



Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja

Tunja, veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

RADICACIÓN: 15001-3333-010-2019-00133-00
DEMANDANTE: MANUEL ANTONIO ÁVILA BORDA
DEMANDADO: NACIÓN - ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO

Como quiera que no se observa la configuración de causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Juzgado a emitir la sentencia de primera instancia dentro del radicado de la referencia, previos los siguientes,

I.- ANTECEDENTES

1.- LA DEMANDA

1.1.- Hechos

Como situaciones fácticas relevantes señaló, en resumen, los siguientes:

- a. Al señor Manuel Antonio Ávila Borda, le fue reconocida pensión especial de vejez, mediante Resolución No. GNR 404227 del 12 de diciembre de 2015, expedida por Colpensiones, conforme a lo previsto en la Ley 32 de 1986, el Decreto 1158 de 1994, el parágrafo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2005. El monto de la pensión reconocida, para el año 2016, fue de \$ 1.149.068.
- b. Colpensiones, por medio de la Resolución No. GNR 385901 del 21 de diciembre de 2016, ordenó el ingreso a nómina de la pensión del accionante y reliquidó su cuantía bajo los presupuestos de la Ley 100 de 1993 y del Decreto 1158 de 1994.
- c. El 25 de enero de 2017, el señor Ávila Borda presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución No. GNR 385901 del 21 de diciembre de 2016, solicitando la reliquidación de la misma con el 75% de lo devengado en su último año de prestación servicios e incluyendo todos los factores salariales considerados en el régimen especial de pensión de vejez de miembros del INPEC.
- d. El 08 de marzo de 2017, Colpensiones, mediante Resolución No. SUB 3842 del 08 de marzo de 2017, resolvió el recurso de reposición referido, modificando el monto de la prestación aludida, estableciéndolo en \$ 1.513.275 pesos, pero negando la reliquidación de la misma en los términos solicitados por el accionante.
- e. El accionante cumplió 20 años de servicio en el INPEC, el 18 de diciembre de 2012.
- f. A la fecha de presentación de la demanda, Colpensiones no había emitido pronunciamiento sobre el recurso de apelación interpuesto por el accionante el 25 de enero de 2017, dando paso a la configuración del silencio administrativo negativo.

1.2.- Pretensiones

Con fundamento en lo anterior, formuló las siguientes pretensiones:

- a. Declarar la nulidad de la Resolución No. GNR 385901 del 21 de diciembre de 2016, proferida por Colpensiones, por medio de la cual se negó la reliquidación de la pensión especial de vejez del señor Manuel Antonio Ávila Borda.
- b. Declarar la nulidad de la Resolución No. SUB 3842 del 08 de marzo de 2017, proferida por Colpensiones, mediante la cual se resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto por el accionante.
- c. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto por medio del cual Colpensiones, negó el recurso de apelación interpuesto por el señor Ávila Borda el 25 de enero de 2017, referente a la reliquidación de la pensión especial vejez del accionante, de acuerdo a lo prescrito en la Ley 32 de 1986, el Decreto 407 de 1994, el parágrafo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2005 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.
- d. A título de restablecimiento del derecho, se declare el derecho del señor Ávila Borda a que le sea reliquidada su pensión especial de vejez, sobre el 75% del promedio de los salarios devengados dentro de su último año de servicio, esto es, entre el 01 de enero y el 31 de diciembre de 2017, junto con todos los factores salariales contemplados en el artículo 45 de del Decreto 1045 de 1978 y la correspondiente jurisprudencia del Consejo de Estado (sueldo, sobresueldo, prima de riesgo, pago subsidio unidad familiar, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad, bonificación especial de recreación, salario vacaciones, (teniendo en cuenta que sobre dicho emolumento se cotizó a pensión).
- e. Ordenar a Colpensiones pagar la diferencia de las mesadas pensionales existentes entre el valor inicialmente reconocido por la entidad y el resultante de la reliquidación de su pensión; contando dichas diferencias a partir del 01 de enero de 2017.
- f. Condenar a la entidad accionada al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar sobre la diferencia entre las mesadas salariales referidas, conforme a las variaciones del IPC, así como al pago de costas, agencias en derecho e intereses moratorios.

1.3.- Normas violadas y concepto de violación

Señaló en primera medida como transgredidas, las normas contemplada en los artículos 1 a 96 de la Ley 32 de 1986, el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, el inciso 7 y el parágrafo transitorio 5º del Acto Legislativo 01 de 2005 y el inciso 1º del Decreto 1950 de 2005

Adujo que dichas normas fueron violadas por la entidad accionada, toda vez que la Ley 32 de 1986 y el Decreto 407 de 1994, establecen el régimen prestacional del personal de Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, así como los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez allí contemplada

De la misma, forma, el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el parágrafo transitorio 5º del Acto Legislativo 01 de 2005 establecen que los funcionarios del personal de custodia y vigilancia del INPEC se verán cobijados bajo dicho régimen especial, siempre que se hubieran vinculado a la entidad, con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 del 28 de julio de 2003, por lo que la liquidación de la pensión del accionante debe realizarse bajo los términos del régimen especial en mención y no en los dispuestos por la Ley 100 de 1993

Agregó que el proceder de Colpensiones, en el caso del señor Ávila Borda, va en contravía de los dispuesto en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, dado que si bien la Ley 32 de 1986 no estableció los factores salariales que se deben tener en cuenta al momento de liquidar las pensiones

de los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, el artículo 114 de dicha norma, se remite a las normas aplicables a los empleados públicos nacionales, por lo que, al momento de liquidar la pensión del accionante, se debió acudir a lo previsto en la primera norma citada, y no los del Decreto 1158 de 1994, pues se trata de una pensión especial derivada del ejercicio de una actividad de alto riesgo.

