

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

SENTENCIA#118.

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Proceso: Nulidad y restablecimiento del derecho laboral.
Expediente número: 230013333003-2013 - 00682-01 .
Demandante(s): MANUEL ANTONIO CHÁVES RODRIGUÉZ.
Demandado(s): UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES
PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP.

Montería, once (11) de agosto dos mil dieciséis (2016)

§01. Se procede a decidir, sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en el proceso de la referencia, contra la sentencia de fecha 2 de junio de 2015, proferida por la Señoría Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Montería.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA (fls. 46 a 57 c.1)

§02. Se relata en la demanda que el causante señor MANUEL ANTONIO CHÁVES RODRIGUÉZ, prestó sus servicios al Estado Colombiano, como Dragoncante, en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, por más de 20 años, por lo que CAJANAL-E.I.C.E. en liquidación, a través de Resolución # 10453 del 3 de marzo de 2009 le reconoció y pagó pensión de jubilación al demandante, la cual fue reliquidada por la Resolución UGM 0030 de 20 de junio de 2011.

§03. Se manifiesta que el demandante el 28 de agosto de 2012, el demandante solicitó la revisión, reliquidación e indexación de los valores reconocidos en acto administrativo de reconocimiento pensional, debido a la pérdida de poder adquisitivo, solicitud que fue negada, por medio de la Resolución # RDP 019102 del 12 de diciembre de 2012.

§04. Se pretende la nulidad de de los siguientes actos administrativos:

Demandado(s): UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP.

- Parcial de la Resolución # 10453 del 3 de marzo de 2009, expedida por CAJANAL, por medio de la cual Reconoce el pago de una pensión de jubilación al demandante.
- Resolución # RDP 019102 del 12 de diciembre de 2012, proferida por CAJANAL, por medio de la cual se reliquidó la pensión de jubilación del demandante.
- Resolución # RDP 010711 del 5 de marzo de 2013, por medio de la cual se desconocieron y negaron los factores salariales correspondientes a la pensión de jubilación del demandante.

§05. Que se condene a la entidad demandada a pagar a la demandante una pensión mensual vitalicia de jubilación, equivalente al 75% del promedio de los factores salario devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro definitivo del servicio, a partir del 1 de enero de 2011, en cuantía de \$1.433.874,44 ML/CTE., conforme al régimen pensional especial aplicable a los empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC", según la Ley 32 de 1986 y el Decreto 407 de 1994 y las demás normas concordantes.

§06. Que se ordene a la entidad demanda a liquidar y pagar a favor de la demandante de la totalidad de las diferencias que se ha venido pagando en virtud de la Resolución # 01453 de 3 de marzo de 2009, reliquidada por la Resoluciones UGM 0030 del 20 de junio de 2011 y RDP 019102 de 12 de diciembre de 2012, a partir de la fecha de retiro definitivo del servicio hasta el momento de inclusión en nomina de todos los factores salariales demandados y la sentencia que ordene la reliquidación, teniendo en cuenta factores salariales, tales como subsidio familiar, prima de riesgo y bonificación por recreación, a demás de los que se tuvieron en cuenta en la Resoluciones mencionadas.

§07. Que se haga efectivo su pago con la indexación de las sumas reconocidas y se dé cumplimiento de la sentencia en término previsto en el artículo 192 del C.C.A.. Además que se condene a la parte demandada al pago de los intereses moratorios, y se condene en costas a la entidad demandada.

§08. Se señala como fundamentos de derecho y normas violadas los artículos 2, 6, 25 y 58 de la Constitución Política, Código Civil, artículo 10, Ley 57 de 1987, Ley 32 de 1986, Decreto 407 de 1994, Decreto 01 de 1984, artículo 178, Ley 33 de 1985, artículo 33 de 1985, artículo 1, de Ley 62 de 1985.

§09. En concepto de violación se señala como causal de nulidad la violación de normas constitucionales, se argumenta que al demandante le asiste el derecho que le

se reliquidada su pensión de jubilación en virtud del régimen especial, y que lo contrario a esto ocasionaría la violación al artículo 2 de la Constitución Política.

§10. Señala que la entidad demandada desestimó derechos adquiridos frente a aquellos factores de salario que el demandante pidió que se tuvieran en cuenta en su reliquidación, y que solo se limitó a la enumeración taxativa de normas las cuales no son aplicables al régimen especial de los empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC; aduce el apoderado de la parte demandante que al momento de la expedición de la Resolución RDP de 12 de diciembre de 2012 de la entidad demandada dejó de incluir la prima de riesgo, y que ésta dada su naturaleza y habitualidad debía ser incluida.

