

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CINCUENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil dieciséis (2016).

Sentencia No. 225

Radicación: 11001-33-35-007-2014-00331-00
Demandante: Pedro Moreno Suárez
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Sentencia de Primera Instancia

1. LA DEMANDA

1.1 PRETENSIONES

-Declarar la nulidad del actos administrativos contenidos en las Resoluciones **05165 del 21 de febrero de 2012** modificada por la **GNR 349071 del 10 de diciembre de 2013** proferidos por el Instituto de Seguros Sociales y Colpensiones, a través de las cuales se reconoció y reliquidó la pensión de jubilación del accionante, respectivamente, sin incluir la totalidad de los factores salariales devengados por éste en su último año de servicios.

-Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la demandada **reliquidar y pagar** la pensión de jubilación, en cuantía del **75%** de lo percibido en el último año de servicios, entre ellos: asignación básica, prima de riesgo, subsidio de alimentación, subsidio unidad familiar, auxilio de transporte, prima de vigilante instructor, bonificación por recreación, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios.

-Que se liquiden los reajustes anuales a que haya lugar sobre todos los factores salariales, previos los descuentos de las sumas que se le hayan pagado por concepto de pensión de jubilación.

-Que se condene a la entidad al pago de indexación, ordenando la actualización del valor de las mesadas pensionales aplicando la variación del IPC de acuerdo a la fórmula establecida en la jurisdicción administrativa para tal fin y en concordancia con el artículo 187 del CPACA.

-Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia, así como el reconocimiento de los intereses de mora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA.

-Que se condene en costas y ordene el pago de las agencias en derecho, a la entidad demandada según lo establecido en el artículo 188 del CPACA.

1.2 HECHOS

-El señor **Pedro Moreno Suárez**, laboró al servicio del Instituto Penitenciario y Carcelario – INPEC, por lo que mediante Resolución No. **051165 del 21 de febrero de 2012 (sic)**, le fue reconocida su pensión de jubilación de conformidad a lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005 parágrafo 5 y Ley 32 de 1986, pero omitió aplicar el 75% de todo lo devengado en su último año de servicios.

-Su estatus jurídico lo consolida el 11 de julio de 2010, siendo efectiva su mesada pensional a partir del 1 de febrero de 2012.

-El 10 de abril de 2012 presentó ante el Instituto de los Seguros Sociales, recurso de apelación y en subsidio apelación, solicitando se reliquidara su prestación social, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en su último año de servicios, lo cual fue resuelto por COLPENSIONES a través de Resolución No. GNR 349071 del 10 de diciembre de 2013, ordenando reliquidar su pensión de jubilación sin tener en cuenta la totalidad de los factores devengados en su último año de servicios.

1.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora indica como normas violadas las siguientes: Constitución Política artículos 2, 4, 6, 13, 25, 29, 53 y 58; Ley 57 de 1887 artículo 5; Código Civil artículo 10; Código Sustantivo

del Trabajo artículo 21; Ley 62 de 1985 artículos 1 y 3; Ley 32 de 1986; Decretos 1848 de 1969 y 407 de 1994 artículo 168. El concepto de violación se sintetiza así:

Con la expedición de los actos administrativos demandados, se transgredieron los preceptos constitucionales, toda vez que en los mismos se establecen los principios de seguridad social, igualdad, esto con el fin de que las prestaciones sociales de los asociados sean reconocidas y ajustadas a la Ley, aspecto que no se evidencia para el caso en concreto.

La Ley 100 de 1993 en su articulado establece las garantías y prerrogativas necesarias para aquellos beneficiarios que han adquirido y cumplido los requisitos de los regímenes anteriores que se encuentran vigentes, así como también para aquellos regímenes especiales, sean respetados y su pensión de jubilación sea reconocida bajo los parámetros establecidos en cada uno de ellos.

El régimen que le resulta aplicable al demandante por haberse desempeñado en el cargo de Inspector en el INPEC, es el consagrado en el Decreto Ley 407 de 1994 y Ley 32 de 1986, esto es, que su prestación social debe ser reconocida al cumplir los 20 años de servicio en cualquier edad. Así mismo, dichas normas excluyen lo contenido en el Decreto 1045 de 1978 artículo 45, Decreto 1302 de 1978 artículos 2 y 3 y las Leyes 33 y 62 de 1985, preceptos legales que resultan aplicables por favorabilidad al actor, pues allí se contempla que se reconozca la pensión con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en dicho lapso laboral, por lo que resulta prospero declarar la nulidad de los actos administrativos demandados.

La demandada al aplicar el ingreso base de liquidación conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, desconoce de forma flagrante el régimen especial que beneficia al demandante, lo cual desnaturaliza dicho régimen y afecta el monto a reconocerse.

En lo que tiene que ver con los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación pensional, resulta erróneo por parte de la entidad demanda aplicar lo contenido en el Decreto 1158 de 1994, pues este no cobija al demandante, a pesar de que éste hubiese adquirido su estatus pensional en vigencia del mismo.

Como apoyo al sustento de violación normativa, se enuncian sentencias proferidas por los distintos organismos que hacen parte de la jurisdicción administrativa de la Rama Judicial de Colombia.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada, no contestó la demanda¹.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandada presentó escrito de alegaciones² en tiempo, manifestando que la pensión reconocida al demandante se encuentra ajustada a derecho, pues el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en ninguno de sus apartes establece el régimen e transición, pero si indica el monto de liquidación, además de que las otras condiciones y requisitos son aplicables de conformidad a lo establecido en el régimen de Seguridad Social.

El monto de la mesada pensional, es decir, el 75% que se le aplica al ingreso base de liquidación pertenece al régimen de transición, esto es, el monto pero en lo que concierne al ingreso base de liquidación, esto será lo establecido en la Ley 100 de 1993, específicamente lo reglado en su artículo 21.

De lo anterior se colige, que el ingreso base de liquidación correspondía al promedio de lo devengado durante los 10 últimos años que antecede al reconocimiento pensional y la sentencia C - 258 de 2013 por principios y criterios de solidaridad, sostenibilidad financiera y fiscal del sistema general de participaciones, el régimen de transición se circunscribe a edad tiempo y monto y el ingreso base de liquidación se rige por lo establecido en la Ley 100 de 1993.

En lo que refiere a los factores salariales, serán tenidos en cuenta aquellos establecidos en el Decreto 691 de 1994, modificado por el Decreto 1158 de 1994, los cuales aplican íntegramente tanto a los servidores públicos como para los trabajadores oficiales.

¹ Constancia Secretarial, Fl. 154.

² Constancia Secretarial, Fl. 197.

La parte demandante alegó³ en forma oportuna y ratificó los hechos y argumentos expuestos en la demanda, por lo que solicitó se acceda a las pretensiones. Agregando que no resulta procedente tener en cuenta los argumentos esgrimidos por la H. Corte Constitucional en la sentencia C – 258 de 2013, pues esta versa sobre el régimen establecido en la Ley 4 de 1992, aplicable a los altos funcionarios del Estado.

El Ministerio Público no conceptuó.

4. CONSIDERACIONES

4.1 PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en establecer si por los cargos expuestos en la demanda es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos acusados⁴, lo que implica definir si el demandante en virtud del régimen especial al cual pertenece, tiene derecho a que su pensión de jubilación se liquide con el 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios, con la inclusión de todos los factores salariales, conforme a la Ley 32 de 1986 y demás normas concordantes.

4.2 TESIS DEMANDANTE

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 407 de 1994, el accionante es beneficiario del régimen especial contemplado en la Ley 32 de 1986, el cual señala que la pensión de jubilación será reconocida cumplidos 20 años de servicios sin importar la edad y para calcular el monto de la pensión de jubilación, se hará con el salario promedio de todo lo devengado el último año de servicios de acuerdo con la Ley 33 de 1985 por favorabilidad.

4.3 TESIS DEL DESPACHO

Establece el Decreto 407 de 1994, que los miembros de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional que a la fecha de vigencia del mismo estuvieren prestando sus servicios al INPEC, tendrían derecho a la pensión de jubilación en los términos del artículo 96 de la Ley 32

³ Constancia de Secretaría folio 197.

⁴ Resoluciones No. 05165 del 21 de febrero de 2012 y GNR 349071 del 10 de diciembre de 2013.

de 1986, esto es, acceder a la pensión de jubilación cualquiera sea su edad, siempre y cuando hayan laborado por 20 años, y en lo que respecta a su base de liquidación será el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios de conformidad a lo establecido en la Ley 4 de 1966 y Decreto 1045 de 1978.

4.4 NORMAS Y JURISPRUDENCIA APLICABLE

RÉGIMEN PENSIONAL PARA SERVIDORES PÚBLICOS DEL INPEC.

RÉGIMEN PENSIONAL PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS DEL INPEC CON POSTERIORIDAD A LA LEY 100 DE 1993.

Resulta en primer lugar, necesario resaltar que la Ley 100 de 1993 creó un régimen general de seguridad social integral, con el objeto de integrar o unificar todos los regímenes pensionales especiales que existían hasta esa época y salvaguardar el derecho a la igualdad de los pensionados, de tal manera que todos los trabajadores se pensionaran con idénticos requisitos de edad, tiempo y monto de pensión.

No obstante en su artículo 36⁵ consagró un régimen de transición, esto es, propendiendo por el respeto de los derechos adquiridos de quienes tenían la expectativa o habían alcanzado su derecho de conformidad con las normas existentes anteriormente.

Ley General de Seguridad Social, en su artículo 140⁶, señaló que respecto a aquellos servidores públicos que prestarán sus servicios en actividades de riesgo, se les tendría en cuenta una menor de edad de jubilación o número menor de semanas de cotización, o en caso tal, ambos requisitos.

⁵ Ley 100 de 1993, artículo 36:

“(…)

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

(…)”.

⁶ Ley 100 de 1993, artículo 140:

Por su parte el Código Penitenciario y Carcelario contenido en la Ley 65 de 1993 en su artículo 172, revistió de facultades extraordinarias al Presidente de la República para dictar normas con fuerza de ley respecto a las siguientes materias: 6. *Régimen salarial, prestacional y pensional, que no podrá desmejorar los derechos y garantías vigentes de los actuales servidores, entre otras.*

En cumplimiento de lo anterior, el Gobierno Nacional en uso de las facultades extraordinarias, expidió el Decreto 407 del 20 de febrero de 1994 "*Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*", consagrando así un régimen especial, diferente al contemplado en la Ley 100 de 1993, más benévolo para esta clase de servidores públicos que desempeñaran actividades de alto riesgo, estableciendo en su artículo 7⁷, los destinatarios del mismos y ámbito de aplicación.

Así mismo, en el artículo 8⁸ ibídem, se dispuso que quienes se encuentren vinculados al INPEC gozan de un régimen especial.

Seguidamente y con relación a la pensión de jubilación de estos empleados públicos pertenecientes a un régimen especial por la función que desempeñaban, se consagró en su artículo 168⁹ ibídem, que gozarían de dicha prestación social en los términos establecidos en la Ley 32 de 1986 artículo 96.

"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".

⁷ Decreto 407 de 1994, artículo 7:

"Destinatarios. El presente Decreto regula el régimen del personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, y el régimen de prestaciones sociales".

⁸ Decreto 407 de 1994, artículo 8:

"Carácter De Sus Servidores. Las personas que prestan sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, son empleados públicos con régimen especial.

Las personas a quienes el Gobierno confiera su representación en el Consejo Directivo, Juntas, Consejos o Comisiones del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, no tienen por ese sólo hecho el carácter de empleados públicos".

⁹ Decreto 407 de 1994, artículo 168:

Sin embargo, la anterior norma fue derogada por el Decreto 2090 del 6 de julio de 2003 “*por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades*”, no obstante, teniendo en cuenta que el Decreto 407 de 1994 ya había salvaguardado el derecho de los funcionarios del INPEC que se hallaren vinculados antes de la vigencia de la norma, esto es, el 21 de febrero de 1994, a pensionarse con base en la normatividad anterior, esto es la Ley 32 de 1986.

La normatividad vigente con anterioridad al Decreto 407 de 1994, es la Ley 32 de 1986 “*por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia*, la cual en su artículo 1¹⁰ establece su objeto. Por otro lado, en sus artículos 10¹¹ y 96¹², define que personal hace parte del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional, y establece la pensión de jubilación para el mismo.

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

Parágrafo 2o. El personal Administrativo del Instituto se regirá por las normas establecidas en la Ley 100 de 1993”.

¹⁰ Ley 32 de 1986, artículo 1:

“Regular todo lo relativo al ingreso, formación, capacitación, ascensos, traslados, retiros, administración y régimen prestacional del personal de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional”.

¹¹ Ley 32 de 1986, artículo 10:

“Composición. El Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, estará compuesto por oficiales, suboficiales y guardianes, quienes dependen directamente del Comando de Vigilancia de la Dirección General de Prisiones”.

¹² Ley 32 de 1982, 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.”

Igualmente, esta normatividad se percata que lo que no se encuentre regulado en ésta para los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional, se les aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales, tal como reza el artículo 114.

“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-del Despacho.

En este orden de ideas, para liquidar la pensión de los beneficiarios del régimen especial del INPEC, se debe acudir a lo dispuesto en la Ley 32 de 1986, sin embargo ésta en el artículo 96 consagra únicamente el requisito de tiempo de servicios, esto es, 20 años sin tener en cuenta la edad; pero no hace referencia al porcentaje base de liquidación, ni los factores salariales que se deben tener en cuenta, por lo que de conformidad con el artículo 114 ibídem deberá aplicarse el régimen previsto para los empleados del orden nacional.

En este sentido, en lo que respecta al monto, el artículo 4¹³ de la Ley 4 de 1966 ordena que la pensión de jubilación se liquide con el 75% del promedio devengado, sobre todos los factores percibidos en el último año de servicios.

Ahora en lo que refiere de manera puntual a los factores salariales, es importante precisar que si bien la norma vigente para los empleados del orden nacional, a que hacen referencia los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, es la Ley 33 de 1985, esta norma no aplica a los servidores cobijados por un régimen especial, dada la exclusión expresa que se hace en su artículo 1º inciso segundo¹⁴ y por tanto en cuanto a los factores es necesario acudir a lo preceptuado en el Decreto 1045 de 1978 artículo 45¹⁵.

¹³ Ley 4 de 1966, artículo 4:

“A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el sesenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios”.

¹⁴ Ley 33 de 1985, artículo 1, inciso 2:

“(…)”

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

(…)”.

¹⁵ Decreto 1045 de 1978, artículo 45:

La sentencia de unificación del H. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda del 04 de agosto de 2010¹⁶, puntualizó que los factores salariales no son taxativos sino enunciativos y no impiden la inclusión de otros factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que reciban¹⁷. Sin embargo en caso de no haberse efectuado aportes sobre los mismos deberán realizarse para incluirlos en la liquidación de la pensión.

6. CASO CONCRETO

6.1 ANÁLISIS PROBATORIO

-El señor **Pedro Moreno Suárez**, nació el **30 de septiembre de 1966** (copia cédula de ciudadanía. Archivo digital {4571EF4D-8DF9-4119-9901-D78741286116} fl. 177, copia registro civil, archivo digital 201A, fl. 180).

“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”.*

¹⁶Consejero ponente Víctor Hernández Alvarado Ardila, Radicación: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), Actor: Luis Mario Velandia.

¹⁷“[...]De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.” (negrillas del Juzgado)

-Prestó sus servicios tanto al sector privado (parte considerativa, fl. 18. Archivo digital 11919, fl. 180), como al sector público. Al servicio del Estado laboró por más de 20 años, en el Instituto Nacional Penitenciario del **12 de julio de 1991** (archivo digital 401A, fl. 180) al **1 de febrero de 2012** (archivo digital 401A, fl. 180), desempeñando como último cargo el de Inspector (fls. 22 y 24).

-El **3 de junio de 2011** (parte considerativa, fl. 2), solicitó el reconocimiento de su pensión de jubilación al Instituto de los Seguros Sociales, a lo cual se accedió a través de la Resolución No. **05165 del 21 de febrero de 2012**, con el 75% promedio de lo devengado en los 10 últimos años de servicios, incluyendo como factores salariales los contenidos en el Decreto 1158 de 1994, en cuantía de **\$1.086.476**, efectiva a partir del **1º de febrero de 2012**, de conformidad con lo establecido en las Ley 32 de 1986, Decretos 1933 de 1989, 1835 de 1994, 2090 de 2003, 2196 de 2009 y Acto Legislativo No. 1 parágrafo transitorio 5 (fl. 2 a 7).

-Su renuncia al cargo de Inspector, fue aceptada por el INPEC en la Resolución **000259 del 31 de enero de 2012** (archivo digital 3801A, fl. 180), efectiva a partir del **1º de febrero de 2012**.

-El **9 de abril de 2012** con petición radicada bajo el No. **2013680032401** (fls. 8 a 16), interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución No. **05165 del 21 de febrero de 2012**, el cual fue resuelto mediante la Resolución No. **GNR 349071 del 10 de diciembre de 2013**, ordenando en su lugar reliquidar su pensión de jubilación, con el 75% promedio de lo devengado en el último año de servicios (fl 18 reverso)¹⁸, en cuantía de **\$1.086.476**, efectiva a partir del **1º de febrero de 2012**, de conformidad con lo establecido en la Ley 32 de 1986 y Decreto 407 de 1994 (fls. 18 a 20).

-Percibió en su último año de servicios, esto es, **1 de febrero de 2011 al 30 de enero de 2012**, los factores de: salario básico, prima de riesgo, subsidio de alimentación, subsidio unidad familiar, auxilio de transporte, bonificación por recreación, prima de vacaciones, prima de navidad, prima servicios, prima vigilancia instructiva (fl 22 y 24).

¹⁸ Según lo probado, resalta este Despacho, que si bien la reliquidación de la pensión de jubilación ordena que está sea reliquidada con lo devengado en el último año de servicios, no consta en las consideraciones de dicho acto administrativo, cuáles fueron los factores reconocidos al actor para tener en cuenta en el ingreso base de liquidación.

De lo probado se extraen las siguientes consecuencias relevantes para la solución del caso:

-El demandante está cubierto por el régimen especial contemplado para el personal vinculado al Instituto Penitenciario y Carcelario – INPEC, previsto en la Ley 32 de 1986, por cuanto que en su vigencia, éste se encontraba vinculado a dicha Entidad, pues ingresó el **12 de julio de 1991** (archivo digital 401A, fl. 180). Así las cosas, el actor se rige por esta norma, respecto al requisito de tiempo de servicios.

En lo que respecta al monto de la pensión y factores salariales a tener en cuenta en el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, al ser un régimen especial, se debe remitir a lo contenido en la Ley 4 de 1966 artículo 4 y Decreto 1045 de 1978 artículo 45, pues el demandante se encuentra exceptuado del régimen contemplado para los servidores públicos del orden nacional, Ley 33 de 1985, pues se reitera, éste pertenece a un régimen especial.

-Adquirió el derecho el **12 de julio de 2011**, al cumplir 20 años de servicio del INPEC, pues como se refirió, pertenece al régimen especial de actividades de alto riesgo, por lo que únicamente se tiene en cuenta como requisito, el tiempo de servicio sin importar la edad.

6.2 ANÁLISIS DE LOS CARGOS DE NULIDAD

Los cargos por violación de la Ley 57 de 1887 artículo 5; Código Civil artículo 10, no prosperan, toda vez que no se expresaron los conceptos de violación.

Los cargos por nulidad del Código Sustantivo del Trabajo artículo 21 y Decreto 1848 de 1969, no prosperan, toda vez que no es la normatividad aplicable al actor, pues este se encuentra cobijado por el régimen especial para los funcionarios que se encuentran vinculados al INPEC y cumplen actividades de alto riesgo.

-El cargo por violación de los preceptos constitucionales, prospera, toda vez que en los actos administrativos de reconocimiento y reliquidación, no se garantizó el goce pleno y efectivo de los derechos fundamentales a los que tiene derecho el actor a través de su pensión de jubilación.

-El cargo por nulidad de la Ley 62 de 1985 artículos 1 y 3, no prospera, toda vez que ésta en concordancia con lo establecido en la Ley 33 de 1985 no resulta aplicable al demandante, toda

vez que los servidores públicos que pertenezcan a regímenes especiales se encuentran excluidos de la aplicación de dicha normatividad.

-El cargo por nulidad del Decreto 407 de 1994 artículo 168 y Ley 32 de 1986; prosperan por las siguientes razones:

-De acuerdo con lo expuesto en el acápite de normas y jurisprudencia aplicable y conforme a lo que se tiene como probado, el demandante está cubierto por el régimen especial contemplado en la Ley 32 de 1986 conforme lo establecido en el Decreto 407 de 1994, por lo tanto le es aplicable el régimen del INPEC, en cuanto al requisito de tiempo de servicios y cualquier edad, pues adquirió el derecho el **12 de julio de 2011**.

-En consecuencia, tiene derecho a que su pensión se liquide con el 75% del promedio todos los factores de salario devengados en el último año de servicios de conformidad a lo establecido en el artículo 4 de la Ley 4 de 1966, y respecto a los factores lo preceptuado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, teniendo en cuenta incluso aquellos por los que no se hayan efectuado aportes, pues los allí enunciados no son taxativos sino enunciativos, conforme a la sentencia de unificación del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda del 04 de agosto de 2010¹⁹, ratificada por la misma Corporación en la sentencia del 25 de febrero de 2016²⁰, proferida por importancia jurídica y con criterio de unificación en los términos del artículo 271 del CPACA, conforme a la jurisprudencia unificada del órgano de cierre de esta jurisdicción al respecto, reseñada en acápite anterior de esta providencia, que constituye precedente obligatorio sobre la interpretación de lo dispuesto en dicha norma, al ser la hermenéutica que resulta más acorde a la garantía de los derechos fundamentales del demandante.

-Si bien el accionante laboró tanto sector público como al sector privado, encuentra este Despacho, que cumple los requisitos para ser beneficiario del régimen especial contemplado en

¹⁹Consejero ponente Víctor Hernández Alvarado Ardila, Radicación: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), Actor: Luis Mario Velandia.

⁶ Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve Bogotá D.C., Veinticinco (25) De Febrero De Dos Mil Dieciséis (2016) Expediente: 25000234200020130154101 Referencia: 4683-2013 Actor: Rosa Ernestina Agüelo Rincón Autoridades Nacionales.

la Ley 32 de 1986, por lo tanto no es necesario analizar en profundidad lo relacionado a la pensión por aportes establecida en la Ley 71 de 1988.

-La interpretación efectuada en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, sobre el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición de pensiones de los congresistas, de aquellos a quienes se aplica el mismo (magistrados) y de los beneficiarios de regímenes especiales en pensiones, en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no son precedentes obligatorios porque la demandante no está cubierta por dicho régimen especial.

-Es claro entonces que la demandada desconoció las normas que regían al demandante como beneficiario del régimen especial para el INPEC, para el reconocimiento de su pensión de jubilación.

Como consecuencia de la prosperidad del cargo de nulidad se declarará la nulidad de los actos demandados, al haberse desvirtuado su presunción de legalidad y se ordenará el restablecimiento del derecho en los términos que siguen.

7. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

7.1 LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN

Como consecuencia de la declaración de nulidad de los actos administrativos acusados y a título de restablecimiento del derecho, la demandada deberá liquidar la pensión de jubilación del demandante con el 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios, comprendido entre **1 de febrero de 2011 al 30 de enero de 2012**, incluyendo los factores de: salario básico, prima de riesgo, subsidio de alimentación, subsidio unidad familiar, auxilio de transporte, prima de vacaciones, prima de navidad, prima servicios, prima vigilancia instructiva (fl 22 y 24).

La pensión será reconocida a partir del **1 de febrero de 2012**, fecha del retiro definitivo del servicio.

Encuentra este Despacho que si bien los valores devengados por concepto de prima de riesgo, subsidio unidad familiar y prima vigilancia instructiva, no deberían reconocerse como factores salariales para tenerse en cuenta en el ingreso base de liquidación, según lo establecido en los artículos 11²¹, 12²² y 15²³ del Decreto 446 de 1994, se acreditó en el plenario que los mismos fueron devengados por la parte actora de manera habitual y periódica, mes a mes, durante su relación laboral, constituyendo factor salarial, esto de conformidad con las sentencias de unificación proferida por el H. Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010²⁴ y 1 de agosto de 2013²⁵.

El valor devengado por concepto de bonificación por recreación, no se reconocerá para efectos de la liquidación de la pensión de la actora, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 15²⁶ del Decreto 2710 de 2001, toda vez que con ella no se remunera de forma directa por el servicio prestado.

²¹ Decreto 446 de 1994, 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".

²² Decreto 446 de 1994, artículo 12:

"Prima De Vigilantes Instructores. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, que acrediten título de idoneidad y ejerzan las funciones de instructores, tendrán derecho, previo concepto del Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. Inpec, a disfrutar de una prima del diez por ciento (10%) mensual sobre el sueldo básico, que no constituye factor salarial, mas cumplan simultáneamente las funciones de vigilancia y enseñanza. (...)"

²³ Decreto 446 de 1994, artículo 15:

"Subsidio Familiar. De conformidad con las normas legales vigentes que regulan el pago del subsidio familiar, los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho, a partir del 1o. 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".

²⁴ CP. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicado 250002325000200607509 01 (0112-2009).

²⁵ CP. Gerardo Arenas Monsalve, Radicado 4001-23-31-000-2008-00150-01(0070-11).

²⁶ Decreto 2710 de 2001, artículo 15:

"Bonificación Especial De Recreación. Los empleados públicos a que se refiere el presente decreto tendrán derecho a una bonificación especial de recreación, en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de iniciar el disfrute del respectivo período vacacional. Igualmente, habrá lugar a esta bonificación cuando las vacaciones se compensen en dinero.

Esta bonificación no constituirá factor de salario para ningún efecto legal y se pagará por lo menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha de inicio en el evento que se disfrute del descanso remunerado".

La demandada pagará al demandante las diferencias que resulten entre la mesada liquidada conforme se ordena en esta sentencia y la mesada efectivamente pagada, hasta que se incluya en nómina el monto pensional que resulte conforme a este fallo. Para efectos del pago se tendrá en cuenta que una vez efectuada la reliquidación de la pensión sobre la mesada inicial se deben realizar los reajustes anuales de ley. Igualmente la demandada deberá actualizar los valores que resulten a favor del demandante como se ordena en seguida, efectuará los descuentos por concepto de aportes para pensión sobre los factores que se incluyan según se ordena más adelante y tendrá en cuenta la prescripción que haya operado según lo que se determine en esta providencia.

7.2 ACTUALIZACIÓN

Los valores que resulten a favor del demandante deben ser ajustados tomando como base el índice de precios al consumidor conforme a lo dispuesto en el CPACA artículo 187, inciso 4, y según la fórmula adoptada por la Sección Segunda²⁷:

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

En donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante a título de pensión de jubilación desde que la misma se hizo efectiva, y hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulta de dividir el Índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

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.

7.3 PRESCRIPCIÓN

No hay lugar a declarar prescripción de valores por concepto de mesadas pensionales causadas a favor del demandante, por las siguientes razones:

²⁷ Consejo de Estado Sección Segunda Sentencia 5116-05 13 de julio de 2006 MP. Ana Margarita Olaya

-Conforme a lo probado la pensión de jubilación del demandante fue reconocida mediante la Resolución No. **05165 del 21 de febrero de 2012** y reliquidada con la Resolución No. **349071 del 10 de diciembre de 2013**, con efectividad a partir del **1 de febrero de 2012**, fecha del retiro definitivo del servicio.

-Según lo probado el **9 de abril de 2012** con radicado el No. **2013680032401** (fls. 8 a 16), el demandante solicitó la reliquidación de su pensión, lo cual se resolvió con la Resolución No. **349071 del 10 de diciembre de 2013** (Fls.18 a 20) y la demanda fue presentada el **8 de mayo de 2014** (fl. 144).

-Según lo previsto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, la reclamación sobre el derecho interrumpe la prescripción del mismo pero sólo por el lapso de tres años, por lo tanto con la solicitud de reliquidación se interrumpió dicho fenómeno pero solo por tres años, de modo que las mesadas pensionales no han prescrito.

7.4 DESCUENTOS

Atendiendo el precedente jurisprudencial que ordena la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios para el reconocimiento de la pensión, pero también que se hagan los descuentos de aportes de seguridad social sobre los factores que se ordene incluir en caso de no haberse realizado, y exclusivamente en la proporción que le corresponde al trabajador²⁸, se ordenará a la demandada que del retroactivo que resulte a favor del demandante, descuenta los valores por concepto de aportes para pensión sobre los factores salariales que se incluyan en la liquidación de la pensión sobre los cuales no se haya cotizado, en la proporción que le corresponde por ley, actualizados a valor presente hasta la fecha en que se haga el pago, conforme a lo señalado en la sentencia del Consejo de Estado del 24 de junio de 2015²⁹, y en el

²⁸ Consejo de Estado, sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 29 de mayo de 2003, CP. Alberto Arango Mantilla, Radicado 2009-2990-01(4471-02); sentencia del 04 de agosto de 2010; CP. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicado 250002325000200607509 01 (0112-2009); sentencia del 14 de septiembre de 2011 CP. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicado número: 25000-23-25-000-2010-00031-01(0899-11).

²⁹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A, sentencia de segunda instancia del 24 de junio de 2015, CP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación 25000-23-42-000-2012-00641-01(4521-13 Actor: Gustavo Camargo Rincón Demandada Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones.

evento que con ello no se satisfaga la totalidad de la deuda que al demandante le corresponde, efectuará descuentos mensuales iguales hasta completar el capital adeudado, acordes con la cuantía de la pensión, para no causar traumatismo al ingreso del demandante, tal como lo indicó el Consejo de Estado en la referida sentencia del 24 de junio de 2015³⁰.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cincuenta y Seis administrativo de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

00641-01(4521-13 Actor: Gustavo Camargo Rincón Demandada Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones.

³⁰ **“3. Descuentos para aportes de seguridad social en pensiones, sobre los factores que se ordena incluir en el cálculo pensional.**

Aprécia la Sala que uno de los argumentos de la apelación, se refirió a que para efectos de liquidación de las pensiones se debe atender a los factores sobre los cuales el beneficiario haya efectuado las cotizaciones, para consolidar el derecho. (fl. 90).

En el caso bajo estudio, el a quo consideró que al actor le asiste el derecho a que la entidad le reliquide la pensión, haciendo el descuento de valor de los aportes no realizados, sobre los factores salariales certificados, si hubiere lugar a ello en la proporción que le correspondiere al trabajador (fl. 84).

No discute la Sala que la doctrina de esta Corporación, señala que “procede el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal”³⁰. Lo anterior, en tanto 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 prestacional³⁰.

No obstante, es necesario precisar que en casos como el sub examine, los aportes sobre la totalidad de los factores que legalmente constituyen factor salarial para efectos pensionales, no se realizaron durante la vida laboral del actor desde el momento de su causación, por lo que para esta Sala resulta necesario que los valores a retener y/ o deducir, de aquellos sobre los que no se cotizó y que se tendrán en cuenta para reliquidar la pensión del accionante, sean actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuuario, de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor (pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo), de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática.

Ahora bien, en lo que concierne a la deuda a cargo de la parte actora, la entidad demandada procederá a realizar los descuentos sobre el valor 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 satisficiera la totalidad de la deuda que al demandante le corresponde, se efectuarán una serie de descuentos mensuales, iguales, hasta completar el capital adeudado.

Los mencionados descuentos deberán ser acordes con las circunstancias y condiciones económicas del actor, dada la cuantía de su pensión; esto a efectos de no causar traumatismo a su ingreso y en consecuencia, a su manutención y la de quienes de él dependen económicamente.

En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia validando la tesis del Tribunal de primera instancia, pero la adicionará en el sentido de indicar que la orden de reliquidación proferida por el a quo, estará condicionada a la elaboración, por parte de la entidad demandada, de un cálculo actuarial señalado que permita la efectividad del derecho reclamado por el demandante en términos razonables, de conformidad con las pautas establecidas en párrafos anteriores. Sin condena en costas en esta instancia.”

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad de la Resolución No. **05165 del 21 de febrero de 2012**, proferida por el Instituto de los Seguros Sociales, mediante la cual reconoció pensión de jubilación al señor **Pedro Moreno Suárez** identificado con cédula de ciudadanía No. **80.272.571** expedida en Bogotá.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad de la Resolución No. **05165 del 21 de febrero de 2012**, proferida por la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, mediante la cual reliquidó la pensión de jubilación al señor **Pedro Moreno Suárez** identificado con cédula de ciudadanía No. **80.272.571** expedida en Bogotá.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, a reliquidar y pagar la pensión de jubilación del señor **Pedro Moreno Suárez** identificado con cédula de ciudadanía No. **80.272.571** expedida en Bogotá, en los términos señalados en la parte motiva.

CUARTO.- La entidad demandada deberá efectuar los reajustes legales de ley sobre las mesadas e igualmente, reconocer y pagar al demandante, las diferencias que resulten a su favor, **debidamente actualizadas**, conforme a lo señalado en la parte motiva de esta sentencia, a partir del **1 de febrero de 2012**, fecha del retiro definitivo del servicio, descontando los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, sin que por ello se obstaculice el pago inmediato de los valores decretados a su favor, por las razones expuestas en la parte motiva.

QUINTO.- Las sumas reconocidas en esta sentencia a favor de la parte demandante devengarán intereses moratorios en los términos previstos en el inciso 3 del artículo 192 y en el inciso 4 del artículo 195 del CPACA.

SEXTO.- CONDENAR a la demandada al pago de las costas conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con lo previsto en el numeral 1 del artículo 365 del

Código General del Proceso, como parte vencida en el proceso. El valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, se fija en cien mil pesos moneda corriente (\$100.000), conforme a la estimación razonada de la cuantía hecha en la demanda, atendiendo los criterios y tarifas previstos en el Acuerdo 1887 de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, artículos tercero, cuarto y sexto numeral 3.1.2, al ser fallo de primera instancia, en proceso con cuantía y teniendo en cuenta la naturaleza del proceso, cuantía, duración y calidad de la gestión. En firme esta providencia por secretaría hágase la respectiva liquidación y fijense los gastos procesales, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 366 del CGP y demás normas concordantes.

SÉPTIMO.- En firme esta Sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento. Igualmente expídase a la parte demandante la primera copia íntegra y auténtica de la misma, en los términos del artículo 114 del CGP. Lo anterior a costa de la parte demandante.

OCTAVO.- Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado los remanentes de la suma que se ordenó para gastos del proceso, si los hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

Notifíquese y cúmplase.


LUZ DARY ÁVILA DÁVILA

Juez

DPFL/LDAD