



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN No. 110013335-012-2015-00812-00
ACCIONANTE: MARIA CRISTINA MATEUS DE AMADO
ACCIONADA: COLPENSIONES

ACTA N° 460– 2017

En Bogotá D.C. el 10 de octubre de 2017, a las 09:30 de la mañana, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá en asocio de su Profesional Universitario, constituyó en audiencia pública en la sala de audiencias 26 de la sede Judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

Parte demandante: NATALIA LENIS HERNANDEZ

Parte demandada: DIEGO FERNANDO LONDOÑO CABRERA

Ministerio público. PAULA ANDREA GIRÓN URIBE, procuradora 193 judicial i para asuntos administrativos.

I. SANEAMIENTO DEL PROCESO

De conformidad con el artículo 180 numeral 5° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se procede a evacuar la etapa de **saneamiento del proceso**, para tal efecto se concede el uso de la palabra a los apoderados con el fin de que se pronuncien si observan alguna irregularidad que pueda ser saneada en este momento.

Como los apoderados no expresan ninguna irregularidad que deba ser saneada sanear y como quiera que el Despacho tampoco evidencia causal que invalide lo actuado, se da por agotada esta etapa.

De esta decisión quedan las partes notificadas en estrados.

II. EXCEPCIONES PREVIAS

La entidad formula las excepciones de Cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, inexistencia del derecho reclamado.

En esta oportunidad se advierte que en los términos del artículo 100 del C.G.P., **NO HAY EXCEPCIONES PREVIAS PARA RESOLVER**. Tampoco el Despacho advierte la configuración de las excepciones consagradas en el artículo 180 —numeral 6— de la Ley 1437 de 2011, para que se produzca la terminación anticipada del proceso.

Si bien propuso la excepción previa de PRESCRIPCIÓN, el Despacho considera que la misma constituye un aspecto que se encuentra atado a la existencia misma del derecho, y solo es en la sentencia que se podrá entrar a determinar sobre su resolución, siempre que prosperen las pretensiones

De esta decisión quedan las partes notificadas en estrados.

III: FIJACIÓN DEL LITIGIO

Con fundamento en los hechos y las pruebas que obran en la demanda y su contestación, encuentra el Despacho que se tienen por probados los hechos que a continuación se relacionan:

PROCESO

2015-00812

MARIA CRISTINA MATEUS DE AMADO (C.C 38,226,560)

NACIÓ

30 de abril de 1952 (f 2)

ESTATUS

30 de abril de 2007

LABORÓ DESDE

27 de marzo de 1978 (f 2)

HASTA

30 de diciembre de 2007

ULTIMO EMPLEADOR

INCODER en el cargo de Profesional Especializado Código 2028, grado 18. (F 12)

ACTO DE RECONOCIMIENTO

Resolución 001852 del 26 enero de 2009 (f 3-4)

A partir del 01 de enero de 2008 (f 6)

ACTO QUE RELIQUIDA

Resolución 0048624 del 22 de octubre de 2009 (f 5-7)

ACTOS DEMANDADOS

Resolución 001852 del 26 enero de 2009 (f 3-4)

Resolución 0048624 del 22 de octubre de 2009 (f 5-7)

REGIMEN APLICADO

Ley 100 artículo 21 (10 últimos años)

FACTORES SOLICITADOS

Asignación básica, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de vacaciones.

FACTORES CERTIFICADOS

entre el 01 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2007 (fl 08).

Asignación básica, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicios.

FECHA DE SOLICITUD RELIQUIDACIÓN

NO solicita

PRESENTACION DE LA DEMANDA

10 de noviembre de 2015

PRETENSIONES

Liquidar con el último año de servicios en cuantía del 75%.

PRESCRIPCION

10 de noviembre de 2012

EXCEPCIONES

Cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, inexistencia del derecho reclamado.

Se concede el uso de la palabra a los apoderados para que se pronuncien sobre la fijación del litigio.

