REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

JUZGADO CUARENTA Y SIETE (47) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Clase de Proceso	: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante	: **CARLOS EDUARDO CASAS SÁNCHEZ**
	C.C. No. 79.755.320 de Bogotá
Demandado	:**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**
Radicación	: **No. 11001334204720170007400**
Asunto	: **Reconocimiento pensión de vejez por alto riesgo.**

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual el **Juzgado Cuarenta y siete Administrativo del Circuito de Bogotá**, en ejercicio legal de la Función Pública de Administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente

S E N T E N C I A

1.- A N T E C E D E N T E S

1.1.- DEMANDA:

1.1.1 ASUNTO A DECIDIR Y COMPETENCIA

Con fundamento en los artículos 187 y 189 del CPACA, procede el Despacho a decidir en primera instancia el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho regulado por el artículo 138 ibídem, promovida por el señor **CARLOS EDUARDO CASAS SÁNCHEZ** actuando en nombre propio contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**.

1.1.2 PRETENSIONES

Declarar la nulidad de la resolución No. GNR 394999 del 7 de diciembre de 2015, notificada el 14 de diciembre de 2015, y la No. GNR 90673 del 31 de marzo de 2016, notificada el día 27 de abril de 2016, proferidas por la Gerencia Nacional de Reconocimiento de COLPENSIONES y la Resolución No. VPB 23963 del 3 de junio de 2016, notificada el 9 de junio de 2016, proferida por la Vicepresidencia de Beneficios Prestacionales de COLPENSIONES, por encontrarse en falsa motivación y en forma irregular la expedición de los actos administrativos.

Que, a título de restablecimiento del derecho se declare y reconozca el régimen especial en pensiones al señor Carlos Eduardo Casas Sánchez como miembro del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional en sus diferentes grados y categorías.

Se ordene a COLPENSIONES que otorgue la pensión al actor de conformidad con el régimen especial existente y establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, teniendo en cuenta el tiempo como alumno, dragoneante y distinguido del cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria del INPEC.

Ordenar que al momento de realizar la liquidación de la mesada pensional, esta sea equivalente al 75% del promedio de los salarios y factores salariales devengados en el último año de servicio.

Ordenar a la entidad demandante COLPENSIONES que se paguen 14 mesadas al año, como consecuencia del régimen especial existente para los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a COLPENSIONES a pagar al actor las mesadas atrasadas desde el momento en que se hizo la solicitud de la pensión, con su respectiva indexación a la fecha de pago, así como por concepto de mora en el pago de la pensión de jubilación a la tasa máxima establecida.

1.1.3. HECHOS

1.1.3.1. Hechos Relevantes

Los principales hechos el Despacho los resume así:

1. El actor ingresó al INPEC desde el 16 de enero de 1995 hasta el 14 de agosto del mismo año como alumno en la Escuela Penitenciaria Nacional, la cual hace parte del Cuerpo de Custodia Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, como lo señala el Decreto Ley 407 de 1994.
2. El día 28 de agosto de 1995 fue nombrado como Dragoneante por el Director General del INPEC de la época, cargo que también pertenece al CCV.
3. El 01 de julio de 2014, fue nombrado en el grado de Distinguido, que también pertenece al CCV, y que ostentó hasta el 31 de enero de 2017, fecha en la cual renunció por razones de salud. Sin existir ninguna interrupción.
4. Desde el 16 de enero de 1995 a la fecha han trascurrido 22 años y 15 días aproximadamente, perteneciendo al CCV en sus diferentes grados y categorías.
5. El Acto Legislativo 01 de 2005 establece la pensión para los miembros del CCV del INPEC que ingresaron con anterioridad al 26 de julio de 2003, esto es, a los 20 años de servicio sin importar la edad, y los que ingresaron posteriormente a esta fecha, se pensionan dentro de la Ley 100 de 1993, artículo 140, en actividades de alto riesgo; sin embargo, la entidad encargada de reconocer dicho estatus de pensionado es la entidad del Estado, COLPENSIONES, pues el sector privado o fondos privados pensionales se negaron a sumir esta carga.
6. Solicitando a COLPENSIONES la historia de semanas cotizadas el actor observó que existían unos vacíos en la historia laboral (faltante de semanas cotizadas), por lo cual realizó peticiones el 8 de marzo, el 1 de octubre de 2013 y 15 de octubre de 2014, requiriendo una solución a los vacíos en la historia laboral, las cuales fueron negadas por la entidad pensional, por lo cual, interpuso acción de tutela ante el Juzgado 32 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá, quien negó las pretensiones; sin embargo, el Tribunal Superior de Bogotá revocó la decisión de primera instancia, y resolvió tutelar los derechos fundamentales del actor, ordenado a COLPENSIONES realizar las correcciones inherentes a la historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de los periodos aportados, orden judicial que a la fecha de presentación de la demanda se encuentra en incidente de desacato.
7. El 26 de marzo de 2015 el actor solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de jubilación, aplicando el régimen especial establecido por el artículo 48 y en especial en el parágrafo transitorio quinto de la Constitución Política, anexando los reportes requeridos por la entidad demandada y suministrados por el INPEC.

8. Mediante Resolución No. GNR 394999 del 7 de diciembre de 2015, COLPENSIONES, negó el reconocimiento de la pensión especial de vejez por alto riego, argumentando no tener la totalidad de las cotizaciones requeridas.
9. Contra la anterior decisión interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por la Resolución No. GNR 90673 del 31 de marzo de 2016, en donde señala resolver un recurso de reposición que no se interpuso, confirmando la decisión inicial.
10. El actor interpone tutela ante el Juzgado 43 Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Bogotá, quien tuteló los derechos del actor y ordenó desatar el recurso de apelación interpuesto.
11. Por Resolución No. VPB 23963 del 3 de junio de 2016, COLPENSIONES resuelve el recurso de apelación, confirmando la negatoria de reconocimiento de pensión de jubilación.
12. Con ocasión del fallo de tutela que ordenó a COLPENSIONES corregir la historia laboral del actor, la entidad efectúa la corrección en gran parte del tiempo, para un total de 1.134,29 semanas laboradas, quedando pendiente una parte de las semanas por incluir en su historia laboral.
13. Como consecuencia a una diabetes mellitus e Hipoacusia Moderada, enfermedades que afectaron gravemente su salud e impactaron negativamente en un curso de ascenso realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, que determinó que no era apto para ningún cargo en el INPEC, el demandante decide presentar su renuncia, la cual fue aceptada a partir del 31 de enero de 2017.

1.1.4. Normas Violadas

Fundamentos de derecho.

Fueron señaladas como transgredidas, las siguientes disposiciones:

CONSTITUCIONALES: 4,13, 29, 48 y 83.

LEGALES: Ley 153 de 1887 arts. 1-13, Ley 32 de 1986 art. 96, Decreto ley 407 de 1994 arts. 121-127, decreto 1045 de 1978 art. 45, CPACA arts. 10, 102 y 138.

II. POSICIÓN DE LAS PARTES

2.1 Demandante:

La posición del demandante la podemos extraer del acápite de *concepto de violación*[1], contenido en libelo introductorio de la acción, así:

- Hace alusión al régimen especial de pensión de jubilación para los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria del INPEC, citando el inciso 13 del artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual acabó con múltiples regímenes especiales, manteniendo entre otros el de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, norma que dispone que quienes ingresaron antes del 26 de julio de 2003 al CCV cuentan con un régimen especial de orden constitucional y legal, el cual se regula según lo dispuesto en la Ley 32 de 1986, que en el artículo 96 dispone el régimen pensional especial consistente en 20 años de servicio continuo o discontinuo al servicio del INPEC, sin importar la edad.
- Como la Ley 32 de 1986 nada dispuso respecto del ingreso base de liquidación, ni el monto de la mesada pensional , conforme al artículo 1°, debe hacerse remisión al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, que contempla los factores salariales a ser tenidos en cuenta en la pensión de jubilación, de acuerdo a lo reiterado por el Consejo de Estado que señala que tales factores son enunciativos y no taxativos, por lo cual, se deben tener en cuenta la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios.
- COLPENSIONES al negarse a liquidar la mesada pensional del actor con el 75% de lo percibido durante el último año de servicios y todos los factores salariales, estaría ante la expedición de un acto administrativo que infringe la norma constitucional y legal.
- Al actor no le fueron tenidos en cuenta los tiempos como alumno del Cuerpo de Custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, esto es, entre el 16 de enero y 28 de agosto de 1995, ignorando la disposición contenida en el artículo 127 del Decreto 407 de 1994 que comprende al servicio militar de bachilleres y a los alumnos aspirantes a dragoneantes como miembros de la entidad.
- COLPENSIONES con sus actos administrativos trasladó la falta de cotización del INPEC y el desorden de esa entidad, al actor, al negarle la pensión de jubilación por no cumplir con las 1.029 semanas requeridas, a pesar de que el mismo INPEC ha certificado el tiempo laborado por el demandante por más de 22 años.
- Respecto a la mesada 14, si bien se expidió el acto legislativo 01 de 2005, por el cual se abolieron unos regímenes especiales, persistieron unas excepciones,

[1] Ver folios 6-12 del exp.

entre estas los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria, por tal motivo para el caso que nos ocupa, no puede suprimirse la mesada 14 al conservarse para este grupo el régimen especial.

2.2. Demandada:

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES:

La entidad demandada no contestó la demanda pese a su debida notificación, según lo hace constar la secretaría del Despacho a folios 153-156 del expediente.

III. TRAMITE PROCESAL

La demanda se presentó el 7 de marzo de 2017[2], se admitió por auto calendado 28 de marzo de 2017[3] se notificó a la demandada según se verifica a folios 153 -154 del expediente. Así mismo por secretaría, se dio traslado de la medida cautelar solicitada dentro del expediente[4], negándose la solicitud de suspensión provisional efectuada por el actor mediante auto de 11 de agosto de 2017.

Mediante proveído del 13 de febrero de 2018[5] se fijó fecha para realizar audiencia inicial el 17 de abril de la misma anualidad.

En dicha diligencia se evacuó la etapa de saneamiento, decisión de excepciones previas, posibilidad de conciliación, se decretaron pruebas, se declaró precluida la etapa probatoria y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión[6].

3.1. Alegatos de Conclusión:

3.1.1. Parte actora

La parte actora presentó alegatos de conclusión en la audiencia realizada el 17 de abril de 2018, reiterando los argumentos expuestos en la demanda.

3.1.2. Entidad accionada

[2] Ver fl. 145 del exp.
[3] Ver fl. 147 del exp.
[4] Ver cuaderno de medidas cautelares fl. 1-7 del exp.
[5] Ver fl. 158 del exp.
[6] Ver fl. 159-161 del exp.

La entidad demandada no presentó alegatos de conclusión, pues no compareció a la audiencia inicial realizada por el Despacho el 17 de abril de 2018.

3.1.3. Ministerio Público:

El Ministerio Público no emitió concepto.

Cumplido el trámite de Ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Problema jurídico

El problema jurídico en audiencia inicial del 17 de abril de 2018, quedó trazado de la siguiente manera:

> *"Consiste en establecer si el señor CARLOS EDUARDO CASAS SÁNCHEZ, tiene derecho a que COLPENSIONES le reconozca pensión de jubilación con el 75% del promedio de todos los factores devengados en el último año de servicio, aplicándole el régimen de alto riesgo establecido en la Ley 32 de 1986, al ejercer actividad de alto riesgo en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, o como lo aduce la entidad accionada en los actos administrativos demandados, el reconocimiento pensional solicitado no procede, por cuanto el actor no acredita 20 años de tiempo de servicio, por lo tanto, debe sujetarse a los establecido en la Ley 100 de 1993 al no ser beneficiario del régimen de transición señalado en el artículo 36 ibídem."*

4.1.1. Desarrollo del problema jurídico

En aras de precisar el régimen legal aplicable, el Despacho considera pertinente establecer las premisas normativas y jurisprudenciales que servirán de sustento a la decisión, posteriormente valorará las pruebas aportadas para finalmente resolver el caso concreto.

4.2.1 Régimen pensional para los servidores públicos del INPEC

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

> *ARTÍCULO 96. PENSIÓN DE JUBILACIÓN. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de*

> *jubilación al cumplir* ***veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional****, sin tener en cuenta su edad. (Negrilla fuera de texto)*

Por su parte, el artículo 114 ibídem dispuso:

> *ARTÍCULO 114. NORMAS SUBSIDIARIAS. En los aspectos no previstos en esta Ley o en sus decretos reglamentarios, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional,* ***se les aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales.*** *(Negrilla fuera del texto original)*

A su turno, fue expedido el **Decreto No. 407 de febrero 20 de 1994**, *"por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario".*

El artículo 168 de dicho decreto determinó lo siguiente:

> *ARTICULO 168. PENSIÓN 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.*
>
> *PARÁGRAFO I°.* ***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.***
>
> *PARÁGRAFO 2°. El personal Administrativo del Instituto se regirá por las normas establecidas en la Ley 100 de 1993. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original).*

En este sentido, el Decreto No. 407 de 1994 que entró en vigencia el 21 de febrero de 1994, fue expedido en el entendido de que regiría la Ley 100, la cual entró en vigencia el 1° de abril de 1994.

Así mismo hizo énfasis, en que las personas que ingresaran a partir de ese 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.

Así, el artículo 140 de la Ley 100 de 1993, por su parte, 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. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)*

Posteriormente, el Decreto 691 del 29 de marzo de 1994 incorporó al sistema general de seguridad social a los servidores públicos que laboraran en actividades de alto riesgo, pero bajo la aclaración de que "*se les aplicarán las condiciones especiales que para cada caso se determinen*".

Luego, se expidió el Decreto 1835 de 1994 (3 de agosto de 1994) que reguló las actividades de alto riesgo de los servidores públicos; en el inciso 1.º del artículo 1.º señaló que se excluía entre otros a los trabajadores del "*Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, quienes serán objeto de decisión especial*".

Sin embargo, el Gobierno Nacional solamente hasta el año 2003 estableció el régimen pensional para los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, por medio del Decreto **2090 de julio 26 de 2003**[7], que 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 carcelaria, 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:*

[7] El Decreto No. 2090 de julio 26 de 2003 entró en vigencia el 28 de julio de 2003, de acuerdo al Diario Oficial 45262 de julio 28 de 2003.

> *I. 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 (I) 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****. (Subraya y negrilla fuera del texto original).*

Es así como, el artículo 168 del Decreto No. 407 de 1994 fue derogado solo hasta el 28 de julio de 2003.

Ahora bien, el Congreso de la República mediante Acto Legislativo **No. 01 de 2005,** por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política, indicó el régimen pensional para los trabajadores del INPEC, en el parágrafo transitorio 5°, en los siguientes términos:

> *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****. (Subraya y negrilla fuera del texto original).*

En este punto es importante hacer referencia al estudio que hizo la Corte Constitucional en sentencia C-651 de 14 de octubre de 2015 al revisar la exequibilidad del artículo **8 de Decreto 2090 de 2003**, en lo concerniente al límite del régimen especial y, en la que se analizaron los debates parlamentarios que antecedieron al Acto Legislativo 01 de 2005, sobre el puntual tema contenido en el parágrafo 5° transitorio del mencionado acto legislativo, en el que se expuso lo siguiente:

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

25.1. En primer lugar, en los debates parlamentarios que precedieron a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 se aclaró desde el comienzo que en la reforma se pretendían eliminar los regímenes pensionales especiales y exceptuados, pero no las reglas sobre pensiones de alto riesgo, por cuanto estos formaban parte en sentido estricto del sistema general de pensiones. Se decía que el sistema general de pensiones estaba conformado por las Leyes 100 de 7993, 797 y 860 de 2003, y por el Decreto ley 2090 de 2003, y por tanto que las previsiones de este último no se alteraban con la reforma.
25.3. En tercer lugar, quizás lo anterior lleva a preguntarse por qué entonces, si era claro que el Acto legislativo no interferiría en la vigencia y validez de las pensiones de alto riesgo, contempladas en el Decreto 2090 de 2003, resultaba necesario contemplar el actual parágrafo transitorio 5° del artículo 48 de la Constitución. La respuesta se halla hacia el final del trámite de formación del Acto, ya dentro del tercer debate de la segunda vuelta, en el Senado de la República. ***En ese momento adquirió fuerza una preocupación parlamentaria que antes se venía discutiendo, ya no en torno a la posible afectación de las pensiones de vejez por actividades de alto riesgo, pues había claridad acerca de que no las impactaba la reforma, sino en torno de una situación puntual de los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelario nacional, pues al parecer había un vacío regulatorio en el tiempo en relación con este personal, que el Congreso consideró necesario colmar. Esa intervención concluyó con una constancia. Pero en una sesión de Comisión posterior, dentro del mismo tercer debate de la segunda vuelta, se convirtió la constancia en una proposición aditiva, suscrita por miembros de distintos partidos.***
El texto finalmente aprobado en Comisión Primera del Senado, fue en su sentido el que en definitiva quedó en el Acto Legislativo. ***Pero lo que queda claro es entonces que el origen del parágrafo transitorio 5° del artículo 48 de la Constitución fue la preocupación por colmar una aparente deficiencia regulatoria en relación con un grupo de personas debidamente delimitado****, y no la necesidad de delimitar el ámbito personal o material de validez del Decreto 2090 de 2003, pues el presupuesto común a los debates en que se incorporó la proposición aditiva fue que este Decreto, y en general las pensiones de alto riesgo, tendrían una vigencia no interferida por el Acto Legislativo en trámite. (Negrillas y sublíneas fuera del texto original).*
(…)
31. En definitiva, el Decreto 2090 de 2003 no consagra un régimen especial de pensiones, sino un esquema normativo de pensiones de alto riesgo que se inscribe en el régimen de prima media con prestación definida, dentro del sistema general de pensiones. Aparte, el Acto Legislativo 01 de 2005 no solo no prohíbe expresamente la existencia de reglas especiales para pensiones de alto riesgo, que se inserten en los regímenes generales del sistema general de pensiones, sino que de acuerdo con una lectura literal, sistemática, contextual y teleológica, tampoco previó su desaparición inmediata o diferida. El texto de los incisos 11 y 13, y del parágrafo transitorio 2, del artículo 48 de la Carta, no solo no excluyen expresa e inequívocamente estas reglas, sino que de hecho, en una lectura conjunta de sus previsiones con el parágrafo transitorio 5º del mismo precepto, las consideran como parte del sistema general de pensiones, y las deja a salvo de las limitaciones y restricciones previstas por el Acto

> *Legislativo 01 de 2005.* ***Esta conclusión encuentra pleno respaldo en los debates parlamentarios que antecedieron a la expedición de la reforma constitucional del año 2005, así como en una lectura teleológica o finalista del Acto Legislativo, y en una interpretación integral de la Constitución que tenga en cuenta su vocación igualitaria, expresada ante todo en su artículo 13, incisos 2 y 3, que consagra una "cláusula de erradicación de las injusticias presentes****".*
>
> *32. Las pensiones de vejez por actividades de alto riesgo responden justamente a la necesidad de proteger de forma especial a quienes, por la profesión u ocupación que ejercen, están sujetos a una disminución de sus expectativas de vida saludable. Un tratamiento pensional uniforme en esta materia supondría desconocer la cláusula de erradicación de las injusticias presentes…*
> *(…)*
> *34. En conclusión, el artículo 8º del Decreto con fuerza de ley 2090 de 2003 no desconoce el artículo 48 de la Constitución Política, aun cuando prevea que la vigencia de sus reglas sobre pensión de vejez por actividades de alto riesgo supera la fecha de entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, y también el 31 de julio de 2010, fecha límite en la cual por mandato de la reforma constitucional referida debían expirar todos los regímenes especial y exceptuados, así como los demás que allí se indican".*

Así entonces, se advierte que con la expedición del Decreto 2090 de 2003, se estableció un régimen de transición, para aquellos que acreditaran al 28 de julio de 2003, un mínimo de 500 semanas de cotización, quienes se pensionarían al cumplir las semanas exigidas en la ley 797 de 2003, con las normas anteriores que regentaban las actividades de alto riesgo; dejando sin esta prerrogativa a quienes no cumplieran el presupuesto de las 500 semanas, pues, es claro que este sector, se someterían al régimen de alto riesgo contemplado en el art. 140 de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, el anterior panorama normativo, sufre modificación con la adición Constitucional del artículo 48, por la expedición del parágrafo transitorio 5° del **Acto Legislativo No. 01 de 2005***,* como quiera que consagra los siguientes aspectos:

i) Advierte la aplicación del régimen de alto riesgo -ley 100 de 1993, art. 140- a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciario y Carcelario Nacional, a partir de la entrada en vigencia del decreto 2090 de 2003. Aplicado a quienes se vincularon en su entrada en vigor -28 de julio de 2003-.

ii) Para aquellos que ingresaron con anterioridad al 28 de julio de 2003, se les aplicaría la Ley 32 de 1986, en virtud de los riesgos de su labor.

En efecto, es claro que el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 ordenó al Gobierno Nacional la expedición de un régimen para los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, particularmente, indicando a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia nacional penitenciaria, lo cual fue concretado con la

expedición del Decreto 2090 de 2003, como se ha señalado; empero, el régimen de aplicación, contenido en la Ley 32 de 1986, debe ser definido para los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelario que ingresaron **antes del 28 de julio de 2003**, en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005.

Así entonces, se excluye la comprobación del presupuesto de la transición advertida en el Decreto 790 de 2003, e incluso como lo señala la entidad, art. 36 de la Ley 100 de 1993, pues, para las personas que ingresaron al servicio antes del Decreto No. 2090 de 2003, deberá ser aplicado el régimen contenido en la Ley 32 de 1986 por razón de los riesgos de su labor y, en virtud del mandado constitucional avizarado en el art. 48, equilibrando así el sentido del Decreto No. 2090 de 2003, que regiría para este tipo de trabajadores, con los que laboraron antes de dicha norma, en las mismas condiciones y tenían la expectativa de pensionarse.

4.2.2 Ingreso base para la liquidación del derecho pensional

La Ley 32 de 1986 que establece el régimen especial para estos servidores, especificó claramente la condición para acceder a la pensión de jubilación como lo es, el de haber cumplido 20 años de servicios continuos o discontinuos, pero no estableció los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de la misma; sin embargo, el artículo 114 de la Ley 32 de 1986, dispuso:

> ***"Artículo 114. Normas subsidiarias.*** *En los aspectos no previstos en esta Ley o en sus decretos reglamentarios, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, se les aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales".*

Disposición que se mantuvo en el artículo 184 del Decreto 407 de 1994, así:

> ***"NORMAS SUBSIDIARIAS.*** *En los aspectos no previstos en este Decreto o en los reglamentarios, a los empleados del Instituto se les aplicarán las normas vigentes para los servidores públicos nacionales".*

Es así como el régimen al que remite la Ley 32 de 1986 vigente en ese momento era el previsto en la Ley 33 de 1985; empero, tal norma claramente excluyó de su aplicación a los empleados con regímenes especiales, así:

> ***"Artículo 1.-*** *El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la - edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague .una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.*

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

Por lo anterior, la remisión a que se refieren las normas mencionadas, implica el estudio de lo dispuesto en el **artículo 4 de la Ley 4 de 1966**, norma anterior aplicable a los empleados públicos nacionales, que determinó que la pensión se liquida con base en el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios; sin embargo, tal normativa no establece los factores a tener en cuenta en tal liquidación, por lo cual, se aplicará lo preceptuado en el **artículo 45 del Decreto 1045 de 1978**, norma anterior aplicable a los empleados públicos nacionales, en la cual se definieron los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de pensiones, así:

> ***"ARTICULO 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 tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la Liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:*
>
> ***1. Asignación básica mensual***
> *2. Los gastos de representación y prima técnica*
> *3. Los dominicales y feriados,*
> ***4. Las horas extras,***
> *5. Los auxilios de alimentación y de transporte;*
> *6. La prima de Navidad;*
> ***7. La bonificación por servicios prestados;***
> *8. La prima de servicios*
> *9. 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;*
> *10. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;*
> *11. La prima de vacaciones;*
> *12. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*
> *13. Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 3857 del decreto 3130 de 1968".*

Frente a la interpretación que debe darse a la anterior norma, esto es los factores salariales a tener en cuenta para el reconocimiento de la pensión de jubilación, se advierte que, el Consejo de Estado ha sentado nueva posición sobre el criterio de interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, mediante sentencia del 28 de agosto de 2018 proferida en el proceso con radicado No. 52001-23-33-000-2012-00143-01.

En Sala Plena, el Consejo de Estado ha resuelto que:

> *"(...) Para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:*
>
> *- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*
>
> *- **Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será 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, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.***
>
> ***3. 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**".*

Para sustentar su decisión, el H. Consejo de Estado ha considerado los presupuestos constitucionales que rigen la seguridad social y la sostenibilidad financiera, y ha explicado que de la lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se concluye que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma.

Si bien la sentencia de unificación, hace referencia al sector amparado por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es evidente que la naturaleza de los argumentos del Consejo de Estado se basa en que, en ningún caso debe reconocerse la pensión de vejez sobre factores distintos a los que sirvieron de base para cotización, es decir, resulta imperioso el previo descuento por aportes a pensión de todos aquellos factores determinadores del IBL.

Así las cosas, y como quiera que es la posición acogida por el Despacho en temas relacionados, se acatarán los argumentos que sirvieron de fundamento para sustentar los parámetros fijados por el tribunal de cierre dispuestos.

En el caso, se trata de un régimen especial que remite a normas de carácter general en las particularidades ya descritas. Por lo cual, para liquidar la pensión de los beneficiarios del régimen de la Ley 32 de 1986, **se deberán tener en cuenta únicamente los factores salariales sobre los cuales el servidor público hubiera efectuado cotizaciones al sistema de pensiones, tal como lo dispone el Acto Legislativo 01 de 2005; y, en cuanto al promedio del IBL, será sobre tales factores salariales percibidos durante el último año de servicios**.

4.2.3 Deberes de las administradoras de pensiones respecto de la información consignada en la historia laboral de sus afiliados

El artículo 48 de la Constitución define la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que debe prestarse bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, en los términos que contemple la ley. El sistema de seguridad social que el legislador diseñó en cumplimiento de ese mandato vincula al Estado con la cobertura de las contingencias que puedan sufrir sus afiliados, en especial, la de aquellas que menoscaban su salud y su capacidad económica, como las que derivan de la vejez, de la invalidez y de la muerte[8].

El esfuerzo que la pensión de vejez busca retribuir, está dado, en particular, por las cotizaciones obligatorias que el trabajador efectuó durante su vida laboral. Eso explica que la historia laboral, el documento que relaciona esos aportes, se convierta en la herramienta clave dentro del proceso que antecede el reconocimiento y pago de esa prestación. Con esa convicción, y en el marco de los asuntos que la Corte Constitucional ha estudiado en sede de revisión de tutela, dicha corporación ha dado cuenta de la especial responsabilidad que incumbe a las administradoras de pensiones respecto de la información consignada en la historia laboral de sus afiliados y sobre los derechos fundamentales que suelen verse comprometidos cuando los datos que esta reporta son incompletos. Tal responsabilidad tiene que ver, tanto con la función que cumple la historia laboral en el marco de un sistema pensional de naturaleza contributiva como con el carácter personal de los datos que contiene[9].

Frente al primero de esos aspectos, es preciso recordar que el sistema pensional colombiano supedita el reconocimiento de la pensión de vejez a la acreditación de un mínimo de cotizaciones. En el escenario del régimen pensional de prima media, tal circunstancia demuestra que el afiliado cumplió con cierta carga de solidaridad intergeneracional en virtud de la cual puede acceder a tal prestación. En el de ahorro individual, que acumuló la cantidad de aportes necesaria para los mismos efectos.

Todas esas cotizaciones se ven reflejadas en la historia laboral que, además, registra el periodo dentro del cual se realizaron esos aportes, la relación laboral o contractual de la que se derivan y el monto del ingreso con base en el cual se pagaron. **En ese contexto, la historia laboral opera como un elemento de prueba que a la vez que facilita el acceso del trabajador y de la entidad que administra sus aportes a información clara, actual y completa sobre el estado de cumplimiento de los requisitos en virtud de los cuales el primero podría llegar a**

[8] Ley 100 de 1993, preámbulo. Artículo 10.
[9] Ver Sentencia de Tutela de la Corte Constitucional T-179-16

adquirir el estatus de pensionado, propicia el oportuno reconocimiento de la prestación económica y la salvaguarda efectiva de los derechos fundamentales que se protegen a través del mismo.

El artículo 4º de la Ley 1581 de 2012, exige que la información personal almacenada por las entidades públicas o privadas sea veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible. Tal exigencia origina, a su vez, una prohibición correlativa frente al tratamiento de datos parciales, incompletos, fraccionados o que induzcan a error.

Adicionalmente el artículo 2° de la ley 1784 de 2014 compromete a las administradoras de los fondos de pensiones del régimen de ahorro individual a poner a disposición de sus afiliados, trimestralmente, extractos que informen el capital neto ahorrado, el monto de los intereses devengados durante el tiempo que se informa, las cotizaciones recibidas durante el periodo de corte del extracto, el monto deducido por el valor de las comisiones que cobra la administradora y el saldo neto después de las deducciones. Colpensiones, como administradora del régimen de prima media, está obligada a informar sobre las deducciones efectuadas, el número de semanas cotizadas durante el periodo de corte del extracto (que deberá remitirse anualmente) y el ingreso base de cotización de los aportes efectuados en los últimos seis meses.

La Corte Constitucional también ha indicado que el trámite de las solicitudes a cargo de los fondos de pensiones debe respetar los postulados del debido proceso administrativo, es así como las administradoras de fondos privados de pensiones, en tanto prestadoras del servicio público de seguridad social, deben responder las solicitudes que les formulen sus afiliados en relación con el reconocimiento de las prestaciones que amparan las contingencias aseguradas por el sistema a la luz de los referidos parámetros. Lo contrario supone, en los términos expuestos, la infracción de los derechos fundamentales a la seguridad, al hábeas data, derecho de petición y debido proceso administrativo.

En la sentencia T- 208 de 2012, se ordenó el amparo que protegió los derechos al mínimo vital y a la seguridad social de una mujer a la que el Instituto de los Seguros Sociales le denegó el reconocimiento de su pensión sobre la base de que contaba con un historial de cotizaciones inferior al que la propia entidad había certificado previamente[10].

[10] *Ver sentencia T-208 de 2012 "Cuando dicha entidad emite un pronunciamiento de resumen de semanas cotizadas por el empleador, correspondiente a la historia laboral, ha de entender que en principio dicha información la ata, salvo que proceda jurídicamente para controvertirla, pues a partir de ésta el receptor se crea una expectativa en torno al reconocimiento de su pensión, siendo éste un acto que expone la posición de la entidad frente a la relación jurídica en*

Es así como existe una línea jurisprudencial consolidada respecto de la **imposibilidad de trasladarles a los trabajadores las consecuencias negativas de la mora del empleador y de la falta de gestión de las administradoras en el cobro de los aportes.**

En este orden, Colpensiones puede verificar la exactitud de las cotizaciones si lo estima; indagar por la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones no declaradas; requerir informes a los empleadores, a los agentes retenedores de las cotizaciones al régimen o a terceros; exigirles que presenten documentos o registros de operaciones, ordenarles la exhibición o examen de los libros, comprobantes y documentos en los que se consignen las cotizaciones al régimen y realizar, en fin, las diligencias que resulten necesarias para la correcta y oportuna determinación de las obligaciones pensionales.

Dejar de reconocer una pensión sobre el supuesto de que las cotizaciones no se han efectuado equivaldría a trasladarle a la parte más débil de la relación tripartita de la que participan los trabajadores, los empleadores y las administradoras de pensiones las consecuencias de la negligencia de quienes, en contrapartida, ostentan la posición más fuerte. En ese orden de ideas, la Corte Constitucional ha mantenido una jurisprudencia pacífica acerca de la inoponibilidad de la mora patronal, de cara al reconocimiento y pago de prestaciones económicas, como la pensión de vejez.

4.2. CASO CONCRETO

Los hechos probados dentro del presente caso son:

- Cédula ciudadanía del actor[11].

- Certificación expedida por la Dirección y la Subdirección Secretaría Académica de la Escuela de Formación del INPEC, en donde se certifica que

cuestión. Así las cosas, en un momento posterior no puede afirmar sin justificación alguna que la persona cotizó menos semanas de las certificadas, puesto que si bien tiene el derecho de revisar sus archivos, lo cierto es que termina siendo una conducta contradictoria que atenta contra la honestidad y lealtad con la que han de cumplir sus funciones, pues ha generado en otro la expectativa del reconocimiento de su pensión.

Por lo tanto, se ha de entender que las certificaciones que haga la entidad acerca de las semanas cotizadas en pensiones la vinculan, en principio, por haber creado una expectativa en el receptor de la información. Por tanto, al resolver las solicitudes de pensión en un momento posterior ha de tener en cuenta la información que allí quedó consignada, teniendo el deber de no retractarse de las semanas cotizadas que ya había reconocido, es decir, no pudiendo afirmar que son menos de las inicialmente reconocidas, salvo que encuentre una justificación bien razonada para proceder de manera contraria. (…)"

[11] Ver fl. 16 del exp.

el señor Carlos Eduardo Casas Sánchez adelantó y aprobó el curso 105 de formación realizado entre el 16 de enero al 24 de agosto de 1995[12].

- Respuesta emitida por la Directora Escuela de Formación al actor mediante la cual se absuelven requerimientos en relación con su vinculación a la Escuela Penitenciaria Nacional, certificación de funciones y subordinación, entre otros[13].

- Derecho de petición elevado ante la Escuela Penitenciaria Nacional "Enrique Low Mutra", el día 26 de julio de 2003, mediante el cual se requirió a la entidad con el fin de obtener fecha de vinculación con la entidad, cumplimiento de funciones, subordinación y certificación de pago de una asignación dineraria[14].

- Acta de Posesión conforme al Decreto Reglamentario N° 1950 de 1973, como dragoneante de la planta global del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC a partir del 28 de agosto de 1995[15].

- Formato original 01 de pedidos de vinculación para bonos pensionales y pensiones desde el 28 de agosto de 1995 al 31 de enero de 2017[16]. Igualmente, dentro de los formatos aportados obra nota al pie en los certificados de salarios mes a mes, en el que se indica por parte de la Coordinación, Grupo de Tesorería, *que* ***no reposa archivo alguno para verificar los datos sobre IBC, realizándose los descuentos en pensión, según los porcentajes establecidos por la ley.*** *Adicionalmente anota que según circular 25 de 1994 de CAJANAL, Decreto 1158 de 1994 y acto legislativo N° 01 de 2005, se toma como IBC, la asignación básica mensual, prima de antigüedad, sobresueldo, bonificación por servicios prestados, horas extras en horario nocturno y sueldo por vacaciones, que el Decreto 446 del 24 de febrero de 1994, estableció que las primas de riesgo, subsidio de unidad familiar 7%, clima, coordinación, capacitación técnica y seguridad no constituyen factor salarial.*

  Destaca el despacho que de la certificación salarial del último año de prestación de servicios del actor -2016 a 2017[17]-, reporta tan solo los conceptos percibidos de prima de riesgo, subsidio unidad familiar, bonificación por recreación y prima capacitación; los demás conceptos de bonificación por

[12] Ver fl. 17 del exp.
[13] Ver fl. 18-19 del exp.
[14] Ver fl. 20-21 del exp.
[15] Ver fl. 22 del exp.
[16] Ver fl. 23 al 43 del exp.
[17] Ver fl. 43 del exp.

servicios, primas de vacaciones, navidad y servicios se registran devengados en cero. Igual en el periodo anterior (2015).

- Oficio BZ2013_1639557-0475122, proferido por Colpensiones el 08 de marzo de 2013, mediante el cual se le informa al actor que se encuentra en trámite a la solicitud de corrección laboral requerida[18].

- Oficio SEM-0357761 del 30 de octubre de 2013, por medio del cual Colpensiones informa al accionante que se realizó corrección de la historia laboral, la cual puede ser consultada en un lapso de 30 días en la página Web, haciendo algunas observaciones por las posibles inconsistencias[19].

- Oficio BZ2013_7039568 702174 dirigido por Colpensiones al demandante el día 01 de octubre de 2013, según el cual se informa que se recibió solicitud de corrección laboral, la cual sería tramitada dentro de los 60 días siguientes a su radicación[20].

- Oficio del 23 de noviembre de 2013 en el que Colpensiones indicó al actor que se verificaron los ciclos, pero figura deuda en el periodo 1995,1997,1999, 2001, 2002 y 2003 por lo cual no serán tenidos en cuenta dentro de las semanas cotizadas[21].

- Oficio del 03 de julio de 2015 radicado 8657248, en donde se reitera la posición anterior por parte de Colpensiones, al no incluir el cargue de los ciclos 1997/04, 1997/07 a 1999/08, 2001/07, 2001/10, 2001/12, 2002/01, 2002/07, 2002/12, 2003/02, 2004/02 y 2005/07 a 2005/09, por no evidenciar pago efectuado. Igualmente, el INPEC efectuó pagos para los ciclos 2001/11,2002/08, 2002/09, 2003/04, 2003/05 y 2013/12 pero no fueron suficientes para cubrir los valores totales correspondientes de las cotizaciones quedando intereses por pagar[22].

- Oficio T3-3958 de 27 de junio de 2016, por medio del cual se notifica sentencia de tutela 11001310903220160011 7-01 al Juez 32 Penal del Circuito de Conocimiento "urgente revoca y concede tutela"[23].

- Sentencia de tutela de 27 de junio de 2016 proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que resuelve impugnación conceder la tutela amparando el debido proceso, la seguridad social y hábeas

[18] Ver fl. 44-45 del exp.
[19] Ver fl. 46-47 del exp.
[20] Ver fl. 48 del exp.
[21] Ver fl. 49 del exp.
[22] Ver fl. 50-51 del exp.
[23] Ver fl. 52 del exp.

data, danto el término de 10 días a Colpensiones para realizar las correcciones correspondientes al historial laboral del tutelante[24].

- Derecho de petición de 16 de febrero de 2015, a través del cual el accionante solicitó una pensión especial de vejez por alto riesgo, en su calidad de miembro del cuerpo de custodia y vigilancia de conformidad con la ley 32 de 1986, con el 75% del promedio de los salarios que hubiera devengado según el artículo 45 de ley 1045 de 1978[25].

- Resolución N° GNR 394999 del 07 de diciembre de 2015, que resuelve negar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez solicitada por el actor, por no cumplir con el requisito de tiempo exigido en el artículo 96 de la ley 32 de 1986[26].

- Acta de notificación personal de Resolución N° GNR 394999 suscrita el 14 de diciembre de 2015[27].

- Recurso de apelación radicado el 29 de diciembre de 2015, por medio del cual se argumentó por el extremo demandante que a partir del año 2013 ha solicitado en múltiples ocasiones la actualización de su historia laboral y que pese a lo anterior, COLPENSIONES ha omitido dicha obligación requiriendo cotizaciones adicionales de conformidad con el Dto. 2090 de 2003, régimen no aplicable en razón a su vinculación en agosto de 1995. Dentro del recurso aportó las planillas de los tiempos faltantes que no fueron tenidos en cuenta por Colpensiones[28].

- Resolución GNR 90673 del 31 de marzo de 2016 en la cual el Gerente Nacional de Reconocimiento de la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones de la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES resolvió un recurso de reposición, confirmando en todas y cada una de sus partes el acto administrativo recurrido, lo anterior, por considerarse que el actor no cumplió con el requisito de tiempo establecido en la ley 32 de 1986, al acreditarse en su expediente laboral un total de 983 semanas que corresponden a 19 años, 1 mes y 13 días, inferiores a los 20 años de servicio requeridos para su aplicación. Así las cosas y por no cumplir con los requisitos anteriormente mencionados, se procedió a verificar por la entidad la posibilidad de la aplicación del régimen de transición al señor Carlos Eduardo Casas Sánchez,

[24] Ver fl. 53-67 del exp.
[25] Ver fl. 68-72 del exp.
[26] Ver fl. 73-75 del exp.
[27] Ver fl. 76 del exp.
[28] Ver fl. 77-79 del exp.

contemplado en la ley 100 de 1993, artículo 36, quien tampoco cumplió con el mínimo de semanas cotizadas para el reconocimiento de una pensión ordinaria de vejez[29].

- Fallo de tutela proferido por el Juzgado Cuarenta y Tres (43) Penal del Circuito con Función de Conocimiento, el cual dispuso amparar el derecho al debido proceso y a la doble instancia del actor, declarando la nulidad de la actuación administrativa a partir de la decisión a través de la cual COLPENSIONES accedió a dar trámite al recurso de reposición como principal y el de apelación como subsidiario, según resolución GNR394999 del 07 de diciembre de 2015[30].

- Notificación personal, Resolución N° VPB 23963 del 09 de junio de 2016[31].

- Resolución VPB23963 de 03 de junio de 2016, por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación, en donde la entidad procedió a señalar que mediante radicado interno BZ N° 2016_4783394 de la Gerencia Nacional de Aportes y Recaudos, inició gestión de cobro a favor del afiliado Carlos Eduardo Casas Sánchez, en trámite. Que por no acreditarse los requisitos establecidos en la ley 32 de 1986 en razón a 20 años de servicios se procedió al estudio de las exigencias contempladas en la ley 797 de 2003 que tampoco fueron cumplidos en razón al tiempo cotizado de 1300 semanas y a la edad necesaria para el reconocimiento de la pensión de vejez[32].

- Reporte de semanas cotizadas en pensiones, expedido por Colpensiones desde el 24 de febrero de 1994 al 31 de enero de 2017[33].

- Epicrisis del Hospital Universitario Nacional de Colombia, con registro clínico del 22 de agosto de 2016, servicio de ingreso de hospitalización, diagnóstico "diabetes mellitus no isulinodependiente sin mención de complicación"[34].

- Sistema de Registro Clínico Avicena, historia clínica paciente crónico, Sanitas internacional del 06 de marzo de 2017, 21 de diciembre de 2016, 07 de diciembre de 2016. Diagnóstico principal "Diabetes Mellitus no insulinodependiente sin mención a complicación"[35].

[29] Ver fl. 80-83 del exp.
[30] Ver fl. 84-88 del exp.
[31] Ver fl. 90 del exp.
[32] Ver fl. 90-92 del exp.
[33] Ver fl. 93-96 del exp.
[34] Ver fl. 97-104 del exp.
[35] Ver fl. 105-114 del exp.

- Historia Clínica Ocupacional y de Salud, Fundemos I.P.S, tipo de examen ascenso, fecha 24 de octubre de 2016. En recomendaciones adicionales se encuentra anotación "*no cumple con profesiograma por hipoacusia bilateral moderada adicional antecedente de dermatitis controlada, artritis gotosa controlada y hallux valgas pie izq*"[36].

- Renuncia presentada por el actor del 16 de enero de 2017, ante el Brigadier General, del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, teniendo en cuenta el concepto de no apto para realizar actividades dentro del profesiograma de la entidad y en atención al trámite en curso para la obtención de su pensión de jubilación[37].

- Resolución 000206 del 30 de enero de 2017 el Director General del INPEC, aceptó la renuncia presentada por el actor a partir del 31 de enero de 2017[38].

- Solicitud de conciliación extrajudicial del 12 de enero de 2017 radicado SIAF 9631 ante la Procuraduría Judicial Administrativa[39].

- Solicitud de aplazamiento de audiencia de conciliación del 23 de febrero de 2017, radicada por la Secretaria Técnica del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de Colpensiones, ante la Procuraduría 50 Judicial II Administrativo[40].

- Citación electrónica a audiencia para el día 29 de marzo de 2017, emitida a las partes por la Procuraduría 50 Judicial para Asuntos Administrativos II[41]

- Circular Interna 14 de 2015 emitida por Colpensiones, sobre los aportes patronales en mora y la imposibilidad de oponer al afiliado la mora patronal al momento de computar aportes a pensión[42].

- Acta de conciliación extrajudicial de 31 de marzo de 2017, ante la Procuraduría N° 50 Judicial II para Asuntos Administrativos, fallida por la falta de ánimo conciliatorio de las partes.[43]

[36] Ver fl. 115-127 del exp.
[37] Ver fl. 128 del exp.
[38] Ver fl. 129 del exp.
[39] Ver fl. 130-136 del exp.
[40] Ver fl. 137 del exp.
[41]Ver fl. 138 del exp.
[42] Ver fl. 139-143 del exp.
[43] Ver fl. 150-151 del exp.

- Formato N° 1 Certificado de información laboral, para bonos pensionales y pensiones expedido el 25 de octubre de 2017, del 28 de agosto del 1995 al 31 de enero de 2017[44].

Teniendo en cuenta el material probatorio obrante dentro del expediente se tiene que el demandante ingresó a la Escuela Penitenciaria Nacional, en donde aprobó el curso 105 de formación, realizado entre el 16 de enero al 24 de agosto de 1995, siendo vinculado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC a partir **del 28 de agosto de 1995** a través de acta de posesión y nombramiento**,** así las cosas, y teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 140 de la ley 100 de 1993, reglamentado por el Decreto 1950 de 2005, para identificar si el servidor del INPEC está cobijado por la Ley 32 de 1986 o por el Decreto No. 2090 de 2003, se deberá tener en cuenta *la fecha de su vinculación, esto es, si ocurrió antes o después del 28 de julio de 2003*[45].

Por lo anterior, y sin lugar a duda, el régimen aplicable al demandante es el dispuesto en la **ley 32 de 1986;** cabe aclarar que a ese régimen no se llega en virtud del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o en el Decreto 2790 de 2003, sino a lo preceptuado en el parágrafo transitorio 5° del Acto Legislativo No. 01 de 2005.

Ahora bien, el despacho procederá a verificar lo dispuesto en el art. 96 de la Ley 32 de 1986, concerniente al tiempo de servicios, sin atender la edad:

> *"(...) ARTÍCULO 96. PENSIÓN DE JUBILACIÓN. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciada 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****. (...)" (****Subraya y negrilla furo del texto original)***

Conforme a la normativa anteriormente relacionada, para acceder a la pensión de jubilación los servidores del INPEC sólo necesitaban reunir el requisito de tiempo de servicios (20 años), siendo indiferente la edad; bajo este presupuesto, se procederá por el despacho a contabilizar los tiempos de servicios certificados por el empleador INPEC, a folios 23 al 43 y 162 al 182 del expediente:

[44] Ver fl. 162-182 del exp.
[45] Fecha de vigencia del Decreto 2090 del 26 de julio de 2003, CE Consulta, 8 Jun. 2016, el 1001-03-06-000-2016-00048-00(C), A. Normen: "(...) De los normas anteriormente citadas, se tiene que el Acto Legislativo 01 de 2005 el cual es una norma posterior, y de superior jerarquía, estableció que el régimen que se aplicará para los miembros de Cuerpo de Custodia y vigilancia penitenciaria y Carcelario Nacional sería el régimen contemplado el Decreto 2090 de 2003, salvo para aquellos miembros que se vincularon a dicho Cuerpo con anterioridad a la fecha en entrada en vigencia del mismo, para estos el régimen que se aplicará será el contemplado en la Ley 32 de 1986. (...)" (Negrilla fuera del texto original)

ENTIDAD	TIEMPO SERVIDO		TOTAL
INPEC	DESDE	HASTA	
DRAGONEANTE	28/08/1995	30/06/2014	18 años, 10 meses y 2 días
DISTINGUIDO	01/07/2014	31/01/2017	2 años y 7 meses

Como se observa el señor Carlos Eduardo Casas Sánchez, cuenta con periodo total de 21 años, 5 meses y 3 días, pero por presentarse una interrupción de 8 días entre el periodo del 24 de enero de 2017 al 31 de enero de 2017, se toma como sumatoria total de tiempo de servicios **21 años, 4 meses y 25 días;** así las cosas, el demandante tiene derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación bajo el régimen de la Ley 32 de 1986, habiéndose consolidado su estatus pensional el día **28 de agosto del año 2015.**

En cuanto a la posición de la entidad demandada frente al reconocimiento pensional, esta indicó en forma reiterativa a través de oficios dirigidos al demandante[46], que se presenta una deuda en varios de los periodos por él cotizados, razón por la cual no son tenidas en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, requiriéndose al empleador respecto del pago de los ciclos pendientes, efectuando entre otras las siguientes observaciones:

> "*nos permitimos informar que una vez verificadas nuestras bases de datos, no se evidencia pago efectuado por dicho empleador para tales ciclos, razón por la cual no se contabilizan en su historia laboral, de la misma manera en el historial de pagos, se visualizan deudas presuntas, generando intereses pendientes por pagar, debido a que el empleador INPEC con NIT: 800215546 y 832001789 no efectuó pagos para los ciclos 1997/04 y 1999/03 respectivamente, razón por la cual de acuerdo con la imputación de pagos que trata el Decreto 1818 de 1996 y 1406 de 1999, no contabiliza el total de días cotizados para los ciclos 1997/05 1997/06 y 1999/06 a 1999/08 respectivamente.*
>
> *Es de aclarar al respecto, es posible que se haya dado el pago por parte del empleador, pero el mismo presente inconsistencias como error en los datos o falta de detalle respecto de los afiliados sobre los cuales se efectuó el pago, y en tal sentido nuestro sistema no registra la aplicación de los mismos, mostrándolos como deuda, pues de igual forma deben ser aclarados por el empleador. Por lo anterior y de acuerdo a las atribuciones que nos competen y a las leyes vigentes, hemos requerido al empleador el pago o aclaración de los ciclos pendientes, sin embargo si usted cuenta con los soportes probatorios que nos ayuden a identificar el posible origen de los pagos o de la inconsistencia presentada, agradecemos hacerlos llegar a uno de nuestros punto de atención, con lo cual podremos efectuar validaciones adicionales, tendientes a esclarecer la falta de dichos pagos*[47]*".*

Como se observa la entidad niega el derecho pensional del actor con fundamento en que no logró acreditar 20 años de tiempo de servicios, no cumpliendo con el requisito de tiempo exigido por el artículo 96 de la ley 32 de 1986.

[46] ver oficios a folios 44 a 51 del exp.
[47] Ver fl. 50-51 del exp. Oficio expedido por Colpensiones el 03 de julio de 2015.

Respecto a la posición de Colpensiones en este tipo de situaciones, la Corte Constitucional ha precisado que existen obligaciones específicas para las administradoras de los régimen pensionales, entre estas encontramos la contenida en el artículo 53 de la Ley 100 de 1993 que estipula deberes de fiscalización e investigación de las entidades administradoras del régimen, que comprenden verificar la exactitud de las cotizaciones y adelantar las investigaciones pertinentes para comprobar la certeza de los hechos generadores, así como citar a empleadores o terceros para que rindan informes necesarios.

Así es que, a COLPENSIONES no les es posible endilgar sus responsabilidades a los afiliados, es decir, reportar inconsistencias sin la debida procura de sanear las anomalías presentadas directamente con el empleador, sin afectar los derechos fundamentales y prestaciones del empleado[48].

En cuanto a la existencia de mora por parte del INPEC alegada por COLPENSIONES, cabe aclarar que no puede negarse el reconocimiento de la pensión porque la entidad encargada de reconocerla está en el deber de exigir al empleador la cancelación de los aportes, por cualquiera de las vías administrativas o judiciales legalmente establecidas, e imponer las sanciones previstas, sin que le sea dable hacer recaer sobre el empleado las consecuencias que se puedan derivar de la mora del empleador en el pago de los aportes pensionales, ni alegar en su favor su propia negligencia en la implementación de las acciones de cobro. **Lo anterior, puesto que el empleado es ajeno a dicha situación de mora y no tiene porqué asumir la ineficiencia de la administración en el cobro de los aportes**.

Respecto a este punto, el actor incorpora circular interna 14 de 2015[49], la cual establece los criterios en relación con la asunción de la mora patronal para el reconocimiento de las diferentes prestaciones económicas, "*ante la imposibilidad de oponer al afiliado la mora patronal al momento de computar aportes a pensión*". De tal forma, es claro el actuar ilegal de COLPENSIONES frente al actor y el reconocimiento de la pensión especial de alto riesgo. Además, no se puede dejar de lado la urgencia del reconocimiento dicho amparo prestacional, pues como bien se prueba a través del historial clínico anexo, durante los años 2016 y 2017[50] el estado de salud del actor se ha visto afectado como consecuencia a la diabetes mellitus diagnosticada requiriéndose así la permanencia de cobertura del sistema de salud correspondiente.

[48] Ver T-482 de 2012 "A las entidades administradoras de pensiones no les es dable trasladar al interesado las consecuencias negativas del deficiente cumplimiento de dicha obligación, es decir, de la desorganización y no sistematización de la información sobre cotizaciones laborales. Se trata pues de errores operacionales que no pueden afectar al afiliado, cuando éste logra demostrar que la información que reposa en la base de datos sobre su historia laboral, no es correcta o precisa"
[49] Ver fl. 139-143 del exp.
[50] Ver fl. 105 al 114.

En cuanto a lo argumentado por el demandante en relación al tiempo que permaneció como alumno de la Escuela Penitenciaria Nacional el cual debe ser computado para obtener la mesada pensional, la Corte Constitucional[51] y el Consejo de Estado han reiterado en varios pronunciamientos que, no se puede considerar que quienes asistieron a una escuela de formación de la fuerza pública estén para efectos prestacionales, en la misma situación en la que se encuentran las personas que prestan servicio militar obligatorio; en primera medida, porque los segundos cumplen con un mandato constitucional, mientras quienes se aproximan a las escuelas militares o de policía, lo hacen voluntariamente y, porque las funciones propias de las escuelas de formación militar, se asemejan más a las de estudiantes universitarios que a las de alguien que realiza actividades propias del servicio; de tal forma, sus apreciaciones no podrán ser estimadas con el fin de aumentar el tiempo de servicios prestado dentro del INPEC. Con todo, este tiempo no es necesario, al acreditar más de 20 años de prestación de servicios, como quedó precedentemente analizado.

Ahora bien, para el reconocimiento de su pensión de vejez se deberá dar aplicación a la ley 32 de 1986 y al artículo 4 de la Ley 4 de 1966, norma anterior aplicable a los empleados públicos nacionales, que determinó que la pensión se liquida con base en el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios y, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior aplicable a los empleados públicos nacionales, en la cual se definieron los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de pensiones, es decir aplicando el 75% sobre el promedio de lo cotizado (o sobre lo cual debió cotizar) en el último año de servicios, en acatamiento a lo señalado en el acto legislativo 01 de 2005.

En virtud de lo anterior, analizados las pruebas documentales incorporadas por el demandante se observa que el último año de servicios corresponde al periodo del **01 de febrero de 2016 al 31 de enero de 2017**, percibió los siguientes conceptos:

- *Asignación básica mensual*
- *Prima de riesgo*
- *Subsidio unidad familiar*
- *Bonificación por recreación*
- *Prima capacitación*

Los conceptos de bonificación por servicios prestados, primas de vacaciones, navidad y de servicios aparecen percibidos en cero. Similar situación se confronta

[51] Ver Sentencia de la Corte Constitucional, T-200 de abril 20 de 2015.

para el periodo 2015. En formulario 3B, se relacionan los conceptos de cotización sobre los factores de asignación básica y bonificación por servicios prestados[52] .

Adicionalmente, la entidad indica en cada una de las notas al pie incorporadas dentro de la certificación de valores pagados en el último año de servicios que de conformidad con el Decreto 446 de 24 de febrero de 1994, *la prima de riesgo, el subsidio de unidad familiar del 7%, clima, coordinación, capacitación técnica y seguridad no constituyen factor salarial*. De otra parte, destacó que **no reposa archivo alguno para verificar los datos sobre IBC y, que se realizaron los descuentos en pensión según los porcentajes establecidos por la ley.**

Del cruce de información anterior y pese a reportar factores devengados en cero y otros conceptos aptos para el reconocimiento pensional como no percibidos -por ej. bonificación por servicios prestados, pese a que se acredita su aporte-, advierte el despacho que los factores a considerar para efectos del reconocimiento de la pensión (a la luz del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978), son los siguientes: **sueldo, sobresueldo, horas extras, subsidio de alimentación y de transporte, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios.**

En el evento de que la administración haya dejado de realizar las cotizaciones al régimen pensional sobre los factores anteriormente advertidos, se trataría de una omisión por parte del INPEC, que conllevaría a desconocer el beneficio reportado con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, que permite el reconocimiento pensional conforme al régimen del INPEC, señalada en la ley 32 de 1986, para aquellos cuya vinculación se haya dado con anterioridad a la expedición del Decreto 2090 de 2003, la cual no podría ser asumida por el trabajador. Posición que no difiere de la sentada por el Consejo de Estado, pues únicamente se van a reconocer los factores **que por ley debieron ser cotizados.**

Lo anterior, sin perjuicio de los cobros que deberá realizar Colpensiones en relación a los factores reconocidos sujetos de cotización sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal.

Así entonces, se ordenará a la entidad a reconocer la pensión de jubilación a favor del actor aplicando el 75% sobre el promedio de lo cotizado (o sobre lo cual debió cotizar) en el último año de servicios, esto es del 1 de febrero de 2016 al 31 de enero

[52] Ver fl. 35 del exp.

de 2017, los cuales son: sueldo, sobresueldo[53], horas extras, subsidios de alimentación y de transporte y doceavas partes de la bonificación por servicios, la prima de servicios, la prima de navidad y la prima de vacaciones, siempre y cuando sobre los mismos i) se acredite que se devengaron en el último año de prestación de servicios y, ii) se hubiese efectuado las respectivas cotizaciones, pues, es claro que la entidad advierte que se efectuaron cotizaciones o descuentos ordenados por la ley (sin especificar cuáles).

Señalado lo anterior, es necesario hacer precisión frente a ciertos factores, que no pueden considerarse en el IBL pensional*,* ***esto es, vacaciones, prima de riesgo, subsidio de unidad familiar del 7%, clima, coordinación, capacitación técnica y seguridad y bonificación por recreación.***

En cuanto a la **prima de riesgo,** se tiene que, efectivamente el Decreto 446 de 1994, creó una prima especial de riesgo con carácter permanente para los empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, que presten sus servicios en centros o pabellones de especial seguridad del INPEC, señalando enfáticamente el artículo 10 que se trata de una ***prima que no constituye factor de salario***.

Sin embargo, este Despacho tenía la posición de reconocer el factor de prima de riesgo en el IBL, no sólo por haber sido devengada como contraprestación de los servicios del pensionado, sino porque la norma referida establecía a cargo del INPEC el deber de cotizar adicionalmente el 8.5% para cubrir la actividad de alto riesgo, en aplicación del Decreto 1835 de 3 de agosto de 1994, que desarrolló el artículo 140 de la Ley 100 de 1993[54], y que clasificó las actividades de alto riesgo en las entidades públicas y que dispuso en su artículo 12 que las entidades allí enlistadas debían cotizar exclusivamente a su cargo un 8.5% más por las actividades de alto riesgo. Pese a lo anterior, la instancia rectificó su posición en pronunciamientos posteriores, por cuanto:

(i) el artículo 1 del Decreto 1835 de 1997 establece su campo de aplicación, según el cual se excluyó a los miembros del INPEC así:

> *"… Sin perjuicio de lo anterior, y en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993, el presente Decreto contiene las normas especiales sobre actividades de alto riesgo de todos los servidores públicos,* ***salvo aquellos*** *de la Registraduría Nacional del Estado*

[53] Si bien, este concepto no se enlista en el art. 45 del dto. 1045 de 1978, debe precisarse que el Decreto 446 de 1994, lo determina con carácter salarial.

[54] ***ARTÍCULO 140. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS****. De conformidad con la Ley 4a. 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.

> *Civil y* ***del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, quienes serán objeto de decisión especial****…".*

(ii) si bien tal reconocimiento podría ampararse en decisiones jurisprudenciales, la discusión ha quedado zanjada con la unificación de jurisprudencia explicada anteriormente, y el mismo Acto Legislativo 01 de 2005 a partir del cual ninguna pensión se ha de reconocer sobre factores que no hayan sido objeto de aporte a pensión.

Adicionalmente, se encuentra sustento legal por el cual se dispone que la prima de riesgo no es factor salarial, como es el Decreto 2725 de 2001 "*por el cual se establece la prima de seguridad, se fija un sobresueldo para algunos empleos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- y se dictan otras disposiciones"*, el cual reafirma la previsión contemplada en el Decreto 446 de 1994, al consagrar en su artículo 10 sobre la prima de riesgo:

> ***"Artículo 10 .****Prima de Riesgo. El personal carcelario y penitenciario a que se refiere el artículo 6º del presente Decreto tendrá derecho a* ***una prima de riesgo sin carácter salarial****, equivalente al treinta por ciento (30%) del sueldo básico mensual".*

Dicha connotación se confirmó en las normas posteriores que la derogaron (Decretos 672 de 2002, 3567 de 2003, 4175 de 2004, 939 de 2005, 382 de 2006, 611 de 2007, 654 de 2008, 719 de 2009, 1384 de 2010, 1031 de 2011, 853 de 2012, 1029 de 2013, 199 de 2014, 1101 de 2015, 229 de 2016, 999 de 2017, 330 de 2018).

Así las cosas, mientras el concepto de prima de riesgo, no sea constitutivo de aportes a pensión, no deben ser incluidas en el IBL de la pensión, aún tratándose de regímenes especiales[55].

En cuanto a los conceptos de **coordinación, capacitación técnica y seguridad y prima de clima**, no se encuentran taxativamente entre los factores del Decreto 1045 de 1978, y no fueron sujetos a cotización para aportes a pensión; además, que el decreto 446 de 1994, no los enlista con carácter salarial; por lo anterior, no serán reconocidos en el IBL de la pensión del actor.

Frente a la **bonificación por recreación**, no se tendrá como factor salarial, toda vez, que el Consejo de Estado señaló que, este concepto fue establecido "sin carácter salarial" por el mismo legislador, en el artículo 15 del Decreto 2710 de 2001, por lo

[55] Al respecto, consúltese sentencia de revisión, proferida en el exp. 11001032500020160075900 (Nº Interno 3482-2016), C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, del 25 de abril de 2019, accionante UGPP, Demandado: José Ariosto Hende Rincón, **en la que advirtió que la prima de riesgo no tiene carácter salarial computable para la pensión de servidores del INPEC.**

tanto, no será incluida en la liquidación de la prestación del demandante; así mismo, no se tendrá en cuenta las **vacaciones**, ya que al tenor del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, al ser un reconocimiento en dinero de las vacaciones NO disfrutadas, se tiene, que las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, por lo tanto, corresponden al mismo pago salarial; la diferencia está en que el servidor hace uso de ellas y sigue devengando el salario, por eso se llama descanso remunerado, aunado a que sobre estos factores no se efectuaron aportes a pensión.

El **subsidio de unidad familiar 7%,** se encuentra contemplado en el artículo 15 del Decreto 446 de 1994, en los siguientes términos:

> *"**Artículo 15. Subsidio Familiar**. De conformidad con las normas legales vigentes que regulan el pago del subsidio familiar, los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelario Nacional, tendrán derecho, a partir del 1° de enero de 1995, al pago de un siete por ciento (7%) adicional por tal concepto**, sin constituir factor salarial**, el cual se pagará por unidad familiar, con cargo al presupuesto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec. La anterior prestación se establece sin perjuicio del subsidio familiar a que tienen derecho los funcionarios de acuerdo con las normas vigentes". (Negrita fuera del texto).*

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

> *" (...) - El subsidio Familiar del 7%.*
>
> *Dispone el artículo 15 del decreto 446 de 1994:*
>
> *(...)*
>
> *Para la Sala, contrario a lo concluido por el Tribunal, el subsidio familiar adicional del 7% no puede ser considerado factor salarial para liquidar la pensión del accionante, no sólo porque así lo dispone el artículo transliterado, sino porque el mismo no responde a una contraprestación directa del servicio, pues, como lo ha dicho la misma Corte Constitucional**, la naturaleza del subsidio familiar responde a una prestación propia del régimen de seguridad social y a un mecanismo de redistribución del ingreso.** Sumado que la Ley 2121de 1982, que aplica tanto para el sector público como para el privado, en su artículo 2° dispuso que "[e]l subsidio familiar no es salario, ni se computará como factor del mismo en ningún caso." Por ello la decisión del a quo será variada en este aspecto, para excluir de los factores a tener en cuenta el subsidio familiar del 7% (...)". (Negrilla fuera del texto).*

Finalmente, el Despacho procede a estudiar si en el presente caso se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción.

4.2.1. Prescripción:

El Despacho entrará a resolver de oficio si en el presente asunto ha ocurrido el fenómeno jurídico de la prescripción.

Las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales han previsto la prescripción de los derechos en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969; e incluso en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral[56].

En el caso que nos ocupa, la tendencia jurisprudencial ha sido, en el sentido de declarar no la prescripción del derecho pensional, toda vez que se trata de una prestación periódica, sino de declarar prescritas las mesadas que no se hayan reclamado dentro de los tres años anteriores al momento en que se quiere hacer efectivo el pago de estas.

De los hechos demostrados en el proceso, se establece que al demandante le fue negada su solicitud de reconocimiento pensional a través de la Resolución No GNR 394999 de 07 de diciembre de 2015.

Posteriormente la entidad resolvió recurso de reposición contra el acto administrativo anterior mediante Resolución N° GNR 90673 de 31 de marzo de 2016, finalmente se desata recurso de apelación mediante Resolución VPB23963 de 03 de junio de 2016. En consecuencia, es partir de este último acto administrativo que el actor contaba con 3 años para reclamar el reconocimiento de su pensión ante la administración; radicó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación el 12 de enero de 2017, con la cual interrumpió el término prescriptivo y, como la demanda fue presentada el 07 de marzo de 2017[57], no se observa inactividad del demandante por más de 3 años; por lo tanto, cualquier diferencia causada sobre las mesadas a favor del demandante, se encuentran a salvo del fenómeno prescriptivo, en ese orden, **se declara no probada la excepción de prescripción.**

4.2.2 Descuentos para aportes a la seguridad social en pensiones

Como en el expediente no se logró determinar sobre cuáles factores se hicieron los descuentos o cotizaciones al sistema pensional por parte de la entidad empleadora, el Despacho advierte que, sólo en el evento de acreditarse que no

[56] ***Artículo 15.*** *Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero solo por un lapso igual.*
[57] Ver fl. 145 del exp.

se cubrieron las respectivas cotizaciones sobre los factores devengados y enlistados en este fallo, la entidad demandada, podrá realizar su cobro ante la entidad empleadora -pues, esta situación no pude trasladarse al accionante-, aplicando la prescripción, no del Estatuto Tributario que de tiempo atrás en este aspecto aplicó la jurisdicción, pues, como bien lo señala el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la aplicación del Libro V del Estatuto Tributario, lo es para el ejercicio de facultades de fiscalización y control , conceptos estos que no suponen la facultad de cobro; discurriendo que el Estatuto Tributario tiene una delimitación de su objeto que no puede extenderse a los aportes parafiscales; motivo por el cual, estimó pertinente, acudir a las normas generales sobre la prescripción contenidas en el Código Civil y la modificación introducida por la Ley 791 de 2002 que es de cinco años contados a partir de que la obligación se ha hecho exigible[58].

Finalmente, la Instancia no condenará en costas, teniendo en cuenta que el artículo 188 del CPACA, no exige la condena en sí misma, sino el pronunciamiento por parte del operador judicial y teniendo en cuenta que este Despacho no encontró respecto a la parte vencida conducta reprochable, no se hace necesaria la sanción.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Siete Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: DECLARAR no probada de oficio la excepción de prescripción, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de las resoluciones Nos. GNR 394999 del 07 de diciembre de 2015, GNR 90673 del 31 de marzo de 2016 y VPB 23963 del 03 de junio de 2016, que denegaron el reconocimiento de la pensión de jubilación del actor, expedidas por la Administradora Colombiana de Pensiones -**COLPENSIONES**-, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

[58] Ver Concepto Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P., Alberto Montaña Plata (Conjuez), del 24 de abril de 2018, **Rad. No.: 11001-03-06-000-2016-00219-00(2317)**

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, a:

a. Reconocer la pensión de jubilación al señor **Carlos Eduardo Casas Sánchez, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.755.320**, contemplada en la Ley 32 de 1986, con el **75% sobre el promedio de lo cotizado (o sobre lo cual debió cotizar) en el último año de servicios, esto es del 01 de febrero de 2016 al 31 de enero de 2017**, **los cuales son: sueldo, sobresueldo[59], horas extras, subsidios de alimentación y de transporte y doceavas partes de la bonificación por servicios, la prima de servicios, la prima de navidad y la prima de vacaciones, siempre y cuando sobre los mismos i) se acredite que se devengaron en el último año de prestación de servicios y, ii) se hubiese efectuado las respectivas cotizaciones,** a partir del 1 de febrero de 2017, fecha del retiro definitivo del servicio.

b. La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES pagará al demandante los valores causados por pensión de jubilación, a partir del 1o. de febrero de 2017, fecha del retiro definitivo del servicio, aplicando la indexación señalada en el artículo 187 del CPACA, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de su pensión de jubilación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

CUARTO: En el evento de acreditarse que no se cubrieron las respectivas cotizaciones por parte de la entidad empleadora, sobre los factores devengados

[59] Si bien, este concepto no se enlista en el art. 45 del dto. 1045 de 1978, debe precisarse que el Decreto 446 de 1994, lo determina con carácter salarial.

y enlistados en este fallo, la entidad demandada, podrá realizar su cobro ante el INPEC aplicando la prescripción de cinco (5) años, señalada en el Código Civil, valor que deberá ser debidamente indexado.

QUINTO: NEGAR las demás súplicas de la demanda por las razones expuestas.

SEXTO: Sin costas en la instancia.

SÉPTIMO: La entidad deberá cumplir la sentencia en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: Una vez en firme esta sentencia devuélvase a la parte actora el remanente de los gastos procesales, si hubiese lugar al mismo, y archívese el expediente, dejando las constancias del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ NUBIA GUTIÉRREZ RUEDA
Juez

Firmado Por:

LUZ NUBIA GUTIERREZ RUEDA

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 47 ADMINISTRATIVO BOGOTÁ

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:

443f0f54e7819ad9bd95957ee22c5ea65db1a08555e57a0cc54709f3ca46ccbf

Documento generado en 15/09/2020 01:42:54 p.m.