



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Bogotá D. C. 6 de febrero de 2018

Sentencia: 2

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2016-00252-00

Demandante: JUAN EFRÉN MESA RODRÍGUEZ

Demandado: UGPP

Tema: Reliquidación pensional

De conformidad con lo señalado en audiencia inicial de fecha 29 de enero de 2018, no evidenciando causal alguna que pueda anular lo actuado, agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación, escuchados los alegatos de las partes, y habiéndose dictado el sentido del fallo, se procede a dictar de forma escrita **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El señor JUAN EFRÉN MESA RODRÍGUEZ actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, mediante escrito radicado el 1 de septiembre de 2016 (f.37), elevó demanda ante esta jurisdicción solicitando las siguientes:

PRETENSIONES

De acuerdo con lo manifestado en la audiencia inicial:

1. Declarar la nulidad parcial del **Acto No. ADP 003877 del 18 de marzo de 2016**, mediante el cual se negó una solicitud de reliquidación pensional.
2. En consecuencia, declarar que el demandante tiene derecho a que la UGPP reliquide su pensión de jubilación con el promedio del 75% de todos los factores devengados en el último año de servicios con los reajustes legales.
3. Que se ordene el pago de las diferencias entre lo pagado y la nueva liquidación, indexando sus valores conforme al IPC determinado por el DANE para cada periodo, el pago.
4. Condenar el pago de los intereses moratorios conforme el artículo 192 y el pago de las costas procesales según el artículo 188.

NORMAS VIOLADAS

El demandante invocó la Ley 57 de 1978, Decreto Ley 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, Decreto 1045 de 1978, Ley 33 de 1985, artículo 96 de la Ley 32 de 1986, Ley 4 de 1966, art. 1 y 4 del Decreto 1160 de 1989, el artículo 36 y 150 de la Ley 100 de 1993 y algunos artículos de la Constitución Nacional.

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Afirma la demanda que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional gozan de un régimen especial de pensiones contenida especialmente en el artículo

96 de la Ley 32 de 1986, según el cual tienen derecho a adquirir su pensión al haber servido por 20 años sin atención a su edad con el 75% de la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicios, según, los decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978 y 96 de la ley 32 de 1996, no pudiéndoseles aplicar la ley 33 de 1985 como quiera que dicha disposición excluye a los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción de la ley y, la ley 100 de 1993 conforme con el artículo 140 por ejercer una actividad de alto riesgo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Debidamente notificada la entidad demandada (ff.49 - 53) se opuso a las pretensiones de la demanda considerando que no se debe tener en cuenta como factor salarial el quinquenio conforme con el artículo 2º del decreto 691 de 1994, el cual señala que a la entrada en vigencia de tal disposición, los servidores públicos que trabajen en el INPEC quedan sujetos a las disposiciones de la ley 100 de 1993.

Resalta que para efectos pensionales los factores salariales que deben tenerse en cuenta son los taxativamente señalados en el artículo 1 del decreto 1158 de 1994, el cual modifica el artículo 6º del decreto 691 de 1994.

ALEGATOS CONCLUSIVOS.

Parte Demandante: reitera los argumentos de hecho y de derecho señalados con la demanda resaltado que el actor tiene un derecho adquirido conforme con el decreto 691 de 1994 y respecto del pago de los aportes solicita de declare su prescripción en razón a que la pensión de jubilación fue reconocida en el año 2013.

Parte Demandada: La entidad accionada señala que mediante Resolución No. 35395 de 2013 reliquidó la pensión de jubilación del demandante conforme con la Ley 32 de 1986 considerando dentro del IBL la asignación básica, el auxilio de alimentación, el auxilio de transporte, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios, la prima de vacaciones, la prima de navidad, excluyendo conforme con el decreto 446 de 1994 la prima de riesgo, el subsidio de unidad familiar, la prima de capacitación, clima y coordinación porque según la norma anotada no son factores salariales.

f. AUDIENCIA INICIAL

El 29 de enero de 2018, se llevó a cabo audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA y se dió sentido del fallo (f.74-78).