Escuchadas las partes, el Despacho advierte que el asunto se contrae a un asunto dirigido a determinar si el demandante tiene derecho a que se incluyan todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, de conformidad con el régimen pensional aplicable.

Decisión notificada en estrados

IV: ETAPA DE CONCILIACIÓN

Continuando con el curso de la diligencia se pregunta a las partes demandadas si les asiste ánimo conciliatorio.

Escuchado lo manifestado por las entidades demandadas y dada su falta de ánimo conciliatorio, el Despacho se abstiene de presentar fórmula de arreglo.

Decisión notificada en estrados

V: DECRETO DE PRUEBAS

Téngase como pruebas en su haber pertinente los documentos que fueron aportados con el escrito de demanda y la contestación.

La decisión queda notificada en estrados.

VI. ALEGACIONES

El Despacho corrió traslado a las partes para que aleguen de conclusión a las partes, para lo cual se concede un término de intervención máximo de 10 minutos a los apoderados intervinientes en la audiencia, quienes expondrán sus alegatos de conclusión, los cuales quedarán en la grabación digital de la presente audiencia.

En razón a que nos ocupa un asunto de puro derecho, y que no existen pruebas por practicar, el Despacho procede a dictar sentencia conforme lo establece el artículo 179, inciso final del CPACA.

VII. SENTENCIA

Teniendo en cuenta que hasta esta etapa procesal no se advierte vicio o irregularidad que invalide lo actuado, el Despacho procede a dictar la correspondiente sentencia.

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho determinar si en el presente asunto, es procedente reliquidar la pensión de jubilación que percibe la demandante, con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

En razón a que nos ocupa un asunto de puro derecho, y que no existen pruebas por practicar, el Despacho procede a dictar sentencia conforme lo establece el artículo 179, inciso final del CPACA.

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde determinar si es procedente reliquidar la pensión de jubilación que percibe el demandante, con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, conforme a la posición adoptada por el Consejo de Estado en la sentencia del 04 de agosto de 2010, o si por el contrario debe

acogerse la tesis de la Corte Constitucional respecto a que en el IBL no hace parte del Régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100.

CONSIDERACIONES

RECONOCIMIENTO PENSIONAL CON LA LEY 33 DE 1985 PARA BENEFICIARIOS DE LA TRANSICIÓN DE LA LEY 100 DE 1993.

La Ley 100 de 1993 instauró un Sistema de Seguridad Social que modificó los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que deben cumplir las personas para pensionarse y derogó la mayoría de los regímenes anteriores a su vigencia.

Sin embargo, el artículo 36 de esta ley, permite que las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema (1 de abril de 1994), tuvieran treinta y cinco años o más de edad si son mujeres, o cuarenta o más si son hombres, o quince o más años de servicio cotizados puedan pensionarse con el **régimen anterior** lo que se conoce como transición.

La Ley 33 de 1985, o **régimen de los servidores públicos** exige 20 años de servicios y 55 años para otorgar la pensión, así:

*“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 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.**”*

Según la norma en cita el “monto de la pensión” es “equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.”. Esta frase ha generado controversia sobre la base de dos interpretaciones:

- Que el “**monto de la pensión**” se refiere únicamente al porcentaje consagrado en el régimen anterior (75%), y el ingreso base de liquidación se establece según las prescripciones de la ley 100 de 1993.
- Que el “**monto de la pensión**”, incluye tanto, el porcentaje como la base de liquidación entendida como la sumatoria de todos los factores que la conforman.

Esta discusión ha sido afrontada en forma reiterada por el H. Consejo de Estado y culminó con una sentencia de unificación¹, donde la sala plena señaló: **“cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación...”,** criterio acogido en forma unánime por la jurisprudencia de la sección segunda.