1.2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fls. 134 a 138 c.1)

§11. El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Montería, profirió sentencia de 2 de junio de 2015, en la cual resolvió denegar las pretensiones de la demanda de conformidad con la siguientes consideraciones:

§12. El A-Quo de previo estudio de la normatividad y línea jurisprudencial aplicable al caso concreto determinó que la prima de riesgo de conformidad con el Decreto 466 de 1994 y sentencia de 3 de febrero de 2011 proferida por el Honorable Consejo de Estado, radicado 25002325000200070104401(06702010), que la prima de riesgo y subsidio familiar solicitado por el demandante no tiene carácter factor salarial, así mismo la bonificación por recreación es una prestación social dirigida a fomentar el esparcimiento del servidor, por lo que concluye manifestando que el demandante no tiene derecho a que se le reliquide su mesada pensional incluyendo como factores salariales el subsidio familiar, prima de riesgo y bonificación por recreación.

1.3. RECURSO DE APELACIÓN (fls. 145 a 147 c.1)

§13. PARTE DEMANDANTE: El apoderado de la parte demandante manifiesta no estar de acuerdo con la sentencia de primera en lo concerniente a la no inclusión como factor salarial de la prima de riesgo, solicita que esta sea incluida, toda vez que según esta dicha prestación constituye factor salarial, ya que el régimen aplicable al demandante es el especial y no el ordinario, por lo tanto se le debe tener en cuenta como factor salarial la prima de riesgo.

§14. Fundamenta el recurso de apelación transcribiendo jurisprudencia del Ilustre Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Honorable Consejo de Estado - Sección Segunda, la cuales se refieren al régimen especial de los miembros del DAS, y de la habitualidad y periodicidad de la prima de riesgo que estos perciben.

§15. Finaliza expresando que la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado sostuvo que es válido tener en cuenta todos los factores, que percibe el trabajador de manera habitual y periódica que se cancelen de manera directa como retribución del servicio.

1.4. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA

§16. Mediante auto del 13 de agosto de 2015 (f. 7, c.2), se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 2 de junio de 2015, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Montería y mediante auto del 25 de noviembre de 2015 (f. 11, c.2), la presente Sala 002 avocó el conocimiento del proceso y ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, término en el que solo intervino la parte demandada, el Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

§17. Alegatos de conclusión parte demandada (fls. 13 a 16 c.2): El apoderado de la parte demandada presentó escrito de alegatos de conclusión dentro del término legal para ello, argumentando que debido a que los emolumentos solicitados por el demandante tales como prima de riesgo, subsidio de alimentación y bonificación por recreación no se encuentra en el listado taxativo del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, éstos no tienen carácter de factor salarial, y en ese sentido no hay lugar a que dichos factores se tenga en cuenta para efecto de la liquidación de la pensión, y por lo tanto el derecho reconocido del demandante se encuentra correctamente calculado, por último solicita que se confirme en su totalidad la providencia apelada.

2. CONSIDERACIONES DEL HONORABLE TRIBUNAL

2.1. DE LA COMPETENCIA

§18. Este Honorable Tribunal, es competente para conocer del presente asunto, en virtud de lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.1. PROBLEMA JURÍDICO

El debate jurídico se centra en: Determinar: Si al demandante le asiste o no el derecho al reajuste de su mesada pensional con la inclusión de la prima de riesgo.

2.2. MARCO DOGMÁTICO

§19. Previa la entrada en vigencia del Sistema General de pensiones dispuesto en la Ley 100 de 1993 “por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se crean otras disposiciones”, los empleados del Instituto Penitenciario y Carcelario - INPEC estaban regidos por la Ley 32 de 1986, “por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia.”, que en su artículo 1º. estableció:

La presente Ley regula todo lo relativo al ingreso, formación, capacitación, ascensos, traslados, retiros, administración y régimen prestacional del personal de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional.

§20. A su vez en el artículo 96 ibídem, dispuso:

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.

§21. De otro lado La Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, estableció el régimen de transición pensional, identificando quienes serían los beneficiarios de este tratamiento especial; al respecto el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispuso:

“ARTICULO 36 - . Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta años para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANF. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.

<Inciso CONDICIONALMENTE executable> Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

<Inciso CONDICIONALMENTE executable> Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.

PARÁGRAFO 2o. <Parágrafo INEXEQUIBLE> ”

§22. Posteriormente, para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación el artículo 168 del Decreto 407 de 1994¹, estableció que los miembros del Cuerpo de

¹ ARTÍCULO 168. 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

Demandado(s): UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP.

Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional que al momento de su entrada en vigencia estuvieran activos en el servicio conservarían el derecho a percibir la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986.

§23. Dicho artículo 168 fue derogado por el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003, que definió en el artículo 2.7 como de alto riesgo las actividades del personal de custodia y vigilancia del INPEC.

§24. El párrafo 5° del artículo 1° del Acto Legislativo 1 de 2005, estableció:

"Parágrafo transitorio 5o. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria 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".²

§25. Como se observa, la norma respeta el régimen establecido en la Ley 32 de 1986, pero para quienes hubieran cubierto las cotizaciones correspondientes, a la fecha de vigencia del Decreto 2090 de 2003, como lo ilustra la sentencia 28 de junio de 2012 el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez De Páez, Radicación número: 66001233100020090009501(2114-11) señaló:

"El artículo 6 del Decreto 2090 de 2003, fijó el régimen de transición en los siguientes términos:

"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.

