



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, dieciocho (18) de marzo del año dos mil veintiuno (2021)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 157593333-002-2019-00209-00
Demandante: NELSON GIOVANNI PUERTO FUQUEN
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES

1. ASUNTO

Cumplidos los presupuestos procesales¹ corresponde al Despacho resolver de fondo la demanda de la referencia, mediante sentencia de primera instancia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, el señor NELSON GIOVANNI PUERTO FUQUEN por intermedio de apoderado solicita se declare la nulidad de los actos expedidos por COLPENSIONES, al considerar que la entidad omite incluir algunos emolumentos percibidos en razón de la actividad laboral del accionante, en el siguiente orden y alcance:

- Nulidad parcial de la Resolución SUB 212665 del 29 de septiembre de 2017, en cuanto al monto, no en cuanto al derecho pensional especial de vejez por desempeño de actividad de alto riesgo reconocido.
- Nulidad total de las resoluciones SUB 294415 del 21 de diciembre de 2017 que ajusta la pensión especial por cotizaciones adicionales e incluye en nómina de pensionados, efectiva a partir del 1 de enero de 2018.
- Nulidad total de las resoluciones SUB 92714 del 16 de abril de 2019 y SUB 196563 del 25 de julio de 2019 que niegan la reliquidación pensional y DPE 9861 del 16 de septiembre de 2019 que resuelve un recurso de apelación interpuesto contra el segundo acto referido, confirmándolo.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, pide se ordene a la accionada el reconocimiento y reajuste de la pensión de jubilación con la inclusión de los emolumentos salariales de que trata la ley 6 de 1945, ley 4 de 1966, artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y Decreto 1302 de 1978, tales como *sueldo básico, sobresueldo, bonificación por servicios prestados, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, prima de riesgo, bonificación por recreación y subsidio de unión familiar* actualizados según el último año de servicios, esto es, del 1 de enero al 31 de diciembre de 2017.

¹ Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

Solicita la actualización, reajuste e indexación de la mesada pensional a valor presente, desde la fecha del estatus: 23 de octubre de 2016, efectiva a partir del 31 de diciembre de 2017 cuando se produjo el retiro institucional, con el reconocimiento del retroactivo correspondiente a los haberes dejados de percibir. (*fls. 2 y 3 archivo 01 exp dig*).

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente manera (*fls. 3 a 12 archivo 01 exp dig*).

Relata que el señor Nelson Giovanni Puerto Fuquen ingresó a trabajar en el INPEC en carrera en el cargo de Dragoneante, desde el 24 de octubre de 1996 hasta el 31 de diciembre de 2017, tiempo en el que todos los aportes en seguridad social fueron descontados sobre los ingresos y destinados en pensión y salud, al Sistema de Seguridad Social dentro del régimen de prima media con prestación definida.

Señala que el accionante laboró en el último año de servicio como Dragoneante código 4114 grado 11 del INPEC con sede en Sogamoso.

Indica que mediante Resolución No. SUB 212665 del 29 de septiembre de 2017 se reconoció la pensión de jubilación con base en el 75% de unos haberes económicos devengados los últimos diez (10) años de labores, esto es, salario básico y sobresueldo.

Expresa que ante la exclusión de emolumentos devengados por el actor, se interpusieron recursos administrativos que conllevaron a la expedición de varios actos administrativos que reliquidan la pensión tomando como base el 75% del promedio de lo devengado en los últimos diez (10) años omitiendo otros haberes devengados. Cita los mencionados actos administrativos así: No. SUB 294415 del 21 de diciembre de 2017, SUB 92714 del 16 de abril de 2019, SUB No. 196563 del 25 de julio de 2019 y DPE 9861 del 16 de septiembre de 2019, expedidos por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

Dice que adquirió el status pensional el 23 de octubre de 2016, efectiva a partir del 31 de diciembre de 2017, cuando se procedió al retiro institucional.