¹ CONSEJO DE ESTADO, , SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, , SECCION SEGUNDA, , Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, , Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).- , Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) Actor: LUIS MARIO VELANDIA, , Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL NOTA DE RELATORIA: Este sentencia es proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda y unifica el criterio de la inclusión de todos los factores devengado en el último año de servicio en la base de liquidación de la pensión de jubilación

No obstante, recientemente a través de la sentencia SU-230 de 2015 la controversia fue retomada por efecto de la sentencia de la H. Corte Constitucional C-258 de 2013 donde se declaró la improcedencia de aplicar el ingreso base de liquidación (monto) por efecto del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA SU 230 DE 2015.

La sentencia C-258 de 2013, proferida para definir la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4° de 1992, dispuso que en las pensiones de Congresistas y asimilados a este, por tratarse de un régimen privilegiado, debían tener interpretaciones restrictivas y no amplias, en virtud del principio de sostenibilidad financiera establecido en la Constitución².

Esta interpretación de la transición de la ley 100, efectuada por la Corte se había concebido en la C-258 de 2013 los congresistas, y posteriormente, con la SU-230 de 2015 se generaliza este criterio para todas las pensiones anteriores a 1 de abril de 1994, pretendiendo constituirse en un precedente obligatorio.

La interpretación de la Corte significa para efectos prácticos, que las pensiones de régimen de transición se deben liquidar con el promedio de los últimos 10 años, - como lo dispone la ley 100-, y no con el promedio del último año como lo indica el régimen pensional general de los servidores públicos; y en cuanto a “factores para determinar el ingreso base de liquidación”, únicamente se incluyen los contemplados en el D.1158 de 1994, siempre y cuando sobre los mismos se hubieren efectuado aportes al Sistema.

Tal situación conllevó a que el H. Consejo de Estado, profiriera la sentencia con criterio de unificación del 25 de febrero de 2016³ donde expuso las razones⁴ que

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Consejero ponente: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE, Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Expediente: 25000234200020130154101. Referencia: 4683-2013, Actor: ROSA ERNESTINA AGUDELO RINCON, AUTORIDADES NACIONALES.

³ *ibid*

⁴ La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha tenido esta Corporación respecto de la expresión “monto” contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencias de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado “asumirá la deuda pensional que esté a su cargo”. Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas. La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema. Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado “bloque de constitucionalidad”, no se predicen exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales. Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el concepto de “monto” en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015. En efecto, si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se ve

sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso de las pensiones del régimen de transición.

En esta decisión judicial la Máxima Corporación Administrativa hace ver que la sentencia C- 258 de 2013 que sirvió de fundamento a la sentencia SU 230 de 2015 no creó un precedente para todos los regímenes especiales aplicables en virtud de la transición, sino que fue específica para los congresistas, reiterando su criterio histórico:

“...el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4° de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013”

Al ponderar los principios de seguridad jurídica y validez del precedente jurisprudencial el Consejo de Estado dirimió esta situación **recalcando que los efectos de las sentencias de constitucionalidad son ex tunc**, es decir que la aplicación de la SU 230 no puede hacerse extensiva a los procesos radicados con anterioridad, pues existía una decisión de unificación del Consejo de Estado asimilable a una norma jurídica formal que ampara hasta que no sea derogada.

Este mismo principio lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia T-615 de 2016, precisando que la norma de obligatorio cumplimiento se estableció con la sentencia C-258 de 2013, y por lo tanto los derechos adquiridos con anterioridad a su publicación, se regulan por lo dispuesto en la sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 04 de agosto de 2010.

