



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE
CARRERA 20 No. 8-90 PISO 2 INTERIOR 2
Telefax - 6356688

Yopal - Casanare, siete (7) de mayo de dos mil quince (2015)

Referencia	Radicación No. 85001-3333-001-2013-00268-01
Medio de control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – LABORAL
Demandante:	ÉDGAR ARENAS MAHECHA
Demandado:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO

I.- OBJETO

Procede esta Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia dictada por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Yopal, a través de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

II.- EL FALLO RECURRIDO

La decisión recurrida fue emitida en el trámite de la audiencia inicial el 24 de abril de 2014 (fls. 198 a 203 C1), y en ella se tomaron las siguientes decisiones:

- Declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la UGPP y no probadas las demás.
- Decretó la nulidad de las Resoluciones núm. RDP 032645 de 19 de julio de 2013 y 039271 de 26 de agosto de 2013, a través de las cuales se negó la reliquidación de la pensión de jubilación al señor Édgar Arenas Mahecha y se resolvió el recurso de apelación contra la primera confirmándola, respectivamente.
- Consecuencialmente a la anterior declaración, ordenó reliquidar y pagar esa pensión en un monto equivalente al 75% incluyendo además de la asignación básica, la bonificación por servicios y la prima especial de riesgo en cuantía del 35%, las primas de clima, de servicios, de vacaciones, de navidad y el sueldo por vacaciones, percibidas en el periodo comprendido entre el 31 de julio de 2008 al 30 de julio de 2009, con efectos a partir del 31 de mayo de 2010

Así mismo dispuso que si el demandante no cotizó sobre todos los factores salariales mencionados, la demandada debía hacer las deducciones correspondientes.

De igual manera ordenó la indexación de las diferencias en las mesadas pensionales y el pago intereses moratorios.

Con fundamento en los hechos, las pretensiones y alegatos presentados por las partes, fijó el litigio en los siguientes términos: ¿Debió liquidarse la pensión de jubilación del demandante teniendo en cuenta el 75% del promedio del salario mensual obtenido durante el último año de servicios y todos los factores salariales devengados, en aplicación del régimen especial de los empleados del DAS – Decreto 1933 de 1989, o si por el contrario se encuentra ajustada a derecho la pensión del señor Édgar Arenas, pues se liquidó sobre el promedio del salario cotizado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión de acuerdo con el Decreto 1158 de 1994?

Luego de analizar el acervo probatorio, encontró demostrado como hechos relevantes los siguientes:

i.- El accionante nació el 17 de noviembre de 1963 (fl. 42 C1), laboró en el DAS durante 22 años, 2 meses y 9 días, del 22 de abril de 1987 al 31 de julio de 2009, siendo el último cargo desempeñado el de detective profesional 207-11 dependiente de la seccional Casanare (fl. 38 C1) y a partir del 1 de agosto del mismo año, mediante Resolución N° 0916 del 23 de julio de 2009, se retiró del servicio por haber adquirido el derecho a la pensión.

ii.- Mediante Resolución N° 16007 de 16 de abril de 2008, Cajanal reconoció al demandante una pensión mensual vitalicia por vejez, efectiva a partir del 1 de julio de 2007, condicionada al retiro definitivo del servicio, con el 75% promedio de los salarios devengados en los últimos 10 años de servicio, incluyendo la bonificación por servicios prestados y la prima de riesgo (fl. 56 a 58 C1).

iii.- El accionante solicitó la reliquidación de la pensión por retiro del servicio y con la inclusión de nuevos factores salariales devengados en el último año de servicios (fl. 66 C1), ante lo cual Cajanal, mediante Resoluciones N° PAP 046901 de 5 de abril de 2011, accedió a la reliquidación por retiro definitivo, pero negó la inclusión de nuevos factores salariales. Igualmente, a través de Resolución RDP-032645 del 19 de julio de 2013, la UGPP negó la reliquidación pensión con la inclusión de nuevos factores salariales, y mediante Resolución RDP-039271 de 25 de agosto de 2013, el director de pensiones de la UGPP, confirmó la resolución anterior.

Como fundamentos de derecho adujo que:

Sobre el monto de la pensión indicó que el Decreto 1933 de 1989, en su artículo primero estableció que los empleados del DAS tienen derecho a las prestaciones sociales previstas para las entidades de la administración pública del orden nacional en los Decretos 3135 de 1968 y decreto reglamentario 1848 de 1969, disposición que establece en 75% el valor de la pensión mensual vitalicia del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidas por el empleado en el último año de prestación de servicios.

En lo que respecta a los factores dijo que de acuerdo con el artículo 19 del Decreto 1933 de 1989 los factores a tenerse en cuenta son: asignación básica mensual, ingresos por antigüedad, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad, gastos de representación y la prima de vacaciones.

Concluyó que teniendo en cuenta que el demandante desempeñó el cargo de detective, no le es aplicable el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley de 1993, sino el régimen especial previsto en el Decreto 1933 de 1989, acorde con lo señalado con el Decreto 1835 de 1994, modificado por el Decreto 898 de 1996, por lo que su pensión debió reliquidarse sobre el 75% promedio de los salarios, bonificaciones y primas de toda especie percibidos en el último año de prestación de servicios, y al haberse

aplicado de manera sesgada la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios en cuanto a los factores salariales y monto de la pensión reconocida, los actos administrativos demandados resultan nulos por violación de las normas en que debieron fundarse.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.- La parte demandada – UGPP, dentro de la oportunidad otorgada para el efecto, presentó recurso de apelación (fls.259 a 265 C1) argumentando, en síntesis, que el régimen aplicable es el consagrado en la Ley 100 de 1993 y los factores a tener en cuenta son los establecidos en el Decreto 1158 de 1994. Dijo que no todo lo devengado tiene la calidad de factor salarial, pues se requiere para ello que se haya dado en forma habitual y periódica.

Agregó que en el régimen de seguridad social se requiere efectuar cotizaciones que correspondan al verdadero salario devengado, ya que son fuente del derecho a las prestaciones en cuantía real y que el reconocimiento de pensiones por las cuales no se ha cotizado en su totalidad, genera un desbalance ostensible en el régimen de prima media del sistema pensional, y que para el caso concreto, el régimen de transición conserva los requisitos de edad y tiempo de cotización, como en efecto ocurrió, pero no la inclusión de todos los factores de salario, teniendo en cuenta que la norma consagra que deberán tenerse en cuenta aquellos factores que han servido de base para calcular aportes y el monto de la cotización siempre mantendrá una relación directa proporcional al monto de la pensión (Ley 797 de 2003, artículo 5), situación que aquí no se presenta.

