

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA M.P. LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA

Ibagué, diez (10) de diciembre del año dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 73001-33-33-006-2016-00411-01
Demandante: Antenor Morales Aragón
Apoderado: Andrés Leonardo Granja Arguello
Demandado: Colpensiones
Apoderado: Sebastián Torres Ramírez

ASUNTO

Decidir el recurso de apelación propuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué en audiencia inicial del 25 de junio de 2018, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El señor Antenor Morales Aragón, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda contra Colpensiones, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA: Se declare la nulidad de la resolución número GNR 361038 de 19 de diciembre de 2013, por medio de la cual la demandada negó la pensión de mi poder Dante, siendo que cumplía con los requisitos para ello (20 años de servicio sin consideración a la edad) y porque debió expedirse con el promedio del 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

SEGUNDA: Se declare la nulidad de la resolución número GNR 202357 del 5 de junio de 2014 que confirma la resolución número GNR 361038 de 19 de diciembre de 2013, porque debió reconocer su derecho a la pensión de jubilación con el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

TERCERA: Se declare la nulidad parcial de la resolución VPB 23585 del 10 de diciembre de 2014 que revoca la resolución número GNR 361038 de 19 de diciembre de 2013 y reconoce la pensión a mi prohijado en una cuantía de \$1.169.750, **por incurrir en un error aritmético** en cuanto a la cuantía de la misma y porque debió reconocerse con el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

CUARTO: Se declare la nulidad parcial de la resolución GNR 283040 de 15 de septiembre de 2015, por la cual se reliquida la pensión en una cuantía de \$1.169.750 ya que se incurre en un **error aritmético y en una falsa motivación** y porque debe expedirse con todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

QUINTA: Se declare la nulidad de la resolución número GNR 119246 de 25 de abril de 2016 que niega la reliquidación de la pensión de jubilación de mi poderdante, ya que debió expedirse con todos los factores salariales

devengados en el último año de servicios, además de que incurre en una falsa motivación y además incurre en un error aritmético.

SEXTA: *Se declare la nulidad de la resolución GNR 198917 de 6 de julio de 2016 que confirma la resolución número GNR 119246 de 25 de abril de 2016, ya que debió expedirse con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios y porque incurre en error aritmético y falsa motivación.*

SÉPTIMA: *Se declare la nulidad de la resolución número VPB 34257 de 31 de agosto de 2016 que confirma la resolución número GNR 119246 de 25 de abril de 2016, ya que debió expedirse con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, además de que incurre en falsa motivación.*

OCTAVA: *Se declare que COLPENSIONES incurrió en **un error aritmético** y en falsa motivación al expedir sus resoluciones.*

NOVENA: *A título de restablecimiento del derecho se ordene a la entidad demandada reliquidar la pensión de jubilación de mi prohijado con el promedio del 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, tales como sueldo (asignación básica), sobresueldo, bonificación por servicios prestados, la prima de riesgo, subsidio de alimentación, subsidio de unidad familiar, auxilio de transporte, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios y prima de seguridad, por haber sido devengados de manera continua, regular y permanente, pensión a la que tiene derecho mi prohijado por haber sido funcionario del cuerpo de custodia y vigilancia nacional penitenciaria, organismo que vos de un régimen especial en materia pensional.*

DÉCIMA: *Se declare que mi prohijado adquirió el estatus jurídico de pensionado el 27 de febrero del 2012.*

DÉCIMA PRIMERA: *Se condene en costas a la entidad demandada.*

DÉCIMA SEGUNDA: *La Entidad demandada cumplirá la sentencia y actualizará la condena respectiva de conformidad con lo dispuesto por los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A., desde el momento del retiro del servicio penitenciario de mi prohijado hasta cuando se le dé cumplimiento al fallo que ponga fin al proceso.*

(SIC)”

1.1.1. Hechos

Sucintamente expuso:

El señor Antenor Morales Aragón fue funcionario del cuerpo de custodia y vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, en adelante INPEC, desde el 27 de febrero de 1992 hasta el 30 de junio de 2015, cuyo último cargo ejercido correspondió al de dragoneante.

Mediante la Resolución 001022 del 9 de abril de 2015, expedida por el INPEC, se le aceptó la renuncia al cargo con efectos a partir del 1 de julio del mismo año.