Luego de traer a colación algunos apartes normativos, expresa que el demandante está cubierto en materia pensional por el cumulo normativo que se desprende de la Ley 32 de 1986, acto legislativo 01 de 2005 que modificó el artículo 48 constitucional en el párrafo 5 transitorio y para aspectos pensionales en cuanto a la liquidación de su monto está regido por la Ley 4 de 1966, Decreto 1045 de 1978 Decreto 784 de 1989 compilado por el Decreto 1072 de 2015.

Manifiesta que mediante Resolución 004288 del 20 de noviembre de 2017, se aceptó la renuncia al cargo a partir de 1 de enero de 2018.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En sentir de la demandante, con la expedición del acto administrativo demandado se violaron las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

Constitución Política: Arts. 1, 2, 3, 5, 6, 13, 25, 29, 53 y 209.

De orden legal: Ley 4 de 1966, ley 57 y 153 de 1887, Decreto Ley 1045 de 1978, artículo 45 Decreto 407/94, artículos 2 y 3 Decreto 1302/78 Ley 32 de 1986, Ley

100/93, artículos 11, 36, 272, 273, y 288 Decreto reglamentario 813/94, incisos 1 y 2 artículo 3 Decreto 44/94, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, Ley 50 de 1990, artículo 14 Código Sustantivo de Trabajo, artículos 21 y 127 de la Ley 1848 de 1969, artículo 21 Ley 6 de 1945 y Decreto 0113 de 1998.

Expresa que se tiene legalmente derecho a la pensión de jubilación regida por un régimen específico como es el caso del INPEC, el cual ordena que para la liquidación de la misma se tenga en cuenta todos los factores salariales devengados y certificados.

Indica que el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, creó un régimen especial para el Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, favorable a los empleados que hayan trabajado durante 20 años en forma continua o discontinua al servicio de dicha institución, sin tener en cuenta su edad, la cual se liquida con el 75%.

Dice que en todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden siempre se liquidan sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES (*fls. 2 a 13, archivo 04 del exp dig*) contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas por el demandante.

Alude que la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, expediente 52001-23-33-000-2012-00143-01 deja plenamente establecida la postura respecto al cálculo del IBL de las pensiones que se encuentran cobijadas con el régimen de transición, en el que se señala que el mismo, no está sujeto a transición, por lo que debe adoptarse lo establecido en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993.

Indica que el régimen jurídico aplicable al demandante, es el Decreto 2090 de 2003, que en su artículo 6 establece el régimen de transición y el que para su aplicación, exige que se cumplan adicionalmente los presupuestos del artículo 36 *idem*

Manifiesta que el demandante nació el 15 de febrero de 1973, que inició su vida laboral el 1 de febrero de 1995, razón por la que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 21 años de edad y ningún tipo de cotización, por lo que no acredita ninguno de los requisitos de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, motivo por el que resulta improcedente que se liquide y pague la pensión conforme a la Ley 32 de 1986, como se solicita en la demanda.

Frente a los factores salariales indica que se tuvieron en cuenta el valor de las cotizaciones efectivamente realizadas, esto es, los devengados por el trabajador a título remunerativo, es decir, reportados y certificados por la Entidad, por lo que no le asiste el derecho al demandante a solicitar la reliquidación pensional.

Expresa que en el presente caso no se logran acreditar los factores que la parte demandante solicita sean incluidos. Lo anterior, si se tiene en cuenta que con el traslado de la demanda se aportan certificados CLEP Formato No. 3 (B) “CERTIFICACIÓN DE SALARIOS MES A MES”, del 18 de octubre de 2017, expedidos por la funcionaria del INPEC, competente para tal efecto y en los que se certifica que los factores salariales devengados por el demandante en el último año corresponden únicamente a los conceptos de Asignación Básica Mensual y

Remuneración por Servicios Prestados, teniendo en cuenta que dichas certificaciones representan el único medio probatorio idóneo para certificar la calidad y los tiempos laborados como empleado público, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 13 de 2001.

Expresa que mediante Circular Conjunta No. 13 del 18 de abril de 2017, el Ministerio de Protección Social y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, adoptan los formatos de certificación laboral y de salario válidos para el reconocimiento de pensiones, obligatorios para todas las entidades públicas, por lo que para efectos probatorios esa es la única información que debe tenerse en cuenta.

