



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ  
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 24 ABR. 2018

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO:	150013333009201600018-01
DEMANDANTE:	JOSÉ ORLANDO GARCÍA PALACIOS
DEMANDADO:	COLPENSIONES
TEMA:	RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE JUBILACIÓN - RÉGIMEN ESPECIAL INPEC
ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia preferida en la Audiencia Inicial adelantada el 9 de noviembre de 2016 por el Juzgado Naveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

### 1. DEMANDA

#### 1.1. Declaraciones y condenas (ff. 2-3)

El señor JOSÉ ORLANDO GARCÍA PALACIOS, a través de apoderado judicial, instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra COLPENSIONES con el objeto de que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. GNR 274507 del 1º de agosto de 2014, GNR 83637 del 20 de marzo de 2015 y VPB 75634 del 21 de diciembre de 2015, a través de las cuales la entidad demandada negó el reconocimiento de la pensión de jubilación al accionante y confirmó esta decisión en sede de reposición y apelación, respectivamente.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que i) se ordene el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a que tiene derecho el accionante por haber cumplido los requisitos de la Ley 32 de 1986, con efectos fiscales a partir del 10 de enero de 2015; (ii) se condene a COLPENSIONES al pago de las mesadas pensionales dejadas de reconocer desde el 10 de enero de 2015,

debidamente indexadas y con los ajustes anuales de ley; y (iii) se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192, 193 y 195 del CPACA.

### 1.2. Fundamentos fácticos (ff. 3-5)

Como fundamentos fácticos de la demanda, la parte actora enunció los que se resumen enseguida:

Que el señor JOSÉ ORLANDO GARCÍA PALACIOS laboró al servicio del Estado acumulando los siguientes tiempos: (i) del 2 de mayo de 1991 al 17 de noviembre de 1992 en el Ministerio de Defensa, y (i) del 9 de noviembre de 1995 al 9 de enero de 2015 en el INPEC; para un total de 20 años, 8 meses y 15 días.

Que el último cargo desempeñado fue el de Inspector Jefe código 4152 grado 14 del EPAMSCASCO.

Que solicitó el reconocimiento de una pensión de jubilación ante COLPENSIONES, siendo negada a través de los actos acusados.

Que durante el último año de servicios (del 10 de enero de 2014 al 9 de enero de 2015) el accionante devengó los siguientes factores: asignación básica, prima de riesgo, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados, prima de seguridad, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.

Que el actor solicitó al INPEC la corrección de su historia laboral debido a inconsistencias en los tiempos laborados y semanas cotizadas, pero esas peticiones no han sido resueltas de fondo.

### 1.3. Fundamentos de derecho (ff. 5-14)

Se señalaron como normas violadas el artículo 13 de la Constitución; las Leyes 32 de 1986, 4ª de 1966, 48 de 1993; y los Decretos Nos. 1743 de 1966 y 1045 de 1978.

En síntesis, puso de presente que la razón de la negativa expuesta por la entidad se fundamentaba en cotizaciones no efectuadas por el INPEC, sin tener en cuenta que el pago de esos periodos debía solicitarse a la entidad empleadora y no podía afectar al trabajador.

Recalcó que el demandante estaba cobijado por el régimen especial previsto en la Ley 32 de 1986 y que el Consejo de Estado había

"[...] PRIMERO.- Niéguese las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO.- Sin condena en costas. [...]"

Para adaptar tal determinación, después de citar en extenso la sentencia del 28 de junio de 2012 dictada por el Consejo de Estado, el a quo indicó que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para la aplicación del régimen pensional contemplado en la Ley 32 de 1986 y el Decreto No. 407 de 1994 era necesario cumplir los requisitos del régimen de transición, porque dicho personal no había sido excluida del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Aclaró que como el accionante no cumplía los requisitos para ser cabijado por el régimen de transición, no podía beneficiarse de la Ley 32 de 1986, de manera que era necesario examinar si reunía los enlistados en el Decreto No. 2090 de 2003.

Refirió que el demandante contaba con 20 años, 8 meses y 27 días de tiempo de servicios (incluyendo el servicio militar obligatorio); empera, después de citar nuevamente en extenso la aludida sentencia del 28 de junio de 2012, concluyó que para ser beneficiario de la Ley 32 de 1986 era necesario que a la entrada en vigencia del Decreto No. 2090 de 2003 tuviera un derecho adquirido.

Por lo anterior, decidió negar las pretensiones de la demanda.

#### 4. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandante apeló la sentencia con base en los siguientes argumentos (ff. 158-161 y 162-167):

Señaló que, de acuerdo a la fecha de vinculación del demandante al INPEC, su régimen es el contemplado en la Ley 32 de 1986 y no la Ley 100 de 1993, así que no era exigible el cumplimiento de los requisitos del régimen de transición.

Adujo que para efectos del reconocimiento pensional, el artículo 168 del Decreto No. 407 de 1994 estableció que los servidores del INPEC vinculados al 21 de febrero de ese año (fecha de entrada en vigencia de la norma), tienen derecho a gozar de una pensión de jubilación en los términos del artículo 96 de la Ley 32 de 1986.