Conforme al certificado laboral emitido por su empleador (INPEC), los factores devengados durante el último año de servicios, fueron: asignación básica, sobresueldo, bonificación por servicios prestados, prima de riesgo, subsidio alimentación, subsidio de unidad familiar, auxilio de transporte, bonificación de recreación, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, prima de capacitación y prima de seguridad.

Por medio de las Resoluciones GNR 361038 del 19 de diciembre de 2013 y GNR 202357 del 5 de junio de 2014, emitidas por Colpensiones, se le resolvió desfavorablemente la solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación.

Con la Resolución VPB 23585 del 10 de diciembre de 2014, de la misma entidad, se revocaron los actos administrativos antepuestos y se accedió al reconocimiento pensional deprecado, en cuantía de \$1.169.750.

A través de las Resoluciones GNR 119246 del 25 de abril de 2016, GNR 198917 del 6 de julio de 2016 y VPB 34257 del 31 de agosto de 2016, también de Colpensiones, le fue denegada la petición de reliquidación pensional.

1.1.2. Normas violadas y concepto de violación

Citó como normas violadas los artículos 1, 2, 4, 5, 13, 25, 29, 48, 53, 58, 83, 93 y 228 de la Constitución Política; 11, 140 y 289 de la Ley 100 de 1993; 14, 21, 127 y 143 del CST; 4 de la Ley 4^{ta} de 1966; 1 y 96 de la Ley 32 de 1986; 8 y 185 del Decreto 407 de 1994; y 1 de la Ley 33 de 1985.

Por concepto de violación, expuso que los actos administrativos demandados están viciados de falsa motivación, debido a que la pensión se liquidó teniendo en cuenta todos los factores salariales consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, lo cual no es cierto, pues se dejaron de incluir en el IBL algunos de ellos, tales como, el subsidio de alimentación, el auxilio de transporte, las primas de vacaciones, navidad y servicios, establecidos en el citado decreto.

Mencionó que, además, la liquidación para determinar el monto de la mesada pensional presenta errores aritméticos, toda vez que, debió ascender a la suma de \$1.817.390 y no a la de \$1.119.942, como equivocadamente quedó previsto.

Por último, expuso que desconoce el precedente jurisprudencial que contempla la prima de riesgo como factor de liquidación pensional.

1.2. Contestación a la demanda

Colpensiones a través de apoderado manifestó oposición a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, aduciendo que los actos administrativos demandados se ajustan al ordenamiento jurídico.

Lo anterior con fundamento en las siguientes razones:

“Como primer aspecto, es menester precisar que la información correspondiente a los factores salariales devengados por la parte actora, y respecto de los cuales cotizo no reposa en el fondo pensional, toda vez que al momento de efectuarse la correspondiente cotización al sistema los mismos no son discriminados, pagándose una única suma mensual por concepto de cada afiliado; encontrándose estos por consiguiente, en poder directo de todos y cada uno de sus empleadores, quienes conocían de primera mano los factores salariales y prestacionales devengados por la actora, siendo estos quienes determinan aquellos que servirán para integrar el IBC respectivo.

(...)

En segundo lugar, y de conformidad con el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resulta necesario recordar los requisitos impuestos legalmente a efectos de acceder al régimen de transición y las limitaciones impuestas al respecto.

(...)

En atención a lo anterior, es dable concluir que, pese a que la Ley 100 de 1993 en su Artículo 36 determina que en virtud del Régimen de Transición dará aplicación a normatividad jurídica anterior, precisando así el régimen aplicable conforme el caso concreto, en dicha legislación no se hace alusión alguna al monto de la pensión, así como tampoco a los factores salariales integrantes de la misma, necesarios para determinar el IBL, limitándose únicamente establecer los periodos de remuneración que han de tomarse en cuenta efectos de determinar tal ingreso.

(...)

De este modo, como quiera que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puntualiza cuáles son los elementos o factores salariales que conforman el ingreso base de liquidación, se debe acoger el criterio señalado en la norma anteriormente mencionada, esto es, aquel que señala que el monto de las mismas debe corresponder con el valor de las cotizaciones efectivamente realizadas o del capital aportado para financiarlas. En virtud de ello, COLPENSIONES no podrá ser compelida a reconocer una pensión por un valor superior al que corresponde de acuerdo con el salario base asegurado según las reglas de cada una de las prestaciones y en atención a los argumentos esbozado durante el presente.

