

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

San Andrés Isla, veintiuno (21) de Agosto de dos mil catorce (2014)

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

TRÁMITE ORAL Y POR AUDIENCIAS

EXPEDIENTE No.: 88-001-23-33-000-2014-00006-00
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MANUEL JOSÉ MARÍN MÉNDEZ
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP

OBJETO

Agotadas las etapas procesales establecidas en la Ley 1437 de 2011, Procede la Sala a dictar sentencia dentro del proceso iniciado por MANUEL JOSÉ MARÍN MÉNDEZ en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP.

1. PRETENSIONES

“PRIMERA: *Que se declare constituido el Silencio Administrativo negativo en los términos del Art. 40 respecto del Derecho de Petición radicado el día 19 de enero de 2012 por medio del cual se solicitó la Revisión de la Pensión por Factores Salariales.*

SEGUNDA: *Que se declare la nulidad el acto ficto negativo constituido en relación a la petición del 19 de enero de 2012.*

TERCERA: *Que se declare la nulidad del Silencio Administrativo Negativo en los términos del artículo 40 del C.C.A., respecto de la petición del Recurso de Reposición ante esa entidad el 18 de MAYO de 2012.*

CUARTA: *Que se declare la nulidad del Acto Ficto presunto Negativo constituido con relación al Recurso de Reposición radicado el 18 de mayo de 2012.*

QUINTA: *En cuanto a la Conciliación Prejudicial con la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL "CAJANAL" HOY UNIDAD DE GESTIÓN PARAFISCAL, me acojo al Fallo del Consejo de Estado de fecha 10 de junio de 2010 el cual anexo.*

SEXTA: *Se reliquide la Pensión de Vejez con todos los sueldos y Factores Salariales devengados durante el último año de servicio de acuerdo al Régimen Especial.*

SÉPTIMA: *Igualmente se condene a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL "CAJANAL" HOY UNIDAD DE GESTIÓN PARAFISCAL, a liquidar y pagar las diferencias al actor, de las mesadas pensionales entre los valores reconocidos y los que se reconozcan con la presente providencia en los términos del Artículo 178 del C.C.A., o sea teniendo en cuenta el índice de precio del consumidor y la correspondiente indexación.*

OCTAVA: *Que se condene a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL "CAJANAL" HOY UNIDAD DE GESTIÓN PARAFISCAL, a pagar al Demandante las Costas Judiciales del Proceso en términos del Artículo 171 del C.C.A.*

NOVENA: *La CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL "CAJANAL" HOY UNIDAD DE GESTIÓN PARAFISCAL, dará cumplimiento a la Sentencia que ponga fin a la acción, dentro del término previsto en el Artículo 176 del C.C.A., y en caso de no hacerlo pagará al Actor los intereses moratorios causados después de este término conforme lo ordena el Artículo 177 del C.C.A., en forma como quedó después de su declaratoria de inexecutable parcial efectuada por la Corte Constitucional en Sentencia C-188 de Marzo de 1999."*

2. ACTUACIÓN SURTIDA

La demanda fue admitida mediante proveído de fecha 20 de febrero de 2014, por haber cumplido la totalidad de los requisitos del Art. 162 del CPACA (fls. 87-88 del expediente).

A través de buzón de correo electrónico fue notificado de manera personal el auto admisorio de la demanda, a la Procuraduría, a la entidad demandada, y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, (fls. 91-92 del expediente).

Mediante oficios de fecha marzo 12 de 2014, la Secretaria General de este Tribunal Administrativo, remitió copia de la demanda con sus anexos y del auto admisorio de la misma, a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP, al Agente del Ministerio Público, Dra. INGRID POLANÍA CHÁUX, y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 93-94 y 96 del expediente).

El 24 de abril de 2014, se corrió traslado de la demanda por el término de 30 días (fl. 97 del expediente).

Finalmente, el 05 de agosto de 2014 se celebró la audiencia inicial, donde se prescindió de la audiencia de pruebas por ser un asunto de puro derecho y se procedió conforme el numeral 2° del artículo 182 del C.P.A.C.A., por lo cual, se emitió el sentido del fallo (fls. 138-145 del expediente).