Indica que en el expediente reposa la "*Certificación de Valores Pagados*", en la que se consagran factores adicionales, pero que si bien, no se controvierte la falsedad o no de dicho documento, si se cuestiona su eficacia probatoria, puesto que en el mismo se manifiesta que la información que allí se encuentra fue "*tomada de las tablas salariales teniendo en cuenta que no reposa archivo alguno para verificar los datos sobre el Ingreso Base de Cotización IBC*". Agrega que conforme al Decreto 446 del 24 de febrero de 1994, la *prima de riesgo*, el *subsidio de unidad familiar* y la *prima de seguridad*, no constituyen factor salarial. Así mismo, no se certifica el valor de la *asignación básica mensual* y no se allega prueba de que el funcionario quien la suscribe, sea el facultado para certificar.

De igual forma indica que el acto administrativo que reconoció la pensión del demandante, lo hizo en aplicación de la Ley 32 de 1986, norma que señala que la tasa de remplazo es del 75%, sin que la misma permita aumentar el porcentaje como lo pretende la parte actora

Concluye que la demandada al momento del reconocimiento pensional del demandante, tuvo en cuenta lo preceptuado por la normativa aplicable y liquidó la mesada pensional de conformidad a la ley, por lo que no le asiste derecho al demandante de reliquidación de su pensión.

Finalmente propuso las excepciones denominadas: "*falta de integración del contradictorio o integración del litisconsorcio necesario numeral 9 artículo 10 c.g.p.*", "*inexistencia del derecho y la obligación*", "*improcedencia de los intereses moratorios*", "*improcedencia de indexación*", "*cobro de lo no debido*", "*buena fe Colpensiones*", "*prescripción*" e "*innominada o genérica*"

6. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue radicada ante la Oficina de Apoyo Judicial de Sogamoso siendo asignada por reparto a este Despacho (*fl. 1 archivo 02 Exp. Digital*) y en auto del 20 de enero de 2020 se admitió la demanda (*fls. 4 y 5 archivo 02 Exp. Digital*).

Mediante proveído del 7 de octubre de 2020, se resuelven las excepciones (*arch. 08 Exp. Dig*) y en auto del 3 de noviembre de 2020 abstenerse de fijar fecha para la celebración de audiencia inicial y se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión (*arch 10 Exp. dig*).

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante y la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES presentaron alegatos de conclusión reiterando los argumentos de la demanda y de la contestación, sin realizar cambios sustanciales en sus exposiciones (*archivos 12 y 13 del exp dig*).

La Agente Delegada del Ministerio Público no emitió concepto.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si el señor Nelson Giovanni Puerto Fuquen tiene derecho a que Colpensiones reliquide y paguen las diferencias de la pensión especial de vejez reconocida por el desempeño de actividades de alto riesgo, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, comprendido en el periodo del 1 de enero al 31 de diciembre de 2017 y no el promedio de lo devengado en los últimos 10 años.

9. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La Ley 32 del 3 de febrero de 1986², en su artículo segundo define el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional como un organismo armado, de carácter civil y permanente que se encuentra al servicio del Ministerio de Justicia y está integrado por personal uniformado, pertenecen a la Carrera Penitenciaria de que trata el artículo 100 del Decreto 1817 de 1964, quienes tiene el carácter de empleados públicos –art. 3 ídem-

De igual forma la norma en comento en su artículo 4 señala las funciones del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, las cuales enlista así: a) Velar por la seguridad de los establecimientos carcelarios, b) Cumplir las órdenes y requerimientos de las autoridades jurisdiccionales con respecto a los internos de los establecimientos carcelarios, c) Cumplir las órdenes impartidas por la Dirección General de Prisiones en relación con las actividades carcelarias, d) Servir como auxiliar en la educación de los internos, en los establecimientos carcelarios y en la readaptación de los reclusos y, e) Ejecutar las demás funciones relacionadas con el cargo que le asigne la ley y los reglamentos.

Para efectos de la pensión de jubilación de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, el artículo 96 de la norma en comento establece que tienen derecho a gozar de ésta, al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta la edad.

Por su parte, la Ley 100 del 23 de diciembre de 1993³ en su artículo 140 establece

“ARTÍCULO 140. Actividades de alto riesgo de los servidores públicos. De conformidad con la Ley 4a. de 1992, el Gobierno Nacional expedirá el régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos. Se consideran para este efecto como actividades de alto riesgo para el trabajador aquellas que cumplen algunos sectores tales como el cuerpo de custodia y vigilancia nacional penitenciaria. Todo sin desconocer derechos adquiridos.

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

El Decreto 407 de del 20 de febrero de 1994⁴, en su artículo 168, -derogado por el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003- señaló:

“ARTICULO 168. PENSION DE JUBILACION. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que a la fecha de la vigencia del

² Mediante la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia.

³ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

⁴ “Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.”

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”.*

La Ley 797 del 29 de enero de 2003⁵ señaló en su artículo 17:

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

(...)

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

El artículo 1º del Decreto 2090 del 26 de julio de 2003⁶ señaló que este es aplicable a todos los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, entendiendo por actividades de alto riesgo aquellas en las cuales la labor desempeñada implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo.

Artículo 2º. Actividades de alto riesgo para la salud del trabajador. *Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:*

(...)

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

⁵ “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.”

⁶ “Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades”.

Por otra parte, el Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política establece en el párrafo transitorio 5 del artículo primero lo siguiente:

"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**". (negrilla fuera de texto).

El Decreto 1950 del 13 de junio de 2005, mediante el cual se reglamenta el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 que es su artículo primero señala:

"Artículo 1º. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto-ley 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. Con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, esto es, el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes de conformidad con el Decreto-ley 407 de 1994 en concordancia con el artículo 1º del Decreto 1835 de 1994."

Se establece entonces que la Ley 32 de 1986 creó un régimen especial al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, teniendo en cuenta las labores especiales de riesgo que implica la labor por ellos realizada. Así la norma en mención en su artículo 96 señaló que tienen derecho a gozar de la pensión cuando cumplan 20 años de servicio, continuos o discontinuos y cualquier edad.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC que se encontraran prestando sus servicios al momento de entrar en vigencia ésta, es decir, al 21 de febrero de 1994, tienen derecho a la pensión conforme al artículo 96 de la Ley 32 de 1986. En este punto es del caso aclarar que el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, fue derogado únicamente hasta la expedición del Decreto 2090 de 2003, por lo que con anterioridad a esta fecha estaba vigente, por lo que resulta aplicable.

Ahora, si bien el Decreto 2090 de 2003 estableció un régimen de pensión de transición especial, el mismo quedó sin efecto con el Acto Legislativo 001 de 2005 – norma constitucional especial de superior jerarquía- al establecer como único requisito para ser beneficiario de la Ley 32 de 1986 es estar vinculado antes del 23 de julio de 2003, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, sin que sea necesario acreditar las exigencias del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como expresamente señaló en Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia de 2019⁷.

10. CASO CONCRETO

Con el objeto de resolver el problema jurídico planteado, es del caso determinar en primera medida, el régimen pensional aplicable al accionante para luego establecer la forma en que se debe efectuar la liquidación de su pensión.

⁷ Tribunal Administrativo de Boyacá, M.P. Fabio Iván Afanador García. Rad. 1500133330014201600043-01, sentencia del 27 de noviembre de 2019

Conforme al acto administrativo de reconocimiento pensional (Resolución 212665 del 29 de septiembre de 2017), el cual se acusa parcialmente de nulidad en este proceso en cuanto al monto pensional (*pag. 30-43 Arch. 1*) se colige que no se discute que el señor Nelson Giovanni Puerto Fuquen prestó sus servicios al INPEC desde el 1 de noviembre de 1996 hasta el 31 de agosto de 2017, empero como señala la demanda, el ingreso se produjo el 24 de Octubre de 1996 y así está demostrado documentalmente con el Formato 1 certificación de información laboral del 24 de octubre de 1996 al 21 de diciembre de 2017 (*fl.79 y 99 archivo 01 Exp Digital*), por lo que es claro que fue vinculado al cuerpo de custodia y vigilancia del estado en vigencia el Decreto 407 del 21 de febrero de 1994, el cual se mantuvo vigente hasta la derogatoria dispuesta con la expedición del Decreto 2090 de 2003, por lo cual se colige que en este caso al demandante le aplica el régimen de pensión dispuesta en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, sin se pueda exigir requisito adicional.

En relación con el ingreso base de liquidación, conforme a lo dispuesto por el artículo 114 de la Ley 32 de 1986, se debe apelar a las normas aplicables a los empleados públicos con anterioridad a la Ley 100 de 1993, esto es, las leyes 33 y 62 de 1985⁸. Sin embargo, en el entendido que la Ley 33 de 1985 excluyó a los regímenes especiales, las mismas no resultan aplicable al presente caso.

Corolario de lo anterior se establece que en el caso del señor Nelson Giovanni Puerto Fuquene, resulta aplicable la Ley 4 de 1966 en cuanto a la tasa de remplazo del 75% y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, frente a los factores salariales a reconocer.

Por otra parte, conforme lo indicado en la sentencia ya citada proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá en 2019⁹, al resolver un caso similar, no igual al que se encuentra bajo estudio, expresa que en casos como el que nos ocupa, no es dable atender la sentencia del Consejo de estado del 28 de agosto de 2018, en el entendido que *“por disposición expresa del Acto Legislativo 01 de 2005 está beneficiado por un régimen especial de pensiones contenido en la Ley 32 de 1986, por lo que en materia del IBL se debe dar aplicación a lo dispuesto en artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y no a lo establecido en las leyes 33 y 62 de 1985, de cuya aplicación está expresamente exceptuado el personal de Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC.”*

Acorde con el material probatorio allegado al expediente se encuentra demostrado que el señor Nelson Giovanni Puerto Fuquen nació el 15 de febrero de 1973, conforme a la copia de la cédula de ciudadanía y Registro Civil de Nacimiento (*fl.104 archivo 01 Exp Digital y archivos 28 a 31, 35, 104 a 106 de la carpeta “ExpedienteAdministrativo”*) quien prestó sus servicios en el INPEC, en el cargo de Dragoneante, Código 4114 grado 11, del 24 de octubre de 1996 al 21 de diciembre de 2017, como ya se mencionó (*fl.79 y 99 archivo 01 Exp Digital*).

Consta en el expediente que en el periodo comprendido entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 2017, el demandante percibió los siguientes factores: *asignación básica mensual y remuneración por servicios prestados* conforme al Formato No. 3

⁸ La Ley 4ª del 26 de abril de 1966, *“Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones”*, señala:

“ARTÍCULO 4º. A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios”. (Negrillas del Despacho).

⁹ Tribunal Administrativo de Boyacá, Fabio Iván Afanador García. Rad. 1500133330014201600043-01, sentencia del 27 de noviembre de 2019

(B) que corresponde al certificado de salarios mes a mes (*fl.90 archivo 01 Exp Digital*) y adicionalmente percibió *prima de riesgo, subsidio unidad familiar y bonificación recreación*, como indica el “*CERTIFICADO VALORES PAGADOS*” expedido por el Coordinador del Grupo de Tesorería del INPEC (*fl.98 archivo 01 Exp Digital*)

En este punto es del caso señalar que distinto a lo mencionado por el apoderado de la entidad demandada, el Despacho verifica la eficacia del certificado expedido por el INPEC, dando valor probatorio, pues del contenido del mismo, se establece que fue expedido por el tesorero de la institución, de suerte que no es admisible desde el punto de vista probatorio que se exija una prueba documental adicional, para corroborar la eficacia de otra prueba válida, puesto que proceder de forma contrario pretermite incurrir en exceso de formalidad, premiando además la aducción de pruebas que resultan ser superfluas e innecesarias.

En este orden, se establece que mediante la Resolución SUB 212665 del 29 de septiembre de 2017 que COLPENSIONES para el reconocimiento pensional del demandante, tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, frente al requisito de los 20 años de servicio del beneficiario, sin tener en cuenta otros requisitos como la edad, aplicando de forma correcta el párrafo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2005, que señala que para los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria Nacional que ingresaron con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, les es aplicable la Ley 32 de 1986.

Ahora bien, dicha postura se replica con la expedición de la Resolución SUB 294415 del 21 de diciembre de 2017, se reconoce y reliquida la pensión del demandante, por retiro del servicio (*fls. 45 a 51 del archivo 01 Exp. Digital y archivos 78 a 80 de la carpeta “ExpedienteAdministrativo”*).

Lo que no se comparte es que para calcular el Ingreso Base de Liquidación de la pensión, aplica el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y toma los factores salariales establecidos en los artículo 18 y 19 de la Ley 100 de 1993, así como del Decreto 1158 del 3 de junio de 1994, según el caso y siempre que sobre los mismos e hubieren efectuado aportes al Sistema General de Pensiones, conforme al artículo 17 ídem, liquidado con los 10 últimos años y se le aplicó una tasa de remplazo del 75% sobre el IBL indicado (*fls. 30 a 43 del archivo 01 Exp. Dig y archivos 77 y 81 de la carpeta “ExpedienteAdministrativo”*).

A través de las resoluciones SUB 92714 del 16 de abril de 2019, SUB 196563 del 25 de julio de 2019 y DPE 9861 del 16 de septiembre de 2019, se niega la reliquidación pensional del demandante teniendo en cuenta los factores salariales del último año, pues el IBL se debe regir por las normas vigentes en la Ley 100 de 1993 y, en consecuencia, el IBL se calculó sobre los últimos 10 años de cotizaciones. Los únicos factores salariales que se deben tener en cuenta al momento de determinar el IBL serán los contemplados en el Decreto 1158 de 1994, siempre y cuando sobre los mismos se hubieren efectuado los aportes al Sistema General de Pensiones. (*fls. 52 a 57, 58 a 63 y 71 a 77 del archivo 01 Exp. Digital y archivos 82 a 84 de la carpeta “ExpedienteAdministrativo”*)

Se indicó *ab initio* de este capítulo, que al demandante no le es aplicable lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, en atención a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que tampoco es aplicable frente al Ingreso Base de Liquidación, ni lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994.

Entonces se establece que la normativa aplicable al señor Nelson Giovanni Puerto Fúquen, para determinar los factores salariales sobre los cuales se debe liquidar su pensión corresponden al Artículo 4 de la Ley 4 de 1966 y al artículo 45 del Decreto

1045 de 1978, esto es: "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* y, ll) *Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.*"

En este orden, conforme a los certificados laborales allegados al expediente se establece que el señor Nelson Giovanni Puerto Fuquen, durante su último año de prestación de servicios, comprendido entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 2017, devengó los siguientes factores: *asignación básica mensual, Remuneración por servicios prestados, prima riesgo, subsidio unidad familiar y bonificación por recreación* (fls. 90 y 98 archivo 01Exp. Digital)

Teniendo en cuenta que al expediente no se allegó prueba alguna que permita determinar de manera cierta, sobre qué factores se efectuó la liquidación pensional del demandante por parte de COLPENSIONES, y que de lo manifestado por el apoderado de la Entidad accionada en el escrito de contestación a la demanda, la liquidación pensional del demandante se efectuó teniendo en cuenta la *asignación básica mensual y la remuneración por servicios prestados*, sin incluir la *prima riesgo, el subsidio unidad familiar y la bonificación por recreación*.

Al respecto se tiene que como el subsidio familiar y la bonificación por recreación no se cancelan de manera habitual como remuneración directa del servicio, no son computables para la pensión, señaló el superior en la sentencia en cita¹⁰.

En relación con la prima de riesgo, la misma debe ser incluida conforme a lo sentenciado en 2019 por el Tribunal Administrativo de Boyacá¹¹ señaló:

"factor salarial que a pesar de no encontrarse enlistado en el artículo 45 del Decreto No. 1045 de 1978, y que el artículo 11 del Decreto 446 de 1994 dejó establecido que el mismo no tenía carácter salarial, debe ser incluido en el IBL de la pensión de jubilación del demandante, tal como lo dejó establecido el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 01 de agosto de 2013, al indicar que "dicha prestación sí goza de una naturaleza salarial intrínseca lo que permite que, en casos similares al presente, sea tenida en cuenta como factor salarial para efectos de establecer el ingreso base de liquidación de la prestación pensional...." Igualmente, en dicha providencia se consideró que a pesar de hacerse referencia a la prima riesgo percibida por los funcionarios del DAS, sus argumentos eran aplicables a los funcionarios del INPEC, en la medida que unos y otros desempeñaban actividades riesgosas, y finalmente, la naturaleza de la prestación en uno y otro caso es la misma.

En el mismo sentido se pronunció la misma Corporación en sentencia de 02 de marzo de 2016, al indicar que "...el hecho de que una disposición, como la contenida en el artículo 4 Decreto 2646 de 1994 para los funcionarios del DAS, o la prevista en el artículo 11 del Decreto 446 de 1994 para los servidores del INPEC; le niegue el carácter salarial a la prima de riesgo, no es óbice para tenerla en la base de liquidación pensional en aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades."

¹⁰ ídem

¹¹ Tribunal Administrativo de Boyacá, M.P. Félix Alberto Rodríguez Riveros. Rad. 1500133330008201700097-01, sentencia del 9 de septiembre de 2019

Por lo anterior, este Despacho accederá a las pretensiones de la demanda y se ordenara a la Administradora Colombiana de Pensiones que efectúe la re liquidación pensional del señor Nelson Giovanni Puerto Fuquen.

Para tal efecto, tomara como base el 75% del promedio mensual de lo devengado en el último año de prestación de servicios comprendido entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 2017, incluyendo los siguientes factores: *asignación básica mensual, remuneración por servicios prestados y prima riesgo.*

11. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES

Conforme a la tesis desarrollada en esta providencia, en sentido que le asiste el derecho reclamado por el demandante en sentido que se ajuste el monto de la pensión especial de vejez, con base en el régimen jurídico que le es aplicable y sin las exigencias del régimen de transición, en consecuencia no prosperan las excepciones denominadas: *inexistencia de derecho y la obligación, improcedencia de indexación, cobro de lo no debido*

Frente a la excepción de *improcedencia de los intereses moratorios*, toda vez que no se pretenden por activa, se torna infundada por su propio racter y en cuanto a la denominada excepción de *buena fe de Colpensiones*, con base en los postulados del Art. 83 de la Constitución Política, dicho principio no se cuestiona en este caso, por tanto no constituye una excepción, por lo que se declara infundada.

De contera, para resolver la *excepción de Prescripción* debe señalarse que si bien es cierto el derecho a la pensión es imprescriptible, según se deriva de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política que consagran el derecho irrenunciable a la Seguridad Social y al pago oportuno de las pensiones, respectivamente, no sucede lo mismo con las diferencias en las mesadas pensionales, respecto de las cuales opera el fenómeno prescriptivo.

Teniendo en cuenta que el demandante adquirió su estatus pensional el 21 de marzo de 2017 y si bien es cierto en el expediente se encuentra memorial de solicitud de reajuste a la pensión, del mismo no se puede establecer la fecha en que fue presentados (*archivo 14 Carpeta "Expediente Administrativo"*) del contenido de la Resolución SUB 92714 del 16 de abril de 2019, se establece que la solicitud de reliquidación pensional ante COLPENSIONES fue presentada por el señor Nelson Giovanni Puerto Fuquen, el 17 de enero de 2019. (*fl. 52 archivo 01 Exp. Digital*),

Así las cosas, se determina que en el presente caso no se encuentra configurado el fenómeno prescriptivo trienal de que trata el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 en concordancia con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

12. INDEXACIÓN

Las sumas que resulten de la condena deberán reajustarse como ordena el inciso final del artículo 187 del CPACA, aplicando la siguiente fórmula de actualización:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma que resulte a favor del demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE -vigente a la

fecha de ejecutoria de esta sentencia-, por el índice inicial -vigente a la fecha en que debió realizarse el pago-.

Por tratarse de obligaciones que se pagan mensualmente, la entidad demandada aplicará la fórmula separadamente, mes a mes, teniendo en cuenta que el índice inicial, es el vigente al momento de la causación del derecho, en cada periodo.

13. DESCUENTOS POR APORTES NO REALIZADOS

La entidad demandada no puede verse afectada porque sus afiliados no realizan los aportes sobre todos los valores devengados o porque la respectiva pagaduría no efectúa el descuento respectivo, con base en la reiterada posición del Tribunal Administrativo de Boyacá, se ordenará que de la nueva liquidación que se disponga, se haga el descuento indexado del valor de los aportes con destino a pensión, no efectuados sobre las diferencias de la pensión reconocida en esta sentencia, aplicable al tiempo de disfrute de la pensión, ni exceder de cinco años.

El monto máximo a descontar, no podrá superar el valor de la condena que se reconoce en favor del demandante.

14. CONDENA EN COSTAS

Teniendo en cuenta que las pretensiones prosperan de forma parcial, el Despacho no impondrá condena en costas de conformidad con el numeral 5 del artículo 365 del CGP, suerte que siguen las agencias en derecho, toda vez que si bien se accede a la nulidad de los actos demandados y se ordena el restablecimiento del derecho, no se hace con el alcance pretendido, por cuanto no se incluyen los todos los factores señalados en el libelo introductorio y además se ordenan descuentos.

15. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, *“Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley”*

FALLA:

Primero.- Declarar no fundadas las excepciones denominadas: *inexistencia de derecho y la obligación, improcedencia de indexación, improcedencia de los intereses moratorios, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones y prescripción*, propuestas por la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

Segundo.- Declarar la nulidad parcial de la Resolución SUB 212665 del 29 de septiembre de 2017 en cuanto al monto pensional.

Tercero.- Declarar la nulidad de las resoluciones SUB 294415 del 21 de diciembre de 2017, SUB 92714 del 16 de abril de 2019, SUB 196563 del 25 de julio de 2019 y DPE 9861 del 16 de septiembre de 2019.

Cuarto.- A título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES que efectúe la re liquidación la pensión reconocida al señor NELSON GIOVANNI PUERTO FUQUEN identificado con C.C.No. 4.081.281 se **condena** al pago indexado de las diferencias pensionales desde el disfrute del derecho pensional el 1 de enero de 2018.

Para tal efecto, deberá tomar como base el 75% del promedio mensual de lo devengado en el último año de prestación de servicios comprendido en el periodo del 1 de enero al 31 de diciembre de 2017 incluyendo los siguientes factores: *asignación básica mensual, remuneración por servicios prestados y prima riesgo.*

Quinto.- Ordenar que la liquidación realice los descuentos con destino a pensión, aplicable todo el tiempo de disfrute del derecho pensional, sin que supere la condena, ni más de cinco años.

Sexto.- Negar las demás pretensiones de la demanda

Séptimo.- Sin condena en costas en esta instancia

Octavo.- Esta sentencia debe ejecutarse dentro del término establecido en el artículo 192 del CPACA y su cumplimiento se dará conforme a los artículos 187 inciso final, 192, 194 y 195 *Ibídem.*

Noveno.- En firme esta providencia, archivar el expediente, previa liquidación de gastos y devolución de excedentes, si a ello hubiere lugar y expídanse copias con constancia secretarial de ejecutoria, en los términos del Art. 114 del CGP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

**NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 002 ADMINISTRATIVO DE SOGAMOSO**

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:

b71bb9f1917f1d0b01aed1d9ee5d5a8f3d6acbdb18c99c144a7bfce543832252

Documento generado en 18/03/2021 04:07:37 PM

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