(...)

Como corolario, resulta claro que al momento de entrar a determinar los factores salariales que integran el IBL, deberá recordarse que el término devengado al que se alude en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe entenderse conformado con los ingresos recibidos por el afiliado que, de conformidad con lo establecido por las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 sirvan de base para el cálculo de cotizaciones al sistema general de pensiones.

(...)

Para finalizar, toda vez que la luz del Artículo 167 del Código General del Proceso, se tiene que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, motivo por el cual la parte actora tenía el deber procesal de como mínimo, desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo que hoy demanda, so pena de qué se presuma que el mismo fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico y en consecuencia, goce de validez; como en efecto acontece dentro del caso hoy objeto de análisis.

(...) (SIC)”

Además, formuló las excepciones de “inexistencia de la obligación” y “prescripción genérica”.

1.3. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en sentencia dictada en audiencia inicial del 25 de junio de 2018, resolvió:

“PRIMERO. - DECLARAR no probada la excepción de fondo propuesta por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, denominada prescripción genérica de acuerdo a las razones expuestas en la parte emotiva de este proveído.

SEGUNDO. - DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución VPB 23585 del 10 de diciembre de 2014 mediante la cual se reconoció la pensión de jubilación

al demandante y de la Resolución GNR 283040 del 16 de septiembre de 2015, por medio de la cual se le reliquidó la pensión de vejez del demandante sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio y, la nulidad de las resoluciones GNR 119246 del 25 de abril de 2016, 198917 del 6 de julio de 2017 y VPB 34257 del 31 de agosto de 2016 mediante las cuales se negó la reliquidación de la pensión de vejez del actor incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios de acuerdo a las razones expuestas en la parte considerativa.

TERCERO. – A título de restablecimiento del derecho, se ordena a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** – a reajustar y pagar al señor **ANTENOR MORALES ARAGÓN** identificado con C.C. 11.314.168 la pensión de vejez, con base en el 75% del salario y demás factores salariales debidamente certificados por el empleador, esto es, además del sueldo, sobresueldo, y bonificación por servicios, lo que corresponden a prima de riesgo, subsidio familiar, prima de servicios, prima de vacaciones, subsidio de alimentación, auxilio de transporte y prima de navidad de acuerdo a las razones expuestas en la parte considerativa. Los pagos se efectuarán a partir del 1 de julio de 2015, fecha en la que le fue reconocida la mesada pensional.

CUARTO. – Para el pago de las sumas que se lleguen a adeudar por concepto de esta sentencia, se aplicará la fórmula ya expuesta. Para tal efecto, y como quiera que estamos frente al pago de tracto sucesivo, la actualización debe realizarse separadamente, mes a mes, comenzando por la diferencia desde la primera mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

QUINTO. – Las sumas reconocidas devengarán intereses en los términos previstos en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.A. y de lo C.A.

SEXTO. - La entidad demandada deberá efectuar los descuentos respectivos en los porcentajes establecidos en la ley, sobre los factores que se ordena tener en cuenta para efectos del reajuste y sobre los cuales el demandante no efectuó aporte alguno. Dichos montos deberán ser indexados con la fórmula expuesta anteriormente.

SEPTIMO. – Condenar en costas la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a favor de la parte actora, para tal efecto fijese como agencias en derecho la suma de un (1) salario mínimo mensual vigente. Por secretaría liquídese costas.

OCTAVO. – Para el cumplimiento de esta sentencia expídase copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

NOVENO. – En firme esta providencia archívese el expediente previas las anotaciones a que hubiere lugar y la devolución de remanentes de gastos procesales si los hubiere al actor, su apoderado o a quien esté debidamente autorizado.

La anterior decisión queda notificada en estrados, se advierte que disponen de 10 días para interponer recurso de conformidad con el artículo 247 del C.P.A. y de lo C.A.

