

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 01 DE DESCONGESTIÓN
-SISTEMA ESCRITURAL-**

Cartagena de Indias D. T. y C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil catorce (2014).

**Magistrado ponente: EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE
EXPEDIENTE No. 13 001 33 31 702 2012 00097 01
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: WALTER LEOPOLDO VARGAS VERGARA
DEMANDADA: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL
"CAJANAL"**

Decide la Sala de Decisión No. 01 de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, el recurso de apelación interpuesto por el actor señor Walter Leopoldo Vargas Vergara, a través de su apoderado especial, contra la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2013 por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

El señor Walter Leopoldo Vargas Vergara, por conducto de apoderado especial debidamente constituido, ejerció ante esta jurisdicción la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, formulando las siguientes declaraciones y condenas:

1.1.- PETITUM.-

Primera: Que se declare la Nulidad de la Resolución 09179 del 25 de Febrero de 2009, que resolvió el recurso de reposición, y en consecuencia la Nulidad de la Resolución No. 17810 expedida el día 24 de abril de 2008, emanadas por la Dirección General de la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E., con su consecuente restablecimiento del derecho.

Segundo: Como consecuencia de la anterior declaración se ordene a CAJANAL EICE en Liquidación, la re-liquidación de la pensión de mi cliente de conformidad con los artículos 1º y 18 del decreto 1933 de 1989, el art. 1º del decreto 1848 de 1969, el inciso primero del art. 42 del decreto 1042 de 1978 y el inciso segundo del art. 1º de la Ley 33 de 1985.

Tercero: En consecuencia de lo anterior la re-liquidación de conformidad con los preceptos legales antes anotados, de mi cliente, que se le reconoció a partir del 03 de mayo de 2006, correspondiente a los siguientes:

| FACTORES SALARIALES | IMPORTE |
|--|-----------------|
| Asignación Básica Mensual Año 2005 (04 mayo a 31 de Dic) | \$8.125.845,00 |
| Asignación Básica Mensual Año 2006 (01 de Ene a 31 de May) | \$4.681.012,00 |
| Prima Especial de riesgo 2005 (04 May. A 31 Dic) | \$2.844.047,00 |
| Prima Especial de riesgo 2006 (01 Ene. A 03 May) | \$1.587.626,00 |
| Bonificación por Servicios 2005 (Oct) | \$514.294,00 |
| Prima de Servicio 2005 (2/12) | \$177.804,00 |
| Prima de Servicio 2006 (10/12) | \$935.730,00 |
| Prima de navidad 2005 (8/12) | \$814.022,00 |
| Prima de navidad 2006 (4/12) | \$382.446,00 |
| Prima de vacaciones (Abril) | \$1.252.171,00 |
| <hr/> | |
| TOTAL FACTORES SALARIALES | \$21.314.997,00 |

PROMEDIO MENSUAL DEL ÚLTIMO AÑO: \$21.314.997,00 entre 12=\$1.776.249,00

En consecuencia el monto de la pensión que tiene derecho mi cliente, aplicando el 75%, es de \$1.332.187,00

Cuarto: Que las sumas adeudadas y el monto adeudado a mi cliente debe actualizarse (indexarse) a fin de que se compensen los efectos de

las pérdidas del poder adquisitivo del dinero entre la época en que se le dejó de reconocer la diferencia que resulta del monto de la pensión indicada arriba de \$1.332.187,00 y la que le fue reconocida por valor de \$684.407,70, hasta que se haga efectivo el pago.”

1.2.- HECHOS.

En síntesis los relatados por el accionante son los siguientes:

El accionante estuvo vinculado al Departamento Administrativo de Seguridad DAS, desde el 17 de octubre de 1983 hasta el 4 de mayo de 2006; es decir laboró 8114 días, y desempeñó el cargo de Detective Agente Grado 208-010.

Mediante la Resolución No. 8349 de 21 de febrero de 2005 expedida por la Caja Nacional de Previsión Social, se le reconoció una pensión de vejez, advirtiéndose en esta que se condicionaba al retiro definitivo del servicio, lo cual se produjo el 4 de mayo de 2006.

Mediante escrito radicado el 10 de octubre de 2006, solicitó la reliquidación de su pensión, frente a lo cual se expidió la Resolución No. 17810 de 24 de abril de 2009, mediante la cual la Caja Nacional de Previsión Social negó la inclusión de los factores salariales solicitados y la pretensión de calcular el I.B.L. con base en el último salario devengado, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales habitualmente reconocidos y pagados.

Que solicitó conciliación extrajudicial en cumplimiento de la Ley 1285 ante la Procuraduría 22 Judicial II para Asuntos Administrativos ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, resultando ésta fallida en razón de la inasistencia de la Caja Nacional de Previsión Social.

1.3.- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

El demandante señala como normas violadas las siguientes: Artículos 1, 2 y 4 del Decreto 691 de 1994; 2, 4 y 12 del Decreto 1835 de 1994; 36 de la Ley 100 de 1993; y los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989.

