



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”**

Bogotá D. C., 21 de marzo de 2019

Magistrado Ponente: Néstor Javier Calvo Chaves
 Expediente: 11001-33-42-047-2017-00066-01
 Demandante: Alcides González Caro
 Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.
 Controversia: Reliquidación pensión – Miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional.
 Sentencia de segunda instancia.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial sustituto de la parte demandada (fls. 112-118), contra la sentencia proferida en audiencia inicial el 18 de septiembre de 2018 (fls. 107-110), por la cual el Juzgado Cuarenta y Siete (47) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. – Sección Segunda accedió a las súplicas de la demanda.

I. RESUMEN DE LA DEMANDA

En el libelo, en resumen, se formulan las siguientes **peticiones** (fl. 2): 1) Se declare parcialmente nula la Resolución 047444 del 15 de diciembre de 2011 expedida por el ISS, por la cual reconoció y ordenó el pago de la pensión de vejez en cuantía de \$1.034.558; 2) se declare la nulidad de las Resoluciones GNR 357160 del 11 de noviembre de 2015, GNR 231741 del 8 de agosto de 2016 y VPB 40491 del 26 de octubre de 2016, las cuales confirman la no reliquidación de la pensión de vejez; 3) que como consecuencia de lo anterior, se declare que el demandante tiene derecho a que la demandada le reconozca y pague la pensión en cuantía de \$1.717.315 de sueldo y factores salariales que fueron debidamente acreditados, efectiva a partir del 4 de enero de 2013 hasta el 3 de enero de 2014, con los reajustes anuales de la Ley 100 de 1993 y los que la ley ordena como reajuste del IPC; 4) se condene a la demandada a liquidar y pagar las diferencias de las mesadas pensionales

actualizadas en los términos del artículo 187 del CPACA; 5) se condene a la demandada a pagar las costas judiciales en los términos del artículo 188 ibídem y 6) la demandada dará cumplimiento a la sentencia dentro del término del artículo 189 ibídem.

Como **fundamento fáctico** (fls. 1-2) de estas súplicas se encuentra que el demandante laboró en el INPEC del 20 de diciembre de 1990 al 2 de enero de 2014, siendo el último cargo desempeñado el de dragoneante; el demandante cotizó inicialmente ante CAJANAL hoy UGPP y finalmente ante el ISS hoy COLPENSIONES; a través de la Resolución No. 047444 del 15 de diciembre de 2011 se le reconoció pensión de vejez, con los últimos 10 años en la cuantía de \$1.034.558, en la cual no se tuvo en cuenta algunos factores salariales devengados; mediante solicitud del 16 de junio de 2015 se pidió la reliquidación de la pensión; mediante Resolución GNR 357160 del 11 de noviembre de 2015 se negó la reliquidación de la pensión; mediante solicitud del 6 de julio de 2016 se interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de la resolución anterior; fue resuelta la reposición mediante la Resolución GNR 231741 del 8 de agosto de 2016 que confirmó la resolución anterior y se da contestación a la apelación mediante Resolución VPB 40491 del 26 de octubre de 2016 confirmando las resoluciones anteriores.

El apoderado de la parte demandante ha señalado como **normas violadas** (fl. 3) los artículos 2, 5, 3, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política; 11 y 36 de la Ley 100 de 1993; 6 del Decreto 691 de 1994; 96 de la Ley 32 de 1986; 168 del Decreto 407 de 1994; 14 de la Ley 50 de 1990; 21 y 127 del C. S. del T.; y 21 de la Ley 1848 de 1969; las Leyes 57 y 153 de 1887, 33 y 62 de 1985, 32 de 1986 y 6 de 1945; y los Decretos 1045 de 1978, 3135 de 1968, 1848 de 1968 y 113 de 1998.

Como **concepto de violación** (fls. 3-8) se expone el ISS hoy COLPENSIONES no incluyó en la determinación de la liquidación, la totalidad de los factores salariales que el demandante tiene derecho. Agrega que el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 creó un régimen especial para el cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC favorable a los empleados que hayan trabajado durante 20 años en forma continua o discontinua al servicio del INPEC sin tener en cuenta su edad, que se liquida con el 75% al momento de liquidarse la pensión de jubilación.