Reiteró que el tiempo de servicio militar obligatorio debía computarse para efectos pensionales, además que era prerequisite para ingresar al INPEC.

Dijo que debía tenerse en cuenta que la interpretación del párrafo transitorio 5° del Acto Legislativo No. 01 de 2005 estaba referida a las cotizaciones de los 20 años de servicios de que trata el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 y que la interpretación ofrecida por el a quo vulneraba el principio de favorabilidad.

Trajo a colación pronunciamientos de esta Corporación acerca del régimen pensional de los servidores del INPEC y jurisprudencia del Consejo de Estado para concluir que el demandante estaba cobijado por la Ley 32 de 1986, y agregó que en el IBL debía incluirse la prima de riesgo.

## **5. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA**

El anterior recurso fue concedido mediante auto del 1° de diciembre de 2016 (ff. 170) y fue admitido por esta Corporación mediante providencia calendada del 2 de febrero de 2017 (f. 175). Posteriormente, a través de auto del 16 de febrero de 2017 se prescindió de la audiencia de que trata el inciso 4° del artículo 247 del CPACA y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (f. 179).

### **5.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

#### **5.1.1. Parte demandante (ff. 181-183)**

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

#### **5.1.2. Parte demandada**

Guardó silencio.

### **5.2. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

No emitió concepto.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. CONTROL DE LEGALIDAD**

De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro

del trámite surtido hasta este momento procesal no ha encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada.

## **2. PROBLEMA JURÍDICO**

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, corresponde a esta Sala establecer si: *¿Es el demandante beneficiario del régimen pensional previsto en la Ley 32 de 1986, en virtud de su fecha de vinculación al INPEC y la disposición introducida en el párrafo transitorio 5º del Acto Legislativo No. 01 de 2005?*

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestas en el recurso, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso para dirimir el objeto de la litis e igualmente anuncia la posición que asumirá, así:

### **2.1. Tesis argumentativa propuesta por la Sala**

*A partir de lo dispuesto en el párrafo transitorio 5º del Acto Legislativo No. 01 de 2005, lo determinante para identificar si el servidor del INPEC está cobijado por la Ley 32 de 1986 o por el Decreto No. 2090 de 2003 es su fecha de vinculación a la entidad, esto es, antes o después del 28 de julio de 2003. Como en este caso el accionante se vinculó el 9 de noviembre de 1995, resulta claro que está cobijado por el régimen previsto en la primera de las normas mencionadas, de modo que el único requisito para adquirir el derecho es el cumplimiento de 20 años de servicios, sin importar la edad del trabajador.*

*Verificado el expediente, fue demostrado que el demandante acumuló 20 años, 7 meses y 15 días de servicios, por lo que fuerza concluir que adquirió su estatus pensional el 24 de abril de 2014.*

*Por lo anterior, la sentencia de primer grado será revocada, con el fin de acceder a las pretensiones de la demanda.*

## **3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

### **3.1. Régimen pensional del INPEC**

La recopilación normativa constitucional y legal que permite el reconocimiento y la reliquidación pensional del personal de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, es el siguiente<sup>1</sup>:

<sup>1</sup> Tomado de: CE 1. 27 Jul. 2017. e11001-03-15-000-2017-01476-00(AC). H. Sánchez.

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

"[...] ARTÍCULO 96. PENSIÓN DE JUBILACIÓN. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta su edad. [...]"

Por su parte, el artículo 114 ibidem dispuso:

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

A su turno, fue expedido el **Decreto No. 407 de febrero 20 de 1994**, "por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario". El artículo 168 de dicho decreto determinó lo siguiente:

"[...] ARTICULO 168. PENSIÓN DE JUBILACIÓN. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y 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. [...]" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En este sentido puede indicarse que el Decreto No. 407 de 1994, que entró en vigencia el 21 de febrero de 1994, fue expedido en el entendido de que regiría la Ley 100, la cual entró en vigencia el 1º de abril de 1994, como se puede observar del párrafo 1º del artículo 168 del mencionado decreto, que indica claramente que "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 las términos que establezca el Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993 para las actividades de alto riesgo”.

Así, el artículo 140 de la Ley 100 de 1993, por su parte, estableció:

*“[...] **Actividades de alto riesgo de los servidores públicos.** De conformidad con la Ley 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 carga del empleador, o del empleador y el trabajador, según cada actividad. (...)”* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Sin embargo, el Gobierno Nacional solamente hasta el año 2003 estableció el régimen pensional para los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, por medio del **Decreto No. 2090 de julio 26 de 2003**<sup>2</sup>, en el que se determinó:

*“[...] **ARTÍCULO 2º. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO PARA LA SALUD DEL TRABAJADOR.** Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:  
(...)”*

*7. **En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Así mismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública.***

***ARTÍCULO 3º. PENSIONES ESPECIALES DE VEJEZ.** Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.*

***ARTÍCULO 4º. CONDICIONES Y REQUISITOS PARA TENER DERECHO A LA PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ.** La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:*

<sup>2</sup> El Decreto No. 2090 de julio 26 de 2003 entró en vigencia el 28 de julio de 2003, de acuerdo al Diario Oficial 45010 del 28 de julio de 2003.

250

1. Haber cumplido 55 años de edad.
2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecida para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.

**ARTÍCULO 5°. MONTO DE LA COTIZACIÓN ESPECIAL.** El monto de la cotización especial para las actividades de alto riesgo es el previsto en la Ley 100 de 1993, más diez (10) puntos adicionales a cargo del empleador.

**ARTÍCULO 6°. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.** Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

(...)

**ARTÍCULO 11. VIGENCIA Y DEROGATORIAS.** El presente decreto regirá a partir de su publicación y deroga todas las normas que le sean contrarias, en particular, el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, los Decretos 1281, 1835, 1837 y el artículo 5° del Decreto 691 de 1994, el Decreto 1388 y el artículo 117 del Decreto 2150 de 1995 y el Decreto 1548 de 1998. (...) (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Por lo anterior, el artículo 168 del Decreto No. 407 de 1994 fue derogado solo hasta el 28 de julio de 2003.

Ahora bien, el Congreso de la República por medio del **Acto Legislativo No. 01 de 2005**, por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política, decidió aclarar la vigencia de los regímenes pensionales para los trabajadores del INPEC, en el párrafo transitorio 5°, el cual es del siguiente tenor:

[...] PARÁGRAFO TRANSITORIO 5°. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y 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 y negrilla fuera del texto original)

En este punto es importante traer a colación el estudio que hizo la Corte Constitucional en sentencia C-651 de 14 de octubre de 2015, el cual...

exequibilidad del artículo 8 de Decreto No. 2090 de 2003, en la cual se analizaron los debates parlamentarios que antecedieron al Acto Legislativo No. 01 de 2005; sobre el puntual tema contenido en el párrafo 5º transitorio del mencionado acto legislativo, allí se observó:

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

25.1. En primer lugar, en los debates parlamentarios que precedieron a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 se aclaró desde el comienzo que en la reforma se pretendían eliminar los regímenes pensionales especiales y exceptuados, pero no las reglas sobre pensiones de alto riesgo, por cuanto estas formaban parte en sentido estricto del sistema general de pensiones. Se decía que el sistema general de pensiones estaba conformado por las Leyes 100 de 1993, 797 y 860 de 2003, y por el Decreto ley 2090 de 2003, y por tanto que las previsiones de este último no se alteraban con la reforma. [...]

25.3. En tercer lugar, quizás lo anterior lleva a preguntarse por qué entonces, si era claro que el Acto legislativo no interferiría en la vigencia y validez de las pensiones de alto riesgo, contempladas en el Decreto 2090 de 2003, resultaba necesario contemplar el actual párrafo transitorio 5º del artículo 48 de la Constitución. La respuesta se halla hacia el final del trámite de formación del Acto, ya dentro del tercer debate de la segunda vuelta, en el Senado de la República. **En ese momento adquirió fuerza una preocupación parlamentaria que antes se venía discutiendo, ya no en torno a la posible afectación de las pensiones de vejez por actividades de alto riesgo, pues había claridad acerca de que no las impactaba la reforma, sino en torno de una situación puntual de los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, pues al parecer había un vacío regulatorio en el tiempo en relación con este personal, que el Congreso consideró necesario colmar. Esa intervención concluyó con una constancia. Pero en una sesión de Comisión posterior, dentro del mismo tercer debate de la segunda vuelta, se convirtió la constancia en una proposición aditiva, suscrita por miembros de distintos partidos.**

El texto finalmente aprobado en Comisión Primera del Senado, fue en su sentido el que en definitiva quedó en el Acto Legislativo. Pero lo que queda claro es entonces que el origen del párrafo transitorio 5º del artículo 48

de la Constitución fue la preocupación por calmar una aparente deficiencia regulatoria en relación con un grupo de personas debidamente delimitada, y no la necesidad de delimitar el ámbito personal o material de validez del Decreto 2090 de 2003, pues el presupuesto común a los debates en que se incorporó la proposición aditiva fue que este Decreto, y en general las pensiones de alto riesgo, tendrían una vigencia no interferida por el Acto Legislativo en trámite. (...)” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Ahora bien, varias sentencias del Consejo de Estado, particularmente hasta el año 2015, expresaban que para beneficiarse de los parámetros pensionales señalados en la Ley 32 de 1986 y el Decreto No. 407 de 1994 los servidores del INPEC necesariamente debían acreditar las condiciones descritas en el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100, lo que implica que sólo se consideraba aplicar dicho régimen en virtud de la transición prevista en el nuevo Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Sin embargo, no se puede dejar de lado el análisis que merece el parágrafo transitorio 5° del Acto Legislativo No. 01 de 2005, “Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política” que concierne a la situación de labor de alto riesgo de los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, para determinar el régimen pensional aplicable al trabajador.

Así, para la Sala es claro que el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 ordenó al Gobierno Nacional la expedición de un régimen para los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, particularmente, indicando a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia nacional penitenciaria, lo cual fue concretado con la expedición el Decreto No. 2090 de 2003. Sin embargo, el régimen de aplicación, es decir, el contenido en la Ley 32 de 1986, **debe ser definido para los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria que ingresaron antes del 28 de julio de 2003, luego este sentido de la norma excluye la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para determinar si los son o no beneficiarias del régimen de transición y, en consecuencia, para las personas que ingresaron al servicio antes del Decreto No. 2090 de 2003 deberá ser aplicado el régimen contenido en la Ley 32 de 1986** por razón de los riesgos de su labor, equilibrando así el sentido del Decreto No. 2090 de 2003, que regiría para este tipo de trabajadores, con los que laboraron antes de dicha norma, en las mismas condiciones y tienen la expectativa de pensionarse.

### 3.2. Ingreso base para la liquidación del derecho pensional

La Ley 32 de 1986 no contempló los factores a tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación allí regulada, razón por la cual conforme lo previsto en su artículo 114, es procedente la

remisión respecto de los aspectos no regulados a las normas vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, la norma vigente para esos empleados a que hacen referencia los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto No. 407 de 1994, es la Ley 33 de 1985; sin embargo, esta norma no resulta aplicable a los servidores cobijados por un régimen especial, como en este caso los servidores del INPEC, acorde a la exclusión que al efecto establece el artículo 1 inciso 2º de la misma Ley 33 de 1985, siendo necesario acudir al Decreto No. 1045 de 1978.

Esta disposición es aplicable al régimen especial de pensión establecido para los trabajadores del INPEC y, por tanto, la liquidación de su prestación debe tener en cuenta el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de lo devengado en el último año de servicios, como lo estableció la Ley 4 de 1966, aplicando para ello los factores salariales contemplados en el régimen general indicados en el artículo 45 del Decreto No. 1045 de 1978, que establece:

"[...] ARTICULO 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 tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- m) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. [...]"

º La Ley 33 de 1985, en su artículo 1º inciso 2º establece: "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".

Sobre este aspecto, resulta pertinente hacer referencia a la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010, en tanto a partir de dicha providencia se fijó un nuevo criterio jurisprudencial en cuanto a los factores salariales que se deben incluir en la liquidación de la pensión de jubilación, precisando que **la misma debe incluir el 75% del promedio de todo lo devengado en el último año de servicios, siempre que los factores que integran el IBL tengan carácter salarial**. Así lo precisó el Consejo de Estado en la citada providencia:

*"(...) En consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando (...)*

*Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales -a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación-, esta es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. (...)"<sup>4</sup> (Subrayo y negrillo fuera del texto original)*

Adicionalmente, en la decisión de unificación mencionada se dejó expuesto que la entidad que reconoce la pensión queda habilitada para realizar las deducciones y/o descuentos que corresponda sobre aquellos factores respecta de los cuales no se hubiera hecho cotización para pensión.

#### 4. CASO CONCRETO

En el sub lite, lo primero que debe determinar la Sala, de acuerdo con los cargos de la alzada, es cuál es el régimen pensional aplicable al accionante y, a partir de lo anterior, verificar si cumplió los requisitos para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, como se explicó en los acápites precedentes, lo determinante para identificar si el servidor del INPEC está cobijado por la

<sup>4</sup> CE 2 Pleno. SU 4 Ago. 2010, e25000-23-25-000-2006-7509-01(0112-09), V. Alvarado.

Ley 32 de 1986 o por el Decreto No. 2090 de 2003 es su fecha de vinculación a la entidad, esto es, antes o después del 28 de julio de 2003<sup>3</sup>. En el presente asunto, fue acreditado que el señor JOSÉ ORLANDO GARCÍA PALACIOS se vinculó al INPEC el **9 de noviembre de 1995** (f. 48), por lo que claramente se colige que el régimen aplicable es el contemplado en la primera de las normas citadas.

Cabe aclarar que a ese régimen no se llega en virtud del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sino gracias a lo preceptuado en el párrafo transitorio 5º del Acto Legislativo No. 01 de 2005, razón por la cual no es necesario verificar la edad o el tiempo de servicios acumulado al 1º de abril de 1994.

Ahora bien, el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 prescribe:

*"[...] 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.** [...]" (Subraya y negrilla fuera del texto original)*

En concordancia con lo anterior, el artículo 168 del Decreto No. 407 de 1994 expresa:

*"[...] 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 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 determinadas por el Gobierno Nacional. [...]" (Negrilla fuera del texto original)*

Esto implica que para acceder a la pensión de jubilación los servidores del INPEC sólo necesitaban reunir el requisito de tiempo de servicios (20 años), siendo indiferente la edad. Además, expresamente el Decreto No. 407 de 1994 permitió la acumulación para tal fin del tiempo servido en la fuerza

<sup>3</sup> CE Consulta, 8 Jun. 2016, e11001-03-06-000-2016-00048-00(C). A. Namén: "[...] De las normas anteriormente citadas, se tiene que el Acto Legislativo 01 de 2005 el cual es una norma posterior, y de superior jerarquía, estableció que el régimen que se aplicará para los miembros de Cuerpo de Custodia y vigilancia penitenciaria y Carcelaria Nacional sería el régimen contemplado el Decreto 2090 de 2003, **salvo para aquellos miembros que se vincularon a dicho Cuerpo con anterioridad a la fecha en entrada en vigencia del mismo, para estos el régimen que se aplicará será el contemplado en la Ley 32 de 1986.** [...]" (Negrilla fuera del texto original)

253

pública, lo cual guarda concordancia con el literal a) del artículo 40 de la Ley 48 de 1993, que reza:

"[...] ARTÍCULO 40. AL TERMINO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR, Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio, tendrá los siguientes derechos:

a. **En las entidades del Estado de cualquier orden el tiempo de servicio militar le será computado para efectos de cesantía, pensión de jubilación de vejez y prima de antigüedad en los términos de la ley. [...]**" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Bajo este entendido, el accionante acumula los siguientes tiempos de servicios (ff. 48 y 69):

ENTIDAD	TIEMPO SERVIDO		TOTAL
	DESDE	HASTA	
Ministerio de Defensa (SMO)	02-05-1991	17-11-1992	1 año, 6 meses y 15 días
Inpec	09-11-1995	09-01-2015	19 años y 2 meses

En este sentido, el señor GARCÍA PALACIOS en principio cuenta con 20 años, 8 meses y 15 días; empero, por presentante una interrupción de un mes (f. 48), se concluye que la sumatoria total de tiempo de servicios da como resultado **20 años, 7 meses y 15 días**.

Así las cosas, fuerza concluir que el demandante tiene derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación bajo el régimen de la Ley 32 de 1986, habiéndose consolidado su estatus pensional el **24 de abril de 2014**<sup>6</sup>, cuando alcanzó los 20 años de servicios.

Ahora bien, la liquidación de la prestación, como se dijo, corresponde al 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios (art. 4 L 4/1966), teniendo en cuenta todos los factores constitutivos de salario, esto es, los devengados habitual y periódicamente como retribución del servicio, tomando como referencia -no de forma taxativa- los factores enlistados en el artículo 45 del Decreto No. 1045 de 1978, como lo dilucidó la sentencia de unificación dictada por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010. Revisado el plenario, se observa que en el último año de servicios efectivamente prestados, que va del 10 de diciembre de 2013 al 9 de enero de 2015 (no se tiene en cuenta el mes de interrupción -junio de 2014-)<sup>7</sup>, el accionante percibió los siguientes conceptos (ff. 58-59 y 66-

<sup>6</sup> La interrupción de un mes se produjo del 1º al 30 de junio de 2014 (f. 48), así que no afectó la fecha de adquisición del estatus pensional.

<sup>7</sup> Ver por ejemplo: CE 28, 30 Mar. 2017, e15001233100020120004001, S, Ibarra: "[...] En ese orden de ideas, si el último año de servicio que se tiene en cuenta para liquidar una pensión de jubilación, comprende periodos dentro de los cuales el empleado disfrutó de una licencia en los términos indicados, éstos no pueden ser tenidos en cuenta como

67): asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de riesgo, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad, prima de servicios, bonificación por recreación, subsidia familiar y prima de seguridad.

En este punto es necesario hacer precisión frente a ciertos factores cuya inclusión se pretende en el IBL pensional. De un lado, no se incluirá la bonificación por recreación en razón a que no se encuentra enlistada en los factores salariales establecidos en el Decreto No. 1045 de 1978 y no tiene connotación salarial, sino que su finalidad es estimular las actividades de descanso y esparcimiento del trabajador. Tampoco se incluirá el subsidio familiar porque solo fue percibido en el mes de diciembre de 2013, de manera que no fue una retribución habitual y periódica dentro del último año de servicios efectivamente prestados. De forma semejante acontece con la prima de seguridad, que según la certificación emitida por el INPEC únicamente fue percibida los meses de noviembre y diciembre de 2014, es decir, no periódicamente, y de acuerdo al artículo 24 del Decreto No. 199 de 2014<sup>8</sup> no constituye factor salarial para ningún efecto legal.

Por último, la Sala advierte que, a pesar de no ser certificados por el INPEC ni encontrarse relacionados en el Formato 3 (B) de COLPENSIONES, fue probado con el comprobante de nómina del mes de diciembre de 2014 (f. 47) que el señor GARCÍA PALACIOS para ese periodo percibió adicionalmente prima de vacaciones y sobresueldo. Frente al primero, tratándose de un factor de causación anual enlistado en el Decreto No. 1045 de 1978, debe incluirse dentro del IBL. En cuanto al segunda, causa extrañeza que no haya sido certificado, ya que de conformidad con el artículo 30 del Decreto No. 199 de 2014, el sobresueldo se causa

---

*efectivamente laborados, y por ende, como determinantes para obtener los factores de salarios que son necesarios para la liquidación. // De ahí que, tenga fundamento que el ente previsional al momento del reconocimiento descuenta el periodo de licencia ordinaria, pues no hacerlo resulta lesivo para el pensionado, en la medida que éste no tiene carácter remuneratorio. (...)*"

<sup>8</sup> "[...] ARTÍCULO 24. CRITERIOS Y CUANTÍA. Teniendo en cuenta la especial responsabilidad y la delicada misión inherente al cuerpo especial de administración, remisiones, custodia y vigilancia de los establecimientos de reclusión del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), establécese una **prima de seguridad mensual, que no constituye factor salarial para ningún efecto legal**, liquidada para aquellos empleados que presten sus servicios en centros o pabellones de alta seguridad, equivalente hasta el cincuenta por ciento (50%) de la asignación o sueldo básico mensual, que no podrá exceder el monto de cuatro mil doscientos treinta y siete millones quinientos ochenta y dos mil ciento sesenta y dos pesos (\$4.237.582.162) moneda corriente, señalados en el Presupuesto General de la Nación. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

mensualmente y es un factor constitutivo de salario, a manera de remuneración por trabajo dominical, festivo o suplementario:

"[...] ARTÍCULO 30. FACTOR SALARIAL. El sobresueldo establecido para el personal carcelario y penitenciario a que se refiere el artículo anterior **constituye factor de salario para efectos de la liquidación y pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho el citado personal, de conformidad con las disposiciones pertinentes. Este sobresueldo será factor salarial con los mismos efectos de los literales (e) y (f) del artículo 1º del Decreto 1158 de 1994. (...)**" (Negrilla fuera del texto original)

Además, el accionante desde el 22 de noviembre de 2012 y hasta su retiro el 9 de enero de 2015 ostentaba el cargo de Inspector Jefe código 4152 grado 14 (f. 48), el cual es beneficiario de este emolumento según se extrae del artículo 29 del Decreto en mención. Por lo tanto, con fundamento en los principios protector del trabajador y de supremacía de lo sustancial sobre las formalidades, y además, al existir los suficientes elementos de convicción para determinar que el sobresueldo mensual se causó y pagó al actor durante el último año efectivo de servicios, se dispondrá su inclusión en el IBL de la pensión.

Por lo tanto, el IBL de la pensión de jubilación del demandante estará integrado por los siguientes conceptos: **asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de riesgo<sup>9</sup>, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y sobresueldo mensual.**

Por todo lo anterior, se revocará la sentencia de primera instancia, en razón a que consideró erradamente que el régimen contemplado en la Ley 32 de 1986 solo era aplicable al actor si cumplía los requisitos del régimen de transición creada en la Ley 100 de 1993 y dio un alcance interpretativo restrictivo y contrario al principio de favorabilidad al párrafo transitorio 5º del Acto Legislativo No. 01 de 2005. Sobre esto último, si bien el a quo sustentó su decisión en una sentencia del 28 de

<sup>9</sup> CE 1. 2 Mar. 2016. e11001-03-15-000-2015-03263-00(AC). M. Rojas: "[...] el hecho de que una disposición, como la contenida en el artículo 4 Decreto 2646 de 1994 para los funcionarios de DAS, o la prevista en el artículo 11 del Decreto 446 de 1994 para los servidores del INPEC, le niegue el carácter salarial a la prima de riesgo, **no es óbice para tenerla en cuenta en la base de liquidación pensional en aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades.**"

[...]

En ese orden de ideas, es claro para la Sala concluir que sobre el reconocimiento de la prima de riesgo como un factor salarial para la liquidación de la pensión de los funcionarios del DAS y el INPEC, la Sección Segunda tiene una visión clara y unificada, y en tal virtud, era obligación del Tribunal Administrativo del Tolima acogerse al precedente en cita, por lo que su inobservancia configura una vía de hecho por desconocimiento del precedente. [...]" (Subrayo y negrilla fuera del texto original)

junio de 2012, se evidencia que no fue consultada ninguna otra providencia y, por ello, se tomó como referencia un antecedente jurisprudencial que no tuvo eco posteriormente en el Consejo de Estado<sup>10</sup>.

Finalmente, es necesario aclarar que si bien la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Boyacá recientemente acogió la posición de la Corte Constitucional contenida en las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU - 395 de 2017 a propósito de la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, de contera, concluyó que el IBL prestacional en esos eventos no corresponde al del régimen anterior, lo cierto es que en este caso se da aplicación a la tesis del Consejo de Estado en razón a que, en virtud de lo dispuesto en el Acto Legislativo No. 01 de 2005, los servidores del INPEC vinculados antes del 28 de julio de 2003 son beneficiarios de la Ley 32 de 1986 no en virtud del régimen de transición allí creado sino por remisión directa.

Así las cosas, **con esta decisión no se varía ni contraviene la postura adoptada por esta Corporación con fundamento en el precedente de la Corte Constitucional**, sino que simplemente, por no discutirse los elementos del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la Sala considera que la jurisprudencia aplicable continuó siendo la del Consejo de Estado.

#### 4.1. De la prescripción

De acuerdo a los artículos 41 del Decreto No. 3135 de 1968 y 102 del Decreto No. 1848 de 1969, en este caso la prescripción es trienal y afecta las mesadas no reclamadas, independientemente de la imprescriptibilidad del derecho en sí mismo. Así las cosas, el accionante adquirió el derecho a la pensión de jubilación el 24 de abril de 2014 y se retiró del servicio el 9 de enero de 2015, pero elevó la solicitud respectiva antes de esas fechas, esto es, el 30 de diciembre de 2013 (f. 18).

En este escenario, la Sala considera que la petición no tuvo la virtualidad de interrumpir un término que no había comenzado a correr, así que el fenómeno extintivo se activó cuando debió cobrar efectividad la pensión, lo que ocurre con el retiro definitivo del servicio en virtud de la prohibición general de recibir simultáneamente más de una asignación que provenga del tesoro público (art. 128 CP). Por ende, la prescripción inició a computarse a partir del 10 de enero de 2015 y la demanda fue radicada el 14 de marzo de 2016 (f. 78), por lo que fuerza concluir que

<sup>10</sup> Ver, por ejemplo: CE 2A, 13 Oct. 2016, e05001-23-31-000-2004-01141-01(3306-13); G. Valbuena: CE Consulta, 8 Jun. 2016, e11001-03-06-000-2016-00048-00[C]; A. Namén; y CE 1, 27 Jul. 2017, e11001-03-15-000-2017-01476-00[AC]; H. Sánchez.

ninguna mesada se extinguió por el paso del tiempo. En este sentido, se declarará no probada la excepción de prescripción, propuesta por la entidad accionada.

Cabe aclarar que a pesar de haber sido reclamada la pensión antes de la adquisición del estatus, lo cierto es que los actos acusados fueron expedidos con posterioridad a esa fecha, así que, para salvaguardar los derechos del pensionado, la entidad debió analizar el cumplimiento de los requisitos no al momento de la presentación de la solicitud sino de su resolución.

#### 4.2. De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones

Sobre el particular, se dispone que de la condena impuesto se descuenta lo correspondiente a los factores salariales cuyo inclusión se ordena y respecto de los cuales no se haya realizado la deducción legal. Asimismo, atendiendo el criterio sentado o trazado por este Tribunal en torno al asunto, COLPENSIONES deberá realizar los descuentos que no se hubieran efectuado al Sistema de Pensiones **durante los últimos cinco (5) años de la vida laboral de la demandante** por prescripción extintiva, en el porcentaje que le correspondía.

En lo que respecta a los aportes a carga de la entidad empleadora, puede la demandada cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro coactivo que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto al demandante -entonces empleada-, en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar la condena, atendiendo a la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social.

Tales sumas deben ser actualizados con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

#### 4.3. Cuestión final

En la etapa de saneamiento de la Audiencia Inicial adelantada el 9 de noviembre de 2016 (f. 147), el a quo acertadamente manifestó que se tendría como acto acusado el acto ficto negativo producto del silencio administrativo nacido respecto de la petición elevada el 24 de febrero de 2015 y, de otro lado, aclaró que no sería objeto de enjuiciamiento la Resolución No. GNR 218218 del 26 de julio de 2016, expedida por COLPENSIONES, en razón a que se trataba de la decisión de la solicitud

en comento, que había sido expedida con posterioridad a la notificación del auto admisorio de la presente demanda, cuando la entidad había perdido competencia para ello.

Por esa razón, además de declarar la nulidad de los actos originalmente acusados en el libelo introductorio, se anulará el aludido acto fidei negativo y se inaplicará por ilegalidad la Resolución No. GNR 218218 del 26 de julio de 2016, expedida por COLPENSIONES, por violación de lo contemplado en el inciso final del artículo 83 del CPACA<sup>11</sup>, haciendo uso de la atribución de que trata el artículo 148 del mismo estatuto procesal<sup>12</sup>. Esto con el propósito de evitar incoherencias en el ordenamiento, con la existencia de una decisión posterior o las dictadas en la actuación administrativa primigenia, que permanezca vigente a pesar de la declaratoria de nulidad que acá se ordenará.

#### 5. DE LA CONDENA EN COSTAS SEGUNDA INSTANCIA

Sobre las costas en esta instancia, el numeral 1º del artículo 365 del CGP, por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, dispone que "se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto".

Conforme al artículo 361 del CGP, las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho; de ahí que para determinar estas últimas es necesario acudir a lo establecido en el numeral 3.1.3 del artículo 6 del Acuerdo No. 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

En relación al criterio adoptado por el Consejo de Estado frente a la imposición de la condena en costas, se debe precisar que, a pesar de ser

<sup>11</sup> "[...] ARTÍCULO 83. SILENCIO NEGATIVO. (...)

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

<sup>12</sup> "[...] ARTÍCULO 148. CONTROL POR VÍA DE EXCEPCIÓN. En los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley.

La decisión consistente en inoplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte. (...)"

objetivo, se le califica de "valorativo"<sup>13</sup> porque se requiere que en el expediente el Juez revise si las mismas se causaron, tal y como lo ordena el artículo 365 CGP.

En lo que respecta a las agencias en derecho en la segunda instancia, se advierte que en el trámite aquí surtido se generaron atendiendo que la parte actora presentó alegatos de conclusión y, por lo tanto, se condenará a la parte vencida al pago de las mismas, las cuales se fijan en equivalente a 1,2 SMLMV. Las costas serán liquidadas por el Juzgado de primera instancia, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 366 del CGP y teniendo en cuenta lo establecido en el numeral 4º del artículo 365 *ibidem*.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 4, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

#### FALLA:

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia preferida en la Audiencia Inicial adelantada el 9 de noviembre de 2016 por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, por las razones indicadas en precedencia. En su lugar, se dispone:

1. **DECLARAR** no probada la excepción de prescripción, propuesta por **COLPENSIONES**, de acuerdo a lo analizada en esta providencia.
2. **INAPLICAR** por ilegalidad y con efectos *inter partes* la Resolución No. GNR 218218 del 26 de julio de 2016, expedida por **COLPENSIONES**, por violación de lo contemplado en el inciso final del artículo 83 del CPACA.
3. **DECLARAR** la nulidad de las Resoluciones Nos. GNR 274507 del 1º de agosto de 2014, GNR 83637 del 20 de marzo de 2015 y VPB 75634 del 21 de diciembre de 2015, expedidas por **COLPENSIONES**, así como también del acto ficto negativo producto del silencio administrativo nacido respecto de la petición elevado por el demandante el 24 de febrero de 2015 ante la misma entidad.
4. Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a **COLPENSIONES** que reconozca, liquide y pague la pensión de jubilación a favor del señor **JOSÉ ORLANDO**

**GARCÍA PALACIOS**, identificado con C.C. No. 7.165.704, bajo los parámetros de la Ley 32 de 1986, esto es, en cuantía del 75% del promedio de los siguientes factores salariales devengados durante el último año efectivo de servicios (del 10 de diciembre de 2013 al 9 de enero de 2015): asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de riesgo, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y sobresueldo mensual

La prestación se pagará con los ajustes de ley y con efectividad a partir del **10 de enero de 2015**, por no haberse configurado el fenómeno prescriptivo.

- 5. **ORDENAR a COLPENSIONES** que proceda a pagar de forma indexada las mesadas no canceladas oportunamente, siguiendo la fórmula que a continuación se plasma:

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

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico, que es lo dejado de percibir por concepto de mesadas pensionales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutorio de esta sentencia, por el vigente a la fecha en que se debió hacer el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes a mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de las mesadas.

- 6. En caso de no haberse transferido la totalidad de los aportes de ley a salud y pensión, **COLPENSIONES** deberá realizar los descuentos que no se hubieran efectuado al Sistema de Seguridad Social durante los últimos cinco (5) años de la vida laboral del demandante, por prescripción extintiva, en el porcentaje que le correspondió.

En lo que respecta a los aportes a pensión a cargo de la entidad empleadora, **COLPENSIONES** podrá cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

257

En cuanto al demandante -entonces empleado-, en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar la condena, atendiendo la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social.

Tales sumas deberán ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la **parte demandada y a favor de la parte demandante**, de conformidad con lo previsto en el artículo 188 del CPACA y el numeral 1º del artículo 365 del CGP. Por Secretaría del Despacho de primera instancia, procédase a la liquidación correspondiente, siguiendo lo establecido en los artículos 365 numeral 4º y 366 de la misma codificación.

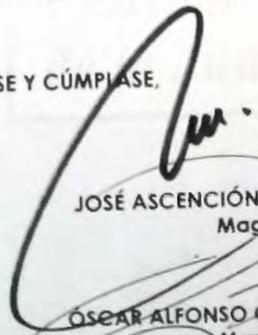
**TERCERO: FIJAR** como agencias en derecho el monto equivalente a **UNO PUNTO DOS (1.2) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES**, en concordancia con lo dispuesto en el Acuerdo No. 1887 de 2013, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, según lo indicado en precedencia.

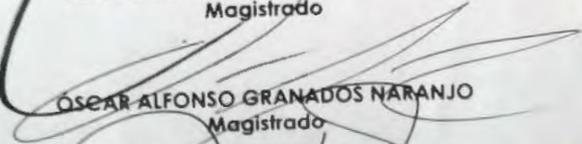
**CUARTO:** Lo presente sentencia deberá ser cumplida en los términos de los artículos 187 y 192 a 195 del CPACA.

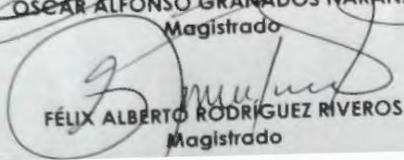
**QUINTO:** Notificada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el sistema de información de la Rama Judicial.

Este proyecto fue discutido y aprobado en Solo de Decisión No. 4 de la fecha.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPIASE.**

  
JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO  
Magistrado

  
OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO  
Magistrado

  
FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS  
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO  
DE BOYACÁ  
NOTIFICACIÓN POR ESTADO  
Notificador es autógrafo por estado  
100 0010