Expuso que los actos administrativos cuya nulidad se pretende, vulneran los artículos 2, 29, 53 y 58 de Constitución Política, pues su contenido contraría de los derechos a la igualdad, al debido proceso, a la seguridad social y el principio de favorabilidad, siempre que se niega el derecho del señor Ávila Borda a que se reliquide su pensión, incluyendo los factores salariales devengados en su último año de prestación de servicios, cuando a otros miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, con tiempos de cotización similares al suyo, les ha sido reconocida la pensión especial por vejez, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (fls.8 y 9).

2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, mediante escrito radicado el 21 de febrero de 2020 (fls.69 a 95), contestó la demanda señalando, en resumen, lo siguiente:

La Ley 32 de 1986, no se refirió al IBL que debía tenerse en cuenta al momento de liquidar la pensión, tema que fue abordado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, referente al régimen de transición; por lo cual, dicha normatividad es la aplicable para liquidar la pensión especial de vejez del actor.

La Resolución SUB 3842 de 08 de marzo de 2017, que resolvió el recurso de reposición contra la Resolución GNR 385901 de 21 de diciembre de 2016, procedió conforme a lo dispuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en cuanto han señalado que los factores salariales incluidos en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, son únicamente aquellos sobre los cuales se hayan efectuado aportes al sistema pensional. Adicionalmente, el primer acto administrativo en comento tuvo en cuenta los factores reportados y cancelados por el INPEC y que se encuentran consagrado en el Decreto 1158 de 1994.

La Ley 100 de 1993 mantuvo el régimen de transición en cuanto a la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, pero en virtud del principio de equilibrio del sistema y demás establecidos en el artículo 48 Constitucional, se restringió lo referente al IBL, asignándolo de acuerdo con el ingreso base de cotización.

Propuso como excepción previa la “Falta de integración del contradictorio o integración de litisconsorcio necesario numeral 9 artículo 100 del C.G.P” (fl.82), la cual fue resuelta desfavorablemente por el Despacho, mediante auto de 23 de agosto de 2020 (fl. 120).

Como excepciones de mérito propuso las siguientes:

a.- *“Inexistencia del derecho y la obligación”* (fls.82 a 86)

Indicó que al accionante se le reconoció pensión especial de vejez, al amparo de la Ley 32 de 1986, la cual no señala que IBL debe tenerse en cuenta al momento de liquidar una pensión, por lo que se acudió a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, específicamente al régimen de transición contenido en su artículo 36, que contempla la protección de la expectativa legítima del afiliado a pensionarse, de acuerdo a su edad, tiempo de servicio y monto referido de la pensión del régimen en el cual se encontraba afiliado al momento de entrar en vigencia la última normativa mencionada (fl.83).

Adicionalmente señaló que en el caso concreto no es procedente reliquidar la pensión del actor bajo los parámetro del Decreto 1045 de 1978, pues las sentencia C – 258 de 2013, SU – 230 de 2015, SU – 427 de 2016 y SU 395 de 2017 de la Corte Constitucional, determinan que el IBL a tenerse en cuenta en la liquidación de las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, debe fundamentarse en los artículos 36 y 21 de dicha Ley.

b.- *“Presunción de los actos administrativos”*

Colpensiones profirió las resoluciones No. GNR 385901 de 2016 y No. SUB 3842 del 08 de marzo de 2017, de acuerdo a la normatividad aplicable y a la documentación que reposa en la entidad.

c.- *“Improcedencia de los intereses moratorios”*

No pueden generarse intereses moratorios, pues los mismos se causarían a partir de la ejecutoria del presente fallo, hecho que no ha ocurrido, por lo cual no se han generado dichos emolumentos.

d.- *“Improcedencia de la indexación”*

Expresa que dicha figura tiene la finalidad de impedir la pérdida del poder adquisitivo del dinero por el paso del tiempo, al igual que la imposición de intereses moratorios, por lo cual, de concederse ambos, se generaría un doble cobro por una misma circunstancia.

e. – *“Cobro de lo no debido”*

Al señor Ávila Borda no le es dable solicitar la reliquidación pensional de vejez, pues Colpensiones, al momento de reconocerle dicha prestación, tuvo en cuenta las leyes vigentes y aplicables a su caso particular.

f.- *“Buena fe de Colpensiones”*

Todas actuaciones llevadas a cabo por Colpensiones fueron realizadas conforme con la normatividad vigente, aplicable al caso concreto del accionante.