II. CONSIDERACIONES

IDENTIFICACIÓN DEL ACTO ENJUICIADO

Se demanda la nulidad del **Acto No. ADP 003877 del 18 de marzo de 2016**, mediante el cual se negó la reliquidación de la pensión solicitada el 11 de febrero de 2016

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico consiste en establecer si al demandante le asiste derecho de que se le incluya en el ingreso base de liquidación pensional la totalidad de los factores salariales percibidos en el último año de servicios; más exactamente los concernientes a prima de

riesgo, prima de seguridad y prima de capacitación dragoneante, los cuales fueron excluidos como factor salarial por el Decreto 446 de 1994.

SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO.

El demandante tiene derecho a que su pensión sea reliquidada con la inclusion de los factores a prima de riesgo, prima de seguridad y prima de capacitación dragoneante dado que son factores salariales al ser conocidos y pagados, en forma habitual y periódica como contraprestación directa del servicio prestado

HECHOS PROBADOS

En el expediente se encuentran probados los siguientes hechos:

1. Según certificación visible a folio 24 el señor MESA laboró en el INPEC desde el 16 de septiembre de 1988 hasta el 31 de diciembre de 2012, en el cargo de teniente de prisiones código 4222 grado 16, categoría de oficiales, en el Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Bogotá.
2. Que el 11 de febrero de 2016 con radicado No.201650050390802, el demandante solicita ante la UGPP que su pensión sea reliquidada con el objeto de que se le tenga en cuenta los siguientes factores: *asignación básica, prima de riesgo, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, prima dragoneante, prima seguridad y bonificación por servicios* (fl.2).
3. Que a través de Resolución No.035395 del 5 de agosto de 2013, la entidad ordenó la reliquidación de la pensión de vejez a favor del señor MESA RODRÍGUEZ (fl.26). según los alegatos de la demandada y la posición del Comité de conciliación y defensa judicial esta reliquidación se efectuó de conformidad con lo dispuesto en la Ley 32 de 1986, es decir con el 75% del último año de servicios incluyendo como factores salariales la asignación básica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de servicios, y prima de vacaciones (fl.71).
4. La entidad demandada expidió el acto ADP 003877 del 18 de marzo de 2016 por el cual se niega la solicitud de reliquidación pensional presentada (f.26)
5. Que según certificado de valores pagados No.587, obrante a folio 23 del expediente, el Coordinador del Grupo de Tesorería hace constar:

AÑO: 2012 PERIODO: desde el 01 de enero hasta el 31 de diciembre de: 2012												
MES	DÍAS	PRIMA RIESGO	SUB. ALIMENTAC	SUB. UNID. FAM.	AUX. TRANSPOR	BON. RECREAC	PRIM. VACACION	PRIM. NAVIDAD	PRIM. SERVICIOS	PRIMA CAPA. DRAGO	PRIM. VIG. INSTRUCT	PRIM SEG
ENERO	30	337467.30	44655.00	78742.37	67800.00	0.00	0.00	0.00	0.00	134987.00	0.00	0.00
FEBRERO	30	337467.30	44655.00	78742.37	67800.00	0.00	0.00	0.00	0.00	134987.00	0.00	0.00
MARZO	30	337467.30	44655.00	78742.37	67800.00	0.00	0.00	0.00	0.00	134987.00	0.00	0.00
ABRIL	30	337467.30	44655.00	78742.37	67800.00	0.00	0.00	0.00	0.00	134987.00	0.00	0.00
MAYO	30	337467.30	44655.00	78742.37	67800.00	0.00	0.00	0.00	0.00	134987.00	0.00	0.00
JUNIO	30	337467.30	44655.00	78742.37	67800.00	0.00	0.00	0.00	886142.73	134987.00	0.00	0.00
JULIO	30	337467.30	44655.00	78742.37	67800.00	0.00	0.00	0.00	0.00	134987.00	0.00	0.00