Se registra proyecto de fallo el 20 de agosto de 2014 (fl.160 expediente)

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

El apoderado de la entidad demandada presentó sus alegatos de conclusión en la audiencia inicial, el de la parte actora no asistió a dicha audiencia, por tanto no presentó alegaciones, y por su parte, la representante del Ministerio Público rindió concepto.

Tanto los alegatos de la parte demandada como el concepto del Ministerio Público se encuentran en el CD que contiene la grabación de la audiencia inicial (fl. 159 del expediente)

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En esta oportunidad, corresponde a la Sala de Decisión de este Tribunal Contencioso Administrativo, determinar la procedencia de declaratoria del silencio administrativo negativo respecto de las peticiones de enero 19 de 2012 y del 18 de mayo de 2012, así como la legalidad de dichos actos administrativos, mediante los cuales la demandada negó al actor la reliquidación de su pensión de jubilación, para lo cual deberá analizar el siguiente:

Problema jurídico

Determinar si el señor MANUEL JOSÉ MARÍN MÉNDEZ, tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación reconocida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social-UGPP, incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, estos son: asignación básica, sobresueldos, prima de riesgo, subsidio unid. Familiar, bonificación recreación, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicio, prima capa drago, prima de clima, viáticos.

Para resolver el aludido problema jurídico, se analizarán las normas que regulan la materia y lo probado dentro del proceso, empezando por este último.

Por otro lado, conforme al inciso 2° del Art. 187 del C.P.A.C.A. en la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas, por lo cual, las excepciones de fondo denominadas *“Presunción de legalidad de los actos administrativos expedidos por la*

Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE en liquidación y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social-UGPP; Inexistencia de la obligación y de compensación”, considera la Sala que, en principio constituye un argumento de defensa que será ser resuelto a lo largo de las consideraciones de la sentencia.

Lo probado dentro del proceso

En el caso sub lite se encuentra probado lo siguiente:

- Que el señor MANUEL JOSÉ MARÍN MÉNDEZ, nació el 22 de noviembre de 1949, (fl. 39 expediente)
- Que el señor MANUEL JOSÉ MARÍN laboró en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC dentro del periodo comprendido entre el 30 de septiembre de 1983 al 30 de diciembre de 2010 (fl. 26 expediente)
- Que el 17 de abril de 2008 mediante Resolución No. AMB 16210, la Caja Nacional de Previsión Social EICE le reconoció al señor MANUEL JOSÉ MARÍN MÉNDEZ una pensión mensual vitalicia por vejez, en cuantía de \$923.647,02 efectiva a partir del 1° de enero de 2006 y condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio, (fls. 37-42 expediente)
- Que el 29 de enero de 2009 la Caja Nacional de previsión Social EICE. Mediante Resolución No. AMB 03356 reliquidó la pensión del señor MANUEL JOSÉ MARÍN MÉNDEZ por nuevos factores salariales y tiempos de servicios, en cuantía de \$1.052.686,03, efectiva a partir del 1° de julio de 2008 y condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio, (fls. 43-47 expediente)

Análisis normativo

De conformidad con lo solicitado por el actor en el presente proceso, procede la Sala a examinar el régimen aplicable para los servidores que hacen parte del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC.

El artículo 168 del Decreto 407 de 1994, derogado por el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003, estableció que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional que a la fecha de su entrada en vigencia, esto es, el 21 de febrero de 1994, se encontraran prestando su servicios al Instituto nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC, tendrían

derecho a gozar de una pensión de jubilación en los términos previstos en la Ley 32 de 1986.

En este orden, el artículo 36 de la citada normativa-*Ley 32 de 1986*-, disponía los requisitos necesarios para el reconocimiento de la pensión de jubilación a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC, consistente en 20 años de servicio continuos o discontinuos al servicio de la Guarda Nacional, sin tener en cuenta su edad.