(...) (SIC)”

Para tal efecto, se pronunció en estos términos:

“Se encuentra acreditado que el señor ANTENOR MORALES ARAGON nació el 13 de abril de 1967 e ingresó a laborar el 27 de febrero de 1992 y prestó sus servicios hasta el 1 de julio de 2015, como miembro del servicio de custodia y vigilancia del INPEC (94-113), por lo que de acuerdo con lo dispuesto en las precitadas normas, el estatus lo adquirió el 27 de febrero de 2012; de ahí que, tenía derecho a que se le reconociera pensión de jubilación con fundamento en el régimen especial que cubre a quienes laboran al servicio del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC.

Que para efecto de liquidar la mesada pensional según se desprende del acto administrativo de reconocimiento, advierte del Despacho que erróneamente se indicó que la fecha en que adquirió el status fue, el 8 de agosto de 2014 y, le fue liquidada con 75% 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; posteriormente, fue reliquidada a través de Resolución No. GNR 283040 del 16 de septiembre de 2015 por retiro definitivo del servicio, empero luego de efectuar la respectiva liquidación la entidad en aplicación al principio de favorabilidad optó por mantener vigente la que se encontraba en suspenso procediendo a indexarla, determinando como mesada pensional para el año 2015, el valor de \$1.212.562.

Establecida esa circunstancia, ante la falta de claridad de los actos demandados respecto los factores salariales tenidos en cuenta al momento de calcular el ingreso base de liquidación; con los documentos obrantes en el plenario se pudo establecer que a pesar que se hizo alusión a que se le habían tenido en cuenta los factores salariales enlistados en el artículo 45 del decreto 1045 de 1978, lo cierto es que, aparece que la mesada pensional se liquidó con base en el salario sobre los cuales el empleados efectuaron aportes esto es, salario, sobresueldo, remuneración por trabajo, dominical y festivo y bonificación por servicios prestados (fls. 94-1045).

*Ahora bien, como el señor ANTENOR MORALES ARAGON se retiró del servicio el 1 de julio de 2015, y según se desprende de la certificación de salarios aportadas al expediente, durante el último año de prestación de servicios, es decir, entre **30 de junio de 2014 y el 1 julio del 2015**, percibió además del Sueldo, sobresueldo, y bonificación por servicios prestados, **la prima de riesgo, subsidio familiar, prima de servicios, prima de vacaciones, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad, y bonificación especial recreación.***

Establecido lo anterior, y como quiera al momento de liquidarse la mesada pensional del actor no se le tuvieron en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio, es claro que tiene derecho a que se reliquide su mesada pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios - 30 de junio de 2014 a 1 de julio de 2015, incluyendo a más de los salariales reconocidos, prima de riesgo, subsidio familiar, prima de servicios, prima de vacaciones, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, y prima de navidad. No hay lugar a incluir la bonificación por recreación en atención a lo señalado por el nuestro órgano de cierre de la sentencia citada en precedencia.

(...) (SIC)”

1.4. Recurso de apelación

Colpensiones sustentó el recurso de alzada aduciendo las razones que pasan a exponerse:

“(…) una vez realizada la prueba documental aportada el proceso tenemos que el señor ANTENOR MORALES ARAGON, Mediante Resolución VPB

23585 del 10 de diciembre de 2014, se le reconoció su pensión en virtud de lo señalado en la Ley 100 de 1993 en concordancia con la Ley 32 de 1986 por ser beneficiario del régimen de transición y para el cálculo del IBL se tomo en cuenta en las cotizaciones efectuadas por el empleador.

Al demandante se le fue aplicado el régimen señalado en la Ley 32 de 1986 (...)

Como bien se indicó el régimen aplicado al hoy demandante cuenta con un vacío normativo respecto a la forma de liquidación de la pensión especial de vejez, no existiendo claridad de los postulados a seguir en esta materia (...)

De lo expuesto, se puede colegir que ante la omisión normativa de la Ley 32 de 1986, respecto a la forma de liquidación de la prestaciones, sería improcedente desconocer los principios de unidad y progresividad y más aún, la limitante contemplada en el Acto Legislativo 01 de 2005, respecto a la existencia de regímenes diferentes al contemplado en la ley 100 de 1993, en consecuencia, la única forma legalmente aplicable para liquidar la prestación aquí deprecada es el artículo 21 de la ley 100 de 1993 (...)