AGOSTO	30	337467.30	44655.00	78742.37	67800.00	0.00	0.00	0.00	0.00	134987.00	0.00	0.00
SEPTIEMBRE	30	337467.30	44655.00	78742.37	67800.00	0.00	0.00	0.00	0.00	134987.00	0.00	0.00
OCTUBRE	30	337467.30	44655.00	78742.37	67800.00	0.00	0.00	0.00	0.00	134987.00	0.00	0.00
NOVIEMBRE	30	337467.30	44655.00	78742.37	67800.00	74992.73	1846130.69	0.00	0.00	134987.00	0.00	0.00
DICIEMBRE	30	337467.30	44655.00	78742.37	67800.00	0.00	0.00	1999974.91	0.00	134987.00	0.00	1340495.00
TOTAL		4049607.60	535860.00	944908.44	813600.00	74992.73	1846130.69	1999974.91	886142.73	1619844.00	0.00	1340495.00

ANÁLISIS DEL DESPACHO

Factores salariales que se deben tener en cuenta para determinar el monto de la mesada pensional de quienes son beneficiarios del régimen contenido en la Ley 32 de 1986

Considerando que en el caso que se estudia no se discute que el actor es beneficiario del régimen establecido en el artículo Ley 32 de 1986, el juzgado procede a analizar los factores salariales que se deben tener en cuenta para determinar el monto de la mesada pensional de los beneficiarios del régimen contenido en la Ley 32 de 1986.

Al respecto el H. Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

“En cuanto a los parámetros para la liquidación del derecho pensional, en un primer momento se acudió a los lineamientos de la Ley 32 de 1986, la que sin embargo, no enunciaba qué factores constituían salario para la liquidación de la pensión de jubilación, acudiendo al régimen prestacional de los funcionarios públicos, Ley 33 de 1985, tampoco se encontró armonización sobre el tema teniendo en cuenta que el artículo 1º ibídem, excluye del régimen general al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional - INPEC. Por lo tanto, ante la ausencia de norma expresa, se acudió a los presupuestos del Decreto 1045 de 1978, que en su artículo 45 reza:

Artículo 45º.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que 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;
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968”.

A partir de las normas enunciadas resulta palmario que los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional están sujetos a un régimen especial para acceder a la pensión de jubilación establecida en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, la cual debe ser liquidada teniendo en cuenta los factores salariales enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y demás normas análogas”¹. (Negrillas del Despacho)

Considerando que la Ley 32 de 1986 no estableció los factores a tener en cuenta en el IBL y observando que no es procedente aplicar las disposiciones de la Ley 33 de 1985 en razón a que el inciso segundo de su artículo 1° excluyó a los empleados oficiales que gozan de un régimen especial, en el caso analizado se debe aplicar las disposiciones contenidas en el Decreto 1045 de 1978.

Ahora bien, en consonancia con la sentencia del 9 de julio de 2009², proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, la interpretación del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, es la de que dicha norma enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones para quienes se les aplica la Ley 6 de 1945 privilegiando el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

En dicha sentencia se precisó: *“Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación”³.*

En el último año de servicios, esto es del 1° de enero al 31 de diciembre de 2012⁴, se tiene que el demandante devengó lo siguiente:

- Asignación básica mensual (reconocida)
- Bonificación por servicios prestados (reconocida)
- Prima de riesgo - No es factor salarial Art. 11 D. 446 de 1994
- Subsidio de alimentación (reconocida)
- Subsidio de Unidad familiar
- Auxilio de transporte (reconocida)
- Bonificación por recreación
- Prima de vacaciones (reconocida)
- Prima de navidad (reconocida)
- Prima de servicios (reconocida)

¹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda. C. P.: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Sentencia del 22 de abril de 2015. Radicación número: 05001-23-31-000-2011-00740-01(0232-14)

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ, sentencia de 9 de julio de 2009, Ref: Expediente No.250002325000200404442 01 (0208-2007), Actor: Jorge Hernández Vásquez.

