



*Consejo Superior
de la Judicatura*

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL
DE TUNJA**

JUEZ: ADRIANA ROCÍO LIMAS SUÁREZ

Tunja, nueve (09) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

RADICACIÓN No.	15001-33-33-007-2017-00167-00
DEMANDANTE:	HECTOR JULIO CHONTAL CRUZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

Agotados los trámites de ley, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del asunto de la referencia, en los siguientes términos:

I. SÍNTESIS DE LA DEMANDA (Fls. 2-15)

1.1. Pretensiones¹:

El señor **HECTOR JULIO CHONTAL CRUZ**, actuando por conducto de apoderada legalmente constituida para el efecto, acude ante esta jurisdicción en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** previsto en el artículo 137 del C.P.A.C.A., en procura de obtener el examen de legalidad de los siguientes actos administrativos, a saber:

- Resolución N° GNR 407775 de 15 de diciembre de 2015, por medio de la cual, el Gerente Nacional de Reconocimiento de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, reliquida la pensión de jubilación del interesado, pero sin tener en cuenta en la liquidación todos los factores salariales devengados habitual y periódicamente en el último año de servicios.
- Resolución N° VPB 16978 de 14 de abril de 2016, por medio de la cual, la Vicepresidente de Beneficios de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el interesado contra el precitado acto administrativo confirmándolo en todas sus partes.

Concretamente solicita la declaratoria de nulidad de los actos acusados, y el consecuente restablecimiento del derecho, consistente en ordenar al ente demandado lo siguiente: (i) reliquidar y pagar su pensión de

¹ Fl. 3-4

jubilación, incluyendo dentro del ingreso base de liquidación, todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior al retiro, comprendido entre el 01 de enero de 2013 hasta el 30 de diciembre de 2013, (ii) reconocer y pagar el retroactivo de las mesadas, esto es las diferencias causadas como consecuencia de la reliquidación pensional solicitada pretendida, desde el 01 de enero de 2014 día siguiente al retiro definitivo del servicio, (iii) actualizar las sumas de valor resultantes de la condena conforme a lo establecido en el artículo 187 del C.P.A.C.A.; (iv) dar cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 189, 192 y 195 ibídem.

1.2. Fundamentos fácticos²:

La mandataria judicial de la parte actora sostuvo que el demandante laboro al servicio del estado en el Instituto Penitenciario y Carcelario –Inpec-, desde el 02 de marzo de 1992 hasta el 30 de diciembre de 2013, fecha de retiro del servicio.

Manifiesta que la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, mediante Resolución N° GNR 235495 de 18 de septiembre de 2013, reconoció la pensión de jubilación a favor del demandante en la suma de \$1.088.471, efectiva a partir del 01 de octubre de 2013. Que la entidad señalada, mediante Resolución N° 407775 del 15 de diciembre de 2015, reliquida la pensión de jubilación reconocida, aumentando la cuantía en la suma de \$1.119.503 efectiva a partir del 30 de diciembre de 2013.

Expone que contra la anterior resolución que reliquida la pensión de jubilación, el demandante interpuso recurso de apelación para que se reliquidara con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios por haber laborado todo el tiempo en el Inpec, frente a lo cual, la entidad demandada expidió la Resolución N° VPR 16978 de 2016 confirmándola en su totalidad, argumentando que la mesada pensional actual del peticionario es superior a la liquidada en la resolución la cual arroja un valor de \$1.249.649, de la cual se notificó el demandante el 22 de abril de 2016.

Indica que los factores salariales que devengo el demandante en el último año de servicios son los siguientes: - asignación básica, sobresueldo, prima de riesgo, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, factores con los cuales ha de realizarse la liquidación de la pensión de jubilación del accionante. Sostiene que mediante resolución N° 003140 el Instituto Penitenciario y Carcelario –Inpec-, le acepto la renuncia al demandante del cargo de dragoneante código 4114 grado 11 a partir del 30 de diciembre de 2013.

1.3 Normas violadas, concepto de la violación y cargos de nulidad invocados³:

² Fls. 4-6

³ Fls. 6-12

La apoderada judicial de la parte demandante considera que con los actos administrativos demandados se desconocieron los artículos 2, 6, 13, 25 y 58 de la Constitución Política, así como el artículo 10 de la ley 57 de 1887, artículo 5 del decreto 1743 de 1966, ley 32 de 1986, decreto 1302 de 1978, decreto 070 de 1986, acto legislativo 01 de 2005, ley 4ª de 1966, artículo 36 de la ley 100 de 1993. En efecto, el libelista considera que el demandante tiene derecho a que se liquide su pensión de jubilación con base en el promedio de un 75% de los salarios devengados en el último año de servicios. Así, señala que no se entiende los motivos por los cuales la entidad accionada reliquida la pensión con algunos factores salariales, sin tener en cuenta que hace parte del salario todo lo que habitual y periódicamente recibe el trabajador.

Manifiesta que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, se deben liquidar las pensiones con todos los factores del último año de servicios, aunado a que si no se liquida la pensión de jubilación del actor en dicha forma, en su criterio queda en desigualdad de derechos con otros pensionados que se encuentran amparados en el régimen especial por haber laborado en el Instituto Penitenciario y Carcelario –Inpec-. Señala que en el presente caso, por principio de favorabilidad se debe reliquidar la pensión de jubilación a favor del demandante, con todos los factores salariales que habitual y periódicamente haya devengado en el último año de servicios por encontrarse amparado en el régimen especial del Inpec, por haber laborado en dicha institución por más de veinte años, y no liquidar el derecho pensional solamente con algunos factores salariales y de los últimos diez años de servicios como erróneamente liquidó la entidad demandada en la resolución de reliquidación de la pensión.

Finalmente señala que la entidad demandada no observa el régimen especial en que se encontraba amparado el actor, por haber laborado en el Instituto Penitenciario y Carcelario –Inpec-, y que motivo falsamente los actos administrativos enjuiciados, por medio de los cuales reliquida y niega la reliquidación de la pensión de jubilación con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, por cuanto desconoce los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales al respecto.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios de los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Tunja, el día 03 de octubre de 2017 (Fl. 15), siendo asignada a este Juzgado mediante acta individual de reparto de la misma fecha (fl. 71). Posteriormente, mediante auto calendado 27 de octubre de 2017 (fls. 74-75), se dispuso su admisión,

ordenando las notificaciones correspondientes. Luego, una vez surtidos los traslados respectivos, el Despacho, mediante auto proferido el 04 de mayo de 2018 (fl. 115), procedió a fijar fecha para la celebración de audiencia inicial, convocando a las partes para la práctica de la misma el 29 de mayo de la presente calenda, no obstante, la misma fue reprogramada por solicitud de la parte demandante (Fl. 122), llevándose finalmente a efecto el día 27 de junio de 2018 (Fls. 125-128), decretándose las pruebas del proceso, cuyo recaudo se materializó en audiencia de pruebas realizada el día 28 de agosto de 2018 (Fls. 139-140), en la cual se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, disponiendo la presentación escrita de los alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes a su realización. Dentro del referido término, fue allegado escrito de alegatos por parte de la apoderada de la parte demandante (Fls. 149-152), así como escrito de alegatos por parte del apoderado de la parte demandada (Fls. 153-159). Por su parte, el Ministerio Público rindió concepto respectivo (Fls. 144-148). Finalmente, el proceso ingresó al Despacho para proferir la decisión de instancia (Fl. 160).

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (Fls. 95-107)

A través de apoderada constituida para el efecto, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- procedió a dar contestación a la demanda de la referencia, manifestando oponerse a la totalidad de las pretensiones, en virtud de los siguientes argumentos:

La defensa señala que las resoluciones demandadas se encuentran conforme derecho y niegan la reliquidación solicitada como quiera que las solicitudes que se pretenden ya se encuentran satisfechas, ya que mediante la Resolución GNR 235495 del 18 de septiembre de 2013, Colpensiones reconoció la prestación del demandante, dando aplicación a la sentencia del 26 de marzo de 2009 del Consejo de Estado, y teniendo en cuenta los parámetros de la Ley 32 de 1986, incluyendo como ingreso base de cotización el artículo 45 del decreto 1045 de 1978 y los factores salariales del último año de servicio, para obtener el ingreso base de cotización.

Indica que de reliquidarse la prestación no sería posible aplicar el ingreso base de liquidación establecido en la Ley 32 de 1986, ni sus factores salariales de plano, ya que a la fecha se encuentra vigente la jurisprudencia de la corte constitucional C-258 de 2013, ratificada mediante la sentencia SU-230 de 2015 y SU-429 de 2016, en la cual se hace un análisis exhaustivo para determinar que en tratándose de la determinación del ingreso base de liquidación para los beneficiarios del régimen de transición por extensión debe tomarse como base o fundamento legal el artículo 21 y 36 de la ley 100 de 1993, en razón de que el legislador al aprobar la normatividad en comento restringió las reglas del IBL, con el fin de evitar la violación de principios que rigen la seguridad social en nuestro país, tales como el de universalidad, solidaridad, eficiencia. Equidad, con el fin de cumplir el mandato de distribución equitativa de los recursos públicos; por lo que para estudiar la reliquidación de la pensión del demandante debe darse

aplicación al artículo 21 de la ley 100 de 1993, es decir con el promedio de lo devengado durante los diez últimos años de cotización.