Acatando los anteriores presupuestos, la prestación reconocida bajo los postulados de la Ley 32 de 1986 y el Decreto 407 de 1994, solo puede ser liquidada según lo normado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y no como lo establece en la parte Resolutiva de la sentencia objeto de Recurso de Apelación, lo anterior teniendo en cuenta; (i) La Ley 32 de 1986 no contempla la forma de liquidación de la pensión (ii) la fecha de estatus del actor se causó en vigencia de la Ley 100 de 1993, y (iii) la única forma lógica para sufrir dicho vacío es acudir a las normas de carácter general, para el caso en cuestión la Ley 100 de 1993. (SIC)”

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

La parte actora insistió en consideraciones expuestas en intervenciones anteriores.

La entidad demandada guardó silencio.

1.6. Concepto del Ministerio Público en segunda instancia

No hubo.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Saneamiento

No se observa causal que invalide la actuación hasta ahora surtida.

2.2. Competencia

El presente asunto es competencia de esta Corporación de conformidad a lo establecido en el artículo 153 del CPACA, según el cual los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

De otro modo, esta Sala se ceñirá a lo reglado en el artículo 328 del CGP, por remisión del artículo 306 del CPACA; en cuanto a que se hará pronunciamiento únicamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin dejar de lado las decisiones que se deban adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

2.3. Procedibilidad del recurso de apelación

Acorde con lo señalado en el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, son apelables las sentencias de primera instancia, circunstancia que es la que se avizora en el presente caso.

2.4. Problema jurídico

De conformidad a lo expuesto por la entidad recurrente, corresponde a la Sala establecer el régimen aplicable para establecer el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación reconocida al demandante, y los factores que lo componen.

2.5. Análisis de la Sala

2.5.1. Hechos probados

La documental aportada al proceso merece plena credibilidad, en la medida en que fue arrimada oportunamente por las partes y en ningún momento fue desconocida o tachada. Así, la Sala encuentra probados los siguientes fundamentos fácticos:

- El señor Antenor Morales Aragón nació el 13 de abril de 1967 (folio 3).
- Trabajó en el INPEC en el ejercicio del cargo de dragoneante desde el 27 de febrero de 1992 hasta el 30 de junio de 2015 (folio 92).
- Con la Resolución 001022 del 9 de abril de 2015, emitida por el INPEC, le fue aceptada la renuncia a esta institución con efectos a partir del 1 de julio de 2015 (folio 120).
- Colpensiones a través de las Resoluciones GNR 361038 del 19 de diciembre de 2013 y GNR 202357 del 5 de junio de 2014, le negó el reconocimiento de la pensión de vejez por falta de los requisitos de edad y tiempo de servicios (folios 5 al 8 y de 10 al 13).
- A través de la Resolución VPB 23585 del 10 de diciembre de 2014, se revocó la decisión anterior y en su lugar se dispuso el reconocimiento de la pensión de vejez a favor del demandante, en cuantía de \$1.169.750 (folios 15 al 18).
- Mediante la Resolución GNR 283040 del 16 de septiembre de 2015, la demandada reliquidó la pensión reconocida al actor teniendo en cuenta la inclusión de los factores percibidos y enlistados en el Decreto 1158 de 1994, con efectos a partir del 1 de julio de 2015 (folios 20 al 25).
- Por medio de las Resoluciones GNR 119246 del 25 de abril de 2016, GNR 198917 del 6 de julio de 2016 y VPB 34257 del 31 de agosto de 2016, Colpensiones denegó una nueva solicitud de reliquidación pensional elevada por el demandante (folios 27 al 55), en la que reclamó inclusión de los factores percibido y enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (folios 83 al 91).
- Según certificado de salarios emitido por el INPEC, las contraprestaciones devengadas por el señor Antenor Morales Aragón durante el último año de servicios, fueron: asignación básica, horas extras o remuneración por trabajo suplementario, bonificación por servicios prestados, prima de riesgos, subsidio de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte, bonificación por recreación, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios (folios 94 al 113).

2.5.2. Marco normativo

El artículo 140 de la Ley 100 de 1993 establece en cabeza del Gobierno Nacional la obligación de expedir el régimen especial de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, motivo por el cual, es evidente que sus disposiciones no se les aplican a los trabajadores comprendidos en esa clasificación.