No desconoce el Despacho que la Corte Constitucional con auto de Sala plena declaró la nulidad de la sentencia T-615, no obstante al aplicar los principios de hermenéutica jurídica, conforme los cuales se precisa la vigencia de las normas y los efectos de las sentencias de exequibilidad, es pertinente concluir que ciertamente la interpretación constitucional que se hizo en la sentencia C-258, solo podía tener efectos hacia el futuro y desde el momento en que se profirió con carácter de unificación en la sentencia SU 230, ello porque el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, contaba con una sentencia unificadora a cargo de Consejo de Estado, sentencia que conforme a la Constitución Política, es fuente formal de derecho, con fuerza vinculante de ley, en aras de la protección del principio de igualdad. Razones por las que la misma Corte Constitucional impone a los jueces la obligación de seguir prima facie la jurisprudencia constante establecida sobre un punto de derecho, en el entendido que el precedente se constituye en un presupuesto indispensable de la unidad del ordenamiento jurídico y del ejercicio de la libertad individual por cuanto implica la certeza de poder alcanzar una meta, que permite al hombre elaborar un proyecto de vida realizable y trabajar por conseguirlo⁵

ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, y en cambio sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad.

⁵ C-120 del 2003 y c836 del 2001

Vista así las cosas, el cambio de la regla jurisprudencial, constante, mediante la sentencia SU 230 produce en últimas efectos similares al de la declaratoria de inexequibilidad, esto es, efectos hacia el futuro. Resta observar que no puede tenerse como punto de partida para vigencia de la nueva interpretación la sentencia C 258, porque en este fallo se dijo expresamente que no era aplicable a los demás regímenes exceptuados de manera automática, situación que sólo quedó aclarada en la SU 230/15.

Compaginando las anteriores determinaciones este Despacho, en virtud del principio de favorabilidad y con el fin de salvaguardar derechos adquiridos, adopta la tesis conforme a la cual **las personas que adquirieron el STATUS PENSIONAL con anterioridad al 6 de julio de 2015 fecha de publicación de la sentencia SU 230 de 2015⁶**, tienen derecho a que su pensión se reliquide conforme la interpretación del concepto “monto pensional” indicado en la sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 04 de agosto de 2010.

Dilucidado el problema jurídico al establecer que en el caso bajo análisis la liquidación de la pensión del actor debe aplicarse el concepto de “monto pensional” señalado por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado según la cual la base de liquidación es entendida como la sumatoria de todos los factores que la conforman para salvaguardar los derechos adquiridos del actor por haber alcanzado el status pensional con anterioridad a la publicación de la sentencia SU 230.

No obstante, para establecer los factores que se deben incluir en la liquidación pensional, es necesario presentar el siguiente estudio

FACTORES A INCLUIR EN LA LIQUIDACIÓN PENSIONAL

Según la sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado el cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010) donde concluye que la enumeración que hace la Ley 62 de 1985 no es taxativa, sino enunciativa, “bajo el entendido que son factores de salario, aquellas sumas que percibe el servidor de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.”

En este orden de ideas, deben tenerse también como factores salariales los previstos en los Decretos 1042 y 1045 de 1978, -normas aplicables al régimen pensional del sector público vigente con anterioridad a la ley 33 de 1985-, que pese a encontrarse derogados sirvieron de parámetro orientador para que jurisprudencialmente se les reconociera dicho carácter.

| | |
|--|--|
| LEY 62 DE 1985 (listado de factores para el régimen de los servidores públicos señalado en la ley 33 de 1985) | Listado de factores para régimen de los servidores públicas, anteriores al régimen de la ley 33 de 1985 (Decretos 1045 y 1042 de 1978 del mismo año durante su vigencia) |
| Asignación Básica, | La asignación básica mensual; (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal a) y (Decreto 1042 de 1978 (Art.42) |
| Gastos de Representación, | Los gastos de representación (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal b) y (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literal b) |