Señala que en el caso concreto el demandante nació el 20 de julio de 1969 e inicio su vida laboral el 02 de marzo de 1992 por lo que a la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 contaba con 24 años de edad y aproximadamente 2 años y 1 mes de cotización, razón por la cual no acredita ninguno de los requisitos de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por lo que es improcedente que se liquide y pague una pensión conforme a la ley 32 de 1986. Igualmente, indica que si bien la entidad reconoció la prestación en virtud de la normatividad referida en los actos administrativos acusados, también lo es que debe estudiarse la legalidad de los mismos y la adecuada aplicación del régimen jurídico al que pertenece el demandante, por lo tanto, no es dable que se reliquide una mesada pensiona en aplicación de un régimen jurídico del que no forma parte. Igualmente sostiene que respecto de los factores salariales se tuvieron en cuenta el valor de las cotizaciones efectivamente realizadas, y que dichos factores se tuvieron en cuenta pues fueron devengados por el trabajador a título remunerativo, es decir, que hayan sido reportados y certificados por la entidad.

Por último, además de solicitar la declaración oficiosa de cualquier medio exceptivo acreditado durante el decurso procesal, formuló las siguientes: (i) Inexistencia del derecho y la obligación, (ii) improcedencia de los intereses moratorios, (iii) improcedencia de indexación, (iv) cobro de lo no debido, (v) buena fe, (vi) prescripción.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término establecido para el efecto, las partes presentaron sus alegatos de conclusión, así:

4.1. Parte demandante⁴:

La apoderada judicial de la parte actora en el término establecido para el efecto, allego escrito de alegatos de conclusión en el que reiteró que al demandante se le debe aplicar en la reliquidación de la pensión la ley 32 de 1986, con los factores salariales indicados en el decreto 1045 de 1978 y en general todos los factores salariales que habitual y periódicamente haya devengado en el último año de servicios, como lo ha manifestado el consejo de estado en sentencia de 04 de agosto de 2010; por lo que tiene derecho a que se le incluyan todos los factores salariales del último año de servicios comprendido entre el 01 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2013, y que de acuerdo con lo certificado por el pagador del Inpec, corresponden a asignación básica, sobresueldo, prima de riesgo, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, bonificación por servicios prestados.

⁴ Fls. 149-152

Igualmente, resalta que por el principio de favorabilidad se debe liquidar la pensión de jubilación con todos los factores salariales habitual y periódicamente devengados por el actor en el último año de servicios, por encontrarse amparado en el régimen especial para todos los trabajadores que laboraron en el Instituto Penitenciario y Carcelario –Inpec- de acuerdo a la ley 32 de 1986 y el acto legislativo 01 de 2005.

Por último, trae a colación algunos pronunciamientos jurisprudenciales en relación al régimen de liquidación de la pensión para los miembros del cuerpo y custodia de vigilancia penitenciaria y carcelaria del el Instituto Penitenciario y Carcelario –Inpec-.

4.2. Parte demandada⁵:

El mandatario judicial de la entidad accionada, en el término establecido para el efecto, allego escrito de alegatos de conclusión, en el que reiteró que en el presente caso no es posible reliquidar la pensión con los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicios, teniendo en cuenta que a la fecha se encuentra vigente la jurisprudencia de la corte constitucional C-258 de 2013, ratificada mediante la sentencia SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016, en la cual se hace un análisis exhaustivo para determinar que en tratándose de la determinación del ingreso base de liquidación para los beneficiarios del régimen de transición por extensión debe tomarse como base o fundamento legal el artículo 21 y 36 de la ley 100 de 1993, en razón de que el legislador al aprobar la normatividad en comento restringió las reglas del IBL, con el fin de evitar la violación de principios que rigen la seguridad social en nuestro país, tales como el de universalidad, solidaridad, eficiencia. Equidad, con el fin de cumplir el mandato de distribución equitativa de los recursos públicos; por lo que para estudiar la reliquidación de la pensión del demandante debe darse aplicación al artículo 21 de la ley 100 de 1993, es decir con el promedio de lo devengado durante los diez últimos años de cotización. Igualmente señala que lo anteriormente expuesto se encuentra también sustentado en la sentencia SU-395 de 2017, que zanja de manera definitiva las diversas interpretaciones respecto al régimen de transición y las diferentes posturas asumidas por las altas cortes, unificando una interpretación categórica y acorde con el ordenamiento y la constitución, y señalando la obligatoriedad del acatamiento de la postura asumida por la Corte Constitucional; por lo que en razón a tales cuestiones, solicita se denieguen las pretensiones planteadas en el introductorio.

4.3. Ministerio Público:

La representante del Ministerio Público, en el término establecido para el efecto, rindió concepto N° 085 de 003 de septiembre de 2018, en el cual, señala que el fondo de la controversia se orienta a determina si la Resolución GNR 407775 de 15 de diciembre de 2015, por la cual Colpensiones reliquida la pensión de jubilación al señor Héctor Julio

⁵ FIs. 153-159

Chontal Cruz sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados habitual y periódicamente en el último año de servicios; y la Resolución VPB 16978 de 14 de abril de 2016 por la cual se resolvió recurso de apelación confirmando el primer acto, son nulas por violación de las normas constitucionales y legales; y en tal sentido, señala que ha de establecerse si resulta procedente liquidar la pensión de vejez del actor con el 75% de los factores percibidos durante el último año de servicios siempre que ostenten carácter salarial, por tratarse de un ex servidor del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, para lo cual habrá de observarse su fecha de vinculación.

Así, luego de hacer un recuento normativo y jurisprudencial en relación al régimen especial de las pensiones de jubilación de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –Inpec-, tales como el decreto 407 de 1994, la ley 32 de 1986, el decreto 2090 de 2003, y algunos pronunciamientos relevantes del Honorable Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Boyacá; señala que en el caso concreto el demandante al haber fungido como Dragoneante, Código 4114, Grado 11 en carrera administrativa — Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Inpec, desde el 2 de marzo de 1992, es beneficiario del régimen de transición previsto en el Decreto 2090 de 2003 en consonancia con el parágrafo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2005, toda vez que a la entrada en vigencia dichas normas, se encontraba vinculado a dicha entidad en la que permaneció hasta el 30 de diciembre de 2013.

Expone que la entidad demandada liquidó la prestación con el 75% del promedio o salario básico mensual obtenido en el promedio de los últimos años de servicios, dejando de lado la aplicación del artículo del Decreto 1045 de 1978, que debe interpretarse en armonía con la Sentencia de Unificación de fecha 4 de agosto de 2010, por lo que debe declararse la nulidad de los actos acusados por violación de normas constitucionales y legales y desconocimiento de precedentes judiciales del Consejo de Estado y Tribunal Administrativo de Boyacá, y en atención a ello, debe reliquidarse la prestación del actor, con el 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicio, es decir entre el 1º a 30 de diciembre de 2013, incluyendo como factores salariales: Sueldo, 1/12 de la Prima de Riesgo, Subsidio de Alimentación, Auxilio de Transporte, 1/12 de la Bonificación por Servicios, 1/12 de la Prima de Servicio, 1/12 de la Prima de Vacaciones y la Prima de Navidad, y que para garantizar la sostenibilidad del sistema, se debe ordenar el descuento de los factores incluidos para calcular IBL respecto de los cuales no se hubiese efectuado deducción legal, correspondiente a los últimos cinco (5) años laborales del accionante, como lo ha precisado el Tribunal Administrativo de Boyacá en su jurisprudencia.

V. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad las etapas procesales y luego de establecer que no se configuran causales de nulidad que afecten el proceso, se torna

procedente dirimir la litis, profiriendo la decisión que en derecho corresponda.

5.1. PROBLEMA JURÍDICO

El presente asunto se contrae a examinar la legalidad de los actos demandados, en orden a determinar sí como se aduce en la demanda, el señor HECTOR JULIO CHONTAL CRUZ, tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, conforme al régimen pensional especial previsto en la ley 32 de 1986, en razón a ser miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -Inpec-; o si por el contrario, como lo señala la defensa, el demandante no tiene derecho a al reliquidación pretendida.

5.2. MARCO JURÍDICO JURISPRUDENCIAL APLICABLE:

Para efectos metodológicos y con el fin de resolver el problema jurídico propuesto, el Despacho examinará los siguientes puntos en su orden: (i) Del Régimen Pensional de los Empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -Inpec-, Parámetros Normativos y Jurisprudenciales; (ii) Del Ingreso Base de Liquidación del Derecho pensional de los trabajadores del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -Inpec-; (iii) Caso Concreto; veamos:

5.2.1. Del Régimen Pensional de los Empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -Inpec-, Parámetros Normativos y Jurisprudenciales.