Aduce que con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad DAS fueron cobijados por un régimen especial contemplado en los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989, que definen condiciones distintas a las del régimen común para acceder a la pensión de jubilación respecto a la edad, tiempo de servicios, valor de la mesada pensional y factores salariales.

Sostuvo que la base reguladora para la liquidación del monto de su pensión, en su condición de beneficiario del régimen de transición especial para los detectives del DAS, corresponde al promedio de salarios y primas de toda especie que percibió durante su último año de servicios, incluyendo la asignación básica mensual, la bonificación por servicios prestados, las primas de servicios, navidad y vacaciones que se encuentran relacionadas en los ítems *o*, *c*, *d*, *g* y *j* del artículo 18 del Decreto 1933 de 1989, y la prima especial de riesgo establecida para los detectives del DAS en el artículo 1º del Decreto 2646 de 1994, factor éste que devengó habitual y permanentemente hasta el día en que se retiró definitivamente del servicio, porque así lo determina el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969 y el inciso 1º del artículo 42 del Decreto 1042 de 1978.

1.4.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad demandada Caja Nacional de Previsión Social "CAJANAL" contestó la demanda extemporáneamente, a pesar de haber sido notificada en debida forma.

1.5.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 30 de septiembre de 2013, negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

Sostuvo que el actor no es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que al 1º de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia dicha ley, siendo varón, solo tenía 36 años de edad, pues nació el 28 de octubre de 1958 y contaba con sólo once (11) años de servicios.

Agregó, que de la resolución que reliquidó la pensión del actor, se advierte que Cajanal la liquidó con base en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 inciso tercero, que señala que se debe calcularse en un 75% del promedio de lo devengado entre el 4 de mayo de 1996 y el 3 de mayo de 2006. Señala el fallo apelado que *"CAJANAL E.I.C.E., efectuó el reconocimiento pensional respecto del régimen especial de pensiones establecido en el Decreto 1047 de 1978 y 1933 de 1989 aplicable a los empleados del DAS que se desempeñan en los cargos de detectives y dactiloscopista de todo orden y respecto al peticionario los beneficios de pensionarse sin edad, con 20 años de servicios y con un monto del 75% del ingreso base de cotización, contemplado en dicho régimen especial. Pero el período liquidable y los factores de salario que deben tomarse en cuenta en la liquidación, son los indicados en la Ley 100 de 1993, y*

en su decreto reglamentario 1598 de 1994 por cuanto su status de pensionado se adquirió con posterioridad a la vigencia de la Ley 100."

Indicó el *a quo*, que el Decreto 691 de 1994 incorporó a los servidores públicos del orden nacional al sistema general de pensiones a partir del 1º de abril de 1994, y el Decreto 1158 de 1994 modificó el artículo 6 del Decreto 691 de 1994.

Concluyendo el juzgador de primer grado que en el presente caso, como quiera que no se encuentra inmerso dentro del régimen de transición, la pensión a la que tiene derecho el actor, así como la re-liquidación de la misma, es tal como la hizo Cajanal, y por tanto no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos acusados.

1.6.- RECURSO DE APELACIÓN DEL ACCIONANTE.

El demandante apeló la decisión de primer grado, argumentado en síntesis lo siguiente:

Que el *a quo* hizo caso omiso al deber legal de aplicar de manera integral las disposiciones especiales propias del régimen de transición, con desconocimiento de principios como el de favorabilidad, y sin hacer un análisis integral del sistema pensional, y más específicamente del régimen especial, vulnerando su derecho a un debido proceso.

Que los regímenes especiales según criterio unificado de las altas cortes deben aplicarse de manera integral, pues no resulta viable tomar lo que de ellos convenga y de otro lo que resulte más favorable.

Que el Decreto 1835 de 4 de agosto de 1994 establece un régimen especial de pensiones para actividades de alto riesgo, aplicable a las personas vinculadas al DAS; además, el artículo 4 estableció un régimen especial para los servidores del DAS que presten sus servicios como detectives en los distintos grados y en las denominaciones de especializados y agentes.

De lo anterior, es claro que los servidores cobijados por el Decreto 1835 de 1994, quedan sometidos al régimen anterior, el cual no es otro que lo consagrado en los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989, y por ello el régimen de transición para el personal que laboró en el DAS no es el general del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Indicó que la Ley 100 de 1993, en el artículo 140, facultó al Gobierno Nacional para regular las actividades de alto riesgo y sus condiciones pensionales. Que el citado Decreto 1835 fue derogado por el Decreto Ley 2090 de 2003 y que posteriormente la Ley 860 de 2003 lo revivió cuando establece que: "*servidores públicos que desempeñan actividades de alto riesgo en el DAS (artículo 2) y por otro mantuvo el régimen de transición especial pensional para los detectives del DAS (Artículo 4).*"

Que por lo anterior, el régimen de transición para los detectives del DAS es especial, y es evidente que el régimen de transición para los detectives del DAS no es el que exige el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sino, que establece unas condiciones distintas a una edad o tiempo de servicios, esta son: i) que el servidor público labore como detective del DAS; y, ii) que haya sido vinculado con anterioridad al 4 de agosto de 1994.

Sostuvo igualmente el apelante que el Decreto 2090 de 2003 derogó el Decreto 1835 de 1994 y reguló el régimen pensional de los trabajadores de actividades de alto riesgo, salvo el de detectives del DAS el cual se realizó en el Decreto Ley 2091 de 2003, y que este último fue declarado inconstitucional mediante sentencia C-1056 de 11 de noviembre de 2003 y que la Ley 860 de 2003 vino a llenar mediante su artículo 2, parágrafo 5, el vacío legislativo producido por la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto 2090 de 2003 y que dicha ley entró a regir a partir de su promulgación, es decir, el 29 de diciembre de 2003, preceptuando que: *"PARAGRAFO 5º. Régimen de transición. Los detectives vinculados con anterioridad al 3 de agosto de 1994 que a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley hubieren cotizado 500 semanas les será reconocida la pensión de vejez en las mismas condiciones del régimen de transición contenidas en el Decreto 1835 de 1994."*

Que por lo anterior, es claro que los detectives del DAS vinculados con anterioridad al 3 de agosto de 1994, cuyo régimen pensional reconoció el Decreto 1835 de 1994, continúan con ese régimen especial, ya que los componentes legales de su situación pensional se habían consolidado y no era posible modificarlo, por tanto hay que entender que la Ley 860 de 2003 al remitirse a las condiciones del régimen de transición contenido en el derogado Decreto 1835 simplemente está ratificando el derecho que tienen esos empleados a dicho régimen especial.

Que si bien es cierto que la Ley 860 exige haber cotizado 500 semanas al 29 de diciembre de 2003, es un desborde de las condiciones iniciales del régimen de transición, por lo tanto conforme a la doctrina sentada por la Corte Constitucional en las sentencias C-789 de 2002 y C-754 de 2004, no debe haber lugar a su exigencia, pues viene este nuevo

requisito a modificar la normatividad que precisamente había resurgido sus efectos.

Que en su caso concreto está plenamente demostrado, que entró como Detective del DAS el 17 de octubre de 1983, es decir, con anterioridad al 3 de agosto de 1994, y siendo así, por tener el grado de Detective Agente Grado 208-010010, por ese sólo hecho es beneficiario del régimen de transición.

Que en lo referente al monto de la pensión, debe tenerse en cuenta lo manifestado por el H. Consejo de Estado en la sentencia proferida el 22 de junio de 2006 dentro del Expediente No. 3114 que dijo que al respecto debe tenerse en cuenta el Decreto 1933 de 1989, por ser una norma especial con fuerza de ley que regula este aspecto pensional, y no es posible recurrir a una disposición de carácter general, y el inciso 1º del artículo 10 del Decreto 1933 señala que a los empleados del DAS se les aplica las normas sobre la pensión de los empleados del orden nacional, y que como la norma vigente para octubre de 1989 que fue cuando entró en vigencia la Ley 33 de 1985, se tiene que el monto de la pensión especial para los detectives del DAS es el 75% promedio de los salarios de los últimos años teniendo en cuenta los factores indicados en el artículo 18 del Decreto 1933.

Finalmente indicó, que atendiendo lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 1933 de 1989, se debe aplica en lo referente a la concesión de la pensión lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1047 de 1978, en cuanto al monto de la pensión, por lo cual debe tenerse en cuenta todo lo que constituye salario y sobre el período a tener en cuenta y porcentaje las normas generales sobre pensión de jubilación prevista para los empleados de la administración pública, Ley 33 de 1985, que

de paso son de mayor favorabilidad que lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, incluyendo la prima de riesgo que tiene el carácter retributivo del servicio prestado.

1.7.- ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA.

El demandante alegó de conclusión en segunda instancia, ratificando lo expuesto en su recurso de alzada, solicitando revocar la sentencia recurrida para que en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda.

La entidad accionada Caja Nacional de Previsión Social no alegó en segunda instancia.

1.8.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente proceso en ninguna de sus instancias.

No observándose causal alguna de nulidad que invalide en todo o en parte lo actuado procede la Sala a decidir previas las siguientes

II. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA.

De conformidad con lo establecido en el inciso 1 del artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 30 de septiembre de

2013 por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

2.2- ACTOS ACUSADOS.

Se pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 17810 de 24 de abril de 2008 "POR LA CUAL SE RELIQUIDA UNA PENSIÓN DE VEJEZ", al señor Walter Leopoldo Vargas Vergara, expedida por el Gerente General de la Caja Nacional de Previsión Social; y,
- Resolución No. 09179 de 25 de febrero de 2009 "Por la cual se resuelve un recurso de reposición" contra la Resolución No. 17810 de 24 de abril de 2008, expedida por el Subgerente de Prestaciones Económicas de Cajanal.

2.3.- CADUCIDAD.

Advierte la Sala que como quiera que los actos materia de juzgamiento versan sobre prestaciones periódicas, no están sujetos al término de caducidad, de conformidad con el numeral 2º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

2.4.- PROBLEMA JURÍDICO.

Con el fin de plantear el problema jurídico a resolver, aclara la Sala que el análisis de la sentencia apelada se limitará a los puntos controvertidos en el recurso de apelación interpuesto por el demandante, puesto que en armonía con el principio de consonancia aplicable al recurso de

alzada, la pretensión de la apelación es lo que fija el ámbito de competencia del superior.

En ese entendido, se establecerá si el apelante es beneficiario del régimen especial de transición establecido en los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989 aplicable a los empleados del DAS, y en caso afirmativo establecer cómo debe liquidarse su pensión.

2.5. LO PROBADO EN EL PROCESO.

Está debidamente acreditado que la entidad demandada Caja Nacional de Previsión Social mediante Resolución No. 5445 de 21 de febrero de 2005 reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación al actor señor Walter Leopoldo Vargas Vergara, en cuantía de \$684.407,70 (fls. 26 a 30 del Cuaderno No. 1), y que la liquidación de la misma se efectuó con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 9 años, 8 meses y 25 días, conforme lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y la Sentencia C- 168 de 1995 proferida por la Corte Constitucional, siendo supeditada al retiro definitivo del actor.

El actor, inconforme con la liquidación de su pensión, mediante oficio del 10 de octubre de 2006, solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación con base en todos los factores salariales devengados en su último año de servicios, de conformidad al régimen especial que le es aplicable.

Mediante la Resolución No. 17810 de 24 de abril de 2008 se reliquidó la pensión de vejez del actor, elevando la cuantía de la misma a la suma de \$830.329.58, efectiva a partir del 4 de mayo de 2006 (fls. 17 a 22

del Cuaderno No. 1). En la mencionada resolución la reliquidación se efectuó con base en el 75% del promedio de lo devengado por el actor entre el 4 de mayo de 1996 y el 3 de mayo de 2006, conforme a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y en Sentencia C-168 de 1995.

Contra la anterior resolución, el actor interpuso recurso de reposición, el cual fue desatado mediante la Resolución No. 09179 de 25 de febrero de 2009, la cual confirmó en todas y cada una de sus partes la Resolución No. 17810 de 24 de abril de 2008. En los considerandos de esta resolución se consignó que: *"...En conclusión, este Despacho considera que si bien es cierto el peticionario antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se encontraba amparado por un régimen especial cual era el Decreto 1933 de 1989, también lo es que como el señor WALTER LEOPOLDO VARGAS VERGARA, adquirió el status jurídico de pensionado el 16 de octubre de 2003 en vigencia de la Ley 100 de 1993, la liquidación de la pensión se efectuó con el 75% del promedio de lo devengado en los últimos diez años de servicios, es decir dentro del período comprendido entre el 04 de mayo de 1996 y el 03 de mayo de 2006, de conformidad con los factores taxativamente señalados en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994 antes transcrito, el cual no contempla como factores de liquidación las primas de servicios, navidad, vacaciones, clima, subsidio de alimentación, bonificación por recreación, ni prima especial de riesgo."*

Mediante Resolución No. 0339 de 29 de marzo de 2006, el actor fue retirado del servicio en el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, con efectos a partir del 3 de mayo de 2006 (fl. 18 del Cuaderno No. 1).

2.6.- ANÁLISIS DEL ASUNTO.-

En primer término, es necesario determinar si el demandante está cobijado por el régimen especial de transición previsto para los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad DAS. Al respecto se tiene:

El Decreto 1835 del 4 de agosto de 1994, estableció las actividades de alto riesgo para los servidores públicos, y en su artículo 2º dispuso:

“ARTICULO 2o. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO. En desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993, sólo se consideran actividades de alto riesgo las siguientes:

1. En el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS: Personal de **detectives** en sus distintos grados y denominaciones de especializado, profesional y agente”.

Ese mismo decreto, en su artículo 4º, estableció un régimen de transición especial para los servidores cobijados por dicho dispositivo y que estuvieren vinculados antes de su vigencia. Señala la norma:

“**ARTICULO 4o. REGIMEN DE TRANSICION.** <Artículo corregido por el artículo 1o. del Decreto 898 de 1996. El nuevo texto es el siguiente:> Los funcionarios de las Entidades señaladas en este capítulo, que laboren en las actividades descritas en los numerales 1o. y 5o. del artículo 2o., 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 ésta pensión, a las existentes para ellos en las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993”.

De esta manera, los servidores cobijados por dicha norma quedan sometidos al régimen anterior, el cual no es otro que el consagrado en lo pertinente por los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989.

El Decreto 1047 de 1978, dispone lo siguiente:

“ARTICULO 1o. Los empleados públicos que ejerzan por veinte años continuos o discontinuos las funciones de las dactiloscopistas en el Departamento Administrativo de Seguridad, y que hayan aprobado el curso de formación en dactiloscopia impartido por el instituto correspondiente de dicho Departamento, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación cualquiera sea su edad.

ARTICULO 2o. Los empleados públicos que hayan aprobado el curso a que se refiere el artículo anterior y que permanezcan al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad por un término no menor de 18 años continuos en el desempeño de funciones de dactiloscopista, tendrán derecho a la pensión de jubilación al cumplir 50 años de edad, siempre que para esta época fueren funcionarios de ese Departamento”.

Por su parte, el artículo 10 del Decreto 1933 de 1989, dispuso:

“ARTÍCULO 10. PENSION DE JUBILACION. 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”.

De esta manera, gozan del régimen especial o excepcional de pensiones en el DAS, los empleados que cumplan funciones de detectives en sus distintos grados y denominaciones de especializado, profesional y agente, vinculados como tal antes del 4 de agosto de 1994, fecha de entrada en vigencia del Decreto 1835 del mismo año, ya sea que realicen o no funciones de dactiloscopistas, pues el artículo 4º de dicho Decreto determinó que, en general, los detectives en sus distintos grados desempeñan funciones de alto riesgo, y por tal razón los hizo merecedores del régimen especial de pensiones que cobijaba a los detectives con funciones de dactiloscopistas, según la previsión del inciso 2º del artículo 10 del Decreto 1933 antes citado.

Debe precisarse, que el Decreto 1835 fue derogado por el Decreto 2090 del 26 de julio de 2003, norma que fue expedida en virtud de las facultades extraordinarias conferidas en el numeral 2 del artículo 17 de la Ley 797 de 2003, y que entró a regular el régimen pensional de los trabajadores de actividades de alto riesgo, salvo el de Detectives del DAS, del que se ocupó específicamente el Decreto 2091 de 2003 *"Por el cual se reforma el régimen de pensiones de los servidores públicos del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS"*.

Sin embargo, mediante Sentencia C-030 de 2009, la Corte Constitucional declaró inexecutable el Decreto 2091 de 2003, dejando un vacío normativo que vino a ser llenado con la expedición de la Ley 860 de 2003, en cuyo artículo 2, párrafo 5 dispuso lo siguiente:

"Párrafo 5º. *Régimen de transición.* Los detectives vinculados con anterioridad al **3 de agosto de 1994** que a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley hubieren cotizado **500 semanas** les serán

reconocida la pensión de vejez en las mismas condiciones del régimen de transición contenidas en el Decreto 1835 de 1994”.

Con base en el acervo probatorio obrante en el expediente, se tiene que el señor Walter Leopoldo Vargas Vergara laboró en el Departamento Administrativo de Seguridad DAS en el cargo de Detective Agente Grado 207-10 desde el 17 de octubre de 1983 hasta el 3 de mayo de 2006 cuando se desempeñaba como Detective Profesional Grado 207-10, tal como lo reconoce la entidad demandada en los actos acusados, y por tanto está acreditado se encontraba vinculado a dicha institución desde antes del 3 de agosto de 1994, y que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003 contaba con más de 500 semanas cotizadas, de tal forma que tiene derecho a que su pensión de vejez le sea reconocida en las mismas condiciones del régimen de transición contenidas en el Decreto 1835 de 1994.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en el proceso no se está cuestionando el derecho a la pensión de jubilación sino al monto y los factores con los cuales fue ésta liquidada, la Sala limitará su análisis a dicho aspecto.

Como ya se dijo, la norma legal que regía para los miembros del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, respecto a su régimen prestacional especial, era el Decreto 1933 de 1989 que reza:

“ARTÍCULO 1º. NORMA GENERAL. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad tendrán derecho a las prestaciones sociales previstas para 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”.

El citado Decreto, consagró el régimen especial de jubilación para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, de la siguiente forma:

“Artículo 10. 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 dactilcopistas 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”. (Las subrayas son de la Sala).

Y en el artículo 18 de dicha norma se tiene que los factores para la liquidación de cesantía y pensiones se establecieron así:

- “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 servicios;
- “j) La prima de vacaciones”.

Se observa que las normas antes transcritas, nada dijeron sobre el porcentaje y la base de liquidación de la pensión, por lo que debemos recurrir a lo dispuesto por el inciso primero del artículo 10 del Decreto 1933 de 1989, en el sentido de que a los empleados del DAS se aplican las normas sobre pensión de jubilación de los empleados del orden nacional.

La entidad demandada, al momento de calcular el monto de la pensión, invocó y aplicó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, se tomó el lapso comprendido entre 1º de abril de 1994 y el 30 de diciembre de 2003, y se reconocieron como factores salariales la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, actualizados esos valores con el IPC.

Posteriormente, mediante la Resolución No. 17810 de 24 de abril de 2008, reliquidó la pensión elevando la cuantía a \$830.329.58, y en el mencionado acto administrativo la liquidación se efectuó con base en el 75% del promedio de lo devengado por el actor entre el 4 de mayo de 1996 y el 3 de mayo de 2006 y se reconocieron como factores salariales la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y la prima de riesgo, actualizados esos valores con el IPC.

En lo concerniente al monto de la pensión de los empleados cobijados por el régimen de transición, la Corte Constitucional ha determinado que el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, contiene al principio, una regla general, y en su parte última una condición adicional a esa regla. A su vez, el inciso 3 consagra una excepción a esa misma regla.

Concretamente explica la Corte Constitucional en la Sentencia T-158 de 2006 lo siguiente:

“La regla general consiste en que: si para el 1º de abril de 1994 se tienen la edad y el tiempo cotizado descrito, entonces los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto de la pensión serán los que haya establecido el régimen al que se encontraba inscrita la persona en dicha fecha. La condición descrita en la frase final de este inciso consiste en que: si existieren otros requisitos diferentes a los anteriores, éstos serán los regulados por la ley 100 de 1993. Y la excepción establecida en el inciso tercero establece que: si a las personas con los requisitos de edad y tiempo cotizado descrito en la regla general les faltaren menos de diez años para adquirir el derecho de pensión, entonces se les calculará la pensión con base en una fórmula determinada en el mismo inciso.”

Tal interpretación, conforme a la misma sentencia, responde a lo siguiente:

“Sobre la interpretación, tanto de la condición como de la excepción a la regla general, la jurisprudencia constitucional ha establecido que debe hacerse de conformidad con los principios que inspiran el régimen de transición. Así, tal como se expresó arriba, la protección y garantía de los derechos adquiridos y el principio de favorabilidad respaldan la implantación de los regímenes de transición, y conforme con éstos se debe procurar la aplicación integral de lo estipulado en los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993”. (Las subrayas son de la Sala).

Específicamente sobre el alcance del artículo en cuanto al ingreso base de liquidación que debe tenerse en cuenta al momento de reconocer y liquidar una pensión, determina la Corte Constitucional que lo dispuesto en el artículo 36 sólo se aplica de manera subsidiaria, es decir, cuando el régimen de transición al que tiene derecho una persona no establece la forma de determinarlo. Continúa la sentencia diciendo:

“9.- De este modo, en primer lugar, la jurisprudencia ha establecido que los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, deben entenderse de tal manera que el ingreso base para liquidar la pensión del que habla el inciso tercero, forma parte de la noción de monto de la pensión de que habla el inciso segundo. En dicho sentido, como el monto incluye el ingreso base, entonces uno y otro se determinan por un solo régimen y la excepción del inciso tercero resulta inocua. Dicha excepción sería aplicable únicamente cuando el régimen especial no estipula explícitamente el ingreso base para liquidar la pensión. Así, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición, ambos (el ingreso base y el monto de la pensión) deben ser determinados por el régimen especial y la excepción no aplica, salvo que el régimen especial no determine la fórmula para calcular el ingreso base.

En segundo lugar, ha agregado la Corte, que interpretarlo de manera distinta implica que el acto que reconoce o reliquida una pensión ha desconocido el derecho a acceder a la misma, con la garantía de la protección de los derechos adquiridos y vulnerando el principio de favorabilidad (...)”

Así, el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, otorga a quienes se encuentren en el supuesto de hecho descrito en el artículo 36, el derecho a que se les aplique, en materia de pensión de vejez o de jubilación, el régimen normativo que con anterioridad a ella regulaba lo relativo a la edad para acceder al derecho, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión.

Para el *sub examine*, se advierte que el Decreto 1933 de 1989 y las disposiciones a las que este remite, contentivos del régimen pensional para los empleados del DAS, del cual es beneficiario el actor, regulan en forma completa tanto la edad, el tiempo de servicios, el monto y el ingreso base de liquidación.

Así las cosas, al estar demostrado que el actor se vinculó al DAS como Detective Agente Grado 207-10, en vigencia del Decreto 1933 de 1989, se concluye que su pensión debió conforme a lo establecido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 451 de 1984, artículo 3º y 1047 de 1978, en lo que respecta a los factores salariales pensionales, monto, edad e IBL, que corresponde al último año de servicios anterior a su retiro definitivo, por remisión expresa de la norma especial, pues esta última guardó silencio sobre dicho elemento.

Es así que el artículo 3135 de 1968, en su artículo 27 estableció que la pensión vitalicia de jubilación era el equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios y en similar sentido lo reguló el artículo 73 cuando en la cuantía de la pensión expuso que: *"El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será el equivalente al setenta y cinco (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin"* (La palabra subrayada del artículo 73 del Decreto 1848 de 1969 fue anulada en sentencia de junio 7 de 1980).

Además, sobre los factores a tener en cuenta, el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en Sentencia de 14 de julio de 2005, con ponencia de la Magistrada Dra. Ana Margarita Olaya Forero, se pronunció en el sentido que se transcribe a continuación:

"...El claro tenor del artículo 1º del decreto 1933 de 1989 asigna a los empleados del D.A.S, sin distinciones, la aplicación de las normas que en materia prestacional contiene.

Respecto de la pensión de jubilación, el citado decreto 1933 de 1989 contiene dos normas: el artículo 10 y el artículo 18.

De las normas anteriores se deduce sin embargo, que el decreto 1933 de 1989 estipuló condiciones especiales en materia de pensión de jubilación, en los tres aspectos relevantes a la adquisición del derecho: La edad, el tiempo de servicios y el monto o valor de la mesada.

Respecto de la edad y el tiempo de servicios, el artículo 10 aplica para los empleados que cumplan funciones de dactiloscopistas en los cargos de detective agente, profesional o especializado; y al personal de detectives en sus distintos grados y denominaciones, por remisión expresa al decreto 1047 de 1978.

Respecto del monto de la mesada pensional, específicamente de los factores que se deben imputar para liquidar el derecho, el artículo 18 que aplica para todos los empleados del D.A.S., define cuales conceptos deben ser incluidos en la base de liquidación del derecho...”.

Posteriormente y de manera concreta, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en Sentencia de la Sección Segunda, Subsección A, de 10 de noviembre de 2010, con ponencia del H. Consejero Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado interno No. 568-2008, actor: José Luis Martínez Arteaga, afirmó que:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1933 de 1989 los empleados del DAS tienen derecho a las prestaciones sociales previstas para los empleados de las entidades de la Administración Pública del orden nacional en el Decreto 1848 de 1969, entre otros.

El artículo 73 de esta última norma establece que la pensión de jubilación se liquidará teniendo en cuenta el promedio de los salarios y primas de toda especie percibidas en el último año de servicios.

Si bien los Decretos 1137 de 1994 y 2646 de 1994 señalaron que la prima de riesgo no constituía factor salarial, debe tenerse en cuenta que en aplicación del artículo 73 de Decreto 1848 de 1969 la pensión de jubilación debe ser liquidada con el promedio de los salarios y primas de toda especie.

Al respecto, concluyó:... También, debe resaltarse, en la providencia en estudio se analizó Sentencia de esta Corporación de 4 de agosto de 2008, en la que se estableció que **los factores a tenerse en cuenta para liquidar la pensión establecida en la Ley 33 de 1985 no son solo los señalados taxativamente en la Ley 62 de 1985, sin todos aquellos que constituyan salario.** Finalmente, en esta ocasión, la Subsección A analizó el contenido de la expresión "salario".

Dicha providencia, entonces, modificó la tesis que se venía sosteniendo en relación con la oportunidad de incluir la prima de riesgo 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 no se ha proferido pronunciamiento en contrario sino reafirmando la misma."

Más adelante la misma sentencia dice:

"...El decreto 1137 de 2 de junio de 1994, creo (sic) una prima especial de riesgo con carácter permanente para los empleados del DAS que desempeñen cargos de detective especializado, profesional o agente, o criminalístico especializado, profesional o técnico que no estén asignados a tareas administrativas y los conductores quienes "tendrán derecho a percibir mensualmente una prima especial de riesgo equivalente al 30% de su asignación básica mensual"

El inciso 2º del artículo 1º señaló:

"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 (negrillas de la Sala) Ahora, el Decreto 2646 del 29 de noviembre de 1994, por la cual se estableció la prima especial de riesgo para los empleados del DAS, en su artículo 1º preceptuó que los empleados que desempeñen cargos de detective especializado, profesional o agente, criminalístico especializado, profesional o técnico y los conductores "tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una prima especial de riesgo equivalente al treinta y cinco (35%) de su asignación básica mensual".

Así mismo, en el artículo 4to de la norma en mención se indicó:

"La prima a que se refiere el presente Decreto no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con la prima de que trata los artículos 2º del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994" (negrilla fuera de texto).

De lo anterior se colige que si bien es cierto el actor tenía derecho a percibir la prima de riesgo equivalente al 30% de la asignación básica, como efectivamente lo vino reconociendo la entidad (ver folios 15 a 17), también lo es que el legislador expresamente consideró que ésta no era factor salarial.

Que a pesar de lo anterior, de la lectura del artículo 1º del Decreto 1933 de 23 de agosto de 1989, norma aplicable al caso sub lite, es claro que los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad tienen derecho a las prestaciones sociales previstas para 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 adicionan, modifican, reforman o complementan y, además, a las que este decreto establece.

Que el artículo 73 del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969 "por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968", expresamente establece:

“Cuantía de la pensión: El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco (75) por ciento promedio de los salarios y **primas de toda especie** percibidos en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la Ley para tal fin” (negrillas de la Sala).(Lo subrayado fue declarado nulo, Sent. C. de E. Junio de 1980)

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 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 tomada en cuenta para efectos de liquidar la pensión de jubilación del demandante.

En consecuencia, la Sala comparte la decisión de primera instancia en cuanto el Tribunal declaró la nulidad de los actos acusados y ordenó incluir en la nueva liquidación de la pensión de jubilación del actor la proporción correspondiente a los factores acreditados a folios 15 a 17 del expediente.

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 está 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 los devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, se ordenará su inclusión.

En consecuencia se modificará 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”.

Así las cosas y tal como se dejó consignado en apartes anteriores, la re-liquidación de la pensión del actor que se hizo en la Resolución No. 17810 de 24 de abril de 2008 se efectuó con base en el 75% del promedio de lo devengado por el actor entre el 4 de mayo de 1996 y el 3 de mayo de 2006 y se reconocieron como factores salariales la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y la prima de riesgo, actualizados esos valores con el IPC.

En el Certificado de sueldos expedido por la Pagadora del Departamento Administrativo de Seguridad DAS que obra a folios 25 del Cuaderno No. 1, se constata que el actor en el último año de servicios, esto es, 3 de mayo de 2005 al 3 de mayo de 2006, devengó además de la asignación básica, bonificación por servicios prestados y prima de riesgo, los siguientes factores salariales: prima de navidad y prima de servicios.

Y en relación con los factores bonificación por servicios prestados, prima de riesgo, prima de navidad y prima de servicios, se tiene que de conformidad con lo ya expuesto, son elementos constitutivos de salario, razones suficientes para que la Caja Nacional de Previsión E.I.C.E. hoy en liquidación tenga que rehacer la liquidación de la pensión de jubilación del actor incluyendo en ella todos los factores salariales anteriormente anotados que fueran certificados como devengados en el último año de servicio.

Ahora bien si de aquellos factores, no se hubiere realizado aportes a CAJANAL, la entidad habrá de liquidarlos y descontarlos a su favor al momento de hacer la correspondiente reliquidación.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, encuentra la Sala desacertadas las consideraciones del a quo, y en consecuencia debe despacharse favorablemente el recurso de apelación interpuesto por el actor, y procederá a revocarse la sentencia apelada, y en su lugar se declarará la nulidad de los actos acusados y se ordenará a título de restablecimiento del derecho que la entidad demandada re-liquide la pensión de jubilación del actor la cual será equivalente al setenta y cinco (75) por ciento promedio de lo devengado en el último año de servicios, incluyendo todos los factores salariales devengados y certificados en el último año de servicios como son: asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de riesgo, prima de navidad y prima de servicios.

Igualmente, se ordenará que las anteriores sumas se ajusten en su valor, de conformidad con el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice

inicial (vigente en la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes.

2.7. COSTAS.-

El Tribunal habida consideración de que para el momento en que se dicta este fallo el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y en el sub lite ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

III. DECISIÓN

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

FALLA:

PRIMERO: Revócase la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2013 por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda. En su lugar se dispone:

1.1.- Declárase la nulidad de las Resoluciones Nos. 17810 de 24 de abril de 2008 *"POR LA CUAL SE RELIQUIDA UNA PENSIÓN DE VEJEZ"*, al señor Walter Leopoldo Vargas Vergara, expedida por el Gerente General

de la Caja Nacional de Previsión Social; y, 09179 de 25 de febrero de 2009 *"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"* contra la Resolución No. 17810 de 24 de abril de 2008, expedida por el Subgerente de Prestaciones Económicas de Cajanal.

1.2.- Condénase consecuentemente, a título de restablecimiento del derecho, a la Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación a reliquidar la pensión de jubilación del actor señor Walter Leopoldo Vargas Vergara, portador de la cédula de ciudadanía No. 9.310.013 de Corozal, en el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de lo devengado en el último año de servicios, incluyendo todos los factores salariales devengados y certificados en el último año de servicios como son asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de riesgo, prima de navidad y prima de servicios, todo conforme a las precisiones hechas al respecto, debiendo efectuar la entidad demandada los descuentos correspondientes a los aportes no realizados.

1.3.- Las diferencias resultantes con ocasión de lo ordenado en el numeral anterior, serán reajustadas y actualizadas en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, siguiendo la fórmula establecida en la parte motiva de esta sentencia.

Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes.

1.3.- Ordénase a la entidad demandada cumplir la presente sentencia de conformidad con lo establecido en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Devuélvase oportunamente al juzgado de origen, previas las constancias a que haya lugar en los libros y sistemas de radicación judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se hace constar que la presente sentencia fue estudiada y aprobada por la sala en sesión de la fecha.

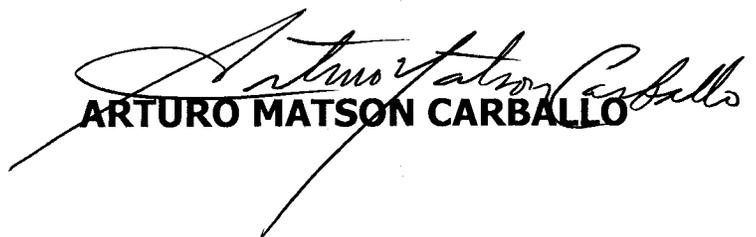
Los Magistrados,



EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



ARTURO MATSON CARBALLO