No obstante lo anterior, el 1° de abril de 1994 entró a regir el Sistema de Seguridad Social en pensiones para el nivel nacional, creado mediante la Ley 100 de 1993, el cual de conformidad con el artículo 11, sus disposiciones son de aplicación general, y no incluyó al INPEC dentro de sus excepciones contempladas en su artículo 279. Sin embargo, la mencionada ley consagró un régimen de transición regulado en el artículo 36, que permitió que la situación particular de los empleados que se encontraban en ese momento próximos a adquirir su estatus pensional, se siguiera rigiendo, en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, por las disposiciones normativas existentes con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo régimen, empero, previo el cumplimiento de requisitos, así:

“Art. 36. 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) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley...”. (Negrilla y subrayado por fuera de texto).

La norma antes transcrita constituye una excepción al régimen común de vigencia de las normas en el tiempo, dado que “...a pesar de no haberse causado el derecho a exigir pensión de jubilación, los cambios normativos que afecten las condiciones para acceder a ella y el monto de las mesadas, no tienen aplicación frente a quienes por estar en transición conservan su derecho al régimen anterior.”¹

En efecto, la disposición en materia pensional vigente antes de la Ley 100 de 1993, para los empleados oficiales del orden nacional, era la Ley 33 de 1985, la cual estableció en su artículo 1° los requisitos de tiempo y edad necesarios para

¹ Consejo De Estado. Sección Segunda - Subsección "A". C. P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. 29 De Noviembre De 2007. Rad. No.: 25000-23-25-000-2005-06662-01(0212-07)

el reconocimiento de una pensión de jubilación, pero, excluyó de esta regla a los empleados oficiales que disfrutaban de un régimen especial de pensiones, como es el caso, de los integrantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC.

Así las cosas, para que a un empleado del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional del INPEC, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le fuera reconocida una pensión de jubilación con aplicación del régimen especial previsto en los artículos 96 de la Ley 32 de 1986 y 168 del Decreto 407 de 1994, debía acreditar una de las condiciones descritas en el artículo 36 de la mencionada normativa que establece el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, estas son, 35 años de edad si es mujer o 40 años si es hombre, o 15 años de servicio cotizados, de esta manera lo ha sostenido el H. Consejo de Estado en reiterados pronunciamientos.²

Ahora bien, respecto de la reliquidación pensional, el régimen pensional aplicable en el sub lite no contempló los factores a tener en cuenta, por lo que, por remisión de los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del decreto 407 de 1984, debe aplicarse el régimen vigente para los empleados públicos del orden nacional, este es, el contemplado en la Ley 4^a de 1966.

El artículo 114 de la Ley 32 de 1986 dispone:

“Normas subsidiarias. En los aspectos no previstos en esta Ley o en sus decretos reglamentarios, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, se les aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales...” (Negrillas de la Sala)

Esta preceptiva se mantuvo en el artículo 184 del Decreto 407 de 1994, con el siguiente tenor literal:

“...NORMAS SUBSIDIARIAS. En los aspectos no previstos en este Decreto o en los reglamentarios, a los empleados del Instituto se les aplicarán las normas vigentes para los servidores públicos nacionales...” (Negrillas de la Sala)

El artículo 4 de la Ley 4 de 1966 ordena que la pensión de jubilación se liquida sobre todos los factores devengados en el último año de servicios, al respecto señala que:

“...A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%)

² Al respecto ver: CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de Abril 22 de 2010, Ref.: 15001-23-31-000-2001-01733-01 (0858-09). CONSEJERO PONENTE: Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE.-

del promedio mensual obtenido en el último año de servicios...”

No obstante lo anterior, la Ley 4ª de 1966 no establece los factores de salario que se deben tener en cuenta para liquidar la pensión, por tanto, el H. Consejo de Estado³ ha reiterado que se debe aplicar lo preceptuado por el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, que señala los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar la pensión de jubilación, con el siguiente tenor literal:

“Artículo 45º.- De los factores de salario 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 públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- 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 ciento ochenta días en el último año de servicio;*
- 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 artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.”*

Al respecto, resulta oportuno citar pauta jurisprudencial del Consejo de Estado que en asuntos como el que nos ocupa, dejó dicho:

“Se trata de establecer si el demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reliquide la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, en aplicación del régimen especial de los empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, consagrado en la Ley 32

³ Al respecto ver entre otras: CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de Abril 22 de 2010, Ref.: 15001-23-31-000-2001-01733-01 (0858-09). CONSEJERO PONENTE: Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE; Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de Agosto 10 de 2006, Rad.: 25000-23-25-000-2002-06829-01 (3146-05). CONSEJERO PONENTE: Dr. JAIME MORENO GARCÍA; Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de Abril 27 de 2006, Rad.: 25000-23-25-000-2003-01344-01 (2849-04). CONSEJERO PONENTE: Dr. JESÚS MARÍA LEMUS BUSTAMANTE .-

de 1986 y en el Decreto 407 de 1994. El actor al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, 1º de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad -nació el 13 de agosto de 1949 y con más de 15 años de servicio, por lo que es beneficiario del régimen de transición previsto en la norma transcrita, que le permite pensionarse con el régimen previsto para los funcionarios del INPEC contemplado en la Ley 32 de 1986. Los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Penitenciaría Nacional, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, están exceptuados del régimen pensional general de que trata dicha ley por gozar de un régimen especial consagrado en la Ley 32 de 1986 y en el Decreto 407 de 1994. Para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, derogado por el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003, estableció que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaría y Carcelaria Nacional que a la fecha de su entrada en vigencia, 21 de febrero de 1994, se encontraran prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, tendrían derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la citada Ley 32 de 1986. Para la fecha en que entró a regir el Decreto 407 de 1994, 21 de febrero de 1994, el actor se encontraba prestando sus servicios al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaría, por lo que le es aplicable el artículo 96 de la Ley 32 de 1986. El régimen especial aplicable a los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaría no contempló los factores a tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión por lo que, por remisión de los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, debe aplicarse el régimen vigente para los empleados públicos del orden nacional. El artículo 4 de la Ley 4 de 1966 ordena que la pensión de jubilación se liquide sobre todos los factores devengados en el último año de servicios. No obstante, como la citada norma no establece los factores de salario, para liquidar la pensión debe aplicarse, como bien lo hizo el a quo, lo preceptuado por el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. En consecuencia la sentencia apelada amerita ser confirmada".4

Caso en concreto

En el *sub examine*, lo pretendido por la parte actora es la nulidad de los actos administrativos demandados, y como consecuencia de ello, se ordene a la entidad demandada reliquidar la pensión de jubilación con todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicio.

Conforme lo probado, el señor Manuel José Marín Méndez para el primero (1º) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994), fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía cuarenta y cuatro (44) años de edad, razón por la cual se halla cobijado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que le permite pensionarse con la edad, tiempo de servicio y monto establecidos en el régimen previsto en la Ley 32 de 1986, es decir con una pensión equivalente al 75% de los factores salariales percibidos en el último año de servicio.

4 Consejo de estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección "A" Consejero ponente: Jaime Moreno García. 10 de agosto de 2006. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-06829-01(3146-05). Actor: Pedro Antonio Cortés Garzón. Demandado: CAJANAL.

Ahora bien, a folio 48 del expediente, obra certificación expedida el 28 de marzo de 2011 por el Coordinador del Grupo de Tesorería del INPEC, en la que hace constar que el señor MANUEL JOSÉ MARÍN MÉNDEZ devengó en el periodo comprendido entre el 1° de enero hasta el 31 de diciembre de 2010 además de la asignación básica mensual los siguientes conceptos: “prima de riesgo, subsidio unidad familiar, bonificación recreación, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, prima Capa. Drago y prima clima”; además de esto, conforme a la certificación visible a folio 56 del expediente, el actor durante el año 2010 recibió el pago mensual de sobresueldos.

Conforme a las anteriores consideraciones y la pauta jurisprudencial indicada, para la Sala es claro que la norma aplicable al actor es el Decreto 1045 de 1978 artículo 45, por ser éste empleado pública del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC entidad que forma parte del orden nacional a la cual le es aplicable dicho Decreto.

En este orden, observa la Sala que la entidad accionada al reliquidar dicha prestación mediante Resolución No. AMB 03356 de enero 29 de 2009, tuvo en cuenta la asignación básica, la bonificación servicios prestados y sobresueldo correspondiente a los años 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008, lo que significa, que no liquidó la pensión conforme a los parámetros establecidos en las normativas y la jurisprudencia, tal como se señaló en precedencia.

Así las cosas, el señor MANUEL JOSÉ MARÍN MÉNDEZ tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación a partir del 1° de enero de 2011 en cuantía de un 75% de los factores salariales percibidos durante el 1° de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2010, con exclusión de la prima de riesgo, prima de clima, subsidio unid. Familiar y bonificación recreación, con base en los siguientes fundamentos:

La prima de riesgo y el subsidio de unidad familiar no pueden ser incluidos como factores salariales para la reliquidación de la pensión del demandante, ya que tales emolumentos no tienen tal connotación por expresa disposición del Decreto 446 de 1994, en sus artículos 11 y 15 que a la letra indican:

“Artículo 11. PRIMA DE RIESGO. Los Directores y Subdirectores de establecimiento carcelario y el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho a una prima de riesgo sin carácter salarial, en los porcentajes que fije el Gobierno Nacional, que no podrá ser inferior al actualmente vigente. (Se subraya)

“(…)

“Artículo 15. SUBSIDIO FAMILIAR. De conformidad con las normas legales vigentes que regulan el pago del subsidio familiar, los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho, a

partir del 1º de enero de 1995, al pago de un siete por ciento (7%) adicional por tal concepto, sin constituir factor salarial, el cual se pagará por unidad familiar, con cargo al presupuesto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec. (Subraya de la Sala)

“La anterior prestación se establece sin perjuicio del subsidio familiar a que tienen derecho los funcionarios de acuerdo con las normas vigentes.”

Sobre este particular, el Consejo de Estado ha dejado precisado en reciente providencia lo siguiente⁵:

“Bajo estos supuestos, para determinar qué factores deben tenerse en cuenta para liquidar la pensión de jubilación del señor Cadena Duarte debe acudir a la normatividad anterior a la Ley 33 de 1985, esto es, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

“(…)

“Da cuenta la certificación expedida por el Pagador de la Cárcel del Circuito Judicial de Monquirá (fl. 56) que el actor devengó durante el último año de servicios asignación mensual, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados, primas de servicios, vacaciones y navidad, subsidio familiar y la prima de riesgo.

“Así las cosas, el actor tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación incluyendo como factores salariales, además de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, el subsidio de alimentación, el auxilio de transporte y las primas de servicios, vacaciones y navidad. No se ordena la inclusión de la prima de riesgo ni del subsidio familiar, por cuanto el Legislador señaló expresamente en los artículos 11 y 15 del Decreto 446 de 1994 que dichos emolumentos no constituían factor salarial.”

Ahora, respecto de la bonificación de recreación, de igual manera, ésta no constituye tampoco factor salarial de conformidad con el artículo 15 del Decreto 40 de 1998 y artículo 15 del Decreto 2710 de 2001, y así ha sido señalado por el H. Consejo de Estado:

“El ordenamiento jurídico (artículo 15 del Decreto 2710 de 2001) prescribe que la bonificación por recreación no constituye factor salarial para efectos prestacionales, por lo cual no puede accederse en este aspecto a la petición del demandante. Adicionalmente, tampoco puede perderse de vista que el objeto de dicho reconocimiento no es remunerar directamente la prestación del servicio del empleado, sino, por el contrario, contribuir en el adecuado desarrollo de uno de los aspectos de la vida del mismo, como lo es la recreación; razón por la cual, es válido afirmar que esta es una prestación social y, en consecuencia, no puede ser incluida

⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”. Exp. Rad. 15001-23-31-000-2001-02453-01 (1260-08). Actor: Delio José Cadena Duarte. Demandado: Cajanal E.I.C.E. en Liquidación. Sentencia del 27 de enero de 2011. CP: Luis Rafael Vergara Quintero.

como factor para la liquidación de la pensión, máxime si, como se anotó anteriormente, el legislador así lo estableció expresamente."⁶

En cuanto a la prima de clima, el H. Consejo de Estado⁷ en el caso de docentes ha indicado, que ésta no constituye factor salarial debido a que no tiene relación directa con el cargo ni con las funciones o calidades profesionales del beneficiario, sino que está encaminada a cubrir las contingencias o eventuales riesgos que pueda encontrarse el empleado por laborar en climas en condiciones desfavorables para la salud. Por lo tanto, no se tendrá en cuenta para efectos de reliquidar la pensión de jubilación del actor.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social-UGPP podrá descontar los aportes correspondientes a los factores sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal.

Las sumas que se reconozcan a favor de la parte demandante serán reajustadas en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que corresponde a la mesada pensional decretada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causó el derecho.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, empezando por la diferencia de la primera mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

En este orden, se declararán no probadas las excepciones de fondo propuestas por la entidad demandada, por el contrario, se declarará el silencio administrativo constituido frente a las peticiones de enero 19 de 2012- *mediante la cual se solicitó la reliquidación de la pensión*- y de mayo 18 de 2012-

⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de agosto cuatro (4) de dos mil diez (2010), Rad.: 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09). CONSEJERO PONENTE: Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.-

⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de junio veintiocho (28) de dos mil doce (2012), Rad.: 15001-23-31-000-1999-01332-01 (2517-07). CONSEJERO PONENTE: Dr. LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO.-

mediante el cual se interpuso recurso de reposición-; en consecuencia, se declarará la nulidad de los actos administrativos producto del silencio administrativo negativo.

Asimismo, en vista de que con la contestación de la demanda, la entidad aportó en medio magnético el expediente administrativo donde se observa la Resolución No. RDP 004761 de junio 29 de 2012, mediante la cual la UGPP negó la reliquidación de la pensión de vejez del actor, empero, tal como se advirtió en la audiencia inicial no hay constancia de su notificación, por lo cual la parte demandante no solicitó su nulidad, pero la Sala considera que el mismo debe ser anulado por cuanto goza de presunción de legalidad, y así se declarará.

Condena en Costas

Sin condena en costas, teniendo en cuenta que no se vislumbró temeridad ni ninguna otra conducta que lo amerite.

En mérito de lo expuesto **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, SALA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRASE no probada las excepciones de fondo propuestas por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP, por lo expuesto en la parte motiva de este Sentencia.

SEGUNDO: DECLÁRASE el Silencio Administrativo Negativo respecto de las Peticiones de Enero 19 de 2012 y Mayo 18 de 2012, conforme las consideraciones de esta providencia.

TERCERO:DECLÁRASE la nulidad de los Actos Administrativos Fictos producto del Silencio Administrativo Negativo respecto de las Peticiones de Enero 19 de 2012 y Mayo 18 de 2012, y de la Resolución No. RDP 004761 de junio 29 de 2012.

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, reliquidar y pagar la pensión de vejez al señor MANUEL JOSÉ MARÍN MÉNDEZ con base en los factores salariales percibidos durante el último año de servicio comprendido entre el 1° de Enero de 2010 y el 31 de

Diciembre de 2010, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

Las sumas a que se condena a la entidad demandada por medio de esta sentencia se actualizarán, aplicando para ello la fórmula indicada en la parte considerativa de esta sentencia.

Dése cumplimiento al fallo en los términos y condiciones establecidos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente dejando las anotaciones del caso. Devuélvase al interesado el remanente de los dineros consignados para gastos del proceso; y archívese una copia de esta providencia en los copiadores de este tribunal.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia que el anterior fallo fue discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha.

Los Magistrados,

JOSE MARÍA MOW HERRERA

NOEMÍ CARREÑO CORPUS
(Ausente con permiso)

JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