorga a los maestros de escuelas primarias oficiales que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 4o. una pensión nacional por servicios prestados a los departamentos y a los municipios, siempre que comprueben "que no reciben actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional".

Posteriormente, con la expedición de las leyes 116 de 1928 y 37 de 1933 se hizo extensiva esta prerrogativa a otros empleos docentes, consagrando la posibilidad de computar para- este efecto los años laborados en la enseñanza secundaria o normalista, pero en colegios departamentales o municipales, interpretación que surge de la prohibición de recibir dos pensiones nacionales y que conserva su vigencia pues la Ley 116 citada en su artículo 6o. dice: "...en los términos que contempla la Ley 114 de 1913 y demás que a ésta complementan..."

Ahora bien, la precitada Ley 114 de 1913 en su artículo 2° estableció que la cuantía de la pensión será la mitad del sueldo que hubiere devengado en los dos últimos años y que si en dicho lapso hubiere variado, se tomará el promedio de los diversos sueldos.

La ley 4a. de 1966 estableció en el artículo 4o. que a partir de la vigencia de dicha ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el 75% del promedio mensual de salarios durante el último año de servicios.

Esta ley fue reglamentada por el decreto 1743 de 1966, que en su artículo 5o., señaló:

"A partir del 23 de abril de 1960 inclusive, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el 75% del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios, previa la demostración de su retiro definitivo del servicio público."

Debe observarse cómo las normas anteriores consagraron el concepto de salario para efectos de la liquidación de las pensiones de jubilación o invalidez a que tienen derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público.

Por otra parte, la ley 5a. de 1969 dispuso en su artículo 2o. que "se entiende por asignación actual el promedio de todo lo devengado por un trabajador en servicio activo a título de salario o retribución de servicios..".

En el año de 1985, con la expedición de la ley 33 se conservó el quantum del valor pensional en el 75%, pero se modificó la edad para otorgar las pensiones generales y los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación, ya que se ordenó que el monto del 75% de la asignación se calcula sobre "el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios". Sin embargo, esta normatividad exceptuó expresamente en el parágrafo de su artículo 1o., aquellos empleados que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

Reza así el parágrafo 1°. Del artículo 10. de la ley 33 de 1985:

"No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones."

En el caso objeto de examen, la actora estaba sometida a un régimen especial de pensiones, por ser beneficiaria de la "Pensión Gracia" que se otorga a docentes, de conformidad con la ley 114 de 1913, que no obstante estar a cargo del tesoro nacional se causa sin estar afiliado a la Caja Nacional de Previsión Social, cuyo quantum es del 75% del promedio de todos los factores devengados en el último año, no del 100% que es lo que reclama.

Según la demandante, tiene derecho a la aplicación de la Ordenanza No. 59 de 1937, por virtud del régimen de transición establecido en el artículo 146 que respetó las situaciones jurídicas individuales definidas por disposiciones municipales o departamentales, razonamiento que no es acertado en su caso, pues si bien existe un amparo para tales situaciones, tal abrigo no puede comprender las situaciones nacidas contra el

mandato constitucional. Es decir, el inciso 2 del precitado artículo debe entenderse en su real sentido y ajustado a derecho, pues, se repite, una norma ordenanza no puede señalar requisitos distintos de los establecidos en la ley para el reconocimiento de pensiones.

En esté orden de ideas estima la Sala que el derecho al incremento pensional no se consolidó y, por lo tanto, ningún beneficio podía pretender del régimen de transición. Es de resaltar que ya esta Corporación ha tenido ocasión de pronunciarse en casos similares al debatido, negando la pretensión reclamada, como lo señala la entidad demandada en el recurso de alzada.

Las anteriores consideraciones son suficientes para que la Sala proceda a confirmar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

### **FALLA**

**CONFIRMASE** la sentencia del veintiocho (28) de noviembre de dos mil dos (2002), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección "D", dentro del proceso promovido por TULIA ELVIRA ROJAS DE GODOY contra el Departamento de Cundinamarca que negó las súplicas de la demanda.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen **COPIÉSE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

ANA MARGARITA OLAYA FORERO

**ALBERTO ARANGO MANTILLA**

..

**NICOLAS PARAJO PEÑARANDA**

**MYRIAM C. VIRARACHA SANDOVAL**

**Secretaria Ad -Hoc**