⁶ Publicada en el sistema web de la Corte Constitucional el 6 de julio de 2015, como se constató en los procesos de los cuales ahora se reitera su criterio

| | |
|---|---|
| Primas de antigüedad, | |
| Prima técnica | La prima técnica (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal b) (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literal c) |
| Prima ascensional | |
| Prima de capacitación | |
| Bonificación por servicios prestados | La bonificación por servicios prestados; (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal y 46) (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literal g) |
| Trabajo suplementario | El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio(Decreto 1045 de 1978 Art.45) (Decreto 1042 de 1978 Art.42) |
| | Los dominicales y feriados (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal c), (Decreto 1042 de 1978 Art. 42) |
| | Las horas extras; (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal b) |
| | Los auxilios de alimentación y transporte; (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal e) (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literales d y e) |
| | La prima de navidad (Decreto 1045 de 1978 literal f Art.45) |
| | La prima de servicios (Decreto 1045 de 1978 (Art.45 literal h y 46) y (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literal f) |
| | Los viáticos (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal i) |
| | La prima de vacaciones (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal k) |
| | Los incrementos salariales por antigüedad (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literal a, 47 y 49) |
| | Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978 (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal j), |
| | Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-Ley 1042 de 1978 (Decreto 1045 de 1978 Art. 46 literal b) |
| | Lo que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se haya percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio (Decreto 1045 de 1978 Art.45) |
| | <u>Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968</u> (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal ll) |

Adicionalmente, el H. Consejo de Estado, ha proferido decisiones específicas donde concluye la procedencia de la inclusión de la prima semestral, de antigüedad (⁷), de navidad y de vacaciones (⁸) en la liquidación de las pensiones.

En otros análisis jurisprudenciales se **han excluido de la liquidación de la pensión** emolumentos como las vacaciones también denominadas sueldo de vacaciones bajo el entendido que no se causa como retribución del servicio, sino

⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011)., Radicación Número: 70001-23-31-000-2002-01736-02(1769-08)

⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda. Consejero Ponente: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, del cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).- Ref: Expediente No. 250002325000200607509 01

como pago de los días a los cuales tiene derecho a descanso anual ⁽⁹⁾ y la bonificación por recreación por cuanto no constituye salario conforme al art. 15 de los Decretos 2720 de 2000 y 2710 de 2001⁽¹⁰⁾

Finalmente, deben excluirse también las primas o factores salariales creados por entes territoriales u órganos sin competencia, por efecto de la decisión de la H. Corte Constitucional ⁽¹¹⁾ sobre la imposibilidad de convalidar factores ilegales.

Este último es el caso de las primas: “especial de población” y “de habitación” que fueron creadas por el Concejo de Bogotá mediante el Decreto 1242 de 1977, de manera que no pueden ser incluidas en la base de liquidación de la pensión, pues, los entes territoriales de ningún modo estaban facultados para crear u otorgar dicha prestación. No es posible aplicar el principio de convalidación previsto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 para aquellos pensionados que adquirieron el status con posterioridad a su vigencia. (Ver sentencia C-410 de 1997)

CASO CONCRETO.

Se tiene entonces que frente a los requisitos de edad y tiempo de servicios, la señora **MARIA CRISTINA MATEUS** nació el 30 de abril de 1952 (f 2) y laboró en el sector público desde el 27 de marzo de 1978 hasta el 30 de diciembre de 2007, de manera que el status de pensionada lo adquirió el 30 de abril de 2007 cuando cumplió 55 años de edad, habiendo satisfecho ampliamente el requisito de tiempo de servicio superior a 20 años.

Como consecuencia de lo anterior, mediante la Resolución 001852 del 26 enero de 2009 (f 3-4) se reconoció y ordenó pagar una pensión de jubilación a la actora en cuantía del 75% del promedio devengado en los últimos 10 años de servicios.

La situación fáctica de este asunto permite apreciar que la accionante al momento de la expedición de la ley 100 de 1993 y contaba con más de 15 años al servicio del Estado y 35 años de edad es decir, **quedó inmerso en el régimen de transición de la citada Ley**¹², al haber consolidado su derecho pensional bajo los presupuestos de la Ley 33 de 1985, esto es, con 55 años de edad, 20 años de servicios y en un 75% del promedio salarial del último año de servicio.

⁹ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA SUB-SECCIÓN “C”, Bogotá D.C., Trece (13) de febrero de dos mil quince (2015), , Magistrado Ponente: Dr. CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL Expediente No.25000 23 42000 2013 02538 00

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, en sentencia proferida el cuatro (04) de marzo de 2010, Radicación número: 76001-23-31-000-2007-00195-01(0142-09), Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, luego de analizar los Decretos 2720 de 2000 y 2710 de 2001 y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, Sección Segunda - Subsección “C”, Magistrado Ponente Dr. Samuel José Ramírez Poveda, Bogotá D.C., diez (10) de abril de dos mil quince (2015), Expediente: 25000-23-42-000-2014-00476-00. Bonificación por recreación devengada en el último año de servicios, no se ordenará su inclusión, pues de conformidad con los Decreto 1374 de 2010 y 1031 de 2011, expedidos en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, los cuales se aplican a los establecimientos públicos, como es el caso del SENA, disponen que dicha bonificación no constituyen factor salarial

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-410 de 1997. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara. Bogotá, Agosto 28 de 1997. H. Corte Constitucional “De esta manera, teniendo en cuenta la intangibilidad de los derechos adquiridos de los pensionados por jubilación del orden territorial antes de la expedición de la ley 100 de 1993, las situaciones jurídicas individuales definidas con anterioridad, por disposiciones municipales y departamentales, deben continuar vigentes., , Por lo tanto, se declarará la exequibilidad del inciso primero del artículo acusado, así como del inciso segundo, en la parte que reconoce el derecho a pensionarse con arreglo a las disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales, para quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo hayan cumplido los requisitos exigidos en dichas normas. Ello con fundamento en la garantía de los derechos adquiridos, reconocida por el artículo 58 superior, por tratarse de situaciones adquiridas bajo la vigencia de una ley anterior al nuevo régimen de seguridad social (ley 100 de 1993).

¹² Artículo 1º párrafo 2º Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Acorde a lo establecido en la etapa de fijación de litigio, en el sub judice se observa que mediante las Resoluciones Resolución 001852 del 26 enero de 2009 (f 3-4) y Resolución 0048624 del 22 de octubre de 2009 (f 5-7), se liquidó la pensión sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

Las pretensiones de la demanda están dirigidas a que se reliquide la pensión de jubilación del accionante, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, dando aplicación a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010.

Conforme a la certificación expedida por el INCODER, se aprecia que el último año de servicios de la señora **MARIA CRISTINA MATEUS**, correspondió al periodo comprendido entre el entre el 01 de enero de 2007 al 31 de enero de 2007 (fl 08), durante el cual devengó como factores salariales, asignación básica, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicios.

Así las cosas, se procederá a declarar la nulidad de los actos acusados y ordenar la reliquidación pensional a la Luz de la Ley 33 de 1985, esto es, con la inclusión de todos y cada uno de los factores salariales devengados por la señora **MARIA CRISTINA MATEUS** en cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio mensual devengado entre el entre el entre el 01 de enero de 2007 al 31 de enero de 2007 (fl 08), teniendo en cuenta los factores salariales denominados asignación básica, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicios, a partir del 01 de enero de 2008 (fecha de retiro del servicio). Se precisa que aquellos emolumentos que se causen anualmente, deberán liquidarse en sus doceavas partes.

INDEXACIÓN DE APORTES

La entidad deberá descontar los correspondientes aportes para el sistema de seguridad social en pensiones, respecto de los factores cuya inclusión se ordena, si este descuento no se hubiera hecho, en la proporción que corresponde al demandante, durante toda su relación laboral, y teniendo en cuenta igualmente que los factores salariales que se causan de forma anual o semestral deben incluirse en la proporción mensual, en aras de evitar un detrimento patrimonial al Sistema General de Seguridad Social.

Esta indexación a criterio del H. Consejo de Estado¹³ tiene asidero en cuanto a que: “las pensiones de jubilación se construyen en base de aportes periódicos a lo largo de la vida del trabajador, para que la entidad utilice y capitalice estos recursos, para cuando llegue el momento de acceder a este derecho. Ello implica una progresividad y permanencia durante todo el tiempo de servicio, para efectos que la entidad se abastezca de dineros para sostener el sistema pensional. Por ende, dado que se incrementa la pensión por nuevos factores no cotizados para esta prestación que será vitalicia, no se compadece con el principio de sostenibilidad fiscal que se apliquen solo unos aportes reducidos para financiar una pensión que como se sabe es por toda la vida de su beneficiario y que llegan a última hora sin permitir que la entidad de previsión los haya percibido en su momento.”

Estos descuentos, deberán efectuarse, con base a un cálculo actuarial teniendo en cuenta que el aporte se debe liquidar conforme a la ley que lo regulaba al momento

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda. SU del 25 de febrero de 2016. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente: 25000234200020130154101. Ref: 4863-2013.

de su causación, a fin de determinar el porcentaje de descuento y los factores sobre los que se aplicaba; igualmente debe tenerse especial cuidado al hacer los descuentos previa verificación de los factores devengados en cada periodo.

SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE APORTES

El Despacho tiene claro que existen dos tesis frente a las cuales se cuenta con jurisprudencia reciente, una en la que se ordena la prescripción quinquenal y otra en la que se dispone el descuento de aportes durante toda la vida laboral.

Sin embargo se considera un asunto de equidad que los descuentos por aportes se hagan por toda la vida laboral, si se tiene en cuenta que la pensión no tiene prescripción, (y este es el efecto), pues la causa tampoco podría tener prescripción ya que la pensión sin aportes no puede existir. Es decir, si se tiene la prestación pensional para el resto de la vida, debe estar sustentada en unos aportes efectuados durante toda la vida laboral.

Dicha deuda no puede asimilarse a otras deudas parafiscales pues no tienen la misma contraprestación, como es aquí un carácter indefinido de retribución pensional.

PRESCRIPCIÓN.

Cabe resaltar que aunque lo reclamado es una pensión de jubilación, derecho que por su naturaleza es imprescriptible, no sucede lo mismo con las mesadas que de allí se derivan, pues las mismas se extinguen si no son reclamadas oportunamente dentro del plazo de tres años.

En el sub-judice la pensión se hizo efectiva a partir del 01 de enero de 2008, y la demanda fue radicada el 10 de noviembre de 2015, con lo cual, se configura la prescripción a partir del 10 de noviembre de 2012.

INDEXACIÓN.

Las sumas que resulten a favor del demandante serán ajustadas con aplicación del inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., bajo la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial, vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a la fecha de la causación de cada mesada pensional.

La parte accionada deberá efectuar los descuentos de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena, y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, en la proporción que le corresponda a la demandante durante toda su vinculación laboral, debidamente indexados, por las razones anotadas en precedencia.

La demandada deberá dar aplicación a lo ordenado en los artículos 192, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CONDENA EN COSTAS.

El artículo 188 del CPACA, señala:

“... 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.”.

La lectura del texto normativo permite establecer que en materia de costas para la jurisdicción contencioso administrativa, el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA.

De esta manera, y en virtud con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho para procesos de primera instancia con cuantía, se fijarán hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

“III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

3.1. ASUNTOS.

3.1.1. Única instancia.

Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones, reconocidas o negadas en la sentencia.”

Frente a lo anterior el Consejo de Estado¹⁴ ha previsto un test de proporcionalidad para la fijación de estas agencias, en punto a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, como un sistema tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, a efectos de que las providencias conjuguen de manera precisa y motivada la aplicación de la sanción pecuniaria.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, derecho fundamental, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, de la siguiente manera:

Se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, acatando lo señalado por el Consejo de Estado¹⁵ que ha previsto un test de proporcionalidad para su fijación con criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad:

- En el proceso se pretendió la reliquidación de la pensión de la actor con la inclusión de todos los factores

¹⁴ Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. 24 de octubre 2016. Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A

¹⁵ Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. 24 de octubre 2016. Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A

- No se formularon excepciones previas.
- Revisado el expediente no se advirtieron conductas temerarias o de mala fe.
- El objeto de la litis ha sufrido cambios jurisprudenciales cuya postura actual sólo se definió con posterioridad a la presentación de la demanda, y la entidad al momento de ejercer su defensa contaba con una expectativa legítima para negarse a acceder a las pretensiones.

Bajo estas consideraciones, el Despacho se abstiene de condenar en costas a la parte vencida, habida cuenta que en el presente asunto se han presentado modificaciones jurisprudenciales que no ha permitido a la entidad resolver estas peticiones y al momento de ejercer su defensa contaba con una expectativa legítima para negarse a acceder a las pretensiones.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR la prescripción de las mesadas causadas con antelación al 10 de noviembre de 2012, y no probadas las restantes exceptivas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución 001852 del 26 enero de 2009 y la Resolución 0048624 del 22 de octubre de 2009, en cuanto no se tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios para liquidar la pensión de la señora **MARIA CRISTINA MATEUS** identificada con Cedula de Ciudadanía Nro. 38,226,560.

TERCERO. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a **COLPENSIONES**, reliquidar y pagar a la señora **MARIA CRISTINA MATEUS** identificada con Cedula de Ciudadanía Nro. 38,226,560, su pensión de vejez en cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio mensual del último año de servicios, esto es entre el 01 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2007, teniendo en cuenta los factores salariales denominados asignación básica, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones. Se precisa que aquellos emolumentos que se causen anualmente, deberán liquidarse con el 75% de sus doceavas partes.

CUARTO. CONDENAR a **COLPENSIONES** a pagar a la **MARIA CRISTINA MATEUS** identificada con Cedula de Ciudadanía Nro. 38,226,560, las diferencias de las mesadas pensionales resultantes entre los valores que le reconoció y los que le debe reconocer de acuerdo a la reliquidación ordenada en este fallo, según lo establecido en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, debiendo descontar la accionada tanto el valor de las mesadas ya pagadas como el valor de los aportes indexados que el demandante no haya cubierto respecto de la diferencia entre el salario devengado con la liquidación de aportes para pensión.

QUINTO: ORDENAR se dé aplicación a lo establecido en los artículos 192, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

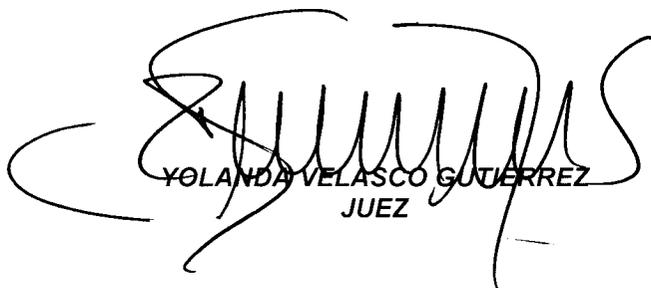
SEXTO. Sin condena en costas.

SEPTIMO: En cuanto a los remanentes se dispondrá que dichos emolumentos se atribuyan a las notificaciones, y el excedente a los gastos de funcionamiento que cubrió el Consejo Superior de la Judicatura.

OCTAVO: COMUNICAR este fallo, para su ejecución como lo ordena el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, una vez en firme a la parte accionada.

NOVENO: EJECUTORIADA esta providencia, ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

Decisión notificada en estrados



YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ

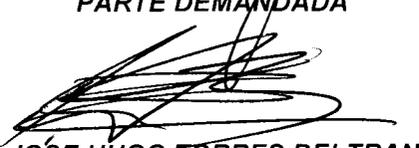
PAULA ANDREA GIRON URIBE
MINISTERIO PÚBLICO



NATALIA LENIS HERNÁNDEZ
PARTE DEMANDANTE



DIEGO FERNANDO LONDOÑO CABRERA
PARTE DEMANDADA



JOSE HUGO TORRES BELTRAN
PROFESIONAL UNIVERSITARIO