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.

² Previamente, el artículo 1° del Decreto 1950 de 2005 estipuló: "ARTÍCULO 1o. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto-ley 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 Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. Con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, esto es, el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes de conformidad con el Decreto-ley 407 de 1994 en concordancia con el artículo 1o del Decreto 1835 de 1994."

Demandado(s): UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP.

PARÁGRAFO. Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003³.

Teniendo en cuenta lo anterior, es del caso remitirse al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que estableció el régimen de transición de la siguiente manera:

"Art. 36. Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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.

... "

De acuerdo con las anteriores preceptivas las personas que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones tuvieran 15 años de servicio cotizados, o 35 años de edad si es mujer o 40 años de edad si es hombre tendrán derecho a que se les reconozca la pensión teniendo en cuenta la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión establecidos en el régimen anterior al que se encontraban afiliados.

COMO EL DEMANDANTE PARA LA FECHA DE ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 100 DE 1993, 1 DE ABRIL DE 1994, NO CONTABA CON 40 AÑOS DE EDAD, PUES NACIÓ EL 24 DE SEPTIEMBRE DE 1965 Y TAMPOCO REUNÍA 15 AÑOS DE SERVICIO, NO ES BENEFICIARIO DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y POR TAL RAZÓN NO PODRÍA ACCEDER A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN EN LOS TÉRMINOS DE LA LEY 32 DE 1986 SINO QUE DEBE ACREDITAR LOS REQUISITOS PENSIONALES DISPUESTOS EN EL DECRETO 2090 DE 2003.

A PESAR DE LO ANTERIOR, EL A QUO ACUDIÓ A LO DISPUESTO EN EL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 22 DE JULIO DE 2005, QUE ADICIONÓ EL ARTÍCULO 48 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y DETERMINÓ EN RELACIÓN CON LAS ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO LO SIGUIENTE:

"(...)

³ Artículo declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 663-07 de 29 de agosto de 2007, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, "en el entendido que para el cómputo de las 500 semanas, también se podrán acreditar semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiere sido calificada jurídicamente como de alto riesgo "y no sólo las cotizaciones de carácter "especial" derivadas del Decreto 1281 de 1994".

Demandado(s): UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL - UGPP

Parágrafo transitorio 5o. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria 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 la Sala).

Teniendo en cuenta lo anterior, concluyó que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC vinculados antes del 26 de julio de 2003, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090, tienen derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, vigente hasta esa fecha, siempre que se hayan "cubierto las cotizaciones correspondientes".

LAS PRUEBAS ALLEGADAS AL PROCESO ACREDITAN QUE EL DEMANDANTE PRESTÓ SUS SERVICIOS COMO GUARDIÁN Y DRAGONEANTE DEL INPEC DESDE EL 1 DE AGOSTO DE 1986 HASTA EL 26 DE ABRIL DE 2005 PARA UN TIEMPO TOTAL DE SERVICIO DE 18 AÑOS, 8 MESES Y 20 DÍAS.

Al tiempo anterior deberá sumarse el prestado durante el servicio militar obligatorio atendiendo lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 48 de 1993 que prescribe:

"Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio tendrá los siguientes derechos:

a) En las entidades del Estado de cualquier orden le será computado para efectos de cesantía, pensión de jubilación de vejez y prima de antigüedad en los términos de la ley.

...."

Al sumar los tiempos de servicio laborados en el INPEC con el prestado en el servicio militar obligatorio el actor reúne 20 años, 2 meses y 20 días por lo que, en principio, reúne el requisito de tiempo de servicio que exige el artículo 96 de la Ley 32 de 1986.

A PESAR DE LO ANTERIOR, OBSERVA LA SALA QUE NO LE ES APLICABLE EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS EMPLEADOS DEL INPEC CONTENIDO EN LA LEY 32 DE 1986 PORQUE EL REQUISITO DE TIEMPO DE SERVICIO LO COMPLETÓ CON POSTERIORIDAD AL 28 DE JULIO DE 2003, ES DECIR QUE NO ACREDITÓ QUE SE HAYAN "CUBIERTO LAS COTIZACIONES CORRESPONDIENTES" ANTES DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL DECRETO 2090 DE 2003 Y POR TANTO NO GOZABA DE LOS BENEFICIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y MUCHO MENOS DE UN DERECHO ADQUIRIDO

Lo anterior resulta evidente si se tiene en cuenta que el Acto Legislativo 01 de 2005 tuvo como objetivo principal garantizar los derechos adquiridos de aquellas personas que para esa fecha acreditaban los requisitos pensionales contenidos en regímenes especiales vigentes hasta ese momento.

Así, el Acto Legislativo en el artículo 1 dispuso lo siguiente:

(...)

"En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos".

Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido.

Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

(...)

A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo".

(...)

Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen".

Luego de realizar un análisis sistemático de las normas que regulan la materia concluye la Sala que el Acto Legislativo 01 de 2005 no mantiene el régimen especial de pensiones contenido en la Ley 32 de 1986 para todas aquellas personas que se hubieren vinculado al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC antes de la entrada en vigencia del Decreto 2090 ocurrida el 28 de julio de 2003, porque sólo se mantiene para quienes tenían un derecho adquirido a esa fecha, es decir, que hubieren "cubierto las cotizaciones correspondientes.

Entender que el régimen especial se mantendría a todos los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia vinculados antes del 28 de julio de 2003 implicaría mantener el régimen por 20 años a favor de personas que se hubieren vinculado un día antes de su entrada en vigencia a pesar de que no están dentro del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En tal sentido no resulta lógico que el régimen especial pueda mantenerse durante 20 años y el régimen de transición haya tenido vigencia hasta el 31 de julio de 2010 cuando, se repite, lo pretendido con el Acto Legislativo fue terminar con los regímenes especiales y de excepción y sólo mantuvo la transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 "para los trabajadores que estando en dicho régimen tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo".

Por las razones expuestas el actor no es beneficiario del régimen especial contenido en la Ley 32 de 1986 y en tal sentido la sentencia apelada que accedió a las súplicas de la demandada deberá ser revocada para en su lugar negar las pretensiones." (resaltado y versalita fuera de texto)

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

Artículo 45º.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren 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.*

§27. Al respecto de la liquidación, se pronunció la sentencia de 22 de abril de 2015 el Honorable Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección

segunda, subsección a, Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Radicación número: 05001233100020110074001 (0232-14)⁴:

“Prevía la entrada en vigencia del Sistema General de pensiones dispuesto en la Ley 100 de 1993 “por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se crean otras disposiciones”, los empleados del Instituto Penitenciario y Carcelario - INPEC estaban regidos por la siguiente normatividad:

La Ley 32 del 3 febrero de 1986, “por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia.”, que en su artículo 1º, estableció:

“La presente Ley regula todo lo relativo al ingreso, formación, capacitación, ascensos, traslados, retiros, administración y régimen prestacional del personal de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional.” (Subraya fuera de texto)

(...)

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

“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;*

Demandado(s): UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP.

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 inexecuibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.”

A partir de las normas enunciadas resulta palmario que los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional están sujetos a un régimen especial para acceder a la pensión de jubilación establecida en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, la cual debe ser liquidada teniendo en cuenta los factores salariales enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y demás normas análogas⁶, y sujetarse a los requisitos de edad y/o tiempo contenidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

(...)

Al tenor de la normatividad y jurisprudencia relacionada de forma antecedente, no existe duda respecto a que los funcionarios del INPEC previo al nacimiento de la Ley 100 de 1993, eran beneficiarios de un régimen especial del cual resultó beneficiario el señor Leonardo Castrillón Hurtado al cumplir los requisitos de la transición en la forma señalada requiriendo únicamente para gozar del derecho a la pensión de jubilación acreditar veinte años de servicios a la entidad en cualquier tiempo sin importar la edad tal y como lo establece el artículo 96 de la Ley 32 de 1986.

Por lo tanto, al momento de efectuarse el cálculo del ingreso base de liquidación del último año de prestación de servicios por parte del fondo de pensiones debió realizarse con plena observancia de lo estatuido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y no sujetar el asunto a lo reglado en la Ley 100 de 1993 y menos a los factores salariales expresados en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, teniendo en cuenta que el actor era beneficiario de un régimen exceptuado más beneficioso para su expectativa pensional.

De aplicar la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en la forma en que lo solicita y pretende Cajanal E.I.C.E. liquidada, hoy U.G.P.P., implicaría desconocer postulados constitucionales como el debido proceso y el respeto de las garantías laborales y prestacionales de los empleados y trabajadores públicos, quienes confían en que cumpliendo los requisitos para adquirir un derecho se concederá sin lugar a interpretaciones que resulten lesivas de la situación más beneficiosa para su destinatario.

Contario a lo manifestado por la parte apelante no se torna ilegal que en la reliquidación de la pensión de jubilación en calidad de sobrevivientes pretendida por las señoras Amanda

⁶ Mediante el Decreto 446 de 1994, se estableció el régimen prestacional de los de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – Inpec, en cuyo artículo 17 se establece que la compensación fija mensual denominada sobre-sueldo constituye salario, y es factor de liquidación para el cálculo de la pensión de jubilación, siempre y cuando haga parte de las asignaciones canceladas durante el último año de prestación de servicios.

Demandado(s): UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UCPP.

Gutiérrez Valencia y Verónica Patricia Castrillón Gutiérrez con ocasión del deceso del señor Leonardo Castrillón Hurtado, se tengan en cuenta todos los factores devengados por el causante los cuales acorde con los certificados obrantes a folios 50 y 51, corresponden a: sobre-sueldo, auxilios de transporte, de alimento, primas de servicio, de vacaciones, de riesgo, de navidad, bonificación por servicio y subsidio familiar.