³ La Sección Segunda del Consejo de Estado, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el particular en sentencia de 21 de mayo de 2009, expediente 0525-2008, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, en esa oportunidad sobre el particular, concluyó:

“(…) El Decreto Ley 603 de 1977, por medio del cual se establece el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en su artículo 17 estableció el régimen especial de pensiones para algunos funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado Civil (...). Quienes se encuentren dentro de la excepción que contempla la norma, tienen derecho al reconocimiento pensional con 16 años de servicios y 50 años de edad, ya que el inciso primero del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 expresamente excluyó de su aplicación a quienes gozan de un régimen especial de pensiones, (...) Como la demandante laboró para la Registraduría Nacional del Estado Civil del 30 de agosto de 1972 al 31 de diciembre de 2000 desempeñando el cargo de Dactiloscopista 4125-12, tenía derecho a que la pensión le fuera reconocida y liquidada conforme a lo dispuesto en el Decreto 603 de 1977. **LIQUIDACIÓN PENSIONAL.** En lo relativo a la base de liquidación de la pensión de jubilación las dos disposiciones mencionadas se asientan sobre el promedio de los salarios devengados por el servidor público. Y, como la norma no distingue, preciso es reconocer que sin discriminación alguna harán parte integral de la base de liquidación todos los factores salariales devengados en los términos previstos en el Decreto 603 de 1977. (...)”

⁴ De acuerdo con la certificación obrante a folios 16 y 23 del cuaderno principal

- Prima de capacitación dragoneante - No es factor salarial Art. 6 D. 446 de 1994
- Prima de seguridad - No es factor salarial Art. 10 D. 446 de 1994

Conforme con la resolución 35395 del 5 de agosto de 2013, la entidad demandada reliquidó de la pensión de jubilación del demandante conforme con la ley 32 de 1986, incluyendo en el IBL la asignación básica, el auxilio de alimentación, el auxilio de transporte, la prima de servicios, la prima de vacaciones y la prima de navidad, razón por la que analizaremos si es procedente incluir conforme con la petición del 11 de febrero de 2016 la prima de riesgo, la prima de seguridad y, la prima de dragoniante.

1.- La prima de riesgo.-

El Decreto 446 de 1994 creó para el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional -INPEC-, una **prima de riesgo** en los siguientes términos:

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

Referente a este factor, se tiene que es reconocido y pagado mes a mes, cancelado durante el último año de servicio, es decir, en forma habitual y periódica como contraprestación directa del servicio prestado

Al respecto, la Sección Segunda en Pleno, profirió Sentencia de Unificación en relación con el carácter salarial de la prima de riesgo y el deber de las entidades de tenerla en cuenta para efectos de la liquidación pensional, expresando lo siguiente en providencia del 1 de agosto de 2013⁵:

Con la finalidad de unificar criterios en torno al asunto específico de la prima de riesgo como factor para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez de quienes sean sujetos del régimen de transición pensional la Sala en esta ocasión se permite precisar que dicha prima sí debe ser tomada en cuenta para los fines indicados.

Lo anterior, en primer lugar, porque la jurisprudencia de esta Corporación⁶, ha entendido por salario la remuneración que percibe el trabajador por la prestación de un servicio a favor del empleador, de forma personal, directa y subordinada, el cual, no SOLO está integrado por una remuneración básica u ordinaria sino también, por todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especies, ingrese al patrimonio del trabajador en razón a la prestación de sus servicios.

Bajo estos supuestos, ha de decirse que todas las sumas que de manera habitual y periódica perciba el trabajador, son factores que integran el salario que éste percibe lo que incide de manera directa en la forma cómo se establecen los ingresos base de cotización y liquidación de una prestación pensional.

...

Es precisamente este último principio, la primacía de la realidad sobre las formas, el que en este caso permite advertir que la prima de riesgo, de los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, si goza del carácter de factor salarial, independientemente de que el Decreto 2646 de 1994 le niegue tal condición en la medida en

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia de Unificación proferida dentro del Expediente No.440012331000200800150-01 Referencia: 0070-2011 Actor: Héctor Enrique Duque Blanco.