Con base en esa excepción, en el artículo 17 de la Ley 797 de 2003 se confirieron facultades extraordinarias al presidente de la República, por el término de seis meses, para expedir el régimen legal de los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo.

En ejercicio de esas facultades se expidió el Decreto 2090 de 2003, en el cual se incluyó al personal dedicado a la custodia y vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, como destinatario de las normas sobre actividades de alto riesgo.

Debe tenerse en cuenta que en el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005, como ya se había señalado en el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, se estableció que a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria que ingresaron con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, se les aplica el régimen establecido por la Ley 32 de 1986 de manera integral.

Las normas:

- Acto legislativo 1 de 2005, art. 1:

“(…)

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.

(…)

- Decreto 407 de 1994, art. 168:

“PENSION DE JUBILACION. 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.

PARAGRAFO 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.*

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

En el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 se señaló que los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC tienen derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir veinte años de servicio, sin tener en cuenta su edad.

Respecto de los trabajadores que hacen parte de ese cuerpo, el artículo 126 del Decreto 407 de 1994 señaló que *“(e)l Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional está compuesto por Oficiales, Suboficiales, Dragoneantes, Alumnos y los Bachilleres Auxiliares que presten el servicio militar en la Institución”.*

Pese a que en el anterior recuento quedó claro que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC tienen derecho a la pensión al cumplir con el tiempo de servicio en los términos del artículo 96 de la Ley 32 de 1986, nada se estableció en relación con la forma de liquidar la misma, por lo que se debe tener en cuenta que en el artículo 114 ibídem se determinó que en los aspectos no previstos en la ley, se aplican las normas vigentes para los empleados públicos nacionales, lo cual fue reiterado en el artículo 184 del Decreto 407 de 1994.

Por lo anterior, es importante precisar que si bien la norma vigente para los empleados del orden nacional, a que hacen referencia los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, era la Ley 33 de 1985, esta norma no aplica a los servidores cobijados por un régimen especial, dada la exclusión expresa en el artículo 1º inciso segundo¹ y por tanto en cuanto a los factores es necesario acudir al Decreto 1045 de 1978².

Esta tesis ha sido convalidada por el Consejo de Estado³ al señalar:

“(…) el régimen pensional aplicable a los funcionarios del INPEC es el regulado por lo previsto en la Ley 32 de 1986 en cuanto a los requisitos exigidos para obtener el status pensional, edad y tiempo de servicios, así como los factores que integran el ingreso base de liquidación. Sobre este punto, como ya se vio a pesar que la ley en comento no contempló los factores a tener en cuenta para efectos de la liquidación, es necesario remitirnos a los señalados en el Decreto 1045 de 1978 y que fueron devengados en el último año de servicios”.

En este orden, el aludido artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, dispone:

“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 tendrán 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;*

¹ La Ley 33 de 1985, en su artículo 1º inciso segundo 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”.

² Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda. Sub Sección “A”. Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del doce (12) de mayo de dos mil catorce (2014). Radicación número: 5001-23-31-000-2008-00239-01(0889-13) Actor: Ricardo Orozco Bedoya. Demandado: Caja Nacional De Previsión Social.

- 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 art. 38 del decreto 3130 de 1968.”*

2.5.3. Caso concreto

La parte actora aduce que los actos administrativos a través de los cuales se reconoció y estableció el monto de su mesada pensional adolecen de “*falsa motivación*”, por cuanto no incluyeron en el IBL la totalidad de los factores que devengó durante el último año de servicios, a saber:

- Asignación básica
- Sobresueldo
- Bonificación por servicios prestados
- Prima de riesgo
- Subsidio de alimentación
- Subsidio de unidad familiar
- Prima de vacaciones
- Prima de navidad
- Prima de servicios
- Prima de seguridad

En contraposición, la entidad demandada asegura que los factores de liquidación pensional, para el presente asunto, son aquellos devengados que se encuentren previstos en el Decreto 1158 de 1994, en razón a que la Ley 32 de 1986 “*no contempla la forma de liquidación de la pensión (...) por lo que la forma lógica para suplir dicho vacío es acudir a las normas de carácter general (SIC)*”.