g.- *“Prescripción”*

Señaló que si eventualmente se reconociera en la sentencia cualquier derecho en favor del accionante, se deberá declarar la prescripción de aquellos causados con anterioridad mayor a tres años, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1959.

h.- *“Excepción Genérica”*

3.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1.- Parte demandante (fls. 130 a 137):

La parte actora presentó escrito de alegatos reiterando, en síntesis, las razones expuestas en la demanda, destacando que el régimen aplicable a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC, que se hubieran vinculado antes de la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, sería el establecido en la Ley 32 de 1986, en lo referente a su pensión especial de vejez, dada la condición particular en que se encuentran dichos funcionarios, como consecuencia del carácter de alto riesgo que reviste el oficio desempeñado.

Por otra parte, subrayó que tanto en la jurisprudencia del Consejo de Estado, como la del Tribunal Superior de Cundinamarca, han dispuesto que los factores salariales que deben integrar el IBL de las pensiones de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, deben ser los contenidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1985.

3.2.- Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES (fls.139 a 142):

La entidad accionada reiteró los argumentos jurídicos esgrimidos en la contestación de la demanda, señalando la improcedencia de la reliquidación de pensión pretendida por el actora, puesto que dicha prestación le fue reconocida en los términos de la Ley 32 de 1986 y en aplicación del régimen de transición dispuesto en el parágrafo transitorio 5º, del artículo 48 de la Constitución Política.

Destacó que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y del Decreto 2090 de 2003, el vacío jurídico que traía la Ley 32 de 1986 quedó superado, pues se dispusieron como reglas para el cálculo del IBL, las dispuestas en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

4.- TRÁMITE

La demanda fue radicada el 15 de julio de 2019 (fls.55 y 56) y admitida por el Despacho mediante proveído de 3 de septiembre de 2019 (fl.57). El pago de los gastos procesales por la parte actora se efectuó el 26 de octubre de 2019 y se comunicó al Despacho el 29 de noviembre de 2019 (fls 63 a 67).

El traslado de la demanda surtió entre el 14 de enero y el 31 de marzo de 2020 (fl. 68), término que se extendió hasta el 14 de julio de 2020, con ocasión de la suspensión de términos ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante los acuerdos PCSJA20 – 11518 del 16 de marzo de 2020, PCSJA20 – 11521 del 19 de marzo de 2020, PCSJA20 – 11526 del 22 de marzo de 2020, PCSJA20- 11532 del 11 de abril de 2020, PCSJA20 - 11546 del 25 de abril de 2020, PCSJA20 - 11549 del 07 de mayo de 2020 y PCSJA20 -11556 del 22 de mayo de 2020 y PCSJA20 -11567 de 05 de junio de 2020 (fls. 107), último que también dispuso el levantamiento de la suspensión de términos judiciales a partir del 1 de julio de 2020.

Mediante proveído de 27 de agosto de 2020 se resolvió la excepción previa propuesta por la entidad accionada (fl.120). finalmente, a través de auto de 6 de noviembre del 2020 (fls.125 a 127), se dispuso tener como pruebas la totalidad de los documentos aportados con la demanda, declarar cerrado el periodo probatorio en el proceso de la referencia y correr traslado a los sujetos procesales para que presenten escrito de alegatos de conclusión, oportunidad de la que hicieron uso, como quedó registrado en precedencia.

Como se indicó en el proveído del 6 de noviembre del año anterior, teniendo en cuenta que las pruebas deprecadas por ambas partes tienen el carácter de documentales, el *sub examine* se enmarca en el supuesto fijado en el numeral 1 del artículo 13 del Decreto 806 de 2020, para efectos de dictar sentencia anticipada, el cual ahora es recogido en el artículo 182 A del CPACA, introducido por la Ley 2080 de 2021, en los siguientes términos:

Artículo 42. Adiciónese a la Ley 1437 de 2011 el artículo 182A, el cual será del siguiente tenor:

Artículo 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:

- 1. Antes de la audiencia inicial:*
 - a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho;*
 - b) Cuando no haya que practicar pruebas;*
- (...)*

Como quiera que se encuentran satisfechos los anteriores presupuestos, procede el Despacho de conformidad, previas las siguientes,

II.- CONSIDERACIONES

1.- PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde determinar la procedencia de la reliquidación de la pensión de vejez reconocida al señor MANUEL ANTONIO ÁVILA BORDA, equivalente al 75% del promedio de lo devengado durante el último año de prestación del servicio, comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2016, con la inclusión de todos los factores salariales devengados, esto es, sueldo, sobresueldo, prima de riesgo, pago subsidio unidad familiar, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad, bonificación especial de recreación y salario por vacaciones.

Igualmente, deberá establecerse si como consecuencia de dicha reliquidación, la entidad demandada debe reconocer y pagar a favor del demandante el valor de las diferencias entre la

mesada pensional reconocida y la resultante, desde el momento en el que adquirió su estatus como pensionado, hasta la fecha de cumplimiento de la sentencia.