⁶ Consejo de Estado, M.P. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de 8 abril de 2010. Rad. 1026-2008.

que, como quedó visto, la referida prima constituye en forma visible una constante a los detectives criminalísticos retribución directa conductores en atención a las características especiales de la labor que desarrollaban.

Teniendo en cuenta el carácter ordinario y fijo de la citada prestación, a juicio de la Sala no hay duda que la misma constituye salario, entendido este último como todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio lo que, en la práctica le permite satisfacer sus necesidades propias y familiares de donde, debe decirse, adquieren Vital importancia los valores constitucionales a un orden laboral justo y a la dignidad humana.

Una interpretación distinta vulneraría las prerrogativas que el constituyente de 1991 estableció como marco de referencia, tendiente a garantizar el desarrollo y efectivización del derecho fundamental al trabajo, entre ellas la remuneración mínima, vital y móvil y los principios de favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas.

En efecto el hecho de que una disposición, como la contenida en el artículo 4 Decreto 2646 de 1994 para los funcionarios de DAS, o la prevista en el artículo 11 del Decreto 446 de 1994 para los servidores del INPEC niegue el carácter salarial a la prima de riesgo, no es razón suficiente para no tenerla en cuenta en la base de liquidación pensional en aplicación al principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades. En consecuencia, al acreditarse al interior del proceso ordinario que durante el último año de servicios, la prima de riesgo fue percibida mensualmente, se considera que la misma se trató de una prestación que recibió de manera habitual y periódica como una remuneración por el servicio prestado, razón por la que es un factor salarial que debe tenerse en cuenta en liquidación pensional.

2.- prima de seguridad

Referente a esta prima⁷, el Decreto 446 de 1994 la creó a fin de que fuera pagada a las personas que trabajan en instituciones carcelarias, por su especial grado de peligrosidad, así:

Artículo 10. PRIMA DE SEGURIDAD. A los funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, que presten sus servicios en centros o pabellones de especial seguridad del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, podrá reconocérseles una prima de seguridad, que no constituye factor de salario en los porcentajes que establezca el Gobierno Nacional.

Al respecto el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁸ ha señalado lo siguiente:

“Releva la Sala que si la misma disposición que prevé la prima de seguridad a los servidores del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, le confiere un carácter especial por el alto grado de responsabilidad y delicada misión que deben ejercer los funcionarios que prestan sus servicios en centro o pabellones de alta seguridad, considera la Sala que indudablemente tiene carácter salarial.

Por lo que sin duda, la referida prestación se reconocía como contraprestación directa en atención a las características especiales de la labor que desarrollaban, cualidad que permite

⁷ **Artículo 10 del Decreto 446 de 1994. PRIMA DE SEGURIDAD.** A los funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, que presten sus servicios en centros o pabellones de especial seguridad del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, podrá reconocérseles una prima de seguridad, que no constituye factor de salario en los porcentajes que establezca el Gobierno Nacional.

⁸ H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. – Sección Segunda – Subsección E – Sala de Descongestión. M. P. Dra. Fanny Contreras Espinosa. Sentencia del 29 de enero de 2016. Rad. 2012-00196.

catalogarla como factor salarial, entendiendo este como todo lo que percibe el trabajador en dinero o en especie por retribución de sus servicios.

Ahora, para efectos de la liquidación pensional que aquí se ordena, la Administración deberá tomar el promedio de lo devengado por concepto de prima de seguridad en el último año de servicio y ello en razón a que tal como está transcrito en párrafos precedentes (artículo 1º del Decreto 1384 de 2010), su causación es mensual, de ahí que no pueda tomarse en su totalidad”.

En tal virtud, se encuentra que la prima de seguridad que percibió el actor durante su último año de servicios constituye factor salarial y debe ser tomada en cuenta dentro del ingreso base de liquidación en una doceava parte por ser reconocido, en forma habitual y periódica como contraprestación directa del servicio prestado

3.- Prima de Capacitación dragoniante.