Es decir que para establecer el ingreso base de liquidación y el valor al que asciende la pensión de jubilación en el caso bajo estudio, debía tenerse en cuenta los factores salariales enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y demás normas análogas como el Decreto 446 de 1994, aplicables en razón a que la pensión se reconoció en los términos de la Ley 32 de 1985, y sólo sujetarse a los requisitos de edad y/o tiempo contenidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para verificar si el causante era beneficiario de un régimen pensional más favorable en virtud de la transición señalada en la norma en mención sin que fuera del caso liquidar la prestación bajo los términos del actual régimen pensional al existir una norma más favorable al caso de la cual era beneficiario el señor Castrillón Hurtado.

§28. El Decreto 446 de 1994 indica que la prima de riesgo no tiene carácter salarial:

“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.”

§29. Ante esta norma, el Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 22 de abril de 2015, con ponencia del Doctor GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, de la Subsección A de la Sección Segunda, expediente 05001-23-31-000-2011-00740-01 0232-2014 estimó que esta exclusión era inconstitucional, y debía incluirse en la liquidación pensional:

“...La Sección Segunda, Subsección “A”, en la sentencia del 7 de abril de 2011 consideró, para apreciar la prima de riesgo en esa ocasión como factor salarial para liquidar la pensión de jubilación de un detective del DAS, a pesar de existir norma que la excluía para tal efecto, que:

“1. A pesar de que las normas citadas expresamente excluyeron la prima de riesgo como factor salarial, de la lectura del artículo 1º del Decreto 1933 de 23 de agosto de 1989, norma aplicable al caso sub lite, es claro que los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad tienen derecho a las prestaciones sociales previstas para entidades de la Administración Pública del Orden Nacional en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 451 de 1984, artículo 3º y los que lo adicionan, modifican, reforman o complementan y, además, a los que este Decreto establece.

Es así como el artículo 73 del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969 que reglamentó el Decreto 3135 de 1968, expresamente estableció:

“CUANTÍA DE LA PENSIÓN.

El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco (75) por ciento del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidos en el último año

Demandado(s): UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP.

de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la Ley para tal fin.” (negritas de la Sala). (Lo subrayado fue declarado nulo, Sent. C de E. Junio de 1980)

Lo anterior evidencia, que si bien es cierto el Legislador señaló expresamente en los Decretos 1137 de 2 de junio de 1994 y 2646 de 29 de noviembre de 1994, que la prima de riesgo no constituía factor salarial, también lo es, que dicha prima tiene proyección dentro del marco de la liquidación de la pensión, pues de conformidad con el artículo 73 del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969 la pensión vitalicia de jubilación debe liquidarse con el promedio de los salarios y primas de toda especie, razón por la cual el hecho de que la prima de riesgo no tuviera el carácter de factor salarial no la excluía de ser tenida en cuenta para efectos liquidar la pensión de jubilación del demandante.

2. La prima de riesgo fue concebida para ciertos funcionarios –entre esos los detectives del D.A.S.- que por el ejercicio de la función se encontraban más expuestos al peligro, por tanto, les fue cancelada la prima en forma habitual y periódica y como contraprestación directa del servicio, presupuestos que desdibujan el concepto per se de la citada prima para convertirla en salario.”

Para verificar que se cumplan similares presupuestos dentro del sub lite, a los analizados por la Corporación en la citada providencia, tenemos:

Algunos funcionarios del DAS, entre ellos los detectives tienen un régimen especial, en virtud del cual se pensionan con 20 años de servicio y cualquier edad, remitiendo para efectos prestacionales a normas que aplican a entidades públicas del orden nacional, tales como los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978. Algunos funcionarios del INPEC, entre ellos los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia tienen un régimen especial, contenido primordialmente en la Ley 32 de 1986, que los habilita para pensionarse con 20 años de servicio y a cualquier edad, y de su artículo 114 se deriva que en los aspectos no previstos en ella o en sus decretos reglamentarios, aplican las normas vigentes para los empleados públicos nacionales, que corresponde a las mencionadas.

La actividad de los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC, así como lo detectives del DAS, está catalogada como actividad de alto riesgo; se tratan de regímenes especiales y, en el evento de ser beneficiarios del régimen de transición conforme el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1994, no les aplica la Ley 33 de 1985, por expresa disposición del inciso 2° del artículo 1° de esta ley, por ello se remite directamente al marco general anterior que aplica a los empleados públicos del orden nacional.

Al igual que para los del DAS, el Decreto 446 de 1994 creó para el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional -INPEC-, una prima de riesgo sin carácter salarial, pero, la misma fue reconocida y pagada al actor, mes a mes, durante el último año de servicio, es decir, en forma habitual y periódica, y como contraprestación directa del servicio.

Así las cosas, no encuentra la Sala una justificación constitucionalmente válida y razonable, que –mutatis mutandis- inhiba aplicar las mismas consideraciones hechas en la sentencia del 7 de abril de 2011, al caso objeto de la presente controversia; es más, la Sección Segunda, Subsección “A”, en sentencia del 10 de noviembre de 2010, ya había tenido oportunidad de precisar que, si bien es cierto el marco legal señaló expresamente que la prima de riesgo no constituía factor salarial, también lo es que dicha prima tiene proyección dentro del marco de la liquidación de la pensión, pues de conformidad con el artículo 73 del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969 la pensión vitalicia de jubilación debe liquidarse con el promedio de los

Demandado(s): UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP.

salarios y primas de toda especie, razón por la cual el hecho de que la prima de riesgo no tuviera el carácter de factor salarial no la excluía de ser tenida en cuenta para efectos liquidar la pensión de jubilación del demandante.

En este orden de ideas y vistos los supuestos de hecho y de derecho del asunto objeto de análisis, estima la Sala que es procedente aplicar por analogía la ratio decidendi de la sentencia mencionada, amado que las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se hallan en los artículos de la Constitución y la legislación interna, sino que es necesario recurrir a herramientas de derecho internacional que se encargan de abordar materias laborales y que, en virtud del artículo 93 de la Constitución Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad, por lo tanto la noción de salario ha de entenderse en los términos amplios que lo concibe el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en su artículo 1º establece:

"El término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

En razón de lo anotado, la decisión de primera instancia se mantiene en cuanto a considerar que la prima de riesgo, a pesar de lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 446 de 1994, debe ser tenida en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación de la pensión del señor José Manuel Fonseca Buelvas. ..."

2.3. CASO CONCRETO

§30. Aterrizando al caso concreto y de conformidad con las razones esbozadas en el recurso de apelación, los problemas jurídicos a resolver son: Si al demandante le asiste o no el derecho al reajuste de su mesada pensional con la inclusión de la prima de riesgo.

§31. Procede la Sala a resolver el problema jurídico previamente identificado, para lo cual se analizará el material probatorio recaudado y relevante para desatar la Litis.

1. Resolución # 10453 del 3 de marzo de 2009, expedida por CAJANAL, mediante la cual se reconoció pensión de jubilación al demandante MANUEL ANTONIO CHÁVES RODRIGUÉZ. (fls. 2 a 8 c.1)
2. Resolución # UGM del 20 de junio de 2011, expedida por CAJANAL, mediante la cual se le reliquida la pensión de jubilación al demandante. (fls. 10 a 18 c.1)

3. Resolución # RDP 019102 del 12 de diciembre de 2012, expedida por la UGPP, mediante la cual se le reliquida la pensión de jubilación al demandante. (fls. 19 a 24 c.1)
4. Resolución # RDP 01071 del 5 de marzo de 2013, expedida por la UGPP, mediante la cual se confirma la Resolución # RDP 019102 del 12 de diciembre de 2012. (fls. 26 y 27 c.1)
5. Certificado de factores salariales del demandante año 2010 y 2011. (f. 31 c. 1)
6. Certificado de factores salariales del demandante dentro del periodo del 1 de enero al 31 de diciembre de 2010. (f. 32 a 34 c. 1)
7. Copia de la Cédula de Ciudadanía del demandante. (f. 44 c.1)

§32. Del material probatorio se tiene que CAJANAL-EICE le reconoció pensión vitalicia por vejez al demandante mediante Resolución # 10453 del 3 de marzo de 2009, en cuantía del 75% del salario promedio de lo devengado sobre el promedio de 8 años, 5 meses y 12 días, \$902,364.76, conforme a lo establecido en las Leyes en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y sentencia 168 de 20 de abril de 1995 de la Corte Constitucional, entre el 19 de octubre de 1999 y el 30 de marzo de 2008, a demás que dicha resolución señaló la no inclusión de la prima de riesgo por no constituir factor salarial de conformidad con el Decreto 158 de 1994 y Decreto 446 de 1994.

§33. Se tiene además que la pensión de jubilación del demandante fue reliquidada en dos ocasiones a través de las Resoluciones # UGM del 20 de junio de 2011 y # RDP 019102 del 12 de diciembre de 2012, sin embargo en ninguna de esta le fue incluida la prima de riesgo como factor salarial para establecer el ingreso base de liquidación de su mesada pensional.

§34. Teniendo en cuenta lo anterior y de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, y con el fin de determinar si el demandante es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁷, se observa que el demandante nació el 18 de julio de 1956⁸, por lo tanto para la fecha en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993⁹, éste no cumplía con uno de los requisitos necesarios para

⁷ Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 "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."

⁸ De acuerdo con lo consignado en la Resolución # 10453 del 3 de marzo de 2009 folio 4 de c.1, y folio 44 c. 1 copia de la Cedula de Ciudadanía del demandante.

⁹ Comenzó a regir en materia pensional el 1º de abril de 1994, Artículo 151 de la Ley 100 de 1993.

Demandado(s): UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP.

quedar cobijado bajo el régimen pensional anterior, es decir no tenía más de 40 años de edad a la fecha de entrada en vigencia de dicha Ley, ahora bien en lo que respecta al segundo requisito se tiene que de igual forma no contaba con el tiempo necesario para quedar cobijado bajo el régimen pensional anterior, ya que éste ingresó a prestar sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario el 13 de septiembre de 1982¹⁰, por lo que no es beneficiario del régimen de transición establecido en dicha Ley.

§35. No obstante lo anterior, hay que señalar que de acuerdo con lo establecido en el marco dogmático y de conformidad con el parágrafo transitorio # 5 del artículo 48 de la Constitución Política¹¹, y al constatar a folio 4 del c.1 que el demandante adquirió su estatus pensional el 12 septiembre de 2002¹², la Sala concluye que al demandante no le es aplicable el Decreto 2090 de 2003, ya que a la fecha de entrada en vigencia de dicho decreto, el demandante cumplía con el número necesario de semanas cotizadas y por lo tanto el régimen pensional aplicable éste es el establecido por la Ley 32 de 1986.

§36. Respecto a la inconformidad manifestada por el apelante en cuanto a sí el demandante tiene derecho o no a que se reliquidó su pensión con la inclusión de la prima de riesgo, esta Sala considera que sí le asiste el derecho al demandante a la reliquidación de su mesada pensional con la inclusión de la prima de riesgo percibida por este durante su último año de servicios, conforme con las siguientes razones:

§37. En cuanto a los factores salariales que se deben tener cuenta para efectos de liquidar la mesada pensional del demandante, al cual le es aplicable la Ley 32 de 1986. Se advierte tal como se plasmó marco dogmático de la presente providencia¹³, que al no contemplar la ley ibídem los factores constituían salario para la liquidación de la pensión de jubilación, y al estar excluidos el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional de la aplicación del régimen general contenido en la Ley 33 de 1985, es necesario acudir a lo contemplado en el Decreto 1045 de 1978, artículo 45, el cual según la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado no señala una listado taxativo de factores salariales que se deban tener en cuenta para efectos de la liquidación del monto de la mesada pensional, si no que permite la inclusión de otros.

¹⁰ Certificado de información laboral, CD aportado por la UGPP, archivo # 8, visible a folio 106 c.1.

¹¹ Artículo 48, parágrafo transitorio # 5 de la Constitución Política: **“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 Carcelaria 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.”**

¹² De acuerdo con lo consignado en la Resolución # 10453 del 3 de marzo de 2009 folio 4 de c.1

¹³ Párrafo 26 ut supra.

§38. Ahora bien, en aras de resolver el problema jurídico inicialmente planteado del material probatorio se observa que al demandante no se le incluyó la prima de riesgo como factor salarial para la liquidación de su mesada pensional, en el acto de reconocimiento pensional, ni en los demás actos administrativos los cuales *reliquidaron su pensión. Prima de riesgo que considera la Sala que debe ser tenida en cuenta para efectos de reliquidar la pensión al demandante, prima que el Honorable Consejo de Estado en diferentes oportunidades consideró que se debía apreciarse como factor salarial para efectos de reliquidar la pensión de jubilación de los funcionarios del DAS, y que a con la sentencia del 22 de abril de 2015, con ponencia del Doctor GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, de la Subsección A de la Sección Segunda, expediente 05001-23-31-000-2011-00740-01 0232-2014 estimó que esta exclusión era inconstitucional, y debía incluirse de igual forma en la liquidación pensional de los funcionarios del INPEC.*

Decisión

§39. Por lo expuesto se revocará la decisión de primera instancia, ya que al demandante sí le asiste el derecho a que se le reliquidó su mesada pensional utilizando como factores salariales los reconocidos en el último acto administrativo que reliquidó ésta, Resolución # RDP 019102 del 12 de diciembre de 2012, además de la utilización como factor salarial de la prima de riesgo, factores que fueron percibidos por éste durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2010 y 31 de diciembre del mismo año.

§40. Se aclara que lo anterior no obsta para que la entidad demandada al momento de la reliquidación de la pensión del demandante, efectuó los descuentos correspondientes a los aportes no efectuados por la el actor.

§41. La pensión que se reconoce tendrá los reajustes de ley. Así mismo, el monto de la condena que resulte se ajustará, mes por mes, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

§42. En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la actora por concepto de mesada pensional con inclusión de los reajustes de ley, 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 sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debieron efectuarse cada uno de los pagos.

§43. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, empezando por la primera mesada pensional que se dejó de devengar, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas. Los intereses se reconocerán en los términos previstos inciso tercero del artículo 192 del C.P.A.C.A., y el artículo 195 de la misma codificación.

§44. De otro lado, en relación con la excepción propuestas por la parte demandada “Improcedencia de lo pretendido por no existir norma que ampare lo pedido” se declarará no probad.

§45. Referente al respecto excepción de “prescripción trienal”, esta colegiatura manifiesta que de acuerdo con los artículos 4114 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 respectivamente, las acciones prescriben en tres años contados a partir de que la obligación se hace exigible, que para el caso concreto lo fue a partir del 12 septiembre de 2002¹⁵, fecha en la que el demandante adquirió el estatus pensional por acreditar 20 años de servicio oficial. Ahora bien, como quiera que la solicitud de reconocimiento pensional fue radicada el 15 de septiembre de 2008¹⁶, quiere decir que transcurrieron más de 3 años desde la fecha en que se hizo la reclamación hasta la fecha de presentación de la demanda, por lo que tomando como la fecha de presentación de esta demanda el día 20 de noviembre de 2013¹⁷, están prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 20 de noviembre de 2010.

§46. Finalmente y por sustracción de materia, se denegarán las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto a lo largo de esta providencia.

- Costas

§47. Por último, respecto a la condena en costas se advierte que en virtud del artículo 188 del C.P.A.C.A., la liquidación de la condena en costas debe liquidarse en los términos del Código General del Proceso, el cual en su artículo 365.5 dispone que en caso de condena parcial el Juez podrá abstenerse de condenar en costas, como fue a favor del apelante, tal como ocurre en este caso.

2.4. SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO

La solución al debate jurídico planteado es: Sí le asiste el derecho a la demandante de que se le reajuste su mesada pensional con la inclusión de la prima de riesgo.

¹⁴ Artículo 41: “Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

¹⁵ De acuerdo con lo consignado en la Resolución # 10453 del 3 de marzo de 2009 folio 2 de c. 1

¹⁶ Ver sello de presentación del derecho de petición folio 35 c. 1

¹⁷ Ver folio 57 c. 1

§48. En mérito de lo expuesto, el Honorable Tribunal Administrativo de Córdoba, administrando Justicia en nombre de

SENTENCIA

PRIMERO. Revóquese la Sentencia de 2 de junio de 2015, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Montería, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Declárese no probada la excepción denominada "Imprudencia de lo pretendido por no existir norma que ampare lo pedido" propuesta por la parte demandada, conforme lo dicho en la motivación.

TERCERO. Declárese la nulidad de las siguientes Resoluciones:

1. Parcial de la Resolución # 10453 del 3 de marzo de 2009, expedida por CAJANAL, por medio de la cual Reconoce el pago de una pensión de jubilación al demandante.
2. Parcial de la Resolución # UGM del 20 de junio de 2011, proferida por CAJANAL, por medio de la cual se reliquidó la pensión de jubilación del demandante.
3. Parcial de la Resolución # RDP 019102 del 12 de diciembre de 2012, proferida por CAJANAL, por medio de la cual se reliquidó la pensión de jubilación del demandante.
4. Total de la Resolución # RDP 010711 del 5 de marzo de 2013, por medio de la cual se desconocieron y negaron los factores salariales correspondientes a la pensión de jubilación del demandante.

Confirmando la decisión anterior, respectivamente, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. A título de restablecimiento del derecho, Ordénese a la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP, reconocer y pagar al señor MANUEL ANTONIO CHÁVES RODRIGUÉZ una pensión de jubilación, tomando como base liquidación el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios, desde el 01 de enero de 2010 a 30 de diciembre de 2010, es decir, además de los factores reconocidos en la Resolución # RDP 019102 del 12 de diciembre de 2012,

Demandado(s): UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP.

inclúyase la prima de riesgo como factor salarial devengada por el demandante, efectiva a partir del 30 de diciembre de 2010, conforme se señaló en la parte considerativa de la presente providencia.

QUINTO. Ordénesse a la demandada a pagar las diferencias resultantes entre las mesadas devengadas por el demandante y las que debieron ser canceladas, en virtud de la reliquidación de la mesada pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Lo anterior, actualizado de conformidad con la fórmula y términos señalados en la parte considerativa de esta providencia

SEXTO. Sobre el factor salarial cuya inclusión aquí se ordena, el ente demandado efectuará los descuentos en la porción establecida en la Lcy, siempre que no haya sido objeto de cotización alguna.

SÉPTIMO. Declárense prescrito el derecho al pago de las diferencias resultantes de la reliquidación ordenada en la presente providencia, anteriores al 20 de noviembre de 2010.


OCTAVO. Ordénesse a la entidad demandada, dar cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en los Artículos 192, 194 y 195 del C.P.A.C.A.


NOVENO. No condenar en costas a la parte demandada.


DÉCIMO. Deniéguense las demás pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia que la sentencia fue estudiada, discutida y aprobada, en sesión de la fecha.


DIVA CABRALES SOLANO
Magistrada


LUIS EDUARDO MESA NIEVES
Magistrado


PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado Ponente