De conformidad al marco normativo expuesto en esta providencia sobre la liquidación del derecho pensional de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, vinculados antes de la vigencia del Decreto 2090 de 2003, como es el caso, en razón a que el demandante ingresó a la institución el 27 de febrero de 1992⁴, se sigue lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, el cual determina que los factores devengados a incluir son los siguientes:

- La asignación básica mensual;
- Los gastos de representación y la prima técnica;
- Los dominicales y feriados;
- Las horas extras;
- Los auxilios de alimentación y transporte;
- La prima de navidad;
- La bonificación por servicios prestados;
- La prima de servicios;
- 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;
- Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;
- La prima de vacaciones;

⁴ Folio 92.

- El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del art. 38 del decreto 3130 de 1968.

El INPEC certificó⁵ que el demandante devengó durante el último año de servicios, los siguientes emolumentos:

- Asignación básica
- Horas extras o remuneración por trabajo suplementario
- Bonificación por servicios
- Prima de riesgo
- Subsidio de alimentación
- Subsidio familiar
- Auxilio de transporte
- Bonificación recreación
- Prima vacaciones
- Prima de navidad
- Prima de servicios

En ese orden, es menester confrontar los emolumentos devengados por el demandante, los tomados por la entidad para liquidar la prestación (de la revisión del último acto de reliquidación pensional se infiere que son los percibidos y enlistados en el Decreto 1185 de 1994⁶) y aquellos que el Decreto 1045 de 1978 tenga en cuenta para el cálculo de la pensión:

FACTORES DEVENGADOS	FACTORES LIQUIDADOS – DECRETO 1185/94	FACTORES DEL DECRETO 1045
ASIGNACIÓN BÁSICA	ASIGNACIÓN BÁSICA MENSUAL	LA ASIGNACIÓN BÁSICA
		LOS GASTOS DE REPRESENTACIÓN Y LA PRIMA TÉCNICA;
		LOS DOMINICALES Y FERIADOS;
HORAS EXTRAS	REMUNERACIÓN POR TRABAJO SUPLEMENTARIO O DE HORAS EXTRAS, O REALIZADO EN JORNADA NOCTURNA	LAS HORAS EXTRAS;
SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN		LOS AUXILIOS DE ALIMENTACIÓN Y TRANSPORTE;
AUXILIO DE TRANSPORTE		
PRIMA DE NAVIDAD		LA PRIMA DE NAVIDAD;
BONIFICACIÓN POR SERVICIOS	BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS	LA BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS;
PRIMA DE SERVICIOS		LA PRIMA DE SERVICIOS;
		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;
		LOS INCREMENTOS SALARIALES POR ANTIGÜEDAD ADQUIRIDOS POR DISPOSICIONES

⁵ Documentos visibles de folios 46 al 64.

⁶ Folios 20 al 25.

		LEGALES ANTERIORES AL DECRETO-LEY 710 DE 1978;
PRIMA DE VACACIONES		LA PRIMA DE VACACIONES;
		EL VALOR DEL TRABAJO SUPLEMENTARIO Y DEL REALIZADO EN JORNADA NOCTURNA O EN DÍAS DE DESCANSO OBLIGATORIO;
		LAS PRIMAS Y BONIFICACIONES QUE HUBIERAN SIDO DEBIDAMENTE OTORGADAS CON ANTERIORIDAD A LA DECLARATORIA DE INEXEQUIBILIDAD DEL ART. 38 DEL DECRETO 3130 DE 1968.
PRIMA DE CAPACITACIÓN		
PRIMA DE RIESGO		
SUBSIDIO FAMILIAR	UNIDAD	
BONIFICACIÓN RECREACIÓN		

De la relación expuesta, se observa que la liquidación contenida en la Resolución GNR 283040 de 2015, que resolvió de manera definitiva respecto al monto de la mesada pensional reconocida al demandante, no tuvo en cuenta cada uno de los factores devengados por éste y determinados en la ley para tal efecto, por lo que procede el reajuste de la prestación por esta razón.

Ahora bien, la sentencia emitida en primera instancia dispuso, además de los factores devengados por el actor y enlistados en la ley como de liquidación pensional, la inclusión de la prima de riesgo y del subsidio familiar.

