



Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja

Tunja, diecinueve (19) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicación: **150013333010-2019-00132-00**
Demandante: **ÁLVARO EDUARDO GONZÁLEZ CABALLERO**
Demandado: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**
Medio de control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Procede el Juzgado a emitir sentencia anticipada de primera instancia dentro del radicado de la referencia, previos los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. La demanda (fls. 1-22)

1.1. Hechos relevantes

El demandante ingresó a laborar en el INPEC en la carrera penitenciaria como Dragoneante, y posteriormente Distinguido, desde el 24 de octubre de 1996 hasta el 01 de diciembre de 2017 (más de 21 años), sus aportes destinados a pensión se hicieron en el régimen de prima media con prestación definida, y el último año de prestación de servicio, laboró como Distinguido código 412 grado 12, adscrito al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Cómbita (Boyacá).

Mediante resolución N° SUB 22091 del 25 de enero de 2018 le fue reconocida pensión de jubilación con base en el 75% del salario básico y sobresueldo, devengados los últimos 10 años de labores, sin tener en cuenta los emolumentos percibidos con ocasión de la actividad laboral como: bonificación por servicios prestados, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, prima de riesgo, bonificación de recreación y subsidio de 7% unidad familiar, los cuales devengaba habitual y periódicamente.

Se interpusieron los recursos administrativos, y se expidieron los actos administrativos SUB 309074 del 27 de noviembre de 2018 y DPE 988 de 21 de marzo de 2019, que reliquidaron parcialmente la pensión, tomando como base de liquidación el 75% del promedio devengado en los últimos 10 años, teniendo en cuenta únicamente el sueldo básico y sobresueldo.

Cuenta que adquirió el estatus de pensionado el 23 de octubre de 2016, la cual fue efectiva a partir del 01 de diciembre de 2017, fecha de retiro de la institución, y que se omitió incluir como IBL el promedio salarial devengado en el último año de prestación de servicios, entre el 01 de diciembre de 2016 al 01 de diciembre de 2017.

La Resolución N° SUB 22091 del 25 de enero de 2018 se reconoció la pensión de jubilación con un total de 1128 semanas cotizadas sin que se incrementara el porcentaje adicional al 75% respectivamente.

1.2. Las pretensiones

Con fundamento en los anteriores hechos, solicitaron:

PRIMERA: Que se Declare la Nulidad parcial de la Resolución No. SUB 22091 del 25 de enero de 2018 en cuanto a su monto pensional y no en cuanto a Derecho; y la Nulidad Total de las Resoluciones SUB 309074 del 27 de noviembre de 2018 y DPE 988 del 21 de marzo de 2019, expedidas por COLPENSIONES, al omitir la inclusión de emolumentos percibidos en razón de la actividad laboral de mi representado, factores económicos y prestacionales devengados por el demandante en su condición de Servidor (a) Público (a) del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO (INPEC). Todos estos Actos Administrativos demandados fueron expedidos con desviación de Poder, Falsa Motivación, Expedición Irregular del Acto y son violatorios de la Constitución Nacional y las Leyes de la República al omitirse la inclusión de Factores Salariales y Prestacionales al momento de reconocerse y reliquidar la pensión de Jubilación como Derecho que emana de la Relación Laboral.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la Nulidad de los Actos Administrativos acusados se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a restablecer mediante otro Acto Administrativo, un mejor Derecho en el reconocimiento y reajuste de la pensión de jubilación a favor de mi poderdante, debiéndose reconocer la Inclusión de los Emolumentos Salariales de que trata la Ley 6 de 1945, ley 4 de 1966, el Art. 45 del Decreto 1045 de 1.978, Decreto 1302 de 1.978, como lo son: sueldo básico, sobresueldo, bonificación por servicios prestados, auxilio de alimentación, auxilio transporte, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, prima de riesgo, bonificación de recreación y subsidio de unidad familiar; y los demás haberes ya reconocidos, actualizados según el último año de servicios, tal como lo consagran entre otras disposiciones la Ley 6 de 1945, ley 4 de 1966, el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, sentencia 25000234200020130154101 Sección Segunda del Consejo de Estado, dada la condición de Servidor (a) Público (a) que ostentaba y por ende el reconocimiento económico que resulte en favor del Demandante con su indexación respectiva desde la fecha en que se debía declarar el Derecho hasta en la que efectivamente se realice el pago real y efectivo del cumplimiento de la Sentencia que así lo disponga.

TERCERA: Se condene a COLPENSIONES a título de indemnización o Restablecimiento del Derecho a pagar a mi poderdante los emolumentos, factores salariales y prestacionales que se omitieron en la liquidación del reconocimiento pensional tales como: sueldo básico, sobresueldo, bonificación por servicios prestados, auxilio de alimentación, auxilio transporte, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, prima de riesgo, bonificación de recreación y subsidio de unidad familiar, los cuales hicieron parte accesoría del salario devengado en promedio durante el último año de labores, es decir, desde el 01 de diciembre de 2016 al 01 de diciembre de 2017, con sus aumentos o reajustes anuales que haya dispuesto el Gobierno Nacional a dicha entidad demandada, como remuneración para el cargo de Distinguido código 4112 grado 12, adscrito al Establecimiento penitenciario y carcelario de alta y mediana seguridad de Combita (Boyacá), y no como se liquidó con el promedio del salario básico y el sobresueldo de los últimos diez (10) años de labores.

CUARTA: Se ordene en la Sentencia a la entidad demandada el ajuste de valor de todas las condenas dinerarias que se impongan a cargo de la Accionada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES) tomando como base el índice de precios al consumidor IPC certificado por el DANE desde el pasado 01 de diciembre de 2017, fecha en la cual se procedió el retiro de la institución y se configuró el Derecho Pensional, hasta la fecha en que efectivamente se produzca el pago de las condenas por los factores aquí demandados y demás emolumentos y prestaciones sociales derivadas de la relación laboral.

QUINTA: Ordénese la actualización, reajuste e indexación de la mesada pensional a valor presente, efectiva a partir del 01 de diciembre de 2017 cuando se procedió al retiro institucional, debiéndose reconocer el pago económico del retroactivo correspondiente a los haberes económicos dejados de reconocer y percibir con sus intereses corrientes y moratorios hasta la fecha en que se cumpla la sentencia judicial que así lo disponga, ajustando los valores en los términos del artículo 187 del CPACA dando aplicación a la siguiente formula:

*R= Rh X INDICE FINAL
INDICE INICIAL*

Donde el valor presente ®, se obtiene multiplicando el valor historio (R.H) que es la suma adeudada al demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor I.P.C certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, entre el I.P.C vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad o prestación y así sucesivamente.

SEXTA: Que se ordene a la entidad demandada darle cumplimiento a la sentencia dentro del término previsto en el artículo 187, 188, 192 de la ley 1437 de 2011.

SEPTIMA: Se condene a la entidad demandada en costas, gastos y agencias en derecho que se causen en el presente proceso según la tarifa profesional del estatuto de la abogacía.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

Invocó como fundamentos constitucionales y legales, vulnerados los artículos 1, 2, 3, 5, 6, 13, 25, 29, 53, y 209 de la Constitución Política de Colombia; Ley 4 de 1966, Ley 57 y 153 de 1887, Decreto Ley 1045/78, Art. 45, Decreto 407/94, Art. 2,3 Decreto 1302/78, Ley 32/86. Ley 100/93. Art. 11, 36, 272, 273,288, Decreto Reglamentario 813/94 Inciso 1, y 2 Art. 3, Decreto 446/94, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, Ley 50 de 1990 art. 14, Código Sustantivo del Trabajo Arts. 21 y 127, Ley 1848 de 1969 art. 21, Ley 6ª de 1945, Decreto 0113 de 1998.

Considera que al omitirse en la liquidación de la pensión todos los emolumentos percibidos con ocasión del salario a que se tiene derecho se desconocieron las normas señaladas de la Constitución Política, así como que legalmente tiene derecho a una pensión de jubilación regida por un régimen específico para el caso del INPEC, con el cual deben tenerse en cuenta todos los factores salariales devengados y certificados.

Señala que Colpensiones al determinar la cuantía de la pensión, violó el principio de la aplicación de la ley del artículo 5 de la ley 57 de 1887, y el principio de la aplicación de la norma más favorable al trabajador, consagrado en la ley 6 de 1945, artículo 21 del CST, así como el derecho a la igualdad contemplado en el artículo 13 de la CP por cuanto se han reconocido pensiones con régimen específico, donde se tiene en cuenta todos los factores salariales que devengaba el accionante al momento de acreditar el retiro.

Indica que el artículo 96 de la ley 32 de 1986 creó un régimen especial para el cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC, favorable a los empleados que hayan trabajado durante 20 años en forma continua o discontinua, sin tener en cuenta su edad, y se liquida con el 75% al momento de liquidarse la pensión de jubilación.

Cita la sentencia del Consejo de Estado Sección Segunda A, fallo del 12 de mayo de 2014, proceso 2008-239, que confirma sentencia del Tribunal Administrativo del Meta del 28 de septiembre de 2010, que ordena la pensión con el 75% del promedio devengado en el último año de servicios, entre otras.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones. (fls.97-118)

Se opuso a las pretensiones formuladas, debido a que no se encuentran estructurados los presupuestos fácticos ni legales para la prosperidad de la reliquidación de la pensión.

Considera que al demandante se le reconoció pensión especial de vejez bajo la normatividad de la ley 32 de 1986, artículo 96, norma que es aplicable en virtud del párrafo transitorio 5 del acto legislativo 01 de 2005. No obstante, la ley 32 de 1986 nada contempló sobre el IBL que debía tenerse en cuenta al momento de liquidar la pensión, pero sí lo hizo la ley 100 de 1993, y que si bien el régimen de transición del artículo 36, solo protegió la expectativa legítima del afiliado de pensionarse de acuerdo a la edad, tiempo de servicio y monto (tasa de reemplazo), del régimen al cual venían afiliados al momento de la entrada en vigencia de esta ley (1 de abril de 1994), se aplica en materia del IBL lo normado en el artículo 21 de la ley 100 de 1993.

Considera que el reconocimiento pensional y la posterior reliquidación de la prestación se efectuó en atención a los factores salariales que fueron reportados y cancelados por el INPEC a la entidad, que se desprenden de la certificación CLEBP 3B y que se encuentran consagrados en el Decreto 1158 de 1994, por lo que no es procedente que se reliquide la prestación teniendo en cuenta los factores salariales del decreto 1045 de 1978, por encontrarse vigente la jurisprudencia de la Corte Constitucional C-258 de 2013, ratificada con SU 230-de 2015, SU 427 de 2016 y SU 395 de 2017, en las que se determinó que el IBL para los beneficiarios del régimen de transición,

debe tomarse con fundamento en los artículos 21 y 36 de la ley 100 de 1993 y que en reciente sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 el Consejo de Estado, expediente 52001-23-33-000-2012-00143-01, acogió el criterio señalado en precedencia, determinando como subregla que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición, son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al sistema de pensiones.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó como “inexistencia del derecho y la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, improcedencia de los intereses moratorios y de la indexación, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, y prescripción, así como la innominada y genérica.”

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. Parte demandante. (fls. 180-204)

Reiteró los argumentos y fundamentación aportada con el escrito de demanda, solicitando se acceda a las pretensiones.

Con respecto a la SU del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, expediente 52001-23-33-000-2012-00143-01, indica que la misma no es aplicable a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC, dado que la ley 33 de 1985 y el artículo 36 de la ley 100 de 1993, no son aplicables por estar exceptuados por mandato de la misma ley 33 del 1985, artículo 1, inciso 2.

En igual sentido, señaló que la ley 909 de 2004, en el artículo 4°, determinó que el INPEC es un régimen específico de carrera penitenciaria, precisamente por la especificidad de su labor de alto riesgo, en consonancia con el decreto 2090 de 2003.

3.2. COLPENSIONES. (Fls. 206-209)

Reiteró los argumentos de la contestación de la demanda.

3.3. Ministerio Público, no presentó concepto.

IV. TRÁMITE

La demanda fue radicada el 15 de julio de 2019 (fl. 80); el 03 de septiembre de 2019 se dispuso su admisión (fl. 82); el 26 de noviembre de 2019, se notificó personalmente la demanda (fl. 94-95). El traslado de la demanda se surtió entre el 26/11/2019 y 05/03/2020 (fl. 96), oportunidad dentro de la cual la entidad demandada dio contestación.

Obra informe secretarial de suspensión de términos entre el 16 de marzo y el 30 de junio de 2020 (fl. 146); luego por secretaría se surtió el traslado de las excepciones (fl. 151), mediante auto de 3 de septiembre se procedió resolver las excepciones previas (fls. 160-164), con auto de 30 de octubre de 2020, se requirió a Colpensiones para que allegara el expediente administrativo (fls.167-168), a través de providencia de 20 de noviembre de 2020 se incorporaron las pruebas aportadas por las partes, se declaró cerrado el periodo probatorio, y se corrió traslado a los sujetos procesales para la presentación de alegatos de conclusión. (fls. 175-177)

Como se indicó en el proveído del 20 de noviembre del año anterior, teniendo en cuenta que las pruebas deprecadas por ambas partes tienen el carácter de documentales, el sub examine se enmarca en el supuesto fijado en el numeral 1 del artículo 13 del Decreto 806 de 2020, para efectos de dictar sentencia anticipada, el cual ahora es recogido en el artículo 182 A del CPACA, introducido por la Ley 2080 de 2021, en los siguientes términos:

Artículo 42. Adiciónese a la Ley 1437 de 2011 el artículo 182A, el cual será del siguiente tenor:

Artículo 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial:
 - a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho;
 - b) Cuando no haya que practicar pruebas;
- (...)

Como quiera que se encuentran satisfechos los anteriores presupuestos, procede el despacho de conformidad, previas las siguientes,

V. CONSIDERACIONES

5.1. Problema Jurídico

Corresponde en este proceso, determinar la procedencia de la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida al señor ALVARO EDUARDO GONZÁLEZ CABALLERO, equivalente al 75% del promedio de lo devengado durante el último año de prestación del servicio, es decir desde el 01 de diciembre de 2016 al 01 de diciembre de 2017, incluyendo todos los factores salariales devengados, incluyendo el sueldo básico, sobresueldo, bonificación por servicios prestados, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, prima de riesgo, bonificación de recreación y subsidio de unidad familiar.

Igualmente, deberá establecerse si como consecuencia de dicha reliquidación, la entidad demandada debe reconocer y pagar a favor del demandante el valor de las mesadas pensionales y adicionales que se causen por la reliquidación de pensión de jubilación y sus respectivos reajustes, desde el momento en el que adquirió su estatus como pensionado hasta la fecha de cumplimiento de la sentencia.

5.2. Normatividad aplicable al caso concreto.

5.2.1. Régimen Pensional de los Empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –Inpec-.

Mediante la Ley 32 del 3 de febrero 1986, se adoptó el "Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia", estableciendo en su artículo 1º, entre otras, el régimen prestacional que ampara a este personal; y de igual manera, en su artículo 96, se estableció que *“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”*.

El artículo 114 de la citada ley, estableció que:

“(...) 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 (...)”

Con posterioridad se expidió 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 cual entró en vigencia el 21 de febrero de 1994. El artículo 168 de dicho decreto, prescribió 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).

A su vez, 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. (...).

En el año 2003, se estableció el régimen pensional para los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, a través del Decreto 2090 de julio 26 de 2003, "por medio del cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades", 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. (...)

Conforme a lo anterior, se evidencia que el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, fue derogado hasta el 28 de julio de 2003. Con posterioridad mediante el Acto Legislativo 01 de 2005, a través del cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, se aclaró la vigencia de los regímenes pensionales para los trabajadores del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-, en el párrafo transitorio 5°, el cual es del siguiente tenor:

*“(…) Parágrafo transitorio 5°. 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**” (...).* (negrilla del despacho)

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

Esta 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 de la expedición del Decreto 2090 de 2003, debe 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.

Ahora bien, en cuanto al IBL para la liquidación de esta prestación, tal como lo ha referenciado el Consejo de Estado¹, el régimen especial en materia pensional aplicable a los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria, no contempló el porcentaje y los factores a tener en cuenta para su liquidación. Por ende, se deberá atender a la remisión de los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, que señalan que en los aspectos no previstos en ellas, se aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales.

Para los factores de salario a tener en cuenta para liquidar la pensión, se debe considerar lo preceptuado por el Decreto Ley 1045 de 1978, toda vez que la Ley 33 de 1985, no aplica a los servidores cobijados por un régimen especial, dada la exclusión que en forma expresa se realiza en su artículo 1°, inciso segundo, en los siguientes términos: *“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.”*

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:

El artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, 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 tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;*

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda - Sub Sección “A”. CP. Luis Rafael Vergara Quintero. Mayo 12 de 2014. Radicación 5001-23-31-000-2008-00239-01(0889-13).

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

Señaló el 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, 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 (...)

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 análogo al que no ocupa, el Tribunal Administrativo de Boyacá², hizo alusión a 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, en las cuales se concluyó que el IBL prestacional en esos eventos no corresponde al del régimen anterior.

Sin embargo, sostuvo 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

² Sala de decisión N° 4, MP. José Ascensión Fernández Osorio, radicado N° 15001333301120160012301, 14 de agosto de 2018.

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 la del Consejo de Estado en estos asuntos particularmente, criterio que acoge el despacho en esta oportunidad.

Ahora bien, en lo relativo a la **prima de riesgo** devengada por el personal de custodia y vigilancia del INPEC, en reciente pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Boyacá³, al analizar el caso en concreto señaló que “esta no puede ser incluida en el ingreso base de liquidación, toda vez que la Sección Segunda del Consejo de Estado ha realizado un análisis jurídico frente a su naturaleza y ha variado su postura. Si bien en la sentencia de unificación del 1 de agosto de 2013⁴ estableció que sí tenía carácter salarial, posteriormente, en la sentencia proferida el 25 de abril de 2019, al resolver un recurso extraordinario de revisión, explicó lo siguiente:

*"(...)2. Como se observa, de los factores de salario enlistados en la norma precitada, **no se encuentra la prima de riesgo como prestación computable para liquidar la pensión**. Así las cosas, el señor José Hende Rincón no tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación con inclusión de la aludida prestación en consideración a que, **tal reconocimiento desborda la voluntad del legislador**, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base, de suerte que, **al no aparecer enlistado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, el mismo se encuentra excluido de la base para la liquidación de la pensión**, aunado al hecho que la pluricitada prestación no tiene el carácter de factor salarial por mandato de lo estatuido en el artículo 11 del Decreto 446 de 1994. (...)*

*(...) es al Legislador a quien le compete fijar lo que constituye o no salario, de suerte que, al instituir la prima de riesgo como una prestación en favor de los servidores del INPEC, reconoce la exposición a la que se encuentran sometidos en razón de la actividad que desarrollan, observando que también define el alcance concreto de los beneficios que en un momento dado contribuyen al mejoramiento económico de los servidores del Instituto Nacional Carcelario y Penitenciario, que para el caso de **la prima de riesgo la instituyó sin carácter salarial**.*

*48. Por consiguiente, el llamado a decidir si la prestación a la que alude el artículo 11 del Decreto 446 de 1994 debe o no ser de naturaleza salarial es quien otorga positivamente el derecho, **se trata de una materia reservada a la libre configuración normativa del Legislador**, pues ello gira en torno de la legitimidad de la conducta del Estado que, con fondos del erario, concede una prerrogativa prestacional que pretende compensar económicamente la exposición en la que se hayan los servidores del INPEC en razón de la actividad que ejecutan.*

(...)

*74. Con fundamento en lo antes señalado, concluye la Sala que **la prima de riesgo al no figurar como factor liquidable para la pensión de acuerdo al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978** aunado al hecho de carecer del carácter de factor salarial, no resulta computable para la reliquidación pensional pretendida por el señor José Ariosto Hende Rincón (...)⁵ (Negrilla y Subrayado del texto)*

Entonces, el Consejo de Estado frente a este emolumento fijó una postura que propugna por el respeto a la voluntad del legislador que mediante el artículo 45 del decreto 1045 de 1978 y el artículo 11 del Decreto 446 de 1994, señaló que la prima de riesgo no es factor de liquidación de la pensión.”

Como ha quedado expuesto el régimen jurídico aplicable, se procederá a relacionar las pruebas más relevantes, para luego proceder al análisis del caso en concreto.

5.3. Relación de las pruebas relevantes

En este acápite se relacionan las pruebas aportadas, decretadas y recaudadas relevantes en el trámite del proceso.

1. Resolución número radicado N° 2017-9622800 SUB 22091 de 25 de enero de 2018, por medio de la cual se resolvió una solicitud de pensión de vejez especial por alto riesgo, en la cual se calculó el IBL en aplicación del artículo 21 de la ley 100 de 1993, es decir, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, con los factores salariales

³ Sala de decisión N° 3, MP. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, trece (13) de febrero de 2020, radicación 15001-33-33-013-2018-00126-01.

⁴ C.E., Sec. Segunda, Sentencia de unificación 2008-00150 (0070-11), ago. 1º/2013, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

⁵ C.E., Sec. Segunda, Sentencia de Revisión 2076-00759 (3482-16), abr. 25/2019, 11/1.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

- establecidos en los artículos 18 y 19 de la ley 100 de 1993 y artículo 1º del decreto 1158 de 3 de junio de 1994, con un IBL equivalente a \$1.952.804, y una mesada pensional de \$1.464.603 (a 31 de diciembre de 2017) y de \$1.524.505 (para el 2018), ingreso en la nómina del periodo 201802, con fecha de estatus pensional de 29 de abril de 2017 (fls. 27-32, y archivo 17 del expediente administrativo)
2. Resolución número radicado N° 2018-15794523 DPE 988 21 de marzo de 2019, por la cual se resuelve un recurso de apelación, y su trámite de notificación. Se decidió confirmar la resolución recurrida SUB 309074 de 27 de noviembre de 2018. (fls. 33-39 y archivo 21 del expediente administrativo)
 3. Resolución SUB 309074 de 27 de noviembre de 2018, por medio de la cual se resuelve un trámite de prestaciones económicas en el régimen de prima media con prestación definida, y reliquida a favor del accionante la pensión de vejez especial por actividades de alto riesgo. Se procedió a negar la solicitud de reliquidación de pensión de vejez en aplicación al promedio de lo devengado en último año. Con un IBL de \$1.954.178, y una mesada pensional de \$1.465.634, fecha de estatus de 23 de febrero de 2017, y fecha de reconocimiento 31 de diciembre de 2017, y tasa de reemplazo de 75%, y mesada para el 2018 de \$1.525.578, por lo que se reliquida con ese último valor por ser superior al reconocido. (fls. 40-53 y archivo 19 del expediente administrativo)
 4. Certificado de información laboral, en la que se evidencia que estuvo vinculado desde el 24 de octubre de 1996, hasta el 30 de noviembre de 2017, en el INPEC. (fls. 54-56)
 5. Certificación de salarios mes a mes desde enero del año 1996, hasta noviembre de 2017 (fls. 57-65)
 6. Certificación de valores pagados desde 1994 hasta el 2017, en el que se evidencia que en el último año de prestación del servicio devengó: prima de riesgo, subsidio unidad familiar, bono de recreación, prim. Vig. Instruct., y prim. Seg. (fls. 65-73)
 7. Resolución N° 004018 de 31 de octubre de 2017, por la cual se acepta una renuncia en la planta de personal del INPEC. (fl. 74)
 8. Certificación de la subdirección de Talento Humano del INPEC. (fl. 75-77)
 9. Reporte de semanas cotizadas en pensiones, expedido por Colpensiones. (fls. 119-131)
 10. Liquidación de la resolución SUB 22091 de 25 de enero de 2018. (archivo 29 del expediente administrativo)
 11. Liquidación de la resolución SUB 309074 de 27 de noviembre de 2018. (archivo 30 del expediente administrativo)
 12. Copia cedula de ciudadanía del accionante, en la que se evidencia que nació el 13 de octubre de 1975. (archivo 44 expediente administrativo)

5.4. Caso en concreto

Se encuentra probado en el expediente que el señor ALVARO EDUARDO GONZÁLEZ CABALLERO, laboró en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, desde el 24 de octubre de 1996 hasta el 30 de noviembre de 2017, y se desempeñó en los cargos de dragoneante y distinguido, razón por la cual mediante resolución SUB 22091 de 25 de enero de 2018, se resolvió una solicitud de pensión de vejez especial por alto riesgo, en la cual se calculó el IBL del promedio de los salarios cotizados durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, cuya cuantía de la mesada fue establecida en la suma de \$1.464.603 (a 31 de diciembre de 2017) y para el año 2018, por la suma de \$1.524.505, la cual fue reliquidada mediante resolución SUB 309074 de 27 de noviembre de 2018, en \$1.465.634 para diciembre de 2017, y \$1.525.578 para el 2018.

De conformidad con el tránsito legislativo expuesto previamente, se observa que a aquellas personas vinculadas con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003 (28 de julio de 2003), les es aplicable el régimen anterior, es decir, la ley 32 de 1986, por razón de los riesgos de su labor, con lo cual se evidencia que el señor ALVARO EDUARDO GONZÁLEZ CABALLERO, es beneficiario del régimen de transición previsto en el citado decreto, toda vez que para la fecha de entrada en vigencia, se encontraba vinculado en el INPEC.

Para resolver el sub examine debe señalarse que una vez examinado el contenido de las resoluciones demandadas, la motivación no corresponde al régimen al que pertenece el demandante, pues como ya se indicó, el señor GONZÁLEZ CABALLERO es beneficiario de un régimen de transición especial y diferente al contenido en la ley 100 de 1993, lo que permite concluir que Colpensiones aplicó una normatividad que no corresponde.

En consecuencia de lo anterior, puede decirse que la normativa que regula la situación pensional del demandante para efectos de establecer la cuantía de la prestación reconocida por la entidad accionada, se encuentra en el marco del decreto 1045 de 1978, lo cual ha sido objeto de discusión como quiera que el extremo pasivo ha sostenido que el actor es beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y, en consecuencia, le es aplicable su decreto reglamentario 1158 de 1994.

En efecto, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, establece:

"Artículo 45.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario: a) La asignación básica mensual; b) Los gastos de representación y la prima técnica; c) Los dominicales y feriados; d) Las horas extras; e) Los auxilios de alimentación y transporte; f) La prima de navidad; g) La bonificación por servicios prestados; h) La prima de servicios; i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio; j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978; k) La prima de vacaciones; l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; 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".

Ahora bien, es importante traer a colación el criterio del Consejo de Estado en cuanto a la taxatividad de los factores salariales a tener en cuenta, puesto que hasta el año 2010 aplicó el criterio de la taxatividad, luego lo varió hasta agosto de 2018 a una aplicación meramente enunciativa, para finalmente acoger nuevamente la tesis del criterio taxativo, que es la que actualmente se encuentra vigente.

Al respecto y en torno al asunto que nos contrae, es del caso tener presente que el Tribunal Administrativo de Boyacá, en sentencia del 26 de febrero de 2020⁶, asumió el criterio de taxatividad, como al respecto se advierte en la siguiente cita textual:

"En ese orden de ideas, en cuanto a la reliquidación pretendida por el demandante, tal y como se explicó en líneas que anteceden, es aplicable en su integridad el régimen especial de pensión establecido por la ley para los trabajadores del INPEC y por tanto, la liquidación de su prestación debe ser con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios como lo estableció la Ley 4a de 1966, aplicando para ello los factores salariales contemplados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978."

De acuerdo con lo anterior, Colpensiones debe reliquidar la pensión de vejez del demandante, teniendo en cuenta el 75% del promedio de los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios -30 de noviembre de 2016 a 30 de noviembre de 2017-, aplicando para ello los factores enlistados en el artículo 45 del decreto 1045 de 1978.

Ahora bien, en cuanto a la solicitud de la prima de riesgo como factor para el IBL, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial citado en el acápite de normatividad aplicable, no debe ser tomada en cuenta para establecer el monto de la pensión, al igual que otros factores que devengó el actor en dicho periodo como subsidio unidad familiar, bonificación por recreación, prima seguro

⁶ Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Decisión No. 5. Sentencia del 26 de febrero de 2020. M.P. Dr. Oscar Alfonso Granados Naranjo. Rad: 15238-33-33-001-2017-00194-01.

y prima vigilancia instructor, toda vez que no se encuentran enlistados en el artículo 45 del decreto 1045 de 1978.

Frente a la improcedencia de incluir factores como los señalados, en el IBL pensional de los servidores del cuerpo de custodia del INPEC, se refirió el Tribunal Administrativo de Boyacá en la sentencia antes citada de 26 de febrero de 2020, aduciendo que no se encuentran enlistados en el artículo 45 del decreto 1045 de 1978, y que carecen de carácter de factor salarial, tal y como lo ha expuesto el Consejo de estado, al argüir lo siguiente:

En cuanto a la inclusión en el IBL pensional de la bonificación por recreación, considera la Sala que no es procedente la inclusión de dicho factor, pues además de que no se encuentran enlistado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, el mismo no tiene la connotación salarial, sino que su finalidad es estimular las actividades de descanso y esparcimiento del trabajador.

Ahora bien en cuanto tiene que ver con el subsidio de unidad de familiar, el mismo se encuentra contemplado en el artículo 15 del Decreto 446 de 1994: "Artículo 15. Subsidio Familiar. De conformidad con las normas legales vigentes que regulan el pago del subsidio familiar, los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho, a partir del 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".

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala no incluirá en la liquidación de la pensión del demandante el subsidio familiar por cuanto de acuerdo con la norma en cita, éste no constituye factor salarial, sino que su naturaleza corresponde a una prestación propia del régimen de seguridad social y a un mecanismo de redistribución del ingreso.

Corolario de lo expuesto, le asiste razón a la parte actora frente al derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, esto es, con antelación al 30 de noviembre de 2017, fecha de retiro efectivo del servicio, y en consecuencia, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Establecido el monto de la prestación, la entidad demandada deberá tener en cuenta lo siguiente:

1. Conforme a lo advertido por el Consejo de Estado, se efectuarán los descuentos sobre los factores sobre los cuales no se hayan efectuado aportes al sistema y que se tuvieron en cuenta para la liquidación, con el fin de no afectar el principio de sostenibilidad del sistema.
2. No obstante lo anterior, en cuanto al período o lapso dentro del cual deben efectuarse los referidos descuentos, de los nuevos factores que se ordena incluir en la reliquidación del derecho prestacional, se ha de tener en cuenta que éste, corresponde al año de consolidación del derecho pues las cotizaciones efectuadas al sistema de seguridad social, constituyen aportes parafiscales, por tanto, para su cobro, se debe aplicar el estatuto tributario, según el cual la acción de cobro de las obligaciones fiscales prescribe en el término de 5 años. En tal virtud no sería ajustado a derecho ordenar descuentos por concepto de aportes que fueron causados con más de cinco años antes de la expedición de la presente sentencia, que no correspondan al último año de la prestación del servicio.
3. La demandada habrá de efectuar los correspondientes descuentos adicionales con respecto a las cotizaciones por salud, conforme fue dicho por el Consejo de Estado, entre otras, en sentencia de fecha 22 de noviembre de 2012.

"La Sala considera que le asiste razón al recurrente en cuanto a los aportes para el Sistema de Seguridad Social en Salud, toda vez que de haberse reconocido la pensión desde un principio, con base en la totalidad de factores ordenados en la sentencia de primera instancia, se habrían efectuado mensualmente los descuentos por concepto de aportes para el Sistema de Seguridad Social en Salud sobre la integridad de la pensión y no sobre

el valor liquidado, sin inclusión de la totalidad de factores devengados por el causante; lo anterior tiene total sustento en el principio de solidaridad del Sistema General de Salud; por lo tanto, se adicionará la sentencia recurrida, en el sentido de disponer que sobre las diferencias que se ordene reconocer y pagar a favor de la demandante, se hagan los descuentos de ley, destinados al Sistema de Seguridad Social en Salud.”

En este punto, debe advertirse que los descuentos en salud son aquellos que comprenden las diferencias que en este caso se reconocen y efectivamente habrán de pagarse y que también penden de la declaración de prescripción trienal extintiva; toda vez que no sería factor de equidad y de igualdad, el que se paguen las diferencias con tres años de antelación a la presentación de la demanda o a la reclamación en vía administrativa, pero que de otra parte, el descuento de las cotizaciones de salud sobre las diferencias causadas, lo sean a partir de la adquisición del status o del reconocimiento de la prestación. Esta es la interpretación que considera esta instancia debe darse a este punto, toda vez que en los términos del Consejo de Estado, los descuentos se efectúan, **sobre los nuevos factores a tener en cuenta en la respectiva liquidación de la pensión**, que no son otros que los que efectivamente se liquidan y pagan al pensionado.

Conforme con lo anterior resulta del caso decir que no prosperan las excepciones de “Inexistencia del derecho y de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, improcedencia de los intereses moratorios, improcedencia de la indexación, cobro de lo no debido, la buena fe”, propuestas por Colpensiones, por la motivación expuesta.

Finalmente, debe advertirse que en el caso concreto no es dable el análisis de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 invocadas por la entidad demandada, por cuanto tales decisiones hacen referencia a los factores de salario a aplicar a quienes se benefician del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, no obstante, se reitera que en el caso del demandante, al ser beneficiario de la Ley 32 de 1986, la liquidación de la pensión se rige por el Decreto 1045 de 1978.

Aunado a lo anterior, ha de precisarse que no es procedente la aplicación de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, toda vez que el demandante por disposición expresa del Acto Legislativo 01 de 2005, es beneficiario de un régimen especial de pensiones contenido en la Ley 32 de 1986, de tal manera que se debe dar aplicación al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y no a las Leyes 33 y 62 de 1985, de cuya aplicación está expresamente exceptuado el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC.

Prescripción

Respecto a la excepción de prescripción debe señalarse que conforme a lo señalado en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, los derechos prescriben en el término de 3 años contados a partir de que la obligación se hace exigible, y el reclamo escrito interrumpe la prescripción *“pero solo por un lapso igual”*.

Por lo anotado tampoco está destinada a prosperar, debido a que la demanda fue presentada el 15 de julio de 2019, y no se superó el lapso de tres (3) años entre esta y la expedición de los actos demandados Resolución No. SUB 22091 del 25 de enero de 2018, Resolución SUB 309074 del 27 de noviembre de 2018, y Resolución DPE 988 del 21 de marzo de 2019.

5.5. Costas.

No se condenará en costas en este asunto, atendiendo lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P., que dispone que en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando fundamentos de su decisión.

En el presente caso, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, por cuanto, aunque se concede la reliquidación de la pensión con los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, se negó la inclusión de la prima de riesgo y otros factores salariales que no están enlistados en el decreto 1045 de 1978.

En orden de lo anterior, resulta razonado sostener que el triunfo de la demandante solo es parcial, luego para conservar la equidad de las cargas procesales, el Juzgado no impondrá costas.

Por lo expuesto, el **Juzgado Décimo Administrativo de Tunja**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1.- DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. SUB 22091 del 25 de enero de 2018 y la nulidad total de las Resoluciones SUB 309074 del 27 de noviembre de 2018 y DPE 988 del 21 de marzo de 2019, expedidas por COLPENSIONES, a través de las cuales reconoció y reliquidó la pensión de jubilación, y resolvió el recurso de apelación (respectivamente) del señor ÁLVARO EDUARDO GONZÁLEZ CABALLERO, por las razones indicadas en las consideraciones.

2.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, a título de restablecimiento del derecho, reliquidar la pensión del señor ÁLVARO EDUARDO GONZÁLEZ CABALLERO conforme a la Ley 32 de 1986, teniendo en cuenta únicamente los factores salariales enlistados en el artículo 45 del decreto 1045 de 1978, es decir, con un monto equivalente al 75% de lo devengado en el periodo comprendido entre el 30 de noviembre de 2016 a 30 de noviembre de 2017. En consecuencia, no se incluirán para efectos de la reliquidación, el subsidio de unidad familiar, bonificación por recreación, prima seguro y prima vigilancia instructor

Si resultare alguna diferencia entre el valor actualmente pagado a la demandante por concepto de mesada de pensión de vejez y el valor proveniente de la reliquidación ordenada, Colpensiones deberá pagar al demandante las sumas resultantes, las cuales deberán indexarse en los términos del artículo 187 del CPACA, desde la causación del derecho, hasta la fecha de ejecutoria de esta Sentencia, previos los incrementos legales, con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

3.- La sentencia se cumplirá en los términos del artículo 192 y concordantes del CPACA y devengará intereses moratorios conforme al inciso 3 de esta disposición. Para lo anterior, se dispone remitir las comunicaciones correspondientes, de conformidad con lo previsto en los incisos finales de los artículos 192 y 203 de la Ley 1437 de 2011.

4.- COLPENSIONES deberá efectuar los descuentos sobre aquellos factores sobre los cuales no se hayan efectuado aportes al sistema y se deban tener en cuenta para la liquidación, los cuales deberán efectuarse sobre los cinco (5) años anteriores al último año de prestación del servicio.

De igual forma deberá efectuar los correspondientes descuentos adicionales con respecto a las cotizaciones por salud que comprenden las diferencias reconocidas en la reliquidación de la pensión, para lo que deberán tener en cuenta la prescripción trienal, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

5.- DECLARAR que no se configura la excepción de prescripción, por lo expuesto.

6.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

7.- NO CONDENAR en costas por lo expuesto.

8.- Ejecutoriado este fallo y cumplidos sus ordenamientos, **ARCHIVAR** el expediente, previas las constancias que sean necesarias.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Firmado Por:

JAVIER LEONARDO LOPEZ HIGUERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 010 ADMINISTRATIVO DE TUNJA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **1733a2a7f448dadf43d439876aa32724a21b1172e206d918aca51440f62d5375**
Documento generado en 19/02/2021 03:52:16 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>