Finalmente, respecto de la prima de capacitación dragoneante, el artículo 6º del Decreto 446 de 1994 estableció que:

Artículo 6º del Decreto 446 de 1994. PRIMA DE CAPACITACIÓN. Los oficiales, suboficiales y dragoneantes clasificados en seguridad que obtengan título profesional universitario conforme a las normas de educación superior vigentes, tendrán derecho a una prima mensual de capacitación que no constituye factor de salario, equivalente al veinte por ciento (20%) del sueldo básico mensual, quienes acrediten título universitario tecnológico se le reconocerá una prima de capacitación equivalente al doce por ciento (12%) del sueldo básico mensual. Para tal fin el empleado deberá solicitar al Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, su reconocimiento acreditando las actas de grado y el título profesional correspondiente.

Siendo una prestación percibida de manera mensual por el demandante desde el año 2000 hasta el año 2012 cuando se retira, por acreditar el título profesional o tecnológico requerido, entendiendo que dicho título repercute directamente con la prestación del servicio prestado, observa el despacho que se cumplen con los criterios de periodicidad y correspondencia con la prestación del servicio o en palabras del H. Consejo de Estado, “...teniendo en cuenta el carácter ordinario y fijo de la citada prestación, a juicio de la Sala no hay duda que la misma constituye salario, entendido este último como todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio...”⁹, razón por la que debe ser tomada en cuenta en el IBL.

Así las cosas, por simple confrontación directa entre los actos administrativos demandados y el análisis efectuado para cada uno de los factores reclamados, es dable declarar la nulidad del acto demandando para efectos de incluir además de los factores reconocidos en la resolución 35395 de 2013, esto es, la asignación básica, el subsidio de alimentación, el auxilio de transporte, la prima de servicios, la prima de vacaciones y la prima de navidad, la prima de riesgo, la prima de seguridad y la prima de capacitación dragoniante .

Restablecimiento del Derecho

En consecuencia, la entidad demandada deberá reajustar la pensión de jubilación del demandante tomando como IBL el 75% de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio, esto es, del 1º de enero al 31 de diciembre de 2012,

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia de Unificación proferida dentro del Expediente No.440012331000200800150-01 Referencia: 0070-2011 Actor: Héctor Enrique Duque Blanco.

incluyendo la asignación básica, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, la prima de riesgo y, prima de capacitación dragoneante y la doceava parte de la prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad y, prima de seguridad atendiendo los argumentos jurídicos señalados en los párrafos anteriores y la certificación laboral del último año de servicios, visible a folio 23 del cuaderno principal.

Es indispensable señalar que se deberán realizar los descuentos de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena en esta sentencia y sobre los cuales no se ha efectuado la deducción legal; lo anterior, dado que la omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de los mencionados conceptos para efectos pensionales, pues aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento pensional¹⁰.

De otra parte, en palabras del Consejo de Estado¹¹, resulta necesario que los valores a retener y/o deducir, es decir, aquellos sobre los que no se cotizó y que se tendrán en cuenta para reliquidar la pensión de la accionante, sean actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario, de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor¹², puesto que lo contrario serían sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática.

A la luz del artículo 48 constitucional¹³ el derecho a la seguridad social es irrenunciables e imprescriptible, razón por la cual los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social son imprescriptibles y sobre ellos no opera la caducidad, por lo que pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento puesto que ni la administración ni los particulares pueden sustraerse a su pago ya que ello repercute en el derecho de acceder a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral. Así lo ha manifestado el Consejo de Estado quien con ocasión de una acción que pretendía la declaratoria del contrato realidad sobre la obligación del pago de aportes a seguridad social precisó:

“Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.”¹⁴

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).-Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).Actor: Luis Mario Velandía Demandado: Caja Nacional de Previsión Social. Autoridades Nación.

¹¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-42-000-2012-00641-01(4521-13) Actor: Gustavo Camargo Rincón Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

¹² En tal caso podrá repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo.

¹³ Constitución Política ARTÍCULO 48. Adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante...

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, sentencia del veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16, Actor: Lucinda María Cordero Causil

En posterior pronunciamiento este alto tribunal reiteró:

Ahora bien, pese a la regla general anterior, esta Corporación ha entendido que los aportes al sistema general de seguridad social en pensión se encuentran excluidos no solo de la caducidad sino también de la prescripción, por tratarse de derechos irrenunciables, ciertos e indiscutibles, así lo reiteró en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016¹⁵ al indicar: «[...] no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.»¹⁶

Por lo anterior, en lo que concierne a la deuda a cargo de la parte actora, los aportes a seguridad social sobre los cuales no se había cotizado, la entidad demandada procederá a realizar los descuentos sobre la cuantía del retroactivo producto del reconocimiento del mayor valor derivado de la reliquidación pensional con la inclusión de los nuevos factores, y si con ello no se satisface la totalidad de la deuda que al demandante le corresponde, se efectuarán una serie de descuentos mensuales, iguales, hasta completar el capital adeudado. Estos descuentos deberán ser acordes con las circunstancias y condiciones económicas del actor, dada la suma de su pensión; esto a efectos de no causar traumatismo a su ingreso monetario, y en consecuencia, a su manutención y la de quienes de ella dependen económicamente.

Consideramos que los aportes de seguridad social se apartan de las disposiciones del derecho civil o del derecho tributario razón por la que no es procedente aplicar dichas normas por analogía, de hecho las disposiciones del derecho civil se centran en la **facultad dispositiva** del acreedor frente al deudor razón por la que las reglas relativas a la prescripción se extienden a favor o en contra de las personas que tiene la libre administración de sus bienes.

Los aportes al sistema de seguridad social no pertenecen al empleador o al trabajador o al administradora tal como lo señala el artículo 2º de la ley 797 de 2003 que modifica el artículo 13 de la ley 100 de 1993 cuando indica que los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la nación, ni a las entidades que los administran; los aportes al sistema de seguridad social, son aportes parafiscales, es decir no son impuestos o tasas ni son en palabras de la Corte constitucional (sentencias C-575 de 1992 y C-1179 de 2001) una contraprestación salarial, razón por la que sus recursos no pueden destinarse a fines distintos a los previstos por la ley y en ese sentido no son dineros de libre disposición, puesto que los dineros de la seguridad social garantizan la solidaridad, la protección y asistencia de las personas de la tercera edad que aseguran su mantenimiento en condiciones dignas.

En este orden, las entidades administradoras pueden hacer exigibles en cualquier tiempo los aportes con los cuales se financia la pensión, luego el pago de los aportes son obligatorios hasta el momento en que el afiliado cumpla las condiciones para acceder a la pensión de vejez y siendo un requisito para acceder al derecho pensional goza al igual que el derecho

Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba)

¹⁵ Consejo de Estados, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, Radicación: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, Actor: Lucinda María Cordero Causil.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, sentencia del veinticinco (25) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) SE.088, Radicación número: 13001-23-31-000-2008-00283-01(0043-13), Actor: Fidias Miguel Álvarez Marín, Demandado: Academia de Historia de Cartagena de Indias y Otro

pensional de la prerrogativa de ser irrenunciable e imprescriptible, puesto que uno no puede surgir sin el otro al ser un elemento núcleo del sistema pensional

Prescripción: De conformidad con la solicitud de reliquidación pensional, esto es el 11 de febrero de 2016, en el caso concreto hay lugar a declarar la prescripción trienal de que habla el Decreto 1848 de 1969 artículo 102¹⁷ para las mesadas pensiones causadas con anterioridad al 11 de febrero del año **2013**.

Reajustes pensionales: Una vez determinada la cuantía de la pensión reliquidada deberá reajustarla de conformidad con la Ley para determinar el valor de las mesadas reajustadas.

Diferencias a pagar: De las mesadas pensionales reliquidadas y reajustadas que ahora correspondan, se deben **deducir las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas**, y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto. Sobre estas diferencias, la administración **descontará el valor de los aportes que ordene la ley, y que el interesado no haya cubierto respecto de los factores que se ordenan incluir**; pues esta es una carga del servidor público que no se puede eludir y cuyos recursos son fundamentales para que la entidad responsable pueda cumplir con su obligación de pago.

Ajuste al valor: Al final, la suma que resulte no pagada deberá ser ajustada, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, 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 causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

Intereses: A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3º del artículo 192 del CPACA; a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

Cumplimiento de la sentencia: El cumplimiento de la sentencia será motivado conforme con los artículos 192, 193, 194 y 195 del CPACA; se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

Costas: El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *"Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia*

¹⁷ El cual señala que las acciones que emanen de los derechos consagrados del Decreto 3135 de 1968 prescriben en tres años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, por cuanto, el simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual

dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

Así también el numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *“Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas....”.*

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso¹⁸, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: *“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.”.* (Subrayas para resaltar)

Ahora bien, el Consejo de Estado¹⁹ ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.

Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil

Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<“debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>>”²⁰

¹⁸ Cfr La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

¹⁹ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCIÓN CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMÉNEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

²⁰ Cfr las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se comprobaron en esta instancia.

III. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción, propuesta por la entidad demandada bajo los parámetros descritos en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO.- DECLARAR la **NULIDAD** del **Acto ADP 003877 del 18 de marzo de 2016** mediante la cual se negó la solicitud de reliquidación pensional, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO.- En consecuencia y a título de restablecimiento del derecho se **CONDENA** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP reliquidar la pensión de jubilación del señor **JUAN EFRÉN MESA RODRÍGUEZ** identificado con cédula de ciudadanía No. 9.530.790 de Sogamoso, con el 75% de lo percibido durante su último año de servicios, esto es del **1° de enero al 31 de diciembre de 2012**, incluyendo como factores la asignación básica, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, la prima de riesgo y, prima de capacitación dragoneante y, la doceava parte de la prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad y, prima de seguridad atendiendo los argumentos jurídicos señaladas en la parte motiva de esta providencia.

La reliquidación ordenada estará condicionada a la elaboración, por parte de la entidad demandada, de una fórmula actuarial cuya proyección permita la efectividad del derecho reclamado por el demandante en términos razonables, de conformidad con las pautas expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO.- una vez determinada la cuantía de la pensión reliquidada, la entidad deberá reajustarla de conformidad con la Ley para determinar el valor de las mesadas reajustadas. El pago de las diferencias que resulten entre el valor del reajuste de la pensión de jubilación de que trata el numeral anterior con los reajustes pensionales previstos en la ley y lo efectivamente cancelado, deberán cancelarse a **partir del 12 de febrero de 2013**, atendiendo la prescripción probada y declarada sobre las mesadas pensionales causadas con anterioridad a dicha fecha.

QUINTO.- sobre las mesadas pensionales reliquidadas y reajustadas que ahora corresponde pagar se deben **deducir las mesadas pensionales ya pagadas**, y sobre estas diferencias, la administración **descontará el valor de los aportes que ordene la ley, y que el interesado no ha cubierto respecto de los factores que se ordenan incluir**; pues esta es una carga del servidor público que no se puede eludir y cuyos recursos son fundamentales para que la entidad responsable pueda cumplir con su obligación de pago.

SEXTO. - la suma que resulte deberá ser ajustada al valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, 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 causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

SÉPTIMO.- A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3 del artículo 192 del CPACA, a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

OCTAVO.- El cumplimiento de la sentencia será de conformidad con los artículos 192, 193, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *El acto* será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

NOVENO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

DÉCIMO: Una vez en firme esta sentencia, la Secretaría del Juzgado COMUNICARÁ el contenido de la decisión remitiendo una copia de la sentencia para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011). Así mismo, la secretaría devolverá a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere; expedirá copia de la sentencia conformidad con lo normado en el numeral artículo 114 del C.G.P. a la parte actora y archivará las diligencias dejando las constancias del caso en el Sistema Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez