



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

PROCESO : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN No.: 110013335-012-2015-00441-00
ACCIONANTE: BEATRIZ MARIA EUGENIA BUSTILLO CAMARGO
ACCIONADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO.

ACTA N° 203 – 2017

En Bogotá D.C. el 11 de julio de 2017, a las 10:30 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 41 de la sede Judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

Parte demandante: JORGE LUIS NOVOA RODRIGUEZ.

Parte demandada: GUSTAVO ADOLFO GIRALDO.

ETAPAS DE LA AUDIENCIA

En la audiencia se adelantaron las siguientes etapas:

- 1. Saneamiento del Proceso*
- 2. Decisión sobre Excepciones Previas*
- 3. Fijación del Litigio*
- 4. Conciliación*
- 5. Decreto de Pruebas*
- 6. Decreto de pruebas*
- 7. Alegaciones finales*
- 8. Decisión de fondo*

ETAPA I PRUEBAS

En audiencia inicial celebrada el 07 de septiembre de 2016, se ordenó oficiar a COLPENSIONES con el fin de obtener información sobre las entidades que realizaron aportes o cotizaciones a seguridad social desde el 15 de julio de 1978 hasta el 18 de marzo de 1992, a la señora BEATRIZ MARIA EUGENIA BUSTILLO.

Mediante escrito radicado el 09 de diciembre de 2016, Colpensiones allegó la certificación en la que se aprecia que la demandante laboró entre el 15 de julio de 1978 hasta el 18 de marzo de 1992 en el Hospital San Ignacio, para un total de 703 semanas de cotización.

Queda notificada en estrados la presente decisión.

ETAPA II ALEGACIONES

En este punto de la diligencia, procede el Despacho a correr traslado de alegatos de conclusión a los apoderados.

Su intervención queda registrada en la videograbación.

ETAPA III FALLO

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 al Despacho determinar si a la demandante, dada su condición de beneficiaria del artículo 36 de la ley 100 de 1993, es procedente que su pensión sea reliquidada sobre una base del 75% del promedio mensual devengado durante el año de prestación de servicios previo a adquirir su estatus pensional, con la inclusión de todos los factores salariales en el

marco de la jurisprudencia trazada por el Consejo de Estado mediante sentencia del 04 agosto de 2010, o si por el contrario como lo sostiene la demandada, el hecho de ser beneficiario del régimen de transición, no implica que el aspecto relativo al monto deba tenerse al amparo del régimen anterior, sino conforme a la norma vigente a la fecha en que se causó el derecho.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Se resolverá sobre la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante con la inclusión de los factores salariales devengados durante el año de servicio previo a adquirir el estatus pensional, de conformidad al siguiente análisis normativo y jurisprudencial.

El régimen pensional de los servidores públicos

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

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 aplicando en su integridad el régimen anterior al cual se encontraban afiliados, lo que se conoce como régimen de transición.

Régimen de transición

Se encuentra consagrado en la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º, dispuso:

“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.”

No obstante a lo anterior, en caso que el trabajador no hubiese realizado cotizaciones exclusivamente en el sector público, sino también al Instituto de Seguros Sociales -ISS, también podía pensionarse con lo dispuesto por la Ley 71 de 1988.

Pensión por aportes - Ley 71 de 1988

Esta modalidad de pensión, de conformidad con el artículo 7º de la citada Ley¹, es aquella que se obtiene de sumar los tiempos públicos y privados, con aplicación para los empleados públicos y los trabajadores particulares que acreditaran 55 años de edad para el caso de las mujeres y 60 años para el caso de los hombres, y 20 años de aportes cotizados en cualquier tiempo en el sector público o el privado.

El Decreto 1160 de 1989 por medio del cual se reglamentó la Ley 71 de 1988, amplió aún más este concepto:

***Artículo 1º.** Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.*

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público.”

El artículo 20 dispuso:

***“ARTÍCULO 20:** Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7o. de la ley 71 de 1988 se denomina pensión de jubilación por aportes.*

¹ **ARTICULO 7o.** A partir de la vigencia de la presente Ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón y 55 años o más de edad si se es mujer, acrediten 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las demás entidades de previsión y gozarán de ella quienes se hubieren retirado del servicio o desafiliado de los seguros de invalidez, vejez y muerte, y accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

No tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes:

a) Las personas que al 19 de diciembre de 1988 hubiesen cumplido 50 años de edad si se es varón y 45 años de edad si se es mujer y tengan 10 años o más de cotizaciones en una o varias de las entidades de previsión;

b) Las personas que en cualquier época acrediten 20 años o mas de servicios continuos o discontinuos en entidades oficiales del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o distrital.

c) Las personas que en cualquier época acrediten 1.000 o más semanas de cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales;

d) Las personas que hubieren adquirido el derecho o estén disfrutando pensión de jubilación o de vejez." (Subrayas fuera de texto original)

Respecto de la anterior normatividad (artículo 20 del Decreto No. 1160 de 1989) el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción declaró la nulidad de los literales a, b y c²; y en cuanto a la forma indicada de liquidar las pensiones reconocidas bajo el régimen consagrado en la ley 71 de 1988, señaló:

"En relación con la liquidación pensional deberá darse cumplimiento a lo ordenado en el artículo 8° del Decreto 2709 de 1994, reglamentario de la Ley 71 que dispone:

"MONTO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES. El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75 % del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley."

El ingreso base de liquidación está consagrado en el artículo 6° de la referida norma, de la siguiente manera:

"Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes. El salario base para la liquidación de esta pensión, será el

² Consejo de Estado, Sentencia del 8 de marzo de 1994, C. P. Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.

Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificar lo pagado por los citados conceptos durante el periodo correspondiente."

Si bien es cierto que la mencionada norma fue derogada por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997 que modificó a su vez el Decreto 1748 de 1995, la misma debe entenderse vigente en razón a que se trata de una pensión reconocida aplicando beneficios del régimen de transición, es decir, con base en la norma que regía antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993."³

Corolario de la transcrita jurisprudencia, se tiene que en la liquidación de pensión por aportes, deberán tenerse en cuenta todas aquellas sumas que habitual y periódicamente recibió el trabajador como contraprestación de sus servicios, salvo aquellos factores que se encuentran expresamente excluidos por la ley y la jurisprudencia. y que en el evento de no haberse efectuado los respectivos descuentos por aportes, se deberán realizar al momento de pagar las mesadas correspondientes.

Factores a incluir en la liquidación pensional

Como la actora pretende el reconocimiento de su pensión bajo el régimen de la ley 71 de 1988, debe acudir a la ley 62 de 1985 que contempla los factores que deben incluirse en el ingreso base de liquidación de la pensión.

Es importante señalar que Según sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado el cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010) 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

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón, 16 de febrero de 2012.

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)
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

	<i>servicio (Decreto 1045 de 1978 Art.45</i>
	<i>Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968 (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal II)</i>

Adicionalmente, el H. Consejo de Estado, ha proferido decisiones específicas donde concluye la procedencia de la inclusión de la prima semestral, de antigüedad ⁽⁴⁾, de navidad y de vacaciones ⁽⁵⁾ 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 como pago de los días a los cuales tiene derecho a descanso anual ⁽⁶⁾ y la bonificación por recreación por cuanto no constituye salario conforme al art. 15 de los Decretos 2720 de 2000 y 2710 de 2001⁽⁷⁾

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 ¹⁸ sobre la imposibilidad de convalidar factores ilegales.

⁴ 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)

⁵ 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

⁶ 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

⁷ 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: VÍCTOR 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

⁸ 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

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)

Aplicación de la Sentencia SU 230 de 2015

La interpretación del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100, hecha por el Consejo de Estado, en la forma en que se dejó señalada, fue modificada por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 del 2013 cuya tesis se elevó con criterio de unificación en la sentencia SU 230 del 2015. Para la Corte el Legislador al introducir el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 beneficiando a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas, autorizó la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, empero, el Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición.

Al ponderar los principios de seguridad jurídica y validez del precedente jurisprudencial el Consejo de Estado sostuvo frente a esta situación 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 a su expedición.

Este mismo principio lo expuso 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

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).

anterioridad a su publicación, se regulaban 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 3º 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 conseguirlo⁹

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.

Ahora bien, en virtud del principio de favorabilidad, esta judicatura adopta la tesis conforme a la cual los derechos adquiridos con anterioridad a la publicación de la sentencia SU 230, se regulan por lo dispuesto en la sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 04 de agosto de 2010.

⁹ C-120 del 2003 y C-836 del 2001

En el sub judice se observa que el status pensional de la demandante se consolidó previo a la expedición del citado fallo, por lo tanto, se tendrá en cuenta en el IBL de la pensión, todo lo devengado en el último año de servicios siempre y cuando constituyan factor salarial, ya que el régimen anterior a la ley 100 de 1993 debe aplicarse de manera íntegra, según la jurisprudencia vigente para esa fecha.

Acto Legislativo 1 del 2005

Finalmente, en cuanto al régimen de transición debe agregarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución, dispuso nuevas reglas de rango constitucional en torno al sistema de pensiones, y entre ellas fijó los criterios en virtud de los cuales el régimen de transición pensional perdería su vigencia.

Al respecto, la regulación constitucional estableció lo siguiente:

“Art. 48.- Parágrafo transitorio 4º.- El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen.”

De conformidad con lo anterior, si una persona es en principio sujeto del régimen de transición en virtud de la Ley 100 de 1993, ya sea por edad o por tiempo de servicios, pero no consolida su derecho pensional antes de las fechas de expiración de dicho régimen dispuestas en la Constitución, dejaría de ser sujeto del régimen de transición y su derecho pensional se regiría exclusivamente por la Ley 100 de 1993 y normas posteriores.¹⁰

¹⁰ Sobre el tema consultar: 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

CASO CONCRETO

La señora **BEATRIZ MARIA EUGENIA BUSTILLO CAMARGO** nació el 10 de agosto de 1950, para el 1º de abril de 1994 tenía más de 35 años de edad, por lo que es beneficiaria del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De las certificaciones de aportes y cotizaciones, se tiene que la demandante laboró desde el 15 de julio de 1978 hasta el 18 de marzo de 1992 en el sector privado (Hospital San Ignacio), y entre 12 de febrero de 1992 y el 30 de julio de 2006 como docente, siendo su último empleador la Secretaría de Educación del Distrito, con lo cual acreditó los requisitos fijados en la Ley 71 de 1988 para acceder a su pensión por aportes, es decir, cumplió 55 años de edad el día 10 de agosto de 2005, fecha para la cual ya había completado más de 20 años de servicio.

En el sub judice se observa que con la Resolución 1994 del 18 de mayo de 2006, se reconoció pensión de jubilación por aportes a la señora BUSTILLO CAMARGO, con efectos a partir del 11 de agosto de 2005 (f 4), sin la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante su último año de servicios previo a la adquisición del estatus.

Las pretensiones de la demanda están dirigidas a que se reliquide la pensión de jubilación de la accionante, con el 75% de la totalidad de los factores salariales devengados durante el año de servicios previo a adquirir el estatus pensional, es decir lo comprendido entre el 11 de agosto de 2004 al 10 de agosto de 2005, sin embargo la actora laboró hasta el 30 de julio de 2006.

Conforme a las certificaciones expedidas por la Secretaria de Educación del Distrito, se tiene que la señora BEATRIZ MARIA EUGENIA BUSTILLO CAMARGO, durante su último año de servicios, devengó los siguientes factores: prima especial, prima de navidad, y prima de vacaciones. (F 6)

Así las cosas, teniendo en cuenta los hechos probados y las consideraciones expuestas en precedencia, se declarara la nulidad de la Resolución 1994 del

18 de mayo de 2006. A título de restablecimiento del derecho, se ordenará la reliquidación pensional a la luz de la Ley 62 de 1985, y la Ley 71 de 1988, con la inclusión de todos y cada uno de los factores salariales devengados por la demandante durante el último año de prestación de servicios y no como lo solicita el apoderado de la parte actora, pues se encuentra acreditado que la señora BUSTILLO CAMARGO se retiró de forma definitiva a partir de 01 de agosto de 2006 (f 8), con lo cual no es procedente reliquidar su pensión con los factores devengados durante el año previo a adquirir el estatus pensional. En este orden de ideas, se ordenará a la entidad reliquidar la pensión en cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio mensual devengado entre el 30 de julio de 2005 al 30 de julio de 2006, teniendo en cuenta la prima de navidad y prima de vacaciones, con efectos fiscales a partir del 01 de agosto de 2006, fecha de retiro de la demandante. Se precisa que aquellos emolumentos que se causen anualmente, deberán liquidarse con el 75% de sus doceavas partes.

No se ordenará la inclusión de la **PRIMA ESPECIAL**, por cuanto deben excluirse las primas o factores salariales creados por entes territoriales u órganos sin competencia.

En efecto, se tiene que este ítem equivalente a \$150 pesos por prima especial, fue creado por el Concejo de Bogotá mediante el Decreto 1242 de 1977, razón por la cual no es procedente su inclusión pues tal como se dijo anteriormente los entes territoriales no contaban facultad alguna para crear u otorgar dicha prestación y tampoco 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).

DESCUENTOS POR APORTES A SALUD.

La entidad deberá descontar los correspondientes aportes al 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 Estado¹¹ 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."

PRESCRIPCION

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 subjudice la pensión se hizo efectiva a partir del 11 de agosto de 2005, y la demanda fue radicada el 27 de mayo de 2015, por lo tanto se tendrán por prescritas las mesadas causadas con antelación al 27 de mayo de 2012.

INDEXACIÓN:

Las sumas que resulten a favor del 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

¹¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. SU del 25 de febrero de 2016. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente: 25000234200020130154101. Ref: 4863-2013.

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 al demandante durante toda su vinculación laboral, debidamente indexados, por las razones anotadas en precedencia.

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 Estado¹² 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:

- El proceso buscaba la reliquidación pensional de la actora con la inclusión de los factores salariales devengados durante el año de servicio previo a adquirir su estatus pensional.
- Las pretensiones fueron accedidas parcialmente al configurarse la prescripción.
- Revisado el expediente no se advirtieron conductas temerarias o de mala fe.

Bajo estas consideraciones y teniendo en cuenta la actividad desplegada por los apoderados, la capacidad económica y la complejidad del asunto, no hay lugar a condena en costas, toda vez que en el presente asunto se han presentado modificaciones jurisprudenciales que no han permitido a las entidad resolver estas peticiones.

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.

¹² Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR la prescripción de las mesadas causadas con antelación al 27 de mayo 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 Resolución 1994 del 18 de mayo de 2006, por medio de la cual el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** reconoció una pensión de jubilación por aportes a la señora **BEATRIZ MARIA EUGENIA BUSTILLO CAMARGO**, identificada con Cedula de Ciudadanía Nro 41.571.299, sin tener en cuenta los factores salariales devengados en su último año de servicios.

TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se **ORDENARA** al **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, reliquidar y pagar a la señora **BEATRIZ MARIA EUGENIA BUSTILLO CAMARGO**, identificada con Cedula de Ciudadanía Nro 41.571.299, su pensión en cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio mensual del último año de servicios, esto es, entre el 30 de julio de 2005 al 30 de julio de 2006, teniendo en cuenta los factores salariales denominados prima de vacaciones y prima de navidad. Se precisa estos emolumentos, deberán liquidarse con el 75% de sus doceavas partes con efectos fiscales a partir del 01 de agosto de 2006, fecha en que la actora se retiró del servicio, siempre y cuando no resulte menos favorable.

QUINTO. CONDENAR al **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a pagar a la señora **BEATRIZ MARIA EUGENIA BUSTILLO CAMARGO**, identificada con Cedula de Ciudadanía Nro 41.571.299, 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 que el demandante no

haya cubierto respecto de la diferencia entre el salario devengado con la liquidación de aportes para pensión debidamente indexados.

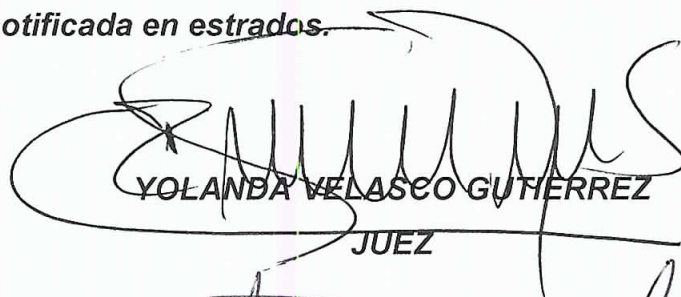
SEXTO: Sin condena en costas,

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

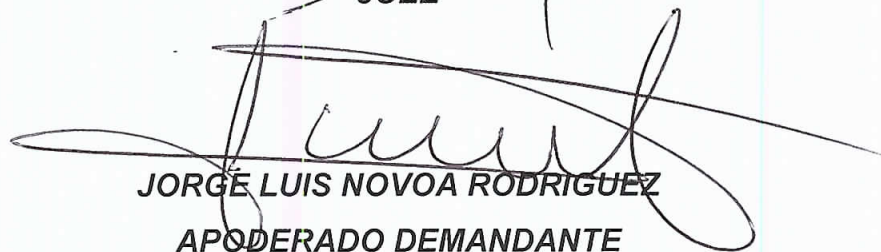
OCTAVO: COMUNICAR este fallo, para su ejecución como lo ordena el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, una vez en firme a la parte accionada.

NOVENO: EJECUTORIADA esta providencia, ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones respectivas. Decisión notificada en estrados.

Decisión notificada en estrados.



YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ



JORGE LUIS NOVOA RODRIGUEZ
APODERADO DEMANDANTE

GUSTAVO ADOLFO GIRALDO
APODERADO DEMANDADA



JOSE HUGO TORRES BELTRAN
PROFESIONAL UNIVERSITARIO