II. RESUMEN DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

La demandada a través de apoderado judicial da contestación a la demanda manifestando que se opone a que se declaren probadas las pretensiones. Con respecto a los hechos expresa: Del 1 al 7 y al 11, son ciertos; al 8, no es un hecho; y al 9 y 10, no le constan. Como fundamentos de la defensa expone que el monto de una mesada pensional es el porcentaje, es decir, 75% según la Ley 33 de 1985, al que se le aplica el IBL para obtener el valor de la mesada pensional, por lo tanto, el régimen de transición contempla únicamente el monto y en consecuencia el IBL se rige por la Ley 100. Que con base en lo anterior el IBL de los afiliados al Instituto de los Seguros Sociales beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no se rige por las normas anteriores, sino por la nueva reglamentación contenida en la Ley 100 de 1993, y el monto de la pensión, es decir, el porcentaje al que se le tiene que aplicar el IBL, es el previsto en la norma anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Finalmente propone la excepción de *inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, prescripción y buena fe* (fls. 59-73).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Siete (47) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D. C. – Sección Segunda, mediante sentencia proferida en audiencia inicial el 18 de septiembre de 2018, accedió a las pretensiones de la demanda y decidió (i) declarar la nulidad de los actos administrativos demandados; (ii) condenar a la demandada a reliquidar la pensión de jubilación del demandante con el 75% sobre el promedio de lo cotizado o sobre lo cual debió cotizar en el último año de servicios, siempre y cuando sobre los mismos se hubiese efectuado las respectivas cotizaciones, a partir del 3 de enero de 2014; y (iii) deberá la entidad descontar los aportes al sistema de seguridad pensional sobre los valores sobre los cuales no se realizó cotización, aplicando la prescripción de 5 años dispuesta en el Estatuto Tributario.

Para ello argumentó que la demandada liquidó la pensión sin tener en cuenta la totalidad de los factores sobre los cuales se debía liquidar la pensión, existiendo omisión por parte del INPEC en el reporte de los factores cotizados lo que no puede ser asumido por el trabajador, posición que no difiere de lo establecido por el Consejo de Estado, y el demandante tiene derecho a que COLPENSIONES reliquide su pensión de vejez de conformidad con la Ley 32 de 1986 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 en el que se define los factores salariales que se deben

tener en cuenta para la liquidación de las pensiones aplicando el 75% sobre el promedio de lo cotizado o sobre lo que se debió cotizar en el último año de servicios (fls. 107-110).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado sustituto de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia argumentado que no se comparte la decisión tomada, ya que ello discrepa con el lineamiento jurisprudencial adoptado por la Corte Constitucional en las sentencias T-078 de 2014, A-326 de 2014, SU-230 de 2015, T-060 de 2016, SU-427 de 2016, SU-210 de 2017 y SU-395 de 2017, en las que se ha dejado en claro que el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización, y excluye el IBL. Finalmente solicita revocar la sentencia proferida y se absuelva a COLPENSIONES de cada una de las condenas (fls. 112-118).

V. TRÁMITE ADELANTADO EN SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad con lo previsto en el artículo 247 del CPACA, una vez admitido el recurso de apelación mediante auto del 22 de enero de 2019 (fl. 135), se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público a través de auto del 12 de febrero de 2019 para que alegaran de conclusión por escrito (fl. 137), sin pronunciamiento del Ministerio Público.

Los apoderados de las partes presentaron alegatos de conclusión y reiteraron los argumentos expuestos en primera instancia (fls. 138-150).

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Revisado el expediente sin que se adviertan causales de nulidad, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia, que accedió a las pretensiones de la demanda.

1. Problema jurídico. El apoderado sustituto de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, ya que considera que el IBL de los afiliados al Instituto de los Seguros Sociales beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no se rige por las normas

anteriores sino por la nueva reglamentación contenida en dicha ley, y el monto de la pensión, es decir, el porcentaje al que se le tiene que aplicar el IBL, es el previsto en la norma anterior, por lo tanto el régimen de transición contempla únicamente el monto y en consecuencia, el IBL se rige por la Ley 100.

Corresponde en consecuencia, como problema jurídico, determinar si en la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a la parte demandante hay lugar a incluir los factores echados de menos por la parte demandante.

2. Fundamento normativo. Previo a resolver el fondo del asunto, resulta necesario establecer el régimen legal bajo el cual debe analizarse el caso concreto.

La Ley 100 de 1993, "*Por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral*", dio camino a un conjunto institucional normativo y procedimental para la protección de las contingencias por él cubiertas, entre ellas la pensión de vejez. Dentro de este régimen de pensiones coexisten el régimen solidario de prima media con prestación definida, en el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen prestaciones económicas previamente fijadas, independientemente de las cotizaciones que lleguen a acumularse; y el régimen de ahorro individual con solidaridad, donde los aportes como sus rendimientos se capitalizan de manera individual en fondos privados.