2.- Relación de las pruebas relevantes

En este acápite se relacionan las pruebas aportadas, decretadas y recaudadas en el trámite del proceso y que resultan relevantes en el *sub judice*.

Pruebas aportadas con la demanda:

- a. Copia de Resolución N° GNR 404227 del 12 de diciembre de 2015, expedida por Colpensiones, mediante la cual se reconoció y dejó en suspenso la pensión de vejez del señor Manuel Antonio Ávila Borda (fls. 31 a 34).
- b. Copia de Resolución N° GNR 385901 del 21 de diciembre de 2016, emitida por Colpensiones, por la cual se dispuso reliquidar la pensión de vejez por alto riesgo y ordenar el ingreso a nómina del señor Manuel Antonio Ávila Borda (fls. 34 a 36).
- c. Copia del recurso de reposición y en subsidio de apelación, interpuesto por el accionante el 25 de enero de 2017, en contra la Resolución No. GNR 385901 de 2016 (fls. 37 a 40).
- d. Copia de Resolución N° SUB 3842 del 08 de marzo de 2017, expedida por Colpensiones, a través de la cual se ordenó modificar la Resolución No. 385901 del 21 de diciembre de 2016, disponiendo la reliquidación de la pensión especial de vejez – alto riesgo, del señor Manuel Antonio Ávila Borda (fls. 42 a 44).
- e. Certificación de servicios prestados, expedida por la subdirectora de talento Humano del INPEC, a nombre del señor Manuel Antonio Ávila Borda (fls.45 a 47).
- f. Certificación de afiliación del señor Manuel Antonio Ávila Borda a la ARL Positiva Compañía de Seguros, donde se destaca que laboraba bajo nivel de riesgo 5 (fl.48).
- g. Formato de certificación de información laboral a nombre del señor Manuel Antonio Ávila Borda (fl.49).
- h. Certificación de valores pagados entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2016, expedida por el Grupo de Seguridad Social del INPEC, en favor del señor Manuel Antonio Ávila Borda (fl.50).

Pruebas aportadas con la contestación de la demanda:

- a. Reporte de semanas cotizadas en pensiones del señor Manuel Antonio Ávila Borda, correspondiente al periodo transcurrido entre enero de 1967 y diciembre del 2016, expedido por Colpensiones (fls. 89 a 93).

3.- MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE

3.1.- Régimen Pensional de los Empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC.

Mediante la Ley 32 del 3 de febrero 1986, se adoptó el "Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia", el cual establece en su artículo 1°, entre otras, el régimen prestacional que ampara a este personal; y de igual manera, en su artículo 96 se dispuso que *“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”*.

El artículo 114 de la citada ley estableció que:

"(...) 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 (...)"

Con posterioridad se expidió el Decreto 407 de 20 de febrero de 1994, "por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario", el cual entró en vigencia el 21 de febrero de 1994. El artículo 168 de dicho decreto, prescribió lo siguiente:

"(...) ARTICULO 168. PENSION DE JUBILACIÓN. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelario 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 1°. Las personas que ingresen a partir de la vigencia de este decreto, al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelario 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 2°. El personal Administrativo del Instituto se regirá por las normas establecidas en la Ley 100 de 1993 (...). (Resaltado del Despacho).

A su vez el artículo 140 de la Ley 100 de 1993, estableció:

" (...) Actividades de alto riesgo de los servidores públicos. De conformidad con la Ley 4° 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. (...).

En el año 2003, se estableció el régimen pensional para los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, a través del Decreto 2090 de julio 26 de 2003, "por medio del 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", en el que se determinó:

"Artículo 2°. 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 carcelario, 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 3°. 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 4°. Condiciones y requisitos para tener derecho a la pensión especial de vejez. La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:

1. Haber cumplido 55 años de edad.

2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado 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. (...)

Conforme lo anterior, se evidencia que el artículo 168 del Decreto 407 de 1994 fue derogado hasta el 28 de julio de 2003. Con posterioridad, mediante el Acto Legislativo 01 de 2005, a través del cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, se aclaró la vigencia de los regímenes pensionales para los trabajadores del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –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 Carcelario 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**” (...). (negrilla del despacho)*

Así las cosas, 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 del Decreto 2090 de 2003.

Esta norma excluye la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para determinar si son o no beneficiarios del régimen de transición y, en consecuencia, para las personas que ingresaron al servicio antes de la expedición del Decreto 2090 de 2003 debe 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 2090 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.

Ahora bien, en cuanto al IBL para la liquidación de esta prestación, tal como lo ha referenciado el Consejo de Estado¹, el régimen especial en materia pensional aplicable a los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria, no contempló el porcentaje y los factores a tener en cuenta para su liquidación. Por ende, se deberá atender a la remisión de los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, que señalan que en los aspectos no previstos en ellas, se aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales.

Para los factores de salario a tener en cuenta para liquidar la pensión, se debe considerar lo preceptuado por el Decreto Ley 1045 de 1978, toda vez que la Ley 33 de 1985 no aplica a los servidores cobijados por un régimen especial, dada la exclusión que en forma expresa se realiza en su artículo 1°. inciso segundo en los siguientes términos: *“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.”*

En el presente asunto, es aplicable en su integridad el régimen especial de pensión establecido por la ley para los trabajadores del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –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,

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda - Sub Sección “A”. CP. Luis Rafael Vergara Quintero. Mayo 12 de 2014. Radicación 5001-23-31-000-2008-00239-01(0889-13).

aplicando para ello los factores salariales contemplados en el régimen general indicados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, que establece:

“De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se 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;*
- 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 art. 38 del decreto 3130 de 1968.”.*

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 pensión de jubilación debe incluir el 75% del promedio de todo lo devengado en el último año de servicios, siempre que los mismos tengan carácter salarial. Señaló el Consejo de Estado en la citada providencia que:

“(…) 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 -, esto 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. (...).

En consecuencia, el actor tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación incluyendo como factores salariales la asignación básica; alimentación; bonificación semestral; bonificación por servicios; diferencia de horario; dominicales y festivos; horas extras; inc. (Sic) Antigüedad; prima de productividad; prima de navidad; prima de vacaciones, tal como lo ordenó el A quo (...)

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 respecto de los cuales no se hubiera hecho cotización para pensión.

Ahora bien, en este punto es necesario traer a colación que en un caso análogo al que nos ocupa, el Tribunal Administrativo de Boyacá², señaló que si bien recientemente se 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, se concluyó que el IBL prestacional en esos eventos no corresponde al del régimen anterior;

² Sala de decisión N° 4, MP. José Ascensión Fernández Osorio, radicado N° 15001333301120160012301, 14 de agosto de 2018.

Sin embargo, sostuvo que en casos como el presente, es decir, cuando se trata de la reliquidación pensional de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, la Corporación fue enfática en señalar que se da aplicación a la tesis del Consejo de Estado contenida en la aludida sentencia de 4 de agosto de 2010, 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, concluyendo que no se contraviene la postura adoptada por dicha 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, se consideró que la jurisprudencia aplicable continúa siendo la del Consejo de Estado en estos asuntos particularmente, criterio que acoge el Despacho en esta oportunidad.

En lo relativo a la **prima de riesgo** devengada por el personal de custodia y vigilancia del INPEC, en reciente pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Boyacá³, al analizar el caso en concreto señaló que *“esta no puede ser incluida en el ingreso base de liquidación, toda vez que la Sección Segunda del Consejo de Estado ha realizado un análisis jurídico frente a su naturaleza y ha variado su postura. Si bien en la sentencia de unificación del 1 de agosto de 2013⁴ estableció que sí tenía carácter salarial, posteriormente, en la sentencia proferida el 25 de abril de 2019, al resolver un recurso extraordinario de revisión, explicó lo siguiente:*

*“(…)2. Como se observa, de los factores de salario enlistados en la norma precitada, **no se encuentra la prima de riesgo como prestación computable para liquidar la pensión**. Así las cosas, el señor José Hende Rincón no tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación con inclusión de la aludida prestación en consideración a que, **tal reconocimiento desborda 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, de suerte que, **al no aparecer enlistado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, el mismo se encuentra excluido de la base para la liquidación de la pensión**, aunado al hecho que la pluricitada prestación no tiene el carácter de factor salarial por mandato de lo estatuido en el artículo 11 del Decreto 446 de 1994. (…)*

*(…) es al Legislador a quien le compete fijar lo que constituye o no salario, de suerte que, al instituir la prima de riesgo como una prestación en favor de los servidores del INPEC, reconoce la exposición a la que se encuentran sometidos en razón de la actividad que desarrollan, observando que también define el alcance concreto de los beneficios que en un momento dado contribuyen al mejoramiento económico de los servidores del Instituto Nacional Carcelario y Penitenciario, que para el caso de **la prima de riesgo la instituyó sin carácter salarial**.*

*48. Por consiguiente, el llamado a decidir si la prestación a la que alude el artículo 11 del Decreto 446 de 1994 debe o no ser de naturaleza salarial es quien otorga positivamente el derecho, **se trata de una materia reservada a la libre configuración normativa del Legislador**, pues ello gira en torno de la legitimidad de la conducta del Estado que, con fondos del erario, concede una prerrogativa prestacional que pretende compensar económicamente la exposición en la que se hayan los servidores del INPEC en razón de la actividad que ejecutan.
(…)*

*74. Con fundamento en lo antes señalado, concluye la Sala que **la prima de riesgo al no figurar como factor liquidable para la pensión de acuerdo al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978** aunado al hecho de carecer del carácter de factor salarial, no resulta computable para la reliquidación pensional pretendida por el señor José Ariosto Hende Rincón (…)⁵ (Negrilla y Subrayado del texto)*

Entonces, el Consejo de Estado frente a este emolumento fijó una postura que propugna por el respeto a la voluntad del legislador que mediante el artículo 45 del decreto 1045 de 1978 y el artículo 11 del Decreto 446 de 1994, señaló que la prima de riesgo no es factor de liquidación de la pensión.”

Como ha quedado expuesto el régimen jurídico aplicable, se efectuará el análisis del caso concreto.

4.- CASO CONCRETO.

Conforme con la demanda, su contestación y el acervo probatorio relacionado en precedencia, se tienen como hechos probados los siguientes:

³ Sala de decisión N° 3, MP. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, trece (13) de febrero de 2020, radicación 15001-33-33-013-2018-00126-01.

⁴ C.E., Sec. Segunda, Sentencia de unificación 2008-00150 (0070-11), ago. 1º/2013, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

⁵ C.E., Sec. Segunda, Sentencia de Revisión 2076-00759 (3482-16), abr. 25/2019, 11/1.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

- El señor MANUEL ANTONIO ÁVILA BORDA laboró en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, desde el 18 de diciembre de 1992 hasta el 31 de diciembre de 2016 (fl.45), desempeñándose en el cargo de dragoneante.
- Mediante resolución GNR 404227 del 12 de diciembre de 2015 Colpensiones resolvió una solicitud de pensión de vejez especial por alto riesgo, calculando el IBL del promedio de los salarios cotizados durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, en cuantía de \$1.149.068 (a 01 de enero de 2016) (fls. 31 a 33).
- Posteriormente, por la Resolución GNR 385901 del 21 de diciembre de 2016, se reliquidó la mesada pensional, quedando para el año 2017 en \$1.343.835 (fls. 34 a 36).
- Finalmente, la pensión de vejez del actor fue liquidada nuevamente mediante La resolución SUB 3842 del 08 de marzo de 2017, en cuantía de \$1.513.275 (fls. 42 a 44)
- Mediante escrito radicado del 25 de enero de 2017 (fls.37 a 40), el accionante presentó recurso de reposición y en subsidio del de apelación, contra la Resolución No. GNR 385901 del 21 de diciembre de 2016. La entidad accionada, solo resolvió el recurso de reposición a través de la Resolución SUB 3842 del 8 de marzo de 2017, misma en la que, dentro del numeral quinto de su parte resolutive, dispuso: *“Notifíquese al (la) Señor (a) AVILA BORDA MANUEL ANTONIO haciéndole saber que el recurso de APELACIÓN PRESENTADO será enviado al superior jerárquico para los fines pertinentes.”* (Negrilla y subrayado fuera del texto original) (fl.44).

De conformidad con el tránsito legislativo expuesto previamente, se observa que a aquellas personas vinculadas con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003 (28 de julio de 2003), les es aplicable el régimen anterior, es decir, la Ley 32 de 1986, en razón de los riesgos de su labor, con lo cual se evidencia que el señor MANUEL ANTONIO ÁVILA BORDA, es beneficiario del régimen de transición previsto en el citado decreto, toda vez que para la fecha de entrada en vigencia, se encontraba vinculado en el INPEC.

Para resolver el *sub examine* debe señalarse que, examinado el contenido de las resoluciones demandadas, la motivación no corresponde al régimen al que pertenece el demandante, pues como ya se indicó, el señor Ávila Borda es beneficiario de un régimen de transición especial y diferente al contenido en la Ley 100 de 1993, lo que permite concluir que Colpensiones aplicó una normatividad que no corresponde.

En consecuencia, debe precisarse que la normativa que regula la situación pensional del demandante para efectos de establecer la cuantía de la prestación reconocida por la entidad accionada se encuentra en el Decreto 1045 de 1978, punto que ha sido objeto de discusión como quiera que el extremo pasivo ha sostenido que el actor es beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en consecuencia le es aplicable su Decreto Reglamentario 1158 de 1994.

Ahora bien, es importante traer a colación el criterio del Consejo de Estado en cuanto a la taxatividad de los factores salariales a tener en cuenta, puesto que hasta el año 2010 aplicó dicho criterio; luego, se varió en agosto de 2018 a una aplicación meramente enunciativa, para finalmente acoger nuevamente la tesis del criterio taxativo, que es la que actualmente se encuentra vigente.

En ese sentido, debe destacarse lo indicado por el Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia del 26 de febrero de 2020⁶, al exponer lo siguiente:

“En ese orden de ideas, en cuanto a la reliquidación pretendida por el demandante, tal y como se explicó en líneas que anteceden, es aplicable en su integridad el régimen especial de pensión

⁶ Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Decisión No. 5. Sentencia del 26 de febrero de 2020. M.P. Dr. Oscar Alfonso Granados Naranjo. Rad: 15238-33-33-001-2017-00194-01.

establecido por la ley para los trabajadores del INPEC y por tanto, la liquidación de su prestación debe ser con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios como lo estableció la Ley 4a de 1966, aplicando para ello los factores salariales contemplados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.”

De acuerdo con lo anterior, Colpensiones debe reliquidar la pensión de vejez del demandante, teniendo en cuenta el 75% del promedio de los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, esto es, entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2016, teniendo en cuenta los factores enlistados en el artículo 45 del decreto 1045 de 1978, que para el caso concreto son los siguientes, de acuerdo con la certificación de valores pagados: sueldo, sobresueldo, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de alimentación y auxilio de transporte (fl. 50).

Ahora bien, en cuanto a la solicitud de la prima de riesgo como factor para el IBL, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial citado en el acápite de normatividad aplicable, no debe ser tomada en cuenta para establecer el monto de la pensión, al igual que otros factores que devengó el actor en dicho periodo como subsidio familiar, sueldo por vacaciones, indemnización por vacaciones y bonificación especial por recreación, toda vez que no se encuentran enlistados en el artículo 45 del decreto 1045 de 1978.

Frente a la improcedencia de incluir factores diferentes a los señalados en el Decreto 1045 de 1978 (art. 45) en el IBL pensional de los servidores del cuerpo de custodia del INPEC, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en el proveído que se acaba de citar, indicó que, dado que no se encuentran enlistados, carecen del carácter de factor salarial, tal y como lo ha expuesto el Consejo de Estado. En estos términos se expresó el superior funcional:

“En cuanto a la inclusión en el IBL pensional de la bonificación por recreación, considera la Sala que no es procedente la inclusión de dicho factor, pues además de que no se encuentran enlistado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, el mismo no tiene la connotación salarial, sino que su finalidad es estimular las actividades de descanso y esparcimiento del trabajador.

Ahora bien en cuanto tiene que ver con el subsidio de unidad de familiar, el mismo se encuentra contemplado en el artículo 15 del Decreto 446 de 1994: "Artículo 15. Subsidio Familiar. De conformidad con las normas legales vigentes que regulan el pago del subsidio familiar, los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho, a partir del 1° de enero de 1995, al pago de un siete por ciento (7%) adicional por tal concepto, sin constituir factor salarial, el cual se pagará por unidad familiar, con cargo al presupuesto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec. La anterior prestación se establece sin perjuicio del subsidio familiar a que tienen derecho los funcionarios de acuerdo con las normas vigentes".

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala no incluirá en la liquidación de la pensión del demandante el subsidio familiar por cuanto de acuerdo con la norma en cita, éste no constituye factor salarial, sino que su naturaleza corresponde a una prestación propia del régimen de seguridad social y a un mecanismo de redistribución del ingreso.”

En consecuencia, le asiste razón a la parte actora respecto del derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta los factores salariales devengados y fijados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, durante el último año de prestación de servicios, esto es, con antelación al 31 de diciembre de 2016 (fl.45), fecha de retiro efectivo del servicio.

Establecidos los factores y el periodo de liquidación de la prestación del actor, la entidad demandada deberá tener en cuenta lo siguiente:

- Conforme a lo advertido por el Consejo de Estado, se efectuarán los descuentos sobre los factores sobre los cuales no se hayan efectuado aportes al sistema y que se tuvieron en cuenta para la liquidación, con el fin de no afectar el principio de sostenibilidad del sistema.
- No obstante lo anterior, en cuanto al período o lapso dentro del cual deben efectuarse los referidos descuentos, de los nuevos factores que se ordena incluir en la reliquidación del derecho prestacional, se ha de tener en cuenta que éste, corresponde al año de consolidación del derecho pues las cotizaciones efectuadas al sistema de seguridad

social, constituyen aportes parafiscales, por tanto, para su cobro, se debe aplicar el estatuto tributario; que señala que la acción de cobro de las obligaciones fiscales prescribe en el término de 5 años. En tal virtud no sería ajustado a derecho ordenar descuentos por concepto de aportes que se fueron causados con más de cinco años a la expedición de la presente sentencia, que no correspondan al último año de la prestación del servicio.

- La demandada habrá de efectuar los correspondientes descuentos adicionales con respecto a las cotizaciones por salud, conforme con lo indicado por el Consejo de Estado entre otras en Sentencia de fecha 22 de noviembre de 2012.

“La Sala considera que le asiste razón al recurrente en cuanto a los aportes para el Sistema de Seguridad Social en Salud, toda vez que de haberse reconocido la pensión desde un principio, con base en la totalidad de factores ordenados en la sentencia de primera instancia, se habrían efectuado mensualmente los descuentos por concepto de aportes para el Sistema de Seguridad Social en Salud sobre la integridad de la pensión y no sobre el valor liquidado, sin inclusión de la totalidad de factores devengados por el causante; lo anterior tiene total sustento en el principio de solidaridad del Sistema General de Salud; por lo tanto, se adicionará la sentencia recurrida, en el sentido de disponer que sobre las diferencias que se ordene reconocer y pagar a favor de la demandante, se hagan los descuentos de ley, destinados al Sistema de Seguridad Social en Salud.”

En este punto debe advertirse que los descuentos en salud son aquellos que recaen sobre las diferencias reconocidas y efectivamente pagadas, que también penden de la declaración de prescripción trienal extintiva, pues no sería factor de equidad y de igualdad, el hecho de que se paguen las diferencias con tres años de antelación a la presentación de la demanda o a la reclamación en vía administrativa, pero que el descuento de las cotizaciones de salud sobre las diferencias causadas, lo sean a partir de la adquisición del status o del reconocimiento de la prestación. Esta interpretación es la que considera el Despacho debe darse a este punto, toda vez que, en los términos del Consejo de Estado, los descuentos se efectúan **sobre los nuevos factores a tener en cuenta en la respectiva liquidación de la pensión**, que no son otros que los que efectivamente se liquidan y pagan al pensionado.

Conforme con lo anterior, resulta del caso decir que no prosperan las excepciones de “Inexistencia del derecho y de la obligación”, “presunción de legalidad de los actos administrativos”, “improcedencia de los intereses moratorios”, “improcedencia de la indexación”, “cobro de lo no debido” y “buena fe de Colpensiones”.

Finalmente, debe advertirse que en el caso concreto no es dable el análisis de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 invocadas por la entidad demandada, por cuanto tales decisiones hacen referencia a los factores de salario a aplicar a quienes se benefician del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, no obstante, se reitera que en el caso del demandante, al ser beneficiario de la Ley 32 de 1986, la liquidación de la pensión se rige por el Decreto 1045 de 1978.

Aunado a lo anterior, ha de precisarse que no es procedente la aplicación de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, toda vez que el demandante por disposición expresa del Acto Legislativo 01 de 2005, es beneficiario de un régimen especial de pensiones contenido en la Ley 32 de 1986, de tal manera que se debe dar aplicación al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y no a las Leyes 33 y 62 de 1985, de cuya aplicación está expresamente exceptuado el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC.

Respecto a la excepción de **prescripción** debe señalarse que, conforme a lo señalado en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, los derechos prescriben en el término de 3 años contados a partir de que la obligación se hace exigible, y el reclamo escrito interrumpe la prescripción *“pero solo por un lapso igual”*.

Por lo anotado, dicha excepción tampoco está destinada a prosperar, debido a que la demanda fue presentada el 15 de julio de 2019 (fls. 55 y 56) y no se superó el lapso de 3 años entre esta y

la expedición de los actos demandados, Resolución GNR 385901 de 21 de diciembre de 2016 y SUB 3842 de 8 de marzo de 2017.

5.- COSTAS

No se condenará en costas en este asunto, atendiendo lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P., que dispone que en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando fundamentos de su decisión.

En el presente caso, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, por cuanto, aunque se concede la reliquidación de la pensión con los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, se negó la inclusión de los factores salariales que no están enlistados en el Decreto 1045 de 1978.

Por lo expuesto, el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad parcial de las Resoluciones de Colpensiones GNR 385901 del 21 de diciembre de 2016, SUB 3842 del 08 de marzo de 2017, y del acto ficto resultante de la falta de resolución del recurso de apelación interpuesto el 25 de enero de 2017, a través de las cuales se reliquidó la pensión de jubilación del señor MANUEL ANTONIO ÁVILA BORDA, por las razones indicadas en las consideraciones.

SEGUNDO. – A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vez del señor MANUEL ANTONIO ÁVILA BORDA, conforme a la Ley 32 de 1986, con una tasa de reemplazo de 75% de lo devengado en el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2016, teniendo en cuenta únicamente los factores salariales enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, esto es, sueldo, sobresueldo, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de alimentación y auxilio de transporte.

Si resultare alguna diferencia entre el valor actualmente pagado al demandante por concepto de mesada de pensión de vejez y el valor proveniente de la reliquidación ordenada, Colpensiones deberá pagar al demandante las sumas resultantes, las cuales deberán indexarse en los términos del artículo 187 del CPACA, desde la causación del derecho, hasta la fecha de ejecutoria de esta Sentencia, previos los incrementos legales, con aplicación de la siguiente fórmula:

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

TERCERO. - La sentencia se cumplirá en los términos del artículo 192 y concordantes del CPACA y devengará intereses moratorios conforme al inciso 3 de esta disposición. Para lo anterior, se dispone remitir las comunicaciones correspondientes, de conformidad con lo previsto en los incisos finales de los artículos 192 y 203 de la Ley 1437 de 2011.

CUARTO. - **COLPENSIONES** deberá efectuar los descuentos sobre aquellos factores sobre los cuales no se hayan efectuado aportes al sistema y se deban tener en cuenta para la liquidación, los cuales deberán efectuarse sobre los cinco (5) años anteriores al último año de prestación del servicio. De igual forma, deberá efectuar los correspondientes descuentos adicionales con respecto a las cotizaciones por salud que comprenden las diferencias reconocidas en la reliquidación de la pensión, para lo que deberán tener en cuenta la prescripción trienal, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

QUINTO. - DECLARAR que no se configura la excepción de prescripción y las demás propuestas por la entidad demandada, conforme a lo indicado en precedencia.

SEXTO. - NO CONDENAR en costas, en atención a lo considerado en precedencia.

SÉPTIMO. - Ejecutoriado el presente proveído, **ARCHIVAR** el expediente, previas las constancias que sean necesarias.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Firmado Por:

**JAVIER LEONARDO LOPEZ HIGUERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 010 ADMINISTRATIVO DE TUNJA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

04019b8fbe45e10690d00e64b1232ceb02a1b85e733f140f4e33a5f8c71e9fc2

Documento generado en 26/02/2021 05:10:31 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**