La recopilación normativa, constitucional y legal que permite el reconocimiento y la reliquidación pensional del personal de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, es la siguiente⁶:

La **Ley 32 del 3 de febrero 1986**, adoptó el "*Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia*", estableciendo en su artículo 1º las materias que regulan dicha ley, incluyendo el régimen prestacional de dicho personal; y de igual manera, en su artículo 96 se consagró:

"[...] Artículo 96. Pensión de jubilación. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta su edad [...]."

Por su parte, el artículo 114 *ibídem*, dispuso:

"(...) Artículo 114. 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 [...]." (Resaltado del Despacho).

⁶ Marco normativo tomado de la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, de fecha veintisiete (27) de julio de dos mil diecisiete, Consejero Ponente Dr. Hernando Sánchez Sánchez, dentro del proceso con numero de radicado 1001-03-15-000-2017-01476-00 (AC)

A su turno, fue expedido el **Decreto 407 de 20 de febrero de 1994**, "por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario". El artículo 168 de dicho decreto, determinó lo siguiente:

*"(...) ARTICULO 168. PENSION DE JUBILACIÓN. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelario Nacional, **que a la fecha de la vigencia del presente decreto se encuentren prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986. El tiempo de servicio prestado en la fuerza pública se tendrá en cuenta para estos efectos.***

Con relación a los puntos porcentuales de cotización, serán determinados por el Gobierno Nacional.

*PARAGRAFO 1°. **Las personas que ingresen a partir de la vigencia de este decreto, al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelario Nacional, tendrán derecho a una pensión de vejez en los términos que establezca el Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993 para las actividades de alto riesgo.***

PARAGRAFO 2°. El personal Administrativo del Instituto se regirá por las normas establecidas en la Ley 100 de 1993 (...)". (Resaltado del Despacho).

En ese sentido, puede indicarse que el Decreto 407 de 1994, que entró en vigencia el 21 de febrero de 1994, fue expedido en el entendido de que regiría la Ley 100 de 1993, la cual entró en vigencia el 1° de abril de 1994, como se puede observar del parágrafo 1° del artículo 168 del mencionado decreto, que indica claramente que "Las personas que ingresen a partir de la vigencia de este decreto, al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho a una pensión de vejez en los términos que establezca el Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993 para las actividades de alto riesgo".

Así, el **artículo 140 de la Ley 100 de 1993**, estableció:

*" (...) **Actividades de alto riesgo de los servidores públicos.** De conformidad con la Ley 4° de 1992, el **Gobierno Nacional expedirá el régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo**, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos. **Se consideran para este efecto como actividades de alto riesgo para el trabajador aquellas que cumplen algunos sectores tales como el cuerpo de custodia y vigilancia nacional penitenciaria.** Todo sin desconocer derechos adquiridos.*

El Gobierno Nacional establecerá los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador, o del empleador y el trabajador, según cada actividad. (...). (Resaltado del Despacho).

Sin embargo, el Gobierno Nacional solamente hasta el año 2003, estableció el régimen pensional para los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, a través del **Decreto 2090 de julio 26 de 2003⁷**, "por medio del cual se definen las actividades de alto riesgo para

⁷ Decreto 2090 de julio 26 de 2003, el cual entró en vigencia el 28 de julio de 2003, publicado en el Diario Oficial 45262 de dicha fecha.

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", en el que se determinó:

*"(...) **Artículo 2°. Actividades de alto riesgo para la salud del trabajador.** Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:*

(...)

7. En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelario, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Así mismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública.

***Artículo 3°. Pensiones especiales de vejez.** Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.*

***Artículo 4°. Condiciones y requisitos para tener derecho a la pensión especial de vejez.** La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:*

- 1. Haber cumplido 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 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003.*
- La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (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.*

***Artículo 5°. Monto de la cotización especial.** El monto de la cotización especial para las actividades de alto riesgo es el previsto en la Ley 100 de 1993, más diez (10) puntos adicionales a cargo del empleador.*

***Artículo 6°. Régimen de transición.** Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.*

***(...) Artículo 11. Vigencia y derogatorias.** El presente decreto regirá a partir de su publicación y deroga todas las normas que le sean contrarias, en particular, el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, los Decretos 1281, 1835, 1837 y el artículo 5° del Decreto 691 de 1994, el Decreto 1388 y el artículo 117 del Decreto 2150 de 1995 y el Decreto 1548 de 1998. (...) " (Resaltado por el Despacho).*

Por lo anterior, el artículo 168 del Decreto 407 de 1994 aludido en precedencia fue derogado solo hasta el 28 de julio de 2003. Ahora bien, luego de lo anterior, el Congreso de la República mediante el **Acto Legislativo 01 de 2005**, por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política, decidió aclarar la vigencia de los regímenes pensionales para los trabajadores del Instituto Nacional Penitenciario y

Carcelario –INPEC-, en el párrafo transitorio 5º, el cual es del siguiente tenor:

" (...) Parágrafo transitorio 5º. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelario Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes" [...].

En este punto, es importante traer a colación el análisis efectuado por la Honorable Corte Constitucional en sentencia **C-651 de 14 de octubre de 2015** con ponencia de la Dra. María Victoria Calle Correa, mediante la cual se realizó la revisión de exequibilidad del artículo 8 del Decreto 2090 de 2003, y en la cual se analizaron los debates parlamentarios que antecedieron al Acto Legislativo 01 de 2005, sobre el puntual tema contenido en el párrafo 5º transitorio del mencionado acto legislativo.

En efecto, allí se observó:

"[...] En efecto, como pasará a mostrarse a continuación, en las deliberaciones del Congreso se advierte que hubo claridad en torno a tres puntos: (i) primero, desde el comienzo del trámite se aclaró que las reglas sobre pensiones de alto riesgo, contenidas en el Decreto 2090 de 2003, no iban a verse afectadas por la reforma constitucional, ni inmediatamente ni hacia futuro por el Acto Legislativo, bien porque se consideró que formaban parte del sistema general de pensiones, o bien porque eran reglas especiales que se justificaban en el proyecto de reforma; (ii) segundo, cuando se introdujo el texto que hoy corresponde al inciso 11 del artículo 48 de la Constitución se buscaba consciente y justamente precisar que las reglas pensionales de alto riesgo se entendían incorporadas al sistema general de pensiones, y no debían entonces considerarse eliminadas, sino incluidas en el orden constitucional y los regímenes generales; (iii) tercero, que la decisión de contemplar el párrafo transitorio 5º se debió a una pregunta específica, sobre la regulación aplicable a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelario nacional, basada en el presupuesto de que el Decreto 2090 de 2003 no perdería su vigencia por el Acto Legislativo 01 de 2005. Obsérvese lo siguiente:

25.1. En primer lugar, en los debates parlamentarios que precedieron a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 se aclaró desde el comienzo que en la reforma se pretendían eliminar los regímenes pensionales especiales y exceptuados, pero no las reglas sobre pensiones de alto riesgo, por cuanto estas formaban parte en sentido estricto del sistema general de pensiones. Se decía que el sistema general de pensiones estaba conformado por las Leyes 100 de 1993, 797 y 860 de 2003, y por el Decreto ley 2090 de 2003, y por tanto que las previsiones de este último no se alteraban con la reforma.

25.3. En tercer lugar, quizás lo anterior lleva a preguntarse por qué entonces, si era claro que el Acto legislativo no interferiría en la vigencia y validez de las pensiones de alto riesgo, contempladas en el Decreto 2090 de 2003, resultaba necesario contemplar el actual párrafo transitorio 5º del artículo 48 de la Constitución. La respuesta se halla hacia el final del trámite de formación del Acto, ya dentro del tercer debate de la segunda vuelta, en el Senado de la República. En ese momento adquirió fuerza una preocupación parlamentaria que antes se venía discutiendo, ya no en torno a la posible afectación de las pensiones de vejez por actividades de alto riesgo, pues había claridad acerca de que no las impactaba la reforma, sino en torno de una situación puntual de los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelario nacional, pues al parecer había un vacío regulatorio en el tiempo en relación

con este personal, que el Congreso consideró necesario colmar.⁸ Esa intervención concluyó con una constancia.⁹ Pero en una sesión de Comisión posterior, dentro del mismo tercer debate de la segunda vuelta, se convirtió la constancia en una proposición aditiva, suscrita por miembros de distintos partidos.¹⁰

El texto finalmente aprobado en Comisión Primera del Senado, fue en su sentido el que en definitiva quedó en el Acto Legislativo/ Pero lo que queda claro es entonces que el origen del párrafo transitorio 5º del artículo 48 de la Constitución fue la preocupación por colmar una aparente deficiencia regulatoria en relación con un grupo de personas debidamente delimitado, y no la necesidad de delimitar el ámbito personal o material de validez del Decreto 2090 de 2003, pues el presupuesto común a los debates en que se incorporó la proposición aditiva fue que este Decreto, y en general las pensiones de alto riesgo, tendrían una vigencia no interferida por el Acto Legislativo en trámite. [...]"

Así las cosas, de conformidad con lo anteriormente expuesto, para el despacho es claro que el artículo 140 de la Ley 100 de 1993, ordenó al Gobierno Nacional la expedición de un régimen para los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, particularmente, indicando a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacional

⁸ En la sesión de la Comisión Primera del Senado, ocurrida el 31 de mayo del año 2005, el Senador Andrés González dijo al respecto lo siguiente: "En tercer lugar, señor Presidente, vienen los temas sectoriales, son dos concretamente, uno planteado aquí por los guardianes del cuerpo de custodia y vigilancia del /mea durante las audiencias públicas, su situación es muy concreta, en el año 86 hubo una ley que dijo que tendrían un régimen especial para pensionarse con cualquier edad. Al principio de la década de los noventa se creó el Inpec, se adoptó el Código Penitenciario y este Congreso le dio facultades al gobierno para que expidiera un sistema especial en materia de pensiones. Ese decreto extraordinario se expidió incluso con posterioridad a la Ley 100, precisamente para que tuviese un régimen especial. Incluso la misma Ley 100 y me correspondió en ese momento hablar con el Ministro de la época Juan Luis Londoño para que se accediera en ese aspecto. La Ley 100 en términos concretos y precisos dice que los funcionarios del cuerpo de custodia y vigilancia serán del Estatus de las funciones de alto riesgo. Al mismo tiempo para otros funcionarios de alto riesgo el Estado vino estableciendo las normas especiales, no lo hizo así con los guardianes del Inpec, sino hasta el año 2003. De manera que hoy la pregunta o el tema o la duda que pudiera haber surgido, es cuál era el régimen aplicable de 2003 para atrás, pues de 2003 para atrás, el legislador dijo: son de alto riesgo, número 1. Número 2. Nunca se reglamentó el tema, luego conclusión seguía rigiendo el régimen que les pertenecía que fue expresamente señalado en un decreto del año de 1994. Esta tesis fue llevada a la consideración del señor Ministro de la Seguridad Social, el Ministro de Hacienda, el gobierno ha hecho una interpretación... Ha anunciado que coincide grosso modo con esta apreciación, sería precisar la aplicación de las normas en el pasado, hacia a delante se aplica totalmente el régimen nuevo que establece la ley o el Legislador para las funciones de alto riesgo, yo presento en esta constancia un artículo concreto sobre ese particular, pero que de darse como se ha anunciado por parte del Gobierno una definición en este tema, pues lo retiraría porque perdería su fundamento, pero dejó constancia de que el tema ha sido tratado en los dos Ministerios y hay una salida sobre el particular." Gaceta 535 de 2005.

⁹ La constancia obró como propuesta de pliego de modificaciones. Decía en lo pertinente: "Párrafo transitorio segundo: Los Miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, Penitenciaria y Carcelaria Nacional (INPEC), que se encuentren vinculados antes del 25 de julio de 2003, se pensionarán conforme a las reglas establecidas en el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, esto es, según lo dispuesto en la Ley 32 de 1986. Quienes perteneciendo a dicho cuerpo se hubiesen vinculado a partir del 25 de julio de 2003, se pensionarán conforme a las reglas establecidas o las que se establezcan para las actividades de alto riesgo." Gaceta 535 de 2005.

¹⁰ En el Acta de la sesión de Comisión del 1º de junio puede entonces observarse lo siguiente: "La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Senador Ciro Ramírez Pinzón: A ver, quiero presentar esta proposición, está firmada por casi la mayoría de compañeros, son párrafos transitorios que dice: Proposición número 183. Adiciónese el siguiente párrafo transitorio: Párrafo transitorio. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelario nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. Con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de su labor, esto es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes. Firmado honorables Senadores Andrés González, Luis Elmer Arenas, Carlos H. Andrade, Hernán Andrade, Ciro Ramírez, Carlos Gaviria, Antonio Navarro, Claudia Blum, Carlos Holguín, Juan Fernando Cristo, Darío Martínez, Germán Vargas, Mauricio Pimiento, Luis Humberto Gómez Gallo, José Renán Trujillo García." Gaceta 533 de 2005. Luego, el Senador Andrés González la explicó del siguiente modo: "Señor Presidente, voy a tratar de explicar brevemente el sentido de esta propuesta y el contexto de la misma que son los siguientes: En el año, a principios de los años 90, este Congreso adoptó todo un régimen especial para el cuerpo de custodia y vigilancia de prisiones, y lo adoptó en el entendido de la grave crisis carcelario que se presentaba en ese momento. En ese sentido se creó un Instituto especial, se creó el Inpec que no existía, se le dieron facultades al Congreso para que expidiera un régimen prestacional especial, y al mismo tiempo en la Ley 100, en la Ley 100 específicamente se dijo que los miembros de custodia y vigilancia desempeñaban actividades de alto riesgo, fue el único grupo de trabajadores respecto de los cuales específicamente la Ley 100 dijo cumplen actividades de alto riesgo y su régimen será regulado por el Gobierno Nacional. Dos meses después de estar rigiendo la Ley 100, dos o tres meses después se expide un decreto ley, de facultades extraordinarias, decretó que establece claramente, expresamente que quienes estuvieran en ese momento en el Inpec tendrían un régimen especial que era el de la Ley 32 de 1986, y así mismo que esas personas de alto riesgo tendrían el régimen que estableciera el Gobierno Nacional. El Gobierno Nacional nunca estableció ese régimen sino hasta el año 2003, a partir del cual como personas vinculadas a una actividad de alto riesgo, tendrían un sistema que se regirían por unas semanas especiales de cotización, quiere decir esto que en este caso el Estado cotiza más para que tengan ese régimen especial, y ese régimen ya está funcionando hoy desde el 2003, sin dificultad, incluso se presentaron algunas dudas, y el Gobierno Nacional intervino y ya están resueltas en esa materia en cuanto a las cotizaciones especiales. No obstante, han surgido una sene de interpretaciones jurídicas que han llegado hasta los Tribunales y los Tribunales y el Consejo de Estado han venido fallando condenando reiteradamente a la Nación, diciendo que uno, que son actividades de alto riesgo, dos, que tenían un régimen especial establecido a través de un decreto ley del año 94, tuve la oportunidad como Ministro de firmar esa disposición, tengo la plena conciencia de información de a qué obedecía. Y por ese decreto ley posterior a la Ley 100 que creó una situación jurídica muy precisa y muy clara hay unos derechos adquiridos, derechos adquiridos, ¿por qué? Por una consideración elemental, pocos funcionarios como los guardianes de prisiones tienen las jornadas, a que ellos están sometidos y segundo tienen que vivir en las cárceles durante una serie de tiempo que le supone que haya un tratamiento especial. Por eso desde esa época este Congreso tanto en la Ley 100, como en el decreto ley posterior fijó un régimen especial. Lo que se pide con esta norma, no es nada hacia el futuro, no es ningún régimen especial hacia delante, es simplemente que haya una claridad de interpretación, por eso es una norma transitoria de 2003, hacia atrás. Que se diga ¿qué? Pues que se aplica en los derechos que siempre tuvieron y que han tenido, que han reconocido los jueces y que están claramente en un decreto ley, esa es la pretensión que se reconozca esa situación jurídica del 2003 hacia atrás. Yo debo honrar la verdad en el tratamiento de este tema, al señalar que por parte del Gobierno Nacional se ha dispuesto y se ha señalado, y se ha considerado por el señor Ministro, podrá explicar aquí en esta materia, que existiría una vía paralela, alterna de solución a este tema, a través de un decreto del Gobierno Nacional. Uno podría pensar que con ese decreto, simplemente se resuelve este tema y queda aclarado, no obstante muchos colegas con razón me han dicho, pero si mañana ese decreto cambia, si cambia la situación no habrá alguna duda jurídica sobre ese particular, por eso debo exponer la situación con todos sus pormenores, yo he presentado en conjunto con muchos otros Senadores el tema en el sentido de que esta es una situación jurídica clara, un derecho adquirido clarísimo, indiscutible, judicialmente reconocido, que no se está modificando nada hacia, no se pretende un régimen especial hacia el futuro, ya este Acto Legislativo dice que habrá actividades de alto riesgo que se rijan conforme a la ley. De manera que yo lo dejo a consideración de esta Comisión, en el sentido de que es un acto de plena justicia, y de absoluta y clara juridicidad." Gaceta 533 de 2005.

Penitenciaria, lo cual fue concretado con la expedición del Decreto 2090 de 2003.

Sin embargo, **el régimen de aplicación, es decir, el contenido en la Ley 32 de 1986, debe ser definido para los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria que ingresaron antes del 28 de julio de 2003**, luego, este sentido de la norma excluye la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para determinar si son o no beneficiarios del régimen de transición y, **en consecuencia, para las personas que ingresaron al servicio antes del Decreto 2090 de 2003 deberá ser aplicado el régimen contenido en la Ley 32 de 1986**, por razón de los riesgos de su labor, equilibrando así el sentido del Decreto 2090 que regiría para este tipo de trabajadores, con los que laboraron antes de dicha norma, en las mismas condiciones y tienen la expectativa de pensionarse. Así lo ha entendido el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá por ejemplo en providencias de 24 de abril de 2018 dentro del proceso N° 15001333300920160001801, y de 14 de agosto de 2018 dentro del proceso con radicado N° 15001333301120160012301.

De lo expuesto hasta el momento, desde ya habrá de precisarse que en el presente caso el aquí demandante, señor Héctor Julio Chontal Cruz, quien se desempeñó en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, como Dragoneante de la institución, **es beneficiario del régimen de transición previsto en el Decreto 2090 de 2003 en consonancia con el parágrafo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2005**, toda vez que a la entrada en vigencia del referido decreto (28 de julio de 2003), se encontraba vinculado a la mencionada entidad, pues de conformidad con certificado de información laboral obrante a folio 43 del expediente, su ingreso a la institución fue el 02 de marzo de 1992, y además, dicha transición es aceptada por la entidad demandada en los actos administrativos acusados.

5.2.2. Del Ingreso Base de Liquidación del Derecho pensional de los trabajadores del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -Inpec-:

Sobre este particular, lo primeo que ha de señalarse es que la **Ley 32 de 1986** no contempló los factores a tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, razón por la cual, conforme a lo previsto en su artículo 114, es procedente la remisión respecto de los aspectos no regulados a las normas vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, la norma vigente para los empleados del orden nacional, a que hacen referencia los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, es la Ley 33 de 1985; sin embargo, esta norma no resulta aplicable a los servidores cobijados por un régimen especial, como en este caso los servidores del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC-, acorde a la exclusión que al respecto establece el artículo 1º

inciso segundo de la misma Ley 33¹¹, siendo necesario acudir al **Decreto 1045 de 1978**.

En el presente asunto, es aplicable en su integridad el régimen especial de pensión establecido por la ley para los trabajadores del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-, y por tanto, la liquidación de su prestación debe tener en cuenta el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de lo devengado en el último año de servicios como lo estableció la **Ley 4° de 1966**, aplicando para ello los factores salariales contemplados en el régimen general indicados en el artículo 45 del **Decreto 1045 de 1978**, que establece:

"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 tuvieran 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; m) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968".

Sobre este aspecto, resulta pertinente hacer referencia a la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010, en tanto a partir de dicha providencia se fijó un nuevo criterio jurisprudencial en cuanto a los factores salariales que se deben incluir en la liquidación de la pensión de jubilación, precisando que la pensión de jubilación debe incluir el 75% del promedio de todo lo devengado en el último año de servicios, siempre que los mismos tengan carácter salarial.

En efecto, precisó el H. Consejo de Estado en la citada providencia que: *"(...) En consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que **constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando (...).**Sobre el particular es pertinente aclarar,*

¹¹ "ARTÍCULO 10.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones."

*que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación - , esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. (...). En consecuencia, el actor tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación incluyendo como factores salariales la asignación básica; alimentación; bonificación semestral; bonificación por servicios; diferencia de horario; dominicales y festivos; horas extras; inc. (Sic) Antigüedad; prima de productividad; prima de navidad; prima de vacaciones, tal como lo ordenó el A quo (...)*¹² (Resaltado por el despacho).

Adicionalmente, en la decisión de unificación mencionada se dejó expuesto que la entidad que reconoce la pensión, queda habilitada para realizar las deducciones y/o descuentos que corresponda, sobre aquellos factores respecto de los cuales no se hubiera hecho cotización para pensión.

Ahora bien, en este punto es necesario traer a colación que en un caso de similares contornos al que ocupa la atención del despacho, el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, sala de decisión N° 4, mediante providencia de 14 de agosto de 2018, con ponencia del Dr. José Ascensión Fernández Osorio, dentro del proceso con radicado N° 15001333301120160012301¹³, señaló que si bien, recientemente se acogió la posición de la Corte Constitucional contenida en las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-395 de 2017 a propósito de la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, de contera, se concluyó que el IBL prestacional en esos eventos no corresponde al del régimen anterior; lo cierto es que en casos como el presente, es decir, cuando se trata de la reliquidación pensional de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – Inpec-, la corporación fue enfática en señalar que se da aplicación a la tesis del Consejo de Estado contenida en la aludida sentencia de 4 de agosto de 2010, en razón a que, en virtud de lo dispuesto en el Acto Legislativo No. 01 de 2005, los servidores del INPEC vinculados antes del 28 de julio de 2003 son beneficiarios de la Ley 32 de 1986 no en virtud del régimen de transición allí creado sino por remisión directa; concluyendo que no se contraviene la postura adoptada por dicha Corporación con fundamento en el precedente de la Corte Constitucional, sino que simplemente, por no discutirse los elementos del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se consideró que la jurisprudencia aplicable continúa siendo del Consejo de Estado en estos asuntos particularmente; criterio que en esta oportunidad acoge este estrado judicial en cumplimiento del precedente vertical.

5.2.3. Caso Concreto:

Como se adujo en precedencia, el presente asunto se contrae a examinar la legalidad de los actos demandados, en orden a determinar sí como se

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de unificación. 4 de agosto de 2010, Exp. 25000- 23-25-000-2006-7509-01(01 12-09). MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILLA. Acción de nulidad y restablecimiento.

¹³ Criterio igualmente establecido en sentencia de 24 de abril de 2018, Tribunal Administrativo de Boyacá, sala de decisión N° 4, con ponencia del Dr. José Ascensión Fernández Osorio, dentro del proceso con radicado N° 15001333300920160001801.

aduce en la demanda, el señor HECTOR JULIO CHONTAL CRUZ, tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, conforme al régimen pensional previsto en la ley 32 de 1986, en razón a ser miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –Inpec-; o si por el contrario, como lo señala la defensa, el demandante no tiene derecho a al reliquidación pretendida.

Dentro del plenario se encuentra acreditado que el demandante nació el 20 de julio de 1969, conforme copia de cédula de ciudadanía obrante a folio 16 de las diligencias, y en el Cd-Room contentivo de los antecedentes administrativos obrante a folio 107ª del expediente.

De otro lado, según Certificado de Información Laboral visible a folio 43 del plenario, se tiene probado que el accionante prestó sus servicios como Dragoneante, en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia de Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, desde el 02 de marzo de 1992, hasta el 30 de diciembre de 2013, efectuando cotizaciones inicialmente a la Caja Nacional de Previsión entre el 2 de marzo de 1992 a 31 de julio de 2009, luego al Instituto de Seguro Social del 01 de agosto de 2009 a 30 de septiembre de 2012 y finalmente a Colpensiones del 01 de octubre de 2012 a 30 de diciembre de 2013¹⁴.

A través de la Resolución N° 003140 de 18 de octubre de 2013, vista a folio 61 de las diligencias, le fue aceptada al demandante la renuncia al cargo de Dragoneante Código 4114 Grado 11 del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Cúmbita, por parte del Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, a partir del 30 de diciembre de 2013, por lo que el último año de servicios fue el comprendido entre el 1º de diciembre de 2013 al 30 de diciembre de la misma anualidad.

Por su parte, mediante Resolución N° GNR 235495 de 18 de septiembre de 2013 (Fls. 26-28 y Cd-Room Fl. 107ª), suscrita por la Gerente Nacional de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, la entidad le reconoció la pensión de jubilación al accionante, al adquirir el status el 1º de mayo de 2012, para lo cual liquidó la prestación con un ingreso base de \$1.451.294 al cual se le aplicó un 75% arrojando un valor de \$1.088.471, efectiva a partir del 1º de octubre de 2013.

Posterior a lo anterior, mediante escrito radicado el 05 de septiembre de 2014 (Fls. 30-32 y Cd-Room Fl. 107ª), el accionante solicitó a la entidad la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta todo lo devengado en el último año de servicios, frente a lo cual, la administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, expidió la Resolución N° GNR 407775 de 15 de diciembre de 2015, suscrita por el Gerente Nacional de Reconocimiento (e) de la entidad, mediante la cual se ordena la reliquidación de una

¹⁴ Registrándose un periodo de interrupción comprendido entre el 22 de noviembre de 2011 y el 21 de diciembre del mismo año.

pensión, en la cual se reconoce el régimen especial aplicable a los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Penitenciario y Carcelario, sin embargo, se liquida el derecho pensional con el 75% del promedio de lo devengado durante los diez (10) últimos años de servicio, teniendo en cuenta los factores consagrados en el Decreto 1154 de 1994, estableciendo un valor de \$1.182.990. (Fls. 17-20 y Cd-Room Fl. 107^a),

Ante tal cuestión, el accionante interpuso recurso de apelación con fecha de radicado de 18 de enero de 2016 (Fls. 33-42 y Cd-Room Fl. 107^a), el cual fue resuelto a través de la Resolución N° VPB 16978 de 14 de abril de 2016 (Fls. 21-24 y Cd-Room Fl. 107^a), suscrita por el Vicepresidente de Beneficios y Prestaciones de la administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, en la cual, se confirma la Resolución N° GNR 407775 de 15 de diciembre de 2015, reiterándose que en virtud de las Circulares Internas adoptadas por la entidad N° 01 de 01 de octubre de 2012, N° 4 del 26 de julio de 2013, N° 6 del 18 de diciembre de 2013, y N° 16 de 2015, la prestación se estudiaba conforme a las reglas para la aplicación en el tiempo del Ingreso Base de liquidación contenidas en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y con los factores contemplados en el Decreto 1158 de 1994, es decir, el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años y no durante el último año; por lo que se determinó que el IBL del accionante era la suma de \$1.476.800, para un monto pensional de \$1.249.649, valor éste que conforme lo indicó la entidad, resultaba menor al valor de la mesada devengada por el peticionario hasta dicho momento, por lo que se negó la solicitud de reliquidación pensional elevada en tal sentido.

Ahora bien, como se indicó al momento de establecer el marco jurídico y jurisprudencial aplicable, lo determinante para identificar si el servidor del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –Inpec- está cobijado por la Ley 32 de 1986 o por el Decreto 2090 de 2003, es su fecha de vinculación a la entidad, esto es, antes o después del 28 de julio de 2013.

En este punto, sea del caso reiterar que a ese régimen no se llega en virtud del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sino gracias a lo preceptuado en el parágrafo transitorio 5° del Acto Legislativo No. 01 de 2005, razón por la cual no es necesario verificar la edad o el tiempo de servicios acumulado al 1° de abril de 1994, tal como lo ha señalado el honorable Tribunal Administrativo de Boyacá en la precitada providencia de providencia de 14 de agosto de 2018, con ponencia del Dr. José Ascensión Fernández Osorio, dentro del proceso con radicado N° 15001333301120160012301¹⁵.

Así, en el presente asunto se encuentra acreditado que el demandante, señor Héctor Julio Chontal Cruz, se vinculó al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –Inpec- el 02 de marzo de 1992 (Fl. 43), por lo que claramente se colige que es beneficiario del régimen de transición previsto en el Decreto 2090 de 2003 en consonancia con el parágrafo

¹⁵ Criterio igualmente establecido en sentencia de 24 de abril de 2018, Tribunal Administrativo de Boyacá, sala de decisión N° 4, con ponencia del Dr. José Ascensión Fernández Osorio, dentro del proceso con radicado N° 15001333300920160001801.

transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2005, razón por la cual el régimen aplicable es el contemplado en la Ley 32 de 1986; por lo que en atención a tal contexto normativo, tenía derecho a que su pensión fuese reliquidada con base en el promedio de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, comprendido entre el 1º de diciembre de 2013 al 30 de diciembre de 2013.

No obstante lo anterior, el Despacho encuentra que la administración, al liquidar el derecho pensional con el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años laborados, desconoció el derecho del demandante a obtener la reliquidación de su pensión de conformidad con el régimen aplicable, es decir, el contemplado en la Ley 32 de 1986, donde como pudo verse se contempla la inclusión de todos los factores salariales devengados durante su último año de labor y que por lo mismo le resulta más favorable, toda vez que durante dicho lapso devengó los valores más elevados durante su trayectoria laboral.

Ahora, conforme a la certificación de valores pagados vista a folio 138 del expediente así como las certificaciones que reposan en el Cd-Room contentivo del expediente administrativo obrante a folio 107ª, se tiene que en el último año de servicios efectivamente prestados, comprendido entre el 1º de diciembre de 2013 al 30 de diciembre de 2013 (Fl. 61), el accionante percibió los siguientes conceptos: (i) Sueldo, (ii) Sobresueldo, (iii) Prima de Riesgo, (iv) Subsidio Familiar, (v) Bonificación por Servicios¹⁶, (vi) Prima de Servicios¹⁷, (vii) Prima de vacaciones¹⁸, (viii) Prima de navidad¹⁹, (ix) Auxilio de Alimentación, (x) Auxilio de transporte, (xi) Bonificación por Recreación²⁰, (xii) Prima de seguridad.²¹

En este punto, se resalta que la liquidación de la prestación, corresponde al 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios, teniendo en cuenta todos los factores constitutivos de salario, esto es, los devengados habitual y periódicamente como retribución del servicio, tomando como referencia –no de forma taxativa-, los factores enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978²².

Así las cosas, se tiene que el demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de los siguientes factores devengados en el último año de servicios, como lo son: la asignación básica, sobresueldo, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de transporte, auxilio de alimentación; los cuales se acompasan con el contenido del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 literales a, e, f, g, h y k, como normatividad aplicable a efectos de establecer los factores a incluir en la liquidación de pensión de los miembros del Instituto Nacional Penitenciaria y Carcelario –Inpec-.

¹⁶ En el mes de abril de 2013.

¹⁷ En el mes de junio y diciembre de 2013.

¹⁸ En el mes de junio y diciembre de 2013.

¹⁹ En el mes de diciembre de 2013.

²⁰ En el mes de junio y diciembre de 2013.

²¹ En el mes de diciembre de 2013.

²² De conformidad con lo expuesto en la sentencia de unificación dictada por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010 citada en precedencia.

Ahora bien, en lo que respecta a la **prima de riesgo**, ha de señalarse que aun cuando no se encuentra prevista en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, igualmente es procedente su inclusión en el ingreso base de liquidación para efectos de la reliquidación pensional pretendida, en atención a las siguientes consideraciones:

El Decreto 446 de 1994, "Por el cual se establece el régimen prestacional de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC", consagra la referida prima de riesgo en los siguientes términos: "(...) Artículo 11. Prima de riesgo. Los Directores y Subdirectores del establecimiento carcelario y el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelario 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".

De conformidad con la anterior disposición, sería del caso proceder con la negación de la inclusión de dicha prima de riesgo en la reliquidación del derecho pensional del accionante. Empero, ha de advertirse por parte de este estrado judicial que el órgano vértice de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha indicado que dicha prima debe ser incluida en la liquidación pensional de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Inpec. En efecto, el Honorable Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en providencia de 07 de mayo de 2015²³, dentro del proceso con número de radicado 11001-03-15-000-2015-00729-00, señaló:

"(...) Así las cosas, y con el fin de unificar criterios en torno a la naturaleza de la prima de riesgo, concluye la Sala, teniendo en cuenta lo expresado en precedencia, dicha prestación sí goza de una naturaleza salarial intrínseca lo que permite que, en casos similares al presente, sea tenida en cuenta como factor salarial para efectos de establecer el ingreso base de cotización y liquidación de la prestación pensional. (...).

Se debe precisar Que si bien en la aludida providencia se hizo referencia a la prima de riesgo percibida por los funcionarios de DAS, las consideraciones que allí se consignaron respecto de esa prestación y su carácter salarial también son aplicables a los funcionarios del INPEC, pues unos y otros desempeñan actividades riesgosas, y finalmente, la naturaleza de la prestación en uno y otro caso es la misma.

En ese orden de ideas, el hecho de que una disposición, como la contenida en el artículo 4 Decreto 2646 de 1994 para los funcionarios de DAS15, o la prevista en el artículo 11 del Decreto 446 de 1994 para los servidores del INPEC; le niegue el carácter salarial a la prima de riesgo, no es óbice para tenerla en cuenta en la base de liquidación pensional en aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

En efecto, advierte la Sala que al interior del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por la señora López Peñafiel contra la extinta CAJANAL, se acreditó que durante el último año de servicios, la primera percibió mensualmente la prima de riesgo⁶. Es decir que se trató de una prestación que recibió de manera habitual como remuneración y que por tanto constituye factor

²³ Criterio reiterado en providencia de dos (2) de marzo de dos mil dieciséis (2016), Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, Consejera Ponente Dra. María Claudia Rojas Lasso, radicación número: 1 1001-03-15-000-2015-03263-00 (AC).

salarial para efectos de la liquidación de su pensión, tal como lo ha considerado esta Corporación (...)" (Resaltado y Subrayado por el Despacho).

Tal criterio, igualmente ha sido adoptado por el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, corporación que en providencia de 10 de mayo de 2017, M.P. Dr. Oscar Alfonso Granados Naranjo, radicación N° 15001333301120150023801, indicó sobre el particular:

"De acuerdo con la sentencia antes vista la posición adoptada por el Consejo de Estado en el sentido de indicar que la prima de riesgo contemplada en el artículo 11 del Decreto 446 de 1994, constituye factor salarial para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación de los empleados del INPEC, indica la línea jurisprudencial adoptada por el Órgano cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sobre la materia, razón por la cual es precedente de obligatoria aplicación

Teniendo en cuenta lo anterior y en aplicación del precedente jurisprudencial fijado por el Consejo de Estado en la sentencia de 7 de mayo de 2015, la sala concluye que la prime de riesgo constituye factor salarial a efectos de liquidar la pensión de jubilación de los servidores del INPEC, en el evento en que la hayan percibido en el último año de prestación de servicios".

Así las cosas, atendiendo a los parámetros jurisprudenciales precitados, el despacho concluye que la prima de riesgo contemplada en el artículo 11 del Decreto 446 de 1994, constituye factor salarial para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación de los empleados del INPEC, factor que en el caso bajo estudio, fue devengado por el actor durante su último año de prestación de servicios de manera mensual (Fl. 138), razón por la cual, debe ser incluida en la reliquidación de la pensión, como en efecto se ordenará.

De otro lado, en lo que tiene que ver con los factores relativos a subsidio familiar, bonificación por recreación y prima de seguridad, los cuales si bien no fueron reclamados en el libelo introductorio²⁴, aparecen acreditados en el plenario en las certificaciones aludidas en precedencia, dirá el despacho que los mismos no se encuentran llamados a ser incluidos en la reliquidación pensional bajo estudio, por las siguientes razones:

En primer lugar, en lo que refiere a la Bonificación por recreación, baste con señalar que la misma no es procedente tenerla en cuenta en el Ingreso base de Liquidación, pues no se encuentra enlistada en los factores salariales establecidos en el Decreto 1045 de 1978, además de que se trata de una prestación social por cuanto con ella no se remunera directamente el servicio, tal como lo determino el Consejo de Estado en la sentencia de unificación proferida el 04 de agosto de 2010, radicado N° 0112-2009, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Por otro lado, en lo que respecta al subsidio familiar, es pertinente traer a colación lo decantado por el Tribunal Administrativo en providencia de 14 de agosto de 2018, con ponencia del Dr. José Ascensión Fernández

²⁴ Toda vez que en la demanda se pretende la reliquidación pensional teniendo como parte del IBL específicamente la asignación básica, sobresueldo, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de riesgo y bonificación por servicios, tal como se desprende de lo visto a folio 4-5 del plenario.

Osorio, dentro del proceso con radicado N° 15001333301120160012301, corporación que teniendo en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre tal asunto, señaló:

*"Dicho emolumento se encuentra contemplado en el artículo 15 del Decreto 446 de 1994, en los siguientes términos: **"Artículo 15. Subsidio Familiar.** De conformidad con las normas legales vigentes que regulan el pago del subsidio familiar, los miembros del Cuerpo de Custodio y Vigilancia Penitenciaria y Carcelario Nacional, tendrán derecho, a partir del 1° 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. La anterior prestación se establece sin perjuicio del subsidio familiar a que tienen derecho los funcionarios de acuerdo con las normas vigentes". (Negrita de Sala).*

En virtud del precepto normativo, se dirá que el mismo no puede ser tenido en cuenta como factor salarial a efectos de liquidar la pensión del demandante, siguiendo igualmente la regla jurisprudencia) fijada por el Consejo de Estado en sentencia de 7 de noviembre de 2013, en la que se indicó:

"(...) - El subsidio Familiar del 7%.

*Dispone el artículo 15 del decreto 446 de 1994:
(...)*

*Para la Sala, contrario a lo concluido por el Tribunal, **el subsidio familiar adicional del 7% no puede ser considerado factor salarial para liquidar la pensión del accionante, no sólo porque así lo dispone el artículo transliterado, sino porque el mismo no responde a una contraprestación directa del servicio, pues, como lo ha dicho la misma Corte Constitucional²⁵, la naturaleza del subsidio familiar responde a una prestación propia del régimen de seguridad social y a un mecanismo de redistribución del ingreso.** Sumado que la Ley 2121 de 1982, que aplica tanto para el sector público como para el privado, en su artículo 2° dispuso que "[e]l subsidio familiar no es salario, ni se computará como factor del mismo en ningún caso.". Por ello la decisión del a quo será variada en este aspecto, para excluir de los factores a tener en cuenta el subsidio familiar del 7% (...)" (Destacado por la Sala).*

En ese orden de ideas, y contrario a lo indicado por la a quo, no es procedente la inclusión del subsidio de unidad familiar en la reliquidación de la pensión de vejez tal como lo solicitó el actor, pues el mismo no constituye factor salarial, sino que su naturaleza de acuerdo al análisis efectuado por la Corte Constitucional' corresponde a una prestación propia del régimen de seguridad social y a un mecanismo de redistribución del ingreso."

En ese orden de ideas, de conformidad con el criterio de autoridad esbozado, se tiene que no es procedente la inclusión del subsidio de unidad familiar en la reliquidación de la pensión del actor.

²⁵ Sentencia C-508 de 1997, MP Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. En cuanto a la naturaleza del subsidio familiar en esta providencia señala la Corte: "En líneas generales, del anterior panorama de desarrollo histórico puede concluirse que el subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento. (...) Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social. Y desde el punto de vista de la prestación misma del servicio, este es una función pública, servida por el Estado a través de organismos intermediarios manejados por empresarios y trabajadores. Desde esta perspectiva, en su debida prestación se considera comprometido el interés general de la sociedad, por los fines de equidad que persigue." (Resalta la Sala)."

Por su parte, en lo que refiere a la prima de seguridad, la misma fue percibida por el actor en el mes de diciembre de 2013, es decir, no periódicamente, y de acuerdo con el artículo 24 del Decreto N° 199 de 2014, no constituye factor salarial para ningún efecto legal, por lo que no procede su inclusión en la reliquidación pensional, tal como lo ha señalado igualmente el honorable Tribunal Administrativo en providencia de 14 de agosto de 2018, con ponencia del Dr. José Ascensión Fernández Osorio, dentro del proceso con radicado N° 15001333301120160012301.

Entonces, retomando la línea expositiva que se viene perfilando, y concluyendo la argumentación jurídica de este estrado judicial frente al análisis precedente, se tiene que la administración, al liquidar el derecho pensional con el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años laborados, desconoció el derecho del demandante a obtener la reliquidación de su pensión de conformidad con el régimen aplicable, es decir, el contemplado en la Ley 32 de 1986, donde como pudo verse se contempla la inclusión de todos los factores salariales devengados durante su último año de labor y que por lo mismo le resulta más favorable, toda vez que durante dicho lapso devengó los valores más elevados durante su trayectoria laboral.

Bajo este contexto, se declarará la nulidad de los actos demandados, básicamente porque desconocen las normas y criterios jurisprudenciales en que debían fundarse, por lo que a su vez, los medios exceptivos de mérito propuestos por la defensa, han de entenderse desatados negativamente, pues todos ellos se orientaron a respaldar la presunción de legalidad de los actos demandados, que como pudo verse, fue desvirtuada durante el decurso procesal, bajo los argumentos expuestos en precedencia.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones, que proceda a reliquidar la pensión de jubilación del demandante, señor Héctor Julio Chontal Cruz, teniendo en cuenta el 75% de los siguientes factores salariales devengados en el último año de servicios, comprendido entre el entre el 1º de diciembre de 2013 al 30 de diciembre de 2013, a saber: (i) asignación básica, (ii) sobresueldo, (iii) Prima de Riesgo, (iv) Bonificación por Servicios, (v) Prima de Servicios, (vi) Prima de vacaciones, (vii) Prima de navidad, (viii) Auxilio de Alimentación, y (ix) Auxilio de transporte.

Así mismo, se ordenará el reconocimiento y pago de las diferencias que resulten entre las mesadas efectivamente devengadas por el demandante y aquellas que debían cancelarse conforme a la reliquidación que se ordena en esta oportunidad, junto con la indexación de que trata el artículo 187 del C.P.A.C.A., debiendo dar cumplimiento a la sentencia de conformidad con lo previsto en los artículos 192, 194 y 105 ibídem.

Entre tanto, como se dijo al examinar el marco jurídico aplicable, el hecho de que no se hayan efectuado aportes sobre los factores salariales cuya

inclusión se ordena, no obsta para la entidad, una vez haya reliquidado la pensión, proceda a descontarlos, razón por la cual, así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia

Entonces, en caso de que por concepto de los factores cuya inclusión se ordena, no se hayan efectuado los descuentos respectivos para aportes pensionales, la entidad podrá descontarlos del valor resultante de la condena, durante los últimos 5 años de la vida laboral del demandante, por prescripción extintiva, como lo ha señalado el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, entre otras, en sentencia del 19 de febrero de 2016, con ponencia de la Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Exp. 2014-096-01, reiterada en providencia de fecha 25 de enero de 2017, proferida con ponencia del Dr. Oscar Alfonso Granados Naranjo, dentro del proceso radicado con el N° 150013333007201400095-01.

Por otra parte, conforme al principio de sostenibilidad financiera y bajo un análisis razonable frente a la condena impuesta, se considera procedente ordenar que dichos valores, es decir, los descuentos ordenados con ocasión de los aportes no sufragados, sean actualizados para garantizar el valor real de los mismos por el paso del tiempo, tal como lo indicó el Honorable Consejo de Estado en sentencia proferida el 9 de abril de 2014, con ponencia del Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, bajo el radicado 2500023250002010-0014-01 (1849-2013), donde se establecieron los parámetros que habrán de tenerse en cuenta para el efecto.

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la Administradora Colombiana de Pensiones puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el estatuto tributario según el artículo 54 de la ley 383 de 1997 en concordancia con el artículo 57 de la ley 100 de 1993.

En cuanto al demandante -entonces empleado- en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar el valor de la condena, atendiendo a la condición de mayor adulto y la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social.

5.2.4. Prescripción.

Establecido el derecho reliquidatorio pensional que le asiste al demandante, se torna procedente abordar el estudio de la excepción de prescripción propuesta por la defensa, para lo cual ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

Los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, establecen que los derechos laborales prescriben tres años después que se hacen exigibles, agregando que el simple reclamo escrito del trabajador sobre un derecho debidamente determinado, ante la autoridad competente, interrumpe el término, pero sólo por un lapso igual.

Significa lo anterior, que en principio, los beneficiarios de un derecho tienen la posibilidad de interrumpir el término prescriptivo en sede administrativa por una sola vez. Posteriormente, el plazo empieza a contarse nuevamente y los interesados tan sólo cuentan con la alternativa de acudir ante la jurisdicción para lograr la interrupción definitiva; de lo contrario, es decir, de no incoar la acción respectiva, los derechos continúan extinguiéndose con el paso del tiempo.

Con todo, según lo señalado en artículo 3º del Decreto 1716 de 2009, este término se entiende suspendido durante el trámite conciliatorio prejudicial, específicamente desde el momento en que se presenta la solicitud respectiva, hasta que se logre acuerdo entre las partes, se expida la certificación sobre la imposibilidad de conciliar o se venza el termino de tres meses contados a partir de la petición conciliatoria, lo que ocurra primero.

De otro lado, ha de recordarse que la pensión de jubilación en si misma considerada, es una prestación imprescriptible, por lo que su reconocimiento puede ser solicitado en cualquier tiempo; sin embargo, no ocurre lo mismo con las mesadas pensionales que por el contrario se subsumen dentro del régimen prescriptivo establecido para los derechos laborales.

Pues bien, en el presente caso se advierte que frente a los valores reclamados en esta oportunidad, el demandante interrumpió la prescripción con la solicitud de reliquidación de fecha 05 de septiembre de 2014 (Fl. 30). Ahora bien, entre esta petición y la presentación de la demanda que tuvo lugar el 03 de octubre de 2017 (Fl. 71) no trascurrieron más de tres años, atendiendo a la suspensión que tuvo lugar entre el 28 de marzo de 2017 y el 3 de mayo de 2017 con ocasión de la conciliación prejudicial (Fl. 68-69). Por consiguiente, fuerza concluir que el demandante tiene derecho al reconocimiento íntegro de las diferencias pensionales generadas con ocasión de la reliquidación con todo lo devengado en el último año de servicios ordenada en esta oportunidad, por lo que la misma tendrá efectos fiscales a partir de la efectividad del derecho, es decir, a partir del 01 de enero de 2014, día siguiente al retiro del servicio, debiendo declararse no probada la excepción de prescripción sobre este particular.

5.2.5. Costas

Como en el presente caso se accede totalmente a las pretensiones de la demanda, el Despacho, atendiendo a lo establecido en el artículo 365 del C.G.P. aplicable por remisión expresa dispuesta en el artículo 188 del C.P.A.C.A., condenará en costas a la parte vencida, cuya liquidación deberá elaborarse por Secretaría, en los términos previstos en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Para efectos de lo anterior, atendiendo a la naturaleza del asunto y a la gestión adelantada por el apoderado de la parte demandante, el Despacho

en virtud de lo establecido en los artículos 2, 4 y 5 del Acuerdo PSAA16 - 10554 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, fijará como agencias en derecho el 5% del valor de las pretensiones dado que se trata de un proceso de mínima cuantía asimilable por analogía a los procesos de única instancia para efectos de las tarifas establecidas en dicha normativa.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: DECLARANSE NO PROBADAS las excepciones formuladas por la defensa, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad parcial de la Resolución N° GNR 407775 de 15 de diciembre de 2015, por medio de la cual, el Gerente Nacional de Reconocimiento de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- reliquida la pensión de jubilación del interesado, pero sin tener en cuenta en la liquidación todos los factores salariales devengados habitual y periódicamente en el último año de servicios; conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No. VPB 16978 de 14 de abril de 2016, por medio de la cual, el Vicepresidente de Beneficios y Prestaciones de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el interesado contra el precitado acto administrativo confirmándolo en todas sus partes; conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído

CUARTO: ORDÉNASE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, que a título de restablecimiento del derecho, reliquide la pensión reconocida al demandante señor Héctor Julio Chontal Cruz, tomando en cuenta para efectos de determinar el ingreso base de liquidación, el 75% de los siguientes factores salariales devengados en el último año de servicios, comprendido entre el entre el 1º de diciembre de 2013 al 30 de diciembre de 2013, a saber: (i) asignación básica, (ii) sobresueldo, (iii) Prima de Riesgo, (iv) Bonificación por Servicios, (v) Prima de Servicios, (vi) Prima de vacaciones, (vii) Prima de navidad, (viii) Auxilio de Alimentación, y (ix) Auxilio de transporte.

QUINTO: ORDÉNASE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, que igualmente, a título de restablecimiento del derecho, reconozca y pague al demandante las diferencias que resulten entre las mesadas efectivamente percibidas y aquellas que debían cancelarse conforme a la reliquidación ordenada en

esta providencia, con efectos fiscales a partir de la efectividad del reconocimiento pensional, esto es, desde el 1º de enero de 2014, por no haber operado la prescripción frente a los valores causados.

SEXTO: Las sumas que resulten de la condena deberán reajustarse en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., utilizando la siguiente fórmula de actualización:

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

Para despejar esta fórmula se tendrá en cuenta 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 debió hacer el pago respectivo. Además, por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada mesada pensional.

SÉPTIMO: En caso de que por concepto de los factores cuya inclusión se ordena, no se hayan efectuado los descuentos respectivos para aportes pensionales, la entidad podrá descontarlos del valor resultante de la condena, durante los últimos 5 años de la vida laboral del demandante, por prescripción extintiva.

Estas deducciones deberán ser objeto de actualización, tomando en cuenta los criterios fijados para el efecto por el H. Consejo de Estado en sentencia proferida el 9 de abril de 2014, con ponencia del Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, bajo el radicado 2500023250002010-0014-01 (1849-2013), donde se establecieron los parámetros que habrán de tenerse en cuenta para el efecto.

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el estatuto tributario según el artículo 54 de la ley 383 de 1997 en concordancia con el artículo 57 de la ley 100 de 1993,

En cuanto al demandante -entonces empleado- en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar el valor de la condena, atendiendo a la condición de mayor adulto y la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social.

OCTAVO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, que cumpla el fallo, en los términos previstos en los artículos 192, 194 y 195 del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, so pena de la causación de los intereses respectivos.

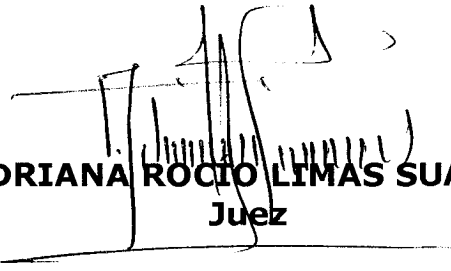
NOVENO: Condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, al pago de las costas procesales, cuya liquidación deberá efectuarse en los términos previstos en el artículo 366 y siguientes del Código General del Proceso.

DÉCIMO: Como agencias en derecho, se fija el 5% del valor de las pretensiones.

DÉCIMO PRIMERO: En firme esta providencia, por Secretaría adelántense las gestiones pertinentes para el archivo del proceso, dejando las constancias y anotaciones de rigor. Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso quedaren remanentes a favor del consignante, desde ahora se ordena la devolución correspondiente.

DÉCIMO SEGUNDO.- Cumplido el término establecido en el artículo 298 del C.P.A.C.A. sin que se haya acreditado el cumplimiento de esta providencia, por Secretaría requiérase a la entidad demandada para que proceda de conformidad con lo ordenado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ADRIANA ROCIO LIMAS SUÁREZ
Juez

ARLS/Mr