Manifestó que la UGPP no puede responder con su patrimonio por las prestaciones de la demanda, porque actuaba solo en calidad de intermediario entre el empleador y el trabajador y que es el primero quien deba eventualmente responder por la condena.

Agregó que los factores que se reconocieron al demandante son los que establece la tesis del Consejo de Estado, esto es, asignación básica y bonificación por servicios prestados, y que los demás que no se incluyeron se debió a que no los percibió o porque estaban a cargo del empleador, como por ejemplo la prima de servicios y de navidad.

Hizo una transcripción literal de varias normas aplicables en materia pensional y citó sentencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional sobre el tema tratado.

Y con base en esas argumentaciones solicitó revocar la sentencia y en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

Dentro del término otorgado para el efecto, presentó escrito de alegatos de conclusión (fls. 9 a 19 C2) donde transcribió el artículo 1 del Decreto 691 de 1994, los artículos 1 y 2 del Decreto 1835 de 1994, el artículo 10 del Decreto 1933 de 1989 y en síntesis, reiteró los mismos argumentos señalados en el recurso de apelación.

2.- La parte demandante no se pronunció respecto del recurso ni en la etapa de alegatos y el agente del Ministerio Público no emitió concepto.

IV.- ACTUACIÓN PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA

El proceso fue allegado al Tribunal el 21 de enero de 2015, repartido el 27 siguiente y entregado al magistrado sustanciador el 29 de enero de 2015 (fl. 2. C2), quien lo admitió por auto de 3 de febrero de 2015 (fl. 4 C2). Posteriormente, mediante auto de 11 de febrero de 2015 (fl. 7 C2) corrió traslado a las partes para que alegaran de

conclusión y al agente del Ministerio Público para que emitiera concepto si a bien lo tenía. Solo se pronunció la parte demandada y apelante en la forma señalada anteriormente.

El proceso quedó en turno de fallo el 13 de marzo de 2015 (fl. 20 C2).

V.- CONSIDERACIONES:

1.- PRONUNCIAMIENTO SOBRE NULIDADES, PRESUPUESTOS PROCESALES, CADUCIDAD Y REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

Revisada la actuación surtida hasta el momento, en cumplimiento del control de legalidad establecido en el artículo 180-5 del C.P.A.C.A. y 132 del C.G.P, no se observan irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad total o parcial de lo actuado. Por el contrario, se encuentra cumplido el procedimiento previsto en los artículos 192 y 247 siguientes y concordantes del C.P.A.C.A., es decir, se agotó el debido proceso establecido en el artículo 29 de nuestra Constitución Política.

Este Tribunal es competente para conocer del presente medio de control en razón de la naturaleza del asunto, el sitio donde ocurrieron los hechos y porque la primera instancia fue decidida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Yopal. Además existe demanda en forma y está probada la capacidad para ser parte y la capacidad para comparecer al proceso en cabeza de quienes obran como partes.

No hay caducidad por tratarse de una prestación periódica y se agotó la vía gubernativa.

2.- PROBLEMA JURÍDICO.

Del examen de la sentencia de primera instancia con relación al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y las pruebas allegadas se deduce que el problema jurídico a dilucidar en la segunda instancia es el siguiente:

¿Debe confirmarse el fallo recurrido, a través del cual se declaró la nulidad de los actos administrativos que negaron la reliquidación de la pensión del señor Édgar Arenas Mahecha y ordenó reliquidar y pagar en monto del 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios; o por el contrario debe revocarse por las razones indicadas en el recurso incoado por la entidad accionada?

Para resolverlo consideraremos los siguientes aspectos:

2.1. Premisa Normativa.

2.1.1.- Con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los servidores públicos del DAS se regulaban por los Decretos Extraordinarios 1932, 1933, 2146 y 2147 de 1989.

El Decreto Extraordinario 1932 del 28 de agosto de 1989 reguló el sistema de clasificación y nomenclatura del DAS, fijó la escala de remuneración, entre otros asuntos.

Mediante el Decreto 1933 de 1989 se expidió el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS. En su artículo 1º se dispuso:

“Norma General. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad tendrán derecho a las prestaciones sociales previstas para las entidades de la administración pública del orden nacional en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 451 de 1984, artículo 3º y en los que los adicionan, modifican, reforman o complementan y, además, a las que este decreto establece”.

En el mismo sentido, los artículos 2 al 6 del decreto en mención regularon las primas y bonificaciones especiales, entre ellas la prima de riesgo (artículo 4º).

En los artículos 10 y 18 de la misma norma son del siguiente tenor:

“Artículo 10º Pensión de Jubilación. Las normas generales sobre pensión de jubilación previstas para los empleados de la administración pública del orden nacional se aplicarán a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad.

Los empleados que cumplan funciones de dactiloscopistas en los cargos de Detective Agente, Profesional o Especializado, se regirán por lo establecido en cuanto a régimen de pensión vitalicia de jubilación, por el Decreto – ley 1047 de 1978, cuyas normas serán igualmente aplicables al personal de detectives en sus distintos grados y denominaciones.”.

“artículo 18: Factores para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad se tendrán en cuenta para su liquidación, los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;*
- b) Los incrementos por antigüedad;*
- c) La bonificación por servicios prestados;*
- d) La prima de servicio;*
- e) El subsidio de alimentación;*
- f) El auxilio de transporte*
- g) La prima de navidad;*
- h) Los gastos de representación;*
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios en comisión, dentro o fuera del país, cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta (180) días en el último año de servicio, y*
- j) La prima de vacaciones.”.(Subraya fuera de texto).*

Se desprende de las anteriores disposiciones que el Decreto 1933 de 1989 estableció condiciones especiales en materia de pensión de jubilación en cuanto a la edad, tiempo de servicios y monto de la mesada para quienes laboraban en el DAS como detectives, y que sobre el tema hizo remisión expresa al Decreto 1045 de 1978.

2.1.2.- En lo que tiene que ver con los factores con base en los cuales se liquida la mesada pensional, el artículo 18 del Decreto 1933 de 1989 relaciona los factores que se tendrán en cuenta para la liquidación de la pensión, factores dentro de los cuales no se encuentra la prima de riesgo.

2.1.3.- No obstante, con posterioridad a la normatividad citada, fue expedido el Decreto 1137¹ de 2 de junio de 1994 mediante el **se creó una prima especial mensual de riesgo con carácter permanente para los empleados del DAS que desempeñaran los cargos de Detective especializado, profesional o agente, criminalístico**

¹ el inciso 2º del artículo 1º del referido Decreto, estableció: “Esta prima no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con las primas de que tratan los artículos 2o, 3o, y 4o del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994”.

especializado, profesional o técnico y conductores **equivalente al 30% de su asignación básica mensual**, señalando de manera expresa que dicha prima no constituía factor salarial.

2.1.4.- El mismo año, el Decreto 2646 del 29 de noviembre modificó la cuantía de la prima especial de riesgo para los empleados del DAS, así:

“Artículo 1º. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen los cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, Criminalístico Especializado, Criminalístico Profesional, Criminalístico Técnico y los conductores, tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una prima especial de riesgo equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) de su asignación básica mensual

(...) Artículo 4: La prima a que se refiere el presente decreto no constituye factor salarial...” (Negrilla fuera de texto.)

2.1.5.- El 26 de diciembre de 2003 fue expedida la Ley 860 por la cual se reformaron algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones, la cual en su artículo 2, establece:

“Para el personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que labore en las demás áreas o cargos, se les aplicará en su integridad el Sistema General de Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Parágrafo 1º. *Pensión de vejez por exposición a alto riesgo. Los Servidores Públicos señalados en este artículo, dada su actividad de exposición a alto riesgo, que efectúen la cotización especial señalada en el artículo 12 del Decreto 1835 de 1994 y la que se define en la presente ley, durante por lo menos 650 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión de vejez, siempre y cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente como servidores del Departamento de Seguridad, DAS, en los cargos señalados en los artículos 1º y 2º del Decreto 2646 de 1994.*

Parágrafo 2º. *Condiciones y requisitos para tener derecho a la pensión de vejez por exposición a alto riesgo (DAS). La pensión de vejez, se sujetará a los siguientes requisitos:*

- 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad.*
- 2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones al que se refiere el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.*

La edad para el reconocimiento de la pensión especial de vejez se disminuirá un (1) año por cada sesenta (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.

Parágrafo 3º. *Monto de la cotización especial. El monto de la cotización especial para el personal del DAS del que trata la presente Ley, será el previsto en la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, más diez (10) puntos adicionales a cargo del empleador.*

Parágrafo 4º. *Ingreso base de cotización. El ingreso base de cotización para los servidores públicos a que se refiere este artículo, estará constituido por los factores incluidos en el Decreto 1158 de 1994, adicionado en un*

40% de la prima especial de riesgo a la que se refieren los artículos 1º y 2º del Decreto 2646 de 1994.

El porcentaje del cuarenta por ciento (40%) considerado para el Ingreso Base de Cotización se incrementará al cincuenta por ciento (50%) a partir del 31 de diciembre del 2007...” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

2.1.6.- En relación con la prima de riesgo de detectives del DAS, debe acotarse también que el Consejo de Estado en el año 2013 amparó los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad² por no haberse incluido como factor de liquidación. En ese fallo esa Corporación señaló lo siguiente:

“La jurisprudencia³ de esta Corporación en principio, negó la inclusión de la prima de riesgo para efectos de liquidar la pensión de jubilación por lo siguiente: i) no estar enlistada dentro del artículo 18 del Decreto 1933 de 1989 como uno de los factores sobre los cuales se establece la cuantía de la mesada pensional para los empleados del DAS; y, ii) estar consagrada, expresamente, como un factor no salarial en el Decreto 2646 de 1994.

*Dicha tesis jurisprudencial fue replanteada en providencias de la Subsección A – Sección Segunda de esta Corporación, concretamente en la **sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010⁴**, que señaló:*

“Sin embargo, respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3º de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.

Así, en la primera hipótesis se previó que la entidad pública que reconociera el derecho prestacional tendría que efectuar las deducciones de ley a que hubiere lugar por los conceptos cuya inclusión se ordenaba y que no hubieren sido objeto de aportes, pese a que no se encontraran dentro del listado previsto por el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, pues tal determinación se ajustaba a lo dispuesto por el inciso tercero de dicha norma, según el cual “En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”. Esta tesis fue expuesta en la sentencia de 29 de mayo de 2003⁵, concluyendo que “en la liquidación de la pensión de jubilación deberán incluirse todas aquellas sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley. (...) “en el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, la Caja deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 8 de agosto de 2013, radicación 11001-03-15-000-2012-01670-01, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno, actor: Hernando Echeverría Patiño.

³ Sentencias del Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B de: (i) 4 de octubre de 2007, expediente No. 25000232500020031688, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez; y, (ii) 27 de mayo de 2010, expediente No. 250002325000200290242 01, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, entre otras.

⁴ Sentencia de 4 de agosto de 2010, Consejo de Estado – Sección Segunda, expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01, con ponencia de quien ahora lo hace.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla, sentencia de 29 de mayo de 2003, Radicación No.: 25000-23-25-000-2000-2990-01(4471 - 02), Actor: Jaime Florez Anibal.

mesadas correspondientes”.

Bajo la segunda hipótesis se consideró que debían incluirse todos los factores que hubieren sido objeto de aportes y así se encontrare certificado. Entonces, en la sentencia de 16 de febrero de 2006⁶, se expresó:

“La ley 33 de 1985 en el artículo 1º dispone que la pensión se liquida con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (...).

En consecuencia, la Sala confirmará el fallo de primera instancia, en cuanto declaró la nulidad del acto acusado, precisando que a título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada, deberá reliquidar la pensión de jubilación, en el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio de sirvió de base para los aportes, durante el último año de servicio, tomando para el efecto, lo certificado, según documento visible a folios 11 y 12 del cuaderno principal del expediente.”.

En la tercera hipótesis se indicó que las pensiones únicamente podían liquidarse teniendo en cuenta los factores salariales enlistados taxativamente por la Ley 33 de 1985 y en caso de haberse realizado deducciones sobre otros conceptos no comprendidos en ella debían devolverse las sumas a que hubiere lugar. Esta decisión se encuentra sustentada en la siguiente forma⁷:

(...)

De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios”

La sentencia de unificación antes transcrita, estableció que los factores a tenerse en cuenta para liquidar la pensión no son solo los señalados taxativamente, sino todos aquellos que constituyan salario.

Siguiendo la jurisprudencia transcrita, la Sección Segunda -Subsección A, en sentencia del 10 de noviembre de 2010⁸, al pronunciarse en relación con la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial, indicó:

“De lo anterior es claro, que el argumento del Tribunal resulta insuficiente y ambiguo, pues si bien es cierto el Legislador señaló expresamente en los Decretos 1137 de 2 de junio de 1994 y 2646 de 29 de noviembre de 1994, que la prima de riesgo no constituía factor salarial, también lo es que dicha prima tiene proyección dentro del marco de la liquidación de la

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, sentencia de 16 de febrero de 2006, Radicación No.: 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04), Actor: Arnulfo Gómez.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 6 de agosto de 2008, Radicación No. 25000-23-25-000-2002-12846-01(0640-08), Actor: Emilio Paez Cristancho.

⁸ C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado interno No. 568-2008, actor: José Luis Martínez Arteaga

pensión, pues de conformidad con el artículo 73 del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969 la pensión vitalicia de jubilación debe liquidarse con el promedio de los salarios y primas de toda especie, razón por la cual el hecho de que la prima de riesgo no tuviera el carácter de factor salarial no la excluía de ser tenida en cuenta para efectos liquidar la pensión de jubilación del demandante.

(...)

No comparte la decisión en cuanto negó la inclusión de la proporción correspondiente a la prima de riesgo, puesto que si bien es cierto ella no esta enlistada como uno de los factores sobre los cuales se establece la cuantía de la mesada pensional en el artículo 18 del Decreto 1933 de 1989, y que a la luz de los Decretos 2646 de 1994 y 1137 del mismo año, ella no constituye factor de salario por no tratarse en este caso particular de la Ley 100 de 1993 en cuanto en el artículo 36 inciso tercero dispone que quienes se encuentren en el régimen de transición, que le faltare menos de diez años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, se ordenará su inclusión.

En consecuencia se modificara la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar que en la nueva liquidación de la pensión de jubilación del actor se incluya la proporción correspondiente a la prima de riesgo" (Subraya y negrilla fuera de texto).

Así las cosas, la tesis vigente a partir de la sentencia de unificación de la Sección Segunda de esta Corporación, es decir, **desde el año 2010**, sostiene que la prima de riesgo debe ser incluida como factor constitutivo del ingreso base de liquidación de la pensión de los detectives que se rigen por el régimen especial aquí analizado, debiendo precisarse que con posterioridad a ella se ha reafirmando dicha tesis⁹.

Incluso en sede constitucional atendiendo al principio de igualdad, no puede pasarse por alto que en sentencias de tutela proferidas por esta Corporación¹⁰ en asuntos similares al ahora debatido, se ha establecido que se incurre en desconocimiento de precedente judicial al no incluir la prima de riesgo como factor salarial para liquidar la pensión de jubilación de los detectives del DAS en el régimen especial.

Cabe anotar, que el Tribunal Administrativo del Casanare como sustento de su decisión afirmó:

"Así las cosas, le asiste razón al a-quo cuando indica que al demandante se le debía aplicar el régimen especial para detectives previsto en el Decreto 1933 de 1989, en concordancia con los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978 y 451 de 1984 salvo lo relacionado con la prima de riesgo, que por legislación expresa no constituye factor salarial."

En este punto, advierte la Sala que la providencia del Tribunal por la cual modificó la sentencia del Juzgado Primero Administrativo de Yopal ordenando la reliquidación de la pensión del actor sin incluir la prima de riesgo, es del **29 de marzo de 2012**, es decir, que fue expedida con posterioridad a los precedentes jurisprudenciales de esta Corporación que reconocen la prima de riesgo como factor salarial para la liquidación de la pensión de jubilación.

⁹ Sentencias de: i) Sección Segunda – Subsección A de 7 de abril de 2011, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; radicado interno No. 953-2010, actor: Edgar Osorio Rivas; y, ii) Sección Segunda – Subsección A, de 8 de agosto de 2011, C.P. Alfonso Vargas Rincón, actor: Emmanuel Ardila Bravo.

¹⁰ Sentencias del Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A de 15 de noviembre de 2011, expediente No. 11001-03-15-000-2011-01438-00, M.P. Alfonso Vargas Rincón; y de 6 de junio de 2012, expediente No. 11001-03-15-2012-00549-00, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

Respecto del precedente vertical¹¹, la Jurisprudencia Constitucional ha sido enfática en sostener que la autonomía del Juez se encuentra limitada por el respeto hacia las decisiones proferidas por los Jueces de superior jerarquía y, en especial, por los órganos de cierre en cada una de las Jurisdicciones. A esta conclusión ha llegado en consideración a las siguientes razones: i) El principio de igualdad, que es vinculante para todas las autoridades, e incluso, para algunos particulares que exige, que supuestos fácticos iguales se resuelvan de la misma manera y por consiguiente, con la misma consecuencia jurídica; ii) El principio de cosa juzgada, que otorga a los destinatarios de las decisiones jurídicas, seguridad jurídica y previsibilidad de la interpretación, pues si bien es cierto, el derecho no es una ciencia exacta, sí debe existir certeza razonable sobre la decisión; iii) La autonomía judicial, que no puede desconocer la naturaleza reglada de la decisión judicial, pues sólo la interpretación armónica de esos dos conceptos garantiza la eficacia del Estado de Derecho; iv) Los principios de buena fe y confianza legítima, que imponen a la Administración un grado de seguridad y consistencia en las decisiones, pues existen expectativas legítimas con protección jurídica; v) Por razones de racionalidad del sistema jurídico, porque es necesario un mínimo de coherencia a su interior¹².

Para la Sala, en el caso materia de estudio, el Tribunal Administrativo del Casanare desconoció la posición que desde el año 2010 ha venido sosteniendo esta Corporación en relación con la inclusión de la prima de riesgo en el ingreso base de liquidación de la pensión de detectives en el régimen especial, con lo que vulneró los derechos fundamentales del accionante al debido proceso y a la igualdad.

Así las cosas, la Sala concederá el amparo constitucional invocado, a fin de dejar sin efectos, la sentencia de 29 de marzo de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo del Casanare, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el señor HERNANDO ECHEVERRÍA PATIÑO contra la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL E.I.C.E. en Liquidación, con el objeto de que se pronuncie nuevamente sobre la inclusión de la prima de riesgo como factor determinante de la base de liquidación pensional, atendiendo, además, a los supuestos específicos del caso sometido a su consideración.”

2.1.7.- El Decreto Ley 691 de 1994 vinculó a los servidores de la Rama Ejecutiva, incluidos los servidores públicos del DAS, al régimen general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, con las salvedades expresamente señalados para ellos.

En efecto, dicho decreto dispuso:

“ARTICULO 1o. INCORPORACION DE SERVIDORES PUBLICOS. Incorpórase al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 a los siguientes servidores públicos:

a). Los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, departamental, municipal o distrital, así como de sus entidades descentralizadas...

ARTICULO 5o. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO. Los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo para su salud, se entienden incorporados al Sistema General de Pensiones, pero les aplicarán las condiciones especiales que para cada caso se determinen.

ARTÍCULO 6o. BASE DE COTIZACION. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos que

¹¹ Sentencia T-468 de 2003

¹² Sentencia C-447 de 1997.

por el presente Decreto se incorporan, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando ésta sea factor de salario;*
- d) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- e) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios;"*

La disposición anterior fue modificada por el Decreto Ley 1158 de 1994, cuyo artículo 1 es del siguiente tenor:

"ARTICULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización".

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados;*

Así las cosas, a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, los servidores del DAS que no tienen régimen especial o que no se encuentran dentro del régimen de transición establecido en su artículo 36, se rigen por dicha ley.

A los empleados del DAS pertenecientes al régimen general de esta institución que se encuentran dentro del régimen de transición establecido en su artículo 36 les son aplicables las disposiciones del régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

En efecto, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispuso que:

"Régimen de transición. *La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez de las personas que al

momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) años o más de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados...”.

La constitucionalidad de esta norma fue revisada por la Corte Constitucional en Sentencia C- 168 de 1995, en cuya parte resolutive señaló:

“SEGUNDO. Declarar EXEQUIBLES los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, salvo el aparte final de este último que dice: “Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos”, el cual es INEXEQUIBLE”.

En la parte considerativa trató los temas de derechos adquiridos, condición más favorable, principio de favorabilidad en materia laboral e in dubio pro operario, entre otras. Concretamente sobre derechos adquiridos y condición más favorable dijo:

“Los derechos adquiridos están íntimamente relacionados con la aplicación de la ley en el tiempo, pues una ley posterior no puede tener efectos retroactivos para desconocer las situaciones jurídicas creadas y consolidadas bajo la ley anterior. Sin embargo, nuestra Constitución establece una excepción al principio de la irretroactividad de la ley, al consagrar la favorabilidad de las normas penales, la que dejó estatuida en el artículo 29, así: “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

El derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador. Y es en esta última categoría donde debe ubicarse la llamada 'condición más beneficiosa'. Se puede concluir que quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma. Pero quien aún no ha completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho sino que se halla apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo en el momento de reunir la condición faltante”.

2.1.8.- Así las cosas, cuando se analiza el artículo 10 del Decreto 1933 se establece que en el DAS hay dos regímenes sobre pensión de jubilación, a saber:

a.- Uno especial para los empleados que cumplan funciones de Dactiloscopistas en los cargos de Detective Agente, Profesional o Especializado, quienes en cuanto al régimen de pensión vitalicia de jubilación se rigen por lo establecido por el Decreto Ley 1047 de 1978, cuyas normas son igualmente aplicables al personal de Detectives en sus distintos grados y denominaciones.

Tal Decreto, en esencia, establece una pensión de jubilación con veinte (20) años de servicio y a cualquier edad o dieciocho años de servicio y cincuenta (50) años de edad, siempre que para la época en que se cumpla este último requisito el empleado esté al servicio del DAS.

b.- Y otro general, para los demás servidores públicos de la entidad mencionada, constituido por las normas generales sobre pensión de jubilación previstas para los empleados de la administración pública del orden nacional.

A estos empleados del DAS pertenecientes al régimen general de esta institución es que nos referimos en precedencia y se regulan por el régimen general de la Ley 100 de 1993 o por la legislación anterior, según pertenezcan o no al régimen de transición.

Para los del régimen de transición, el Decreto 3135 de 1968 y su Decreto Reglamentario 1848 de 1969, aunque establecen los requisitos para pensión de jubilación no regulan los factores, vacío que cubre el Decreto 1045 de 1978 en su artículo 45, según el cual son factores para liquidar cesantías y **pensiones** los siguientes:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a 180 días en el último año de servicios;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto Ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 3130 de 1968".

2.2. Estudio del caso:

a) No hay duda de que el demandante no es beneficiario del régimen de transición general previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por las siguientes razones:

- Nació el 17 de noviembre de 1963 (fl.159 C1) lo que permite deducir que al 1 de abril de 1994, fecha en que empezaron a regir la Ley 100 de 1993 y el Decreto 691 de 1994, tenía 30 años, 4 meses y 14 días de edad, esto es, no cumplía con el requisito de 40 años que consagraba el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
- Desde su fecha de ingreso al Das (22 de abril de 1987) hasta la fecha en que entraron a regir las dos disposiciones mencionadas solo existen 6 años 11 meses y 9 días, y resulta que esa alternativa para ser beneficiario del régimen de transición exige 15 años de servicio.

b) Sin embargo, por desempeñar una actividad calificada de alto riesgo por el Decreto Ley 1835 de 1994, tiene un régimen de transición especial, según prevé su artículo 4, tal como fue modificado por el Artículo 1 del Decreto 898 de 1996, que dispone:

"RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. Los funcionarios de las entidades señaladas en este capítulo que laboren en las actividades descritas en los numerales 1 y 5 del Artículo 2 de este Decreto, que estuviesen vinculados a ellas con anterioridad a su vigencia, no tendrán condiciones menos favorables, en lo que respecta a la edad para acceder a la pensión de vejez o jubilación, el tiempo de servicio

requerido o el número de semanas cotizadas, y el monto de esta pensión, a las existentes para ellos en las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

Para los demás servidores, las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez o jubilación, se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos, particularmente en lo relacionado al monto de las cotizaciones a cargo del respectivo empleador". (El resaltado es del Tribunal).

c) En el mismo sentido se ha pronunciado el H. Consejo de Estado:

*"La Ley 100 de 1993, en su artículo 140, dispuso que el Gobierno Nacional, de conformidad con la Ley 4 de 1992, expediría el régimen relacionado con las actividades de alto riesgo. El Gobierno Nacional, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confieren el ordinal 11 del artículo 189 y los literales e) y f) del ordinal 19 del artículo 150 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 140 de la Ley 100 de 1993, expidió el Decreto 1835 de 1994 para reglamentar las actividades de alto riesgo de los servidores públicos. El Decreto 1835 de 1994, capítulo 1, establece las actividades de alto riesgo para los servidores públicos. El legislador quiso darles un tratamiento pensional especial a los servidores que laboran en actividades catalogadas como de alto riesgo debido al peligro que implica el desarrollo de sus funciones y, por lo tanto, estableció unas condiciones más favorables para el otorgamiento de la pensión de vejez. El artículo 3 ibídem establece los requisitos para la obtención de la pensión de vejez. El artículo 4 del decreto en mención, contenido en el capítulo II sobre actividades de alto riesgo para unos servidores públicos del Departamento Administrativo de Seguridad y los cuerpos de bomberos, corregido por el artículo 1 del Decreto 898 de 1996, establece un régimen de transición para los empleados que desempeñaban esas actividades con anterioridad a la fecha de expedición de la norma, 4 de agosto de 1994. Si bien es cierto el Decreto 1835 de 1994, fue revocado por el Decreto 2090 de 2003, "por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades", esta última normatividad no es aplicable al caso del actor pues su derecho pensional fue consolidado con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto, 28 de julio de 2003. **De lo anterior se concluye que al personal de detectives, en sus diferentes grados y denominaciones de especialista, profesional y agente, que estuvieran vinculados con anterioridad a la vigencia del Decreto 1835 de 1994, 4 de agosto de 1994, se les respetan los derechos establecidos en las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993.** En otras palabras el actor es beneficiario del régimen de transición contemplado para los empleados que desempeñan actividades de alto riesgo, razón por la cual el régimen pensional aplicable es el que regía con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia del decreto pues el cargo de Detective que desempeña desde el 13 de agosto de 1980 es considerado como de alto riesgo".¹³ (El resaltado en negrilla es del Tribunal)*

d) En lo que concierne a la prima de riesgo, creada por el Decreto 1933 de 1989, artículo 3, aunque dicha norma no contempla su inclusión como factor salarial, motivo por el cual inicialmente el Consejo de Estado negaba su cómputo para liquidar pensiones, igual que la de clima, posteriormente, en sentencia del 10 de noviembre de 2010, esa Corporación determinó que se debía liquidar la pensión con los salarios y primas de toda especie devengadas en el último año de servicio, por el solo hecho de ser acreedor al régimen de transición del DAS, artículo 4 Decreto 1835 de 1994, que no condicionó al cumplimiento de los requisitos que exige el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que remite

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia del 15 de marzo de 2007, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicación número: 25000-23-25-000-2002-03560-01(1741-05), actor: Quimerindo Álvarez Chaparro, demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

al citado decreto, se debe tener en cuenta tales primas al momento de la liquidación de la pensión.

e) Según las pruebas aportadas por el actor, este devengó en su último año de servicios, esto es, en el periodo comprendido entre el 31 de julio de 2008 y el 31 de julio de 2009, los siguientes emolumentos: sueldo básico, prima especial de riesgo, prima de clima, sueldo por vacaciones (sic), prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, bonificación especial de recreación y bonificación por servicios (fls. 39 y 40 C1).

f) El Juez de primera instancia declaró la nulidad de las Resoluciones números RDP-032645 de 19 de julio de 2013 y RDP039271 de 26 de agosto del mismo año, por medio de la cual la UGPP le negó la reliquidación de su pensión con el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

A título de restablecimiento del derecho ordenó a la demandada que le reconozca y pague la reliquidación de la pensión de jubilación, incluyendo además de la asignación básica, la prima de riesgo, la bonificación por servicios prestados, la prima clima, de servicios, de vacaciones, de navidad y el sueldo de vacaciones percibidas durante el lapso comprendido entre el 31 de julio de 2008 a 31 de julio de 2009, en cuantía equivalente al 75% del promedio mensual devengados en el último año de servicio con efectos a partir del 31 de mayo de 2010.

No hay sueldo por vacaciones, pues el sueldo es una contraprestación del trabajo que se realiza día a día; las vacaciones son una prestación social que consiste en el descanso remunerado que se da a un particular o a un servidor público cuando ha trabajado un año y excepcionalmente el mínimo de tiempo establecido por la ley para la concesión de este derecho; cuando una persona termina su relación laboral y se le adeudan vacaciones, a lo que tiene derecho es a que se le compensen o indemnicen en dinero las mismas, pero esas indemnizaciones no son factor salarial para liquidar pensiones. Además, la ley no incluye sueldo por vacaciones como factor salarial para liquidar pensiones ni en el Decreto 1933 de 1989 ni en el Decreto 1045 de 1978; similar situación ocurre con la bonificación por recreación de que tratan el Decreto 451 de 1984, la Ley de 995 de 2005, el Decreto 404 de 2006 y el Decreto 1374 de 2010.

Por ende se modificará el fallo en cuanto ordenó incluir las sumas correspondientes a *sueldo por vacaciones* como factor salarial para liquidar la pensión sub júdice, sin que por ello se reduzca realmente el IBL de la pensión, pues la inclusión del sueldo o asignación básica cubre el pago del periodo de descanso remunerado.

En relación con los factores prima de servicios, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, prima de navidad, prima especial de riesgo y prima de clima, se tiene que de conformidad con la ley y la jurisprudencia expuesta de manera extensa en este fallo, son elementos constitutivos de salario, razones más que suficientes para confirmar el fallo en este aspecto y para que la UGPP tenga que rehacer la liquidación de la pensión de jubilación del actor incluyendo en ella todos los factores salariales anteriormente anotados que fueron certificados como devengados en el último año de servicios.

En lo que se refiere a la sentencia C-258 de 2013, debe reiterarse que ella expresamente señala que no es aplicable sino a los casos allí juzgados, dentro de los cuales no están incluidos los exservidores públicos del DAS. Por lo tanto, para este Tribunal causa extrañeza, por decir lo menos, que siendo ello así se aduzca como argumento de alegatos en el presente caso.

Así las cosas, las razones de hecho y de derecho expuestas desvirtúan los argumentos de la entidad apelante, los cuales por lo demás resultan no solo manifiestamente contrarios a la ley sino también a la jurisprudencia constante de esta Corporación y del Consejo de Estado sobre el tema. Por tales motivos se desestimarán. Adicionalmente, se exhortará a la entidad demandada para que hacia el futuro haga un estudio detenido y concienzudo de la ley y de la jurisprudencia vigente en las actividades que realiza, incluida la interposición de recursos, pues ello a la postre no solamente acrecienta el trabajo en los despachos encargados de revisar sus actuaciones, sino que también incrementa las condenas a pagar por concepto de indexaciones e intereses moratorios, lo cual redundará en perjuicio del patrimonio público. Persistir en argumentos contrarios a la ley y a la jurisprudencia constante y vigente puede constituir en determinados casos temeridad y dilación injustificada en la actuación procesal, que a su vez puede implicar una condena al pago de costas.

2.3.- Descuento de aportes

2.3.1.- Acorde con la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, la pensión de los agentes de los ex detectives del DAS, entre otros, deben liquidarse con la totalidad de factores salariales devengados en el último año de prestación de servicio, independientemente del nombre que se les dé.

Este precedente judicial vertical es de obligatorio acatamiento según lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2001.

2.3.2.- La Ley 100 en sus artículos 20, 25, siguientes y concordantes establecen unos porcentajes sobre el salario que deben ser cotizados obligatoriamente por el trabajador por concepto de pensiones y fondo de solidaridad pensional, si es del caso; parte corresponde pagarlos al empleador y parte al trabajador.

2.3.3.- Según la jurisprudencia citada, si bien es cierto que las doceavas partes de las primas de navidad, vacaciones y de servicios deben incluirse como factores salariales para liquidar pensiones, correlativamente se deben cancelar los respectivos aportes, pero esa exigencia no se la podemos hacer por el monto total al trabajador, sino solo respecto de la cuota parte que le correspondía cubrir.

2.3.4.- En lo que se refiere específicamente a los aportes que la UGPP podrá descontar al actor, debe precisarse además que:

- a) El período durante el cual deben descontarse esos aportes será por todo el tiempo en que se debían realizar cotizaciones, es decir, para el presente caso, durante el tiempo en que laboró como detective del DAS.
- b) No hay lugar a su prescripción porque la obligación de pagarlos solo surge con la ejecutoria de esta sentencia; porque el pago de los mismos es condición indispensable para que el actor tenga derecho a que se le incluya como factores para liquidar su pensión en virtud del cambio jurisprudencial indicado en precedencia; y porque no ordenar el pago de esos aportes durante todo el tiempo en que debía hacerse la cotización iría en contra del principio de sostenibilidad financiera establecido en el artículo 48 de la Constitución Nacional, ampliamente analizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, entre otras.
- c) Con anterioridad a la Ley 100 de 1993, el monto de aportes a descontar al accionante será el porcentaje que corresponda a la norma vigente en el momento en que debía hacerse el descuento por concepto de aportes para pensiones; a partir de la vigencia de dicha ley, los descuentos serán los que

corresponden al trabajador por concepto de aportes para pensiones y fondo de solidaridad pensional según los artículos 20, 25, siguientes y concordantes, y normas que los han modificado y adicionado.

- d) De la misma manera que las diferencias en las mesadas pensionales deben actualizarse acorde con las variaciones del IPC, también los aportes que debía hacer el trabajador y no hizo, se deben actualizar con base en la misma fórmula, es decir:

$Va = Vh(lf/li)$, en donde:

Va= valor actual de los aportes no realizados

Vh= valor de los aportes mensuales a actualizar

lf= variación del IPC vigente al momento de ejecutoria de la sentencia

li= variación del IPC vigente al momento en que debían pagarse.

- e) El monto de los aportes por descontar nunca podrá ser superior a las sumas por pagar por concepto de diferencia en las asignaciones pensionales de la accionante.
- f) No se realiza la liquidación de los aportes por esta Corporación, sino que se deja ese poder - deber a cargo de la UGPP, porque ella debe contar con los documentos que acreditan el monto de lo cancelado, así como las bases sobre las cuales se hizo el pago y sobre las que debía realizarse.

Resta observar sobre este tema que bien hizo el a quo al disponer que si el demandante no cotizó sobre todo o parte de los factores enlistados, la demandada debía hacer las deducciones correspondientes, pues ellas son presupuesto para el reconocimiento de la pensión; sin embargo, dicho descuento deberá hacerse conforme a las precisiones que anteceden.

2.4.- De la prescripción

En esta materia hay una regla general en el artículo 41 de la Ley 3135 de 1968 y el artículo 102 del Decreto 1848 que establecen:

"Decreto Ley 3135 de 1968.

Artículo 41°.- *Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible"*

"Decreto 1848 de 1969.

Artículo 102°.- *Prescripción de acciones.*

1.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2.- El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual."

Para el caso concreto se reconoció pensión al señor Édgar Arenas Mahecha condicionada al retiro del servicio, lo cual se produjo a partir del 1 de agosto de 2008. La solicitud de reliquidación se presentó el 31 de mayo de 2013 (fls. 23 a 29 C1), por

lo tanto, en los términos de las dos normas mencionadas, se interrumpió la prescripción para los periodos anteriores al 31 de mayo de 2010. Así también lo reconoció el a quo, lo cual se confirmará.

2.5.- De la liquidación de la pensión

De conformidad con el artículo 193 del C.P.A.C.A. y el 283 del C.G.P., la regla general es que las condenas deben hacerse en concreto; solo cuando no pudiere establecerse la cuantía dentro del proceso es procedente condenar en abstracto.

En el presente caso, está probado lo que devengaba el actor en el último año de servicios y por lo tanto, debió hacerse por el a quo la liquidación en concreto del monto de la pensión, pero como él no lo hizo, esta Corporación cubrirá esa falencia teniendo en cuenta los siguientes criterios:

a.- El actor ingresó al DAS el 22 de abril de 1987 y se retiró del servicio 31 de julio de 2009, como detective profesional 207-11.

b.- El cargo desempeñado por el actor es de detective profesional 207-11; por lo mismo tiene derecho al régimen especial establecido para empleados de alto riesgo.

c.- El promedio de los factores a tener en cuenta para la liquidación es el siguiente:

FACTORES		PROMEDIO
Sueldo básico (Desde el 1 de agosto de 2008 al 31 de julio de 2009)	•\$1.272.615 (agosto-diciembre 2008): \$6.363.075 •\$1.370.225 (enero-julio 2009): \$9.591.575 •Total: \$15.954.650	\$1.329.555
Prima especial de riesgo: 35% del sueldo básico	•\$445.415 (agosto-diciembre 2008): \$2.227.076 •\$395.017 (enero a marzo y junio): \$1.580.068 •\$479.579 (abril, mayo y julio): \$1.438.737	\$437.157
Prima de clima	\$127.626 (agosto-diciembre 2008): \$638.130 \$112.862 (enero a marzo): \$564.060 \$137.023 (abril y mayo): \$274.046 \$112.812 (junio y julio 2009): 225624 Total: \$1476386	\$123.032
Prima de vacaciones	\$1.125.192	\$93.766
Prima de servicios	\$1.427.318	\$118.943
Bonificación por servicios	\$685.113	\$57.093
Prima de navidad	\$1.590.677	\$132.556
Total ingreso base de liquidación		\$2.292.102
Pensión: 75% a partir del 1 de agosto de 2009		\$1.719.176.50

d.- El monto de la pensión así reliquidada deberá incrementarse a partir del 1 de enero de 2010 en los porcentajes decretados por el Gobierno Nacional.

e.- De los valores resultantes deberán descontarse las sumas pagadas al demandante por concepto de esa prestación, los descuentos de aportes no efectuados debidamente indexados en la forma señalada en el numeral 2.3.4., y las mesadas prescritas (las que correspondan a periodos anteriores a 31 de mayo de 2010); y las diferencias en las mesadas, en caso de que resulten positivas, deberán indexarse a partir del 1 de agosto de 2009 acorde con la siguiente fórmula:

$Va = Vh(lf/li)$, en donde:

Va= valor actualizado de la mesada pensional

Vh= valor de la diferencia en la mesada a actualizar

lf= variación del IPC vigente al momento de ejecutoria de la sentencia

li= variación del IPC vigente al momento en que debían pagarse.

3.- COSTAS.

Esta materia se encuentra regulada actualmente en el artículo 188 del C.P.A.C.A., que remite al C.P.C., estatuto que fijaba las reglas sobre el asunto en su artículo 392. Como quiera que dicho Código perdió vigencia a partir del 1 de enero de 2014 según lo preceptuado en los artículos 626 y 627 de la Ley 1564 de 2012, debe aplicarse lo dispuesto en los artículos 361 a 365 ibídem.

Después de analizar las normas en cita siguiendo los criterios de un Estado Social de Derecho y finalista y sistemático de interpretación de las normas jurídicas, esta Corporación tiene un precedente consolidado en materia de costas desde marzo de 2013¹⁴, según el cual resulta más razonable ponderar en cada caso la actividad de las partes para deducir de allí si hay lugar o no a condenar por este concepto, teniendo en cuenta, por ejemplo, la conducta temeraria, el fundamento mismo de los actos procesales, o si la actuación resulta dilatoria en la interposición de un recurso, la proposición o trámite de un incidente, ya que algunos se salen de todo contexto jurídico serio o son caprichosos, arbitrarios o algo similar.

Bajo estos presupuestos, para el caso que se analiza no resulta procedente la condena en costas.

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

RESUELVE:

PRIMERO: **MODIFICAR** el ordinal cuarto de la sentencia de 24 de abril de 2014 proferida por el Juzgado Primero Administrativo en el trámite de la audiencia inicial, a través de la cual declaró la nulidad de las resoluciones acusadas y ordenó la

¹⁴ En similar sentido se pronunció la Corporación en dos providencias de la fecha y del mismo ponente, radicaciones 85001 3333 001 2012 00025 01, 85001 3333 001 2012-00027 01 y 85001 3333 001 2012 00025 01. Igualmente, en general en lo que atañe a los problemas jurídicos estudiados en este auto, en similar sentido se profirieron dos autos del 21 de marzo de 2013, ponente Néstor Trujillo González, radicados 850013333001-2012-00030-01 (interno 2013-00180-01) y 850013333001-2012-00026-01 (interno 2013-00176-01).

reliquidación y pago de la pensión de jubilación del señor Édgar Arenas, el cual quedará así:

CUARTO: CONDENAR, a título de restablecimiento del derecho, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, a reliquidar y pagar la pensión de jubilación reconocida al Señor Édgar Arenas Mahecha, identificado con C.C. N° 3.234.223, incluyendo además de la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y la prima especial de riesgos prestados en cuantía del 35%, las primas de clima, de servicios, de vacaciones y de navidad, percibidos durante el último año de prestación de servicios comprendido entre el 1 de agosto de 2008 a 31 de julio de 2009, monto sobre el cual se aplicará el porcentaje del setenta y cinco (75%) con efectos a partir del 1 de agosto de 2009, esto es, en cuantía de \$1.719.176.50, según lo consignado en las consideraciones.

El monto de la pensión así reliquidada deberá incrementarse a partir del 1 de enero de 2010 en los porcentajes decretados por el Gobierno Nacional.

De los valores resultantes deberán descontarse las sumas pagadas al demandante por concepto de pensión de jubilación; los descuentos de aportes no efectuados, debidamente indexados en la forma señalada en la parte motiva; y las mesadas prescritas (las que correspondan a periodos anteriores a 31 de mayo de 2010).

Las diferencias en las mesadas resultantes de las operaciones anteriores, en caso de que resulten positivas, deberán indexarse a partir del 1 de agosto de 2009 acorde con la fórmula indicada en las consideraciones.

La entidad accionada cumplirá la sentencia en un plazo máximo de 10 meses contados a partir de la fecha de su ejecutoria.

Las cantidades líquidas resultantes de las operaciones antes señaladas devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria.

El beneficiario deberá presentar la solicitud de pago correspondiente a la entidad obligada dentro de los términos señalados en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, so pena de que se produzcan los efectos allí previstos.

SEGUNDO: **REVOCAR** el ordinal quinto de la parte resolutive de la sentencia.

TERCERO: **CONFIRMAR** la sentencia recurrida en lo demás que fue materia del recurso, por las razones expuestas en la motivación de este proveído.

CUARTO: **EXHORTAR** a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP para que hacia el futuro haga un estudio detenido y concienzudo de la ley y de la jurisprudencia vigente para resolver lo relacionado con pensiones y para la interposición de recursos, pues ello a la postre no solamente acrecienta el trabajo en los despachos encargados de revisar sus actuaciones, sino que también incrementa las condenas a pagar por concepto de indexaciones e intereses moratorios, lo cual redundará en perjuicio del patrimonio público. Persistir en argumentos contrarios a la ley y a la jurisprudencia constante y vigente puede constituir en determinados casos temeridad y dilación injustificada en la actuación procesal, que a su vez puede implicar una condena al pago de costas.

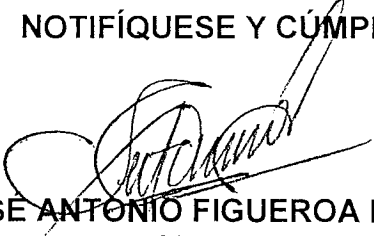
QUINTO: **NO CONDENAR** en costas.

SEXTO: **ORDENAR** que por Secretaría que se cumplimiento a lo establecido en el inciso final del artículo 192 del CPACA.

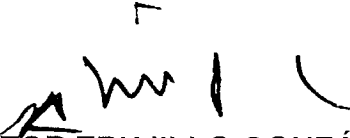
SÉPTIMO: **ORDENAR** devolver el expediente al juzgado de origen, cuando se encuentre en firme esta sentencia, dejando las copias de rigor.

(Aprobado en Sala de la fecha, acta)

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSE ANTONIO FIGUEROA BURBANO
Magistrado


HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL
Magistrado


NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ
Magistrado