El artículo 140 de la referida ley estableció:

ARTÍCULO 140. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. De conformidad con la Ley 4a. de 1992, el Gobierno Nacional expedirá el régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos. Se consideran para este efecto como actividades de alto riesgo para el trabajador aquellas que cumplen algunos sectores tales como el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacional Penitenciaria. Todo sin desconocer derechos adquiridos.

El Gobierno Nacional establecerá los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador, o del empleador y el trabajador, según cada actividad.

Por su parte, el numeral 2 del artículo 17 de la Ley 797 de enero 29 de 2003, por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales, señaló:

ARTÍCULO 17. FACULTADES EXTRAORDINARIAS. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese por seis (6) meses al Presidente de la República de facultades extraordinarias para:

(...)

2. Expedir o modificar las normas relacionadas con el régimen legal para los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo y en particular para modificar y dictar las normas sobre las condiciones, requisitos y beneficios, incluyendo la definición de alto riesgo, conforme a estudios y criterios actuariales de medición de disminución de expectativa de vida saludable y ajustar las tasas de cotización hasta en 10 puntos, siempre a cargo del empleador, con el objeto de preservar el equilibrio financiero del sistema.

Es así que mediante Decreto 2090 de julio 26 de 2003 (Diario Oficial No. 45.262 de 28 de julio de 2003), por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades, se estableció en el artículo 2º como actividad de alto riesgo para la salud de los trabajadores, en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, la del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria.

Por su parte, el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005 adicionó lo siguiente al artículo 48 de la Constitución Política:

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.

Para lo que concierne a la solución del problema jurídico planteado, hasta lo aquí relacionado, se concluye que los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional que ingresaron con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de julio 26 de 2003, se les aplica el régimen especial dispuesto en la Ley 32 de 1986.

Concluido lo anterior, debe entonces determinarse en qué consiste el régimen pensional aplicable al demandante.

En efecto, el artículo 96 de la citada Ley 32 de 1986 disponía los requisitos necesarios para reconocer la pensión de jubilación a los miembros del Cuerpo de

Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC. Así se lee en la referida norma:

“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.”

Con respecto a los factores que constituyen salario para la liquidación de la pensión de jubilación de que trata la Ley 32 de 1986, la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹ señaló:

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 reza²:

“De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

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

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION A. Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 05001-23-31-000-2011-00740-01(0232-14). Actor: AMANDA GUTIERREZ VALENCIA Y OTRA. Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL PARA LA GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP.

² Sobre el particular se pronunció la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia del 01 de agosto de 2013, mediante la cual se resolvió la acción de tutela promovida por Jesús Alzate Acevedo contra el Tribunal Administrativo del Valle del Cuaca.

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 análogas³, y sujetarse a los requisitos de edad y/o tiempo contenidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado mediante sentencia de unificación de jurisprudencia del 28 de agosto de 2018⁴, estableció el criterio de interpretación del régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, con respecto a los factores que se pueden incluir como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional, en los siguientes términos:

96. **La segunda subregla** es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho. 98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como “[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”.

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. 101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto

³ 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.

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONSEJERO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS Bogotá D.C., agosto veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018) Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. En Liquidación1 Asunto: Sentencia de unificación de jurisprudencia. Criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

En consecuencia, con fundamento en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, el derecho a la pensión con 20 años de servicios, sin tener en cuenta la edad, no señaló los factores que la componen, por lo que resulta procedente acudir a otras disposiciones, como el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

3. Fundamento fáctico. En efecto, la actuación administrativa arriada al plenario permite demostrar que la Gerente Nacional de Reconocimiento de la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones de COLPENSIONES, mediante Resolución No. GNR 317562 del 25 de noviembre de 2013, resolvió un recurso de apelación y modificó la Resolución No. 047444 del 15 de diciembre de 2011 que reconoció una pensión de vejez al demandante, reliquidando su pago en cuantía a 2013 de \$1.089.846, con fundamento en la Ley 32 de 1986 y el Decreto 2090 de 2003, y para establecer dicho monto la entidad aplicó el 75% del promedio de los salarios devengados dentro del último año de servicio, teniendo en cuenta todos los factores salariales consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (fls. 47-50).

Se observa además que el señor Alcides González Caro nació el 4 de junio de 1966 (fl. 12) y laboró al servicio del INPEC como dragoneante del 20 de diciembre de 1990 al 2 de enero de 2014 (fl. 44), esto es más de veinte años.

4. Caso concreto. En primer lugar, es de advertir que lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015⁵ acerca de la interpretación que debe otorgarse al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando que el

⁵ Corte Constitucional. SU230/15. Referencia: Expediente T- 3.558.256. Acción de tutela instaurada por el señor Salomón Cicerón Quintero Rodríguez en contra de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular S.A. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015).

IBL no es un elemento del régimen de transición, no resulta aplicable al presente caso, por cuanto el demandante es beneficiario del régimen especial establecido en el Decreto 2090 de 2003, al que no hace referencia la sentencia en mención, y en virtud a lo establecido por el párrafo transitorio 5º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política.

Conforme a los tiempos de servicios anteriormente detallados, los que no han sido controvertidos por la demandada, podemos concluir que el demandante laboró por más de veinte años al servicio del INPEC, adicionalmente cuando entró en vigencia el Decreto 2090 de julio 26 de 2003 (28 de julio de 2003), el demandante ya había ingresado como miembro del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional y tenía más de 500 semanas, por lo que de entrada hay que decir que tal como lo reconoce la demandada es beneficiario del régimen especial que le permite pensionarse con 20 años de servicio, sin tener en cuenta la edad, y para el caso del señor González Caro el régimen a él aplicable no es otro que el especial previsto para los funcionarios del INPEC contemplado en la Ley 32 de 1986 y en el Decreto 407 de 1994, pues para el 28 de julio de 2003 se encontraba laborando para esta entidad como dragoneante (fl. 44), por lo que de acuerdo con las precisiones normativas y jurisprudenciales acotadas en el fundamento normativo de esta providencia, el demandante tiene derecho a la liquidación del beneficio pensional que le fue reconocido teniendo en cuenta los factores salariales enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Se tiene entonces que lo que hizo la demandada fue liquidar la pensión de vejez reconocida a la parte demandante, de acuerdo con la Ley 32 de 1986 y el Decreto 2090 de 2003, con el 75% del promedio de los salarios devengados dentro del último año de servicio, teniendo en cuenta todos los factores salariales consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Ahora, de conformidad con la Certificación Valores Pagados expedida el 15 de agosto de 2018 por la Coordinadora del Grupo de Seguridad Social de la Subdirección de Talento Humano del INPEC, el demandante cotizó entre el 3 de enero de 2013 y el 2 de enero de 2014, que es el último año de servicio, sobre los factores de sueldo, sobresueldo y bonificación servicios (fls. 95-96), los que se encuentran enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Y según la misma certificación, el demandante percibió también durante el último año de servicio prima riesgo, subsidio familiar 7%, prima servicios, prima vacaciones, alimentación, transporte, prima de navidad y bonificación especial recreación.

Según el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, la prima riesgo, el subsidio familiar 7% y la bonificación especial recreación no se encuentran enlistados para efectos de la base de liquidación de las pensiones.

También es de señalar que la prima de riesgo por expresa disposición normativa (Decreto 446 del 24 de febrero de 1994, "*Por el cual se establece el régimen prestacional de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC*"), está excluida de ser tomada en cuenta al momento de la liquidación pensional por no tener carácter salarial (art. 11). Adicionalmente la bonificación por recreación y el subsidio unidad familiar tampoco aparecen relacionados como factores salariales para efectos pensionales según los artículos 3° parágrafo 1° y 15 del Decreto 446 del 24 de febrero de 1994.

Esta Sala de decisión, en acatamiento de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado⁶, en casos como el presente, había accedido a que los empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, beneficiarios del régimen especial de consagrado en la Ley 32 de 1986 y en el Decreto 407 de 1994, tenían derecho a la reliquidación del beneficio pensional que fuera reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios. Pero dicha postura debe modificarse, dando aplicación al contenido de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al considerar que el criterio interpretativo según el cual "*el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, (...) traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base*", consideración que se hace extensible a la interpretación del

⁶Sentencia del 4 de agosto de 2010; Consejo de Estado, Sección Segunda. Radicado interno No. 0112-2009. ACTOR: Luis Mario Velandia.

artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, que se reitera enlista los factores de salario para la liquidación de la pensión del demandante.

También es de advertir que el Magistrado Ponente en casos similares al presente, con anterioridad era de la postura de incluir la prima de riesgo en razón a que la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 7 de noviembre de 2013⁷, en un caso análogo consideró que dicho emolumento salarial para los empleados del INPEC sí constituye factor salarial para liquidar la pensión, al haber sido percibida en forma habitual y periódica y como contraprestación directa del servicio. Sin embargo ahora cambia dicho criterio, en virtud a que la sentencia de unificación antes transcrita establece que el considerar incluir factores salariales no señalados en la norma para efectos de liquidación pensional traspasa la voluntad del legislador, el que tiene la potestad de limitar los factores que conforman la base de liquidación pensional y para el presente caso el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 no incluye la prima de riesgo para efectos de la base de liquidación de las pensiones.

Por tal razón, hay lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos demandados y como restablecimiento del derecho ordenar a la demandada reliquidar la pensión del demandante teniendo como fundamento el 75% del salario promedio mensual obtenido desde el 3 de enero de 2013 hasta el 2 de enero de 2014, por ser este el último año en que se acredita la prestación de servicios, con la inclusión exclusivamente de los siguientes factores salariales establecidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, esto es, sueldo, sobresueldo y subsidios de alimentación y de transporte, y las doceavas partes de bonificación servicios prestados y las primas de servicios, navidad y vacaciones, salvo la prima riesgo, por lo que se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia que ordenó su inclusión en caso que se hubieren hecho aportes a pensión al no acreditarse ello, por lo antes explicado.

Finalmente se tiene que en la sentencia de primera instancia se estableció que la demandada deberá hacer el descuento del porcentaje correspondiente sobre los factores que se ordena reconocer, aplicando la prescripción de 5 años dispuesta en el Estatuto Tributario.

⁷ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A" - Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, sentencia del 7 de noviembre de 2013, radicación No: 68001233100020100083101, Número Interno: 0527-2013, Demandante: JOSÉ MANUEL FONSECA BUELVAS, Demandada: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL-CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN.

Con respecto al descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010⁸, indicó:

En efecto, en lo que concierne a las pensiones de jubilación y vejez se ha previsto que el trabajador efectúe aportes durante la relación laboral como requisito indispensable para acceder a tales beneficios.

Entonces, si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar.

(...)

De otro lado, se comparte la decisión del Tribunal en cuanto ordenó el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. Esta tesis ha sido sostenida en otras oportunidades por esta Corporación, y se ha reiterado en las consideraciones de la presente sentencia, en el sentido que la referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional.

También se tiene que la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado⁹ expresó:

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

Ahora bien, en lo que concierne a la deuda a cargo de la parte actora, la entidad demandada procederá a realizar los descuentos sobre el valor del retroactivo producto del reconocimiento del mayor valor derivado de la reliquidación pensional con la inclusión de los nuevos factores; y si con ello no se satisficiera la totalidad de

⁸ Sentencia del 4 de agosto de 2010; Consejo de Estado, Sección Segunda. Radicado interno No. 0112-2009. ACTOR: Luis Mario Velandia.

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "A". Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Bogotá, D.C., nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00014-01(1849-13). Actor: JOSE DE JESUS GOSSAIN ABDALLAH. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL EICE EN LIQUIDACION, HOY UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL - UGPP

la deuda que al demandante le corresponde, se efectuarán una serie de descuentos mensuales, iguales, hasta completar el capital adeudado.

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

De lo expuesto se colige que deben realizarse los aportes actualizados a valor presente sobre la totalidad de los factores que legalmente constituyen factor salarial para efectos pensionales desde el momento de su causación.

Del anterior referente jurisprudencial, no encuentra la Sala sustento a la decisión adoptada por la *a quo* consistente en someter a término prescriptivo el descuento para efectos pensionales que corresponda sobre los factores ordenados en el último año, ya que por un lado la normativa determina que es obligación del trabajador realizar los aportes a la seguridad social para acceder a la pensión y, por otro lado, cuando mediante sentencia judicial se ordena la inclusión de factores salariales para efectos de la reliquidación pensional debe procederse al descuento de los aportes a la seguridad social correspondientes a dichos factores sobre los cuales no se realizó la deducción legal.

Por lo tanto, deben realizarse los aportes actualizados a valor presente sobre la totalidad de los factores que legalmente constituyen factor salarial para efectos pensionales desde el momento de su causación.

En consecuencia, la entidad demandada podrá efectuar los descuentos por aportes a que haya lugar sobre los factores salariales cuya inclusión se ordena para efectos de conformar el ingreso base de liquidación y que no se realizaron durante la vida laboral del demandante desde el momento de su causación, en los términos expuestos por la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, por lo que se revocará la sentencia de primera instancia que aplicó en dicho aspecto el término prescriptivo establecido en el Estatuto Tributario.

Es de advertir que, para efectos de evitar eventuales confusiones al momento de darse cumplimiento al fallo y al haberse facultado a la entidad demandada a hacer el descuento del porcentaje correspondiente sobre los factores salariales que se ordena reconocer, resulta procedente revocar parcialmente la sentencia de primera instancia en cuanto condicionó la inclusión de los nuevos factores a la realización de la cotización respectiva.

5. Conclusión. Siendo así las cosas, hay lugar a revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, en cuanto (i) ordenó la inclusión de la prima de riesgo como factor de reliquidación pensional sin ello estar contemplado en la normativa que regula la materia y cuando no se acredita que sobre la misma se haya cotizado a pensiones, (ii) condicionó la inclusión de los nuevos factores de reliquidación pensional a la realización de la cotización respectiva, cuando se facultó a la entidad demandada a hacer el descuento del porcentaje correspondiente, y (iii) aplicó la prescripción establecida en el Estatuto Tributario al descuento del porcentaje correspondiente sobre los factores salariales que se ordenó reconocer; y confirmarla en lo demás, ya que la parte demandante tiene derecho a que se reliquide la pensión de jubilación reconocida teniendo en cuenta el 75% de los factores devengados en el último año de servicios y que se encuentren enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 para efectos de la base de liquidación de las pensiones, y que de conformidad con la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el IBL corresponde al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

6. Condena en costas. En virtud a lo establecido por los artículos 188 del CPACA y 365 numeral 4 del C. G. del P., no se condenará en costas de segunda instancia, ya que no se revocará en todas sus partes la providencia de primera.

7. Reconocimiento de personería para actuar. Se reconocerá personería para actuar a apoderada sustituta debidamente acreditada de la entidad demandada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el literal **a)** del ordinal **TERCERO** y el ordinal **CUARTO** de la sentencia proferida en audiencia inicial el 18 de septiembre de 2018 por el Juzgado Cuarenta y Siete (47) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. – Sección Segunda, dentro del medio de control de nulidad y

restablecimiento del derecho adelantado por el señor Alcides González Caro en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, de conformidad con lo antes expuesto, los que quedan de la siguiente manera:

TERCERO: (...)

- a) **Reliquidar la pensión de jubilación** del señor **ALCIDES GONZÁLEZ CARO** **identificado con cédula de ciudadanía No. 17.333.147**, con el 75% sobre el promedio de lo que debió cotizar en el último año de servicios, esto es del 3 de enero de 2013 al 2 de enero de 2014, los cuales son: **Sueldo, sobresueldo y subsidios de alimentación y transporte, y doceavas partes de la bonificación por servicios y las primas de servicios, navidad y vacaciones,** a partir del 3 de enero de 2014, fecha de retiro definitivo del servicio.

(...)

CUARTO: Al practicar la reliquidación de la pensión, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** deberá hacer el descuento del porcentaje correspondiente sobre los factores que se ordena reconocer mediante esta providencia, valores que deberán ser debidamente indexados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, de conformidad con lo antes expuesto.

TERCERO: Sin condena en costas por lo antes expuesto.

CUARTO: RECONOCER personería para actuar a la abogada Yesby Yadira López Ramos, identificado con la C. C. No. 1.022.947.861 y T. P. No. 285.844 del C. S. de la J., como apoderada sustituta de la entidad demandada, en los términos y para los fines del poder conferido (fl. 151).

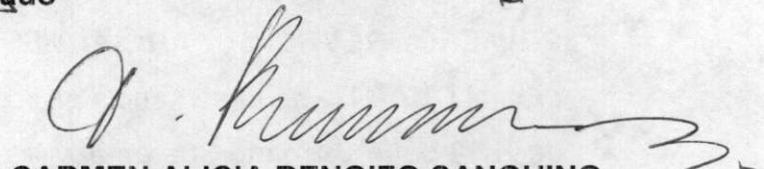
CUARTO: Por Secretaría, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y déjense las constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en sesión realizada en la fecha.


NÉSTOR JAVIER CALVO CHAVES
Magistrado


JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES
Magistrado
NESCAL


CARMEN ALICIA RENGIFO SANGUINO
Magistrada