Empero, esta Sala, en virtud al cambio jurisprudencial del Consejo de Estado a partir de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018⁷, sobre factores computables en el IBL pensional, considera que es improcedente la inclusión de cualquier otra partida que la ley no disponga para tal efecto.

De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 11 y 15 del Decreto 446 de 1994⁸, tanto la prima de riesgo como el subsidio familiar percibidos por los directores y subdirectores de los Establecimientos Carcelarios y el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, no tienen carácter salarial, de otro lado, tampoco se enlistan dentro de las partidas computables de liquidación pensional (artículo 45 del Decreto 1045 de 1978), por lo que se colige que no poseen la connotación de factores de cotización al sistema.

Las reglas jurisprudenciales sentadas por el Consejo de Estado desde la mentada sentencia de unificación⁹, permite colegir que los factores que se deben incluir en el IBL pensional son únicamente aquellos devengados y determinados por la ley como de cotización.

La posición anterior, contrario a lo dispuesto por la misma Corporación en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010¹⁰, se sustenta en lo reglado en el artículo 48 constitucional, modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005,

⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 00143 de 28 de agosto de 2018. Radicación: 52001-23-33-000-2012-00143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en Liquidación Cajanal. Magistrado ponente: César Palomino Cortés.

⁸ "Por el cual se establece el régimen prestacional de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y carcelario, Inpec".

⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 00143 de 28 de agosto de 2018. Radicación: 52001-23-33-000-2012-00143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en Liquidación Cajanal. Magistrado ponente: César Palomino Cortés.

¹⁰ Consejo de Estado, sección segunda, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia de 4 de agosto de 2010, expediente 250002325000200607509 01 (0112-2009), actor: Luis Mario Velandia.

el cual establece que para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones al sistema.

Las consideraciones en cita, también respaldan la negativa de inclusión de otras contraprestaciones como la bonificación por recreación, por cuanto no se acreditó que fuera factor de cotización a pensión ni se encuentra prevista en la ley como partida de liquidación (artículo 45 del Decreto 1045 de 1978).

2.6. Decisión de segunda instancia

En atención a que no prosperaron los argumentos del recurso de apelación sustentado por la demandada, sería del caso confirmar la sentencia de primera instancia, sin embargo, en razón a que se dispuso la inclusión de la prima de riesgo y del subsidio familiar, factores que no se enlista en la ley como de liquidación pensional, se modificará en tal sentido el proveído impugnado, manteniéndose incólume respecto a lo demás.

2.7. Costas y agencias del derecho

Conforme al artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte demandada y a favor de la demandante, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso.

Se fijarán las agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la demandada, en la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por esta instancia.

2.8. Otras consideraciones

Advierte la Sala que, dada la situación actual de emergencia sanitaria generada por el COVID-19 la presente providencia será estudiada y aprobada mediante la utilización de medios electrónicos, en cumplimiento a las directrices del Gobierno Nacional y del Consejo Superior de la Judicatura -distanciamiento social aislamiento, trabajo en casa, uso de medios electrónicos-, para evitar la propagación de los efectos adversos de este virus.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Oralidad del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué en audiencia inicial del 25 de junio de 2018, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, el cual, queda de la siguiente manera:

*“**TERCERO.** – A título de restablecimiento del derecho, se ordena a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** – a reajustar y pagar el señor **ANTENOR MORALES ARAGÓN** identificado con C.C. 11.314.168 la pensión de vejez, con base en el 75% del salario y demás factores debidamente certificados por el empleador durante el último año de servicios, esto es, además del sueldo, horas extras, sobresueldo, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones, subsidio de alimentación, auxilio de transporte y prima de navidad, de acuerdo a las razones expuestas en la parte considerativa. Los pagos se efectuarán a partir del 1 de julio de 2015, fecha en la que le fue reconocida la mesada pensional.”*

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás el fallo impugnado.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandada, conforme lo preceptuado en el artículo 188 del CPACA, para lo cual se fijan las agencias en derecho en el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por esta instancia.

CUARTO: Hacer las anotaciones correspondientes en el programa “Justicia Siglo XXI” y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al juzgado de origen.


Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada en Sala a través del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Los Magistrados,



JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ



LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA