

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A
CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 27001-23-31-000-2011-00242-01 (1344-2014)
Demandante: JOSÉ ARCENIO MORENO
Demandados: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL (CAJANAL) y
MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Decreto 01 de 1984

SE. 0072

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 26 de septiembre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, que accedió a las súplicas de la demanda en el proceso que el señor José Arcenio Moreno instauró contra el acto administrativo a través del cual la Caja Nacional de Previsión Social (CAJANAL) le negó la reliquidación de su pensión de jubilación.

ANTECEDENTES

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del CCA, el accionante presentó demanda con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución 40700 de 16 de agosto de 2006 proferida por CAJANAL, mediante la cual le negó la reliquidación de su pensión jubilatoria.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que: i) se ordene a la entidad pensional reliquidar y pagar dicha pensión con todos los factores salariales, es decir la «prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de instalación y alojamiento, prima de seguridad, prima de riesgos, sobresueldo, a partir de cuándo adquirió el estatus de pensionado», con la indexación, la corrección monetaria y el ajuste con el IPC según el artículo 178 del CCA; ii) se cumpla la sentencia en los

Radicación: 27001 23 31 000 2011 00242 01 (1344-2014)
Demandante: José Arcenio Moreno
Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

términos de los artículos 176 y 177 del mismo código; y iii) se condene en costas a la entidad.

En el acápite de **hechos** relató que a través de la Resolución 20158 de 2 de julio de 1998, CAJANAL ordenó el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación en cuantía de \$292.392.06, efectiva desde el 1 de enero de 1998, suma en la cual solo se incluyeron como factores salariales «la asignación básica y la bonificación». Por tal razón, en varias oportunidades le solicitó a dicha entidad la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores, pero tales peticiones le fueron negadas.

Por ese motivo acudió ante el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Medellín, el cual, en sentencia de 4 de septiembre de 2002, ordenó «reconocer» su pensión de vejez en cuantía de \$388.067.44, efectiva a partir del 1 de enero de 1998, y para dar cumplimiento a dicha decisión la Caja emitió la Resolución 4447 de 6 de marzo de 2003.

Nuevamente, el 30 de diciembre de 2004 solicitó ante la demandada la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores, petición que le fue negada por medio de la Resolución 40700 de 16 de agosto de 2006.

Luego, en ejercicio de la acción de tutela acudió ante el Juzgado 23 Penal del Circuito de Bogotá para obtener la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, la seguridad social y el mínimo vital. Ese despacho, en sentencia de 8 de junio de 2007, ordenó a la entidad que expidiera el acto reliquidatorio de la pensión jubilatoria, que fue la Resolución 5972 de 11 de febrero de 2009, en la que de manera transitoria efectuó la reliquidación con la inclusión de nuevos factores salariales, por lo que la prestación se elevó a la suma de \$388.746.50.

Para la fecha de presentación de la demanda, que tuvo lugar el 22 de septiembre de 2011, no se le habían cancelado los valores ordenados por el juez de tutela y tampoco se le había incluido en nómina; además, el 8 de septiembre de 2011 se celebró conciliación prejudicial ante la Procuraduría 77 Judicial I para asuntos administrativos, que se declaró fallida.

Radicación: 27001 23 31 000 2011 00242 01 (1344-2014)
Demandante: José Arcenio Moreno
Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

Como **normas vulneradas** invocó los artículos 6, 25, 29, 48, 53 y 86 de la Constitución Política de 1991; 2 del Código Contencioso Administrativo; 6 y 32 del Decreto 546 de 1971; 73 a 76, 78, 79 y 84 de la Ley 32 de 1986; y 185 del Decreto 407 de 1994.

En el **concepto de violación** argumentó que su pensión no fue liquidada tal como corresponde según la ley ni se le reliquidó acorde con las sentencias de los Juzgados 8 Laboral del Circuito de Medellín y 23 Penal del Circuito de Bogotá; es decir, no se hizo con la inclusión de todos los factores salariales y de conformidad con las normas indicadas en dichas providencias, motivo por el cual se configuró una clara violación a los principios de legalidad, debido proceso administrativo y constitucional, cosa juzgada, favorabilidad, buena fe, a los derechos al trabajo, a la seguridad social y al mínimo vital, y además se incurrió en falsa motivación y en desvío de poder.

En efecto, la reliquidación que solicitó ante la entidad le fue negada con base en normas que no corresponden a las señaladas en la sentencia del Juez 8 Laboral del Circuito de Medellín, porque debieron aplicarse los artículos 6 y 32 del Decreto 546 de 1971 al igual que la Ley 32 de 1986 y el artículo 185 del Decreto 407 de 1994, norma ésta última que alude a las primas que deben reconocerse a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia de la Penitenciaría Nacional y que es necesario tener en cuenta al momento del reconocimiento y pago de la prestación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

CAJANAL en la respuesta a la demanda, concretamente en el folio 85 del cuaderno principal, indicó que la inconformidad del actor radica «básicamente en el hecho del (sic) que al liquidar la pensión, no se tomaron los factores de salarios devengados en los últimos 10 años de servicio».

Luego, en el folio 88 del mismo cuaderno, hizo referencia a la «Resolución 22180 de 2007» que es totalmente ajena a este debate, y respecto de ella afirmó que fue a través de la cual se «niegan (sic) la reliquidación solicitada», además que «se encuentran (sic) ajustada a derecho y aplica para el caso del demandante que le faltaba menos de 10 años para adquirir el derecho al momento de entrar en vigencia

Radicación: 27001 23 31 000 2011 00242 01 (1344-2014)
Demandante: José Arcenio Moreno
Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

la Ley 100 de 1993». Tema al que de ninguna manera se alude en el escrito de demanda.

También afirmó, que el régimen especial para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público contemplado por el artículo 6 del Decreto 546 de 1971, no fue excluido del régimen general que estableció la Ley 100 de 1993; de manera que ese régimen particular, luego de la expedición de esta ley, únicamente produjo efectos respecto de aquellos servidores judiciales que para el 1 de abril de 1994 ya contaban con el derecho adquirido.

Así mismo señaló, que la Ley 100 de 1993 benefició con el régimen de transición a quienes para la fecha de su vigencia cumplieran con los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, por lo que «revisado el expediente del accionante encontramos que adquirió el estatus de pensionado en vigencia de la ley 100 de 1993 [...] y que por tanto es el régimen aplicable a su pensión [...]. En este orden de ideas [...] se pensionó con 20 años de servicios, 55 años de edad y el 75% como monto de pensión tal como lo indica la Ley 33 de 1985».

«Pero las demás condiciones tales como el período sobre el cual se liquida la pensión y los factores salariales que deban tomarse en cuenta en la liquidación de la pensión son los indicados en la ley 100 de 1993 y su decreto reglamentario 1158 de 1994 artículo 1° (Artículo 6 del decreto 691 de 1994) que no contemplan los factores salariales de auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios como ítem que integren el salario [...]. Igualmente se liquida es sobre el promedio de lo cotizado mas no todo lo devengado por el trabajador, teniendo en cuenta que solo se beneficia en lo aportado o cotizado».

En el folio 87 del cuaderno principal al hacer referencia al IBL indicó que la Ley 100 de 1993 «expresamente señaló que para las personas beneficiarias de la transición y que les faltare más de diez (10) años para adquirir el derecho (caso del demandante), [...] sería el promedio de lo devengado en todo el tiempo que les hiciera falta para ello y actualizado anualmente».

Radicación: 27001 23 31 000 2011 00242 01 (1344-2014)
Demandante: José Arcenio Moreno
Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

En cuanto a la indexación manifestó que se trata de una figura que es de competencia y facultad exclusiva de los jueces de la República, mas no de los funcionarios públicos quienes de conformidad con el artículo 6 de la Constitución Política solo pueden hacer lo que les está permitido.

Propuso como excepciones las de «cobro de lo no debido», porque no adeuda suma alguna por los conceptos que menciona el demandante, pues la liquidación de la pensión se efectuó con base en los factores señalados por la ley; «inexistencia de la obligación», en tanto que reconoció la pensión con base en las normas vigentes y aplicables, pero el actor reclama la pensión con fundamento en normativa que no rige su caso; y «la prescripción» de 3 años prevista para este tipo de acciones.

El Ministerio de Salud y Protección Social no contestó la demanda dentro del término legal, según consta a folio 123 del cuaderno principal.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Chocó en providencia de 26 de septiembre de 2013, declaró la nulidad parcial del acto acusado, es decir de la Resolución 40700 de 2006 al igual que la nulidad de la Resolución 4447 de 2003 por la que se reconoció la pensión de jubilación y la nulidad de la Resolución 5972 de 2009 a través de la que dio cumplimiento al fallo de tutela [dos últimos actos no fueron objeto de demanda]; en consideración a que en estas actuaciones no se incluyó la actualización de los valores tenidos en cuenta para liquidar la base pensional.

Al efecto consideró, que lo que se reclama en este proceso es la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales debidamente indexados desde la fecha de adquisición del *status*; tema que ya fue resuelto por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Medellín y acatado por CAJANAL. Entonces, «la fijación del litigio en esta causa se reduce a estudiar “la indexación y corrección monetaria de las sumas adeudadas...” por cuanto que en el aspecto medular, la

Radicación: 27001 23 31 000 2011.00242 01 (1344-2014)
Demandante: José Arcenio Moreno
Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

Resolución No. 4447 del 6 de marzo de 2003 de Cajanal no deja de ser un acto de ejecución solo controvertible al interior del juez de la condena laboral».

Fue así como determinó que accedía a la «actualización, igualmente, de los saldos dejados de pagar debidamente, sin que se le sumen intereses de ninguna especie, lo anterior, puesto que en las fórmulas de matemáticas financieras adoptadas por la Jurisdicción, viene implícito el reconocimiento de los intereses legales. [...] reliquidación que tendrá efectos desde que el actor adquirió el *status* pensional en una época, o sea el 15 de diciembre de 1993 [...], la Administración deberá tener especial cuidado en deducir lo cancelado por vía administrativa».

Igualmente declaró la prescripción trienal de las mesadas pensionales anteriores al 5 de julio de 2008, pues la petición prejudicial fue elevada el 5 de julio de 2011, en el entendido de que el actor «solo formuló reclamos administrativos para corregir el error inadmisibles de la entidad accionada respecto de sus derechos pensionales pero dejó de radicar las acciones correspondientes en sede judicial; por ello se fija como hito de decaimiento de sus derechos el reclamo formulado para ante la Audiencia de conciliación prejudicial el 5 de julio de 2011 para ante la Procuraduría General de la Nación».

LA APELACIÓN

La **entidad pensional** interpuso el recurso de alzada, porque: i) al actor se le liquidó la jubilación según las disposiciones legales y de conformidad con lo ordenado en las sentencias de los Juzgados 8 Laboral de Medellín y 23 Penal del Circuito de Bogotá, además con efectos fiscales a partir de la adquisición del *status*, lo que significa que no perdió su poder adquisitivo; ii) las Leyes 33 y 62 de 1985 fijaron el régimen prestacional de los empleados públicos, sin contemplar en el ingreso base de liquidación los factores que el accionante alegó que no le liquidaron; iii) solo fue acusada la Resolución 40700 de 2006, sin embargo, el *a quo* anuló las restantes que no fueron objeto de demanda, con lo que se desconoció la cosa juzgada frente al fallo del Juzgado 8 Laboral del Circuito; iv) al actor no le asiste el derecho a la indexación, porque ésta no fue objeto de demanda, como tampoco a los intereses moratorios, pues los mismos se generan a partir de la sentencia.

Radicación: 27001 23 31 000 2011 00242 01 (1344-2014)
 Demandante: José Arcenio Moreno
 Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El demandante solicitó que se confirme la sentencia del tribunal en la que se declaró la nulidad de la Resolución 40700 de 2006 y que igualmente involucró los otros actos administrativos, porque «no incluyeron la actualización de los valores tenidos en cuenta para la liquidación de la base pensional». A lo que agregó que: es una persona de 67 años de edad; viudo hace 1,5 años; con 4 hijos a cargo: 2 son menores de edad, uno tiene 18 años y otro de 38 años, que es inválido; su mesada es \$1'164.053.17, mientras que personas en similares condiciones devengan \$1'672.230.58, y esa diferencia debe ser restablecida.

El Ministerio de Salud y de la Protección Social pidió ser absuelto dentro del proceso, porque al no estar legitimado en la causa por pasiva, es evidente su incompetencia para pronunciarse sobre el reconocimiento que se invoca.

Ni la entidad pensional demandada ni el Ministerio Público intervinieron en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

CUESTIONES PRELIMINARES

Inicialmente, en este asunto se torna necesario advertir que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 63A de la Ley 270 de 1996, que expresamente remite al artículo 18 de la Ley 446 de 1998¹, las sentencias se deben dictar en el orden en el que los expedientes hayan ingresado al despacho, salvo cuando se trate de los

¹ Ley 446 de 1998. Artículo 18 «Orden para proferir sentencias. Es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal. **Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica y trascendencia social**». Norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-248 de 21 de abril de 1999 con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

Radicación: 27001 23 31 000 2011 00242 01 (1344-2014)
 Demandante: José Arcenio Moreno
 Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

procesos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, cuyo orden puede modificarse por la naturaleza del asunto.

Por tanto, cuando se está ante la presencia de situaciones de debilidad manifiesta que revistan el carácter de reales, evidentes y comprobadas, y que a su turno hagan inaplazable la necesidad de la sentencia, tales como la avanzada edad del demandante o su deteriorado estado de salud, es incuestionable que se está frente a una condición especial de carácter excepcional que amerita la prelación para emitir el fallo, porque de lo contrario se afectarían de manera directa y definitiva los derechos al mínimo vital y a la vida digna de estos ciudadanos.

Pues bien, habida cuenta de que en el presente asunto de conformidad con la documental que reposa en el expediente, el demandante se encuentra en condiciones particulares de espera, en tanto que se trata de una persona que cuenta con una edad avanzada de 71 años y 8 meses², que además presenta un delicado estado de salud, porque es paciente oncológico en cuidado paliativo con quebrantos en riñón, vejiga, próstata, columna lumbar, además con esofagitis, gastritis y hernia hiatal³; la Sala procederá en este caso particular a aplicar la regla excepcional de prelación del fallo, porque la fecha probable de emisión de este último supera los cálculos de su expectativa de vida.

En **segundo lugar**, se debe señalar que le asiste la razón al Ministerio de Salud y de la Protección Social cuando en sus alegaciones finales indica que carece de legitimación en la causa por pasiva para comparecer al proceso porque si el acto acusado es la Resolución 40700 de 16 de agosto de 2006, que negó al actor la

² En el proceso no reposa el registro civil de nacimiento del demandante, pero en la fotocopia de la cédula que se observa a folio 10 del anexo 1, reza que nació el 2 de enero de 1947, fecha que la entidad demandada tuvo en cuenta para reconocerle la pensión de jubilación.

³ En la autorización de servicios 143684704 emitida por Saludcoop se lee: «Procedimiento o intervención a realizar. Código 890615. Fecha de aprobación 30 de julio de 2015. Procedimiento: **DOLOR CRÓNICO. ONCOLÓGICO Y CUIDADO PALIATIVO. INSTITUCIÓN A LA QUE SE REMITE: Instituto Colombiano Del Dolor Sas**» (fol. 305 cuaderno principal); en la consulta de control para gastroenterología de 21 de julio de 2015, se lee: «Endoscopia del día 07-03-2014 con esbozo (sic) de hernia hiatal y esofagitis grado A [...] gastritis antral eritomatosa (fol. 307 cuaderno principal); en la resonancia magnética de columna lumbar practicada el 28 de marzo de 2015, se lee que el paciente presenta: «osteocóndrosis y osteoartrosis facetaria en L2-L3, L3-L4, L4-L5 y L5-S1, protrusión central y subarticular izquierda en L5-S1, que contacta raíz descendente de S1 del mismo lado», al igual que «Esclerosis de las articulaciones facetarias y escaño líquido sinovial de tipo inflamatorio», entre otros hallazgos; en la historia clínica, de 10 de mayo de 2018 concretamente en la anamnesis se lee: «MC: REMITE CIRUGÍA GENERAL POR NÓDULO PULMONAR. [...] "IMAGEN NODULAR DE 0.5cm PROYECTADA SOBRE 6º ARCO COSTAL HACIA CAMPO PULMONAR IZQ ..."» (fols. 309, 310 y 351 cuaderno principal).

Radicación: 27001 23 31 000 2011 00242 01 (1344-2014)
Demandante: José Arceño Moreno
Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

petición de reliquidación de la jubilación y fue proferida por CAJANAL, es claro que dicho ministerio no es el sujeto pasivo de la relación jurídica sustancial objeto de debate, y por tanto no le corresponde controvertir ni responder por las pretensiones formuladas en el libelo introductorio. Con lo anterior, se declarará su falta de legitimación en la causa por pasiva.

En **tercer término**, se hace preciso indicar que el actor con domicilio en la ciudad de Quibdó (fol. 84 anexo 4), quien desempeñó labores por el lapso de 25 años, 1 mes, 25 días en los cargos de soldado, agente de la Policía Nacional, guardián y dragoneante del INPEC, con último lugar de prestación de servicios en la Penitenciaría de Popayán (fol. 102 anexo 1), instauró demanda ante el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Medellín⁴ en contra de CAJANAL (fol. 125 anexo 1), con el ánimo de que la pensión jubilatoria que esa entidad pensional le había reconocido, le fuera reliquidada con la inclusión de varios factores salariales, y este juzgado profirió sentencia en la que accedió a las súplicas del demandante (fols. 126 a 135 anexo 1).

Estas circunstancias permiten inferir que se está ante la presencia de una demanda que fue instaurada ante un juez laboral del circuito de Medellín, quien asumió el conocimiento de la misma, cuando a quien le correspondía admitirla y tramitarla era a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al tenor de lo dispuesto por el artículo 82 del CCA⁵, si se tiene en cuenta que se trata de un litigio iniciado por un empleado público en contra de un acto administrativo emitido por una entidad pública, en el que se le negó la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de los factores a los que estima tiene derecho⁶.

⁴ Este juzgado de Medellín asumió el conocimiento del proceso no obstante que el domicilio del actor era en Quibdó y el último lugar de prestación de servicios fue Popayán. En segunda instancia el Tribunal Administrativo del Chocó en la sentencia apelada señaló, que esa falta de competencia por factor territorial estaba saneada de acuerdo con lo estipulado por el numeral 5 del artículo 144 del CPC y la demandada no excepcionó al respecto (fols. 230 y 231 cuaderno principal).

⁵ Código Contencioso Administrativo. Artículo 82. «Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley. [...]».

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-064 de 16 de febrero de 2016, magistrado ponente Alberto Rojas Ríos. En esta providencia se consideró «[...] el Consejo de Estado dentro de la órbita de su competencia, al igual que la Corte Constitucional al resolver sobre la inconstitucionalidad contra el numeral 4º del artículo 2 de la Ley 712 de 2001, y esta Corporación con ocasión de la expedición de la Ley 362 de 1997, han sentado de manera uniforme el

Radicación: 27001 23 31 000 2011 00242 01 (1344-2014)
Demandante: José Arcenio Morenó
Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

En cuarto lugar, hay que tener presente que el 4 de septiembre de **2002** el juzgado ordinario en mención profirió sentencia (fols. 125 a 135 anexo 1) en la que condenó a la entidad pensional a reconocer y pagar dicha reliquidación⁷ al igual que los intereses moratorios y la absolvió de cancelar la indexación; pero esta decisión la adoptó con fundamento en el artículo 6 del **Decreto 546 de 1971**⁸, que es el que regula la pensión de jubilación de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público⁹. Dicha orden fue cumplida por la entidad a través de la **Resolución 4447 de 6 de marzo de 2003** (fols. 32 a 36 cuaderno principal).

Luego, el 30 de diciembre de **2004**, el actor elevó ante el mismo ente pensional una nueva petición de reliquidación con la inclusión de todos los factores salariales, que resolvió a través de la **Resolución 40700 de 16 de agosto de 2006** (fols. 37 a 40 cuaderno principal), en el sentido de señalar que en la Resolución 4447 de 2003 ya se le habían incluido todos los factores al dar cumplimiento a la decisión del juez ordinario laboral.

En contra de este acto administrativo, el petente instauró acción de tutela ante el Juzgado 23 Penal del Circuito de Bogotá, que culminó con sentencia de 8 de junio de **2007**, en la que se le exigió a CAJANAL efectuar la reliquidación de la pensión con base en la **Ley 32 de 1986**, y se previno al accionante para que, a más tardar dentro de los 4 meses siguientes a su ejecutoria, presentara la demanda correspondiente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por lo que dejó sin efectos el acto

criterio de que en tratándose de pensiones que se encuentran incluidas en el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que correspondan a prestaciones solicitadas por empleados públicos; la jurisdicción competente para resolver los conflictos que se presenten es la contenciosa administrativa y no la ordinaria».

⁷ El Decreto 546 de 1971 en el artículo 6 ordena que la pensión de jubilación de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial es «[...] equivale al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio». Y los factores respecto de los que el juez ordenó la reliquidación fueron los siguientes: «[...] a partir del día 1º de Enero de 1998, incluyendo las adicionales de Junio y diciembre, tomando para ello como factor de salario lo pagado al mismo por concepto de Bonificaciones, Prima de Servicios, Prima de navidad, sobresueldo y subsidio de alimentación».

⁸ En esta resolución para efectuar la reliquidación pensiónal se tuvo en cuenta «la asignación básica, el subsidio de alimentación, el auxilio de transporte, la bonificación por servicios, la prima de servicios, la prima de navidad y la prima vacacional» a los que les aplicó el 75% (fols. 126 a 135 anexo 1).

⁹ En sentir del juzgado el Decreto 546 de 1971 debe regir la situación del demandante porque «Acorde con las estipulaciones del Decreto 2160 de 1992, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario se halla adscrito al Ministerio de Justicia y por lo tanto le es aplicable el régimen que consagra el decreto 546 de 1971».

Radicación: 27001 23 31 000 2011 00242 01 (1344-2014)
Demandante: José Arcenio Moreno
Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

acusado durante el tiempo que dicha jurisdicción utilizara para decidir de fondo acerca de estas «pretensiones [...] relativas al mismo asunto».

La entidad pensional le dio cumplimiento a la orden impartida por medio de la **Resolución 5972 de 11 de febrero de 2009** (fols. 200 a 211 y 256 a 261 anexo 1).

Posteriormente, el 22 de septiembre de **2011**, luego de transcurridos con creces los 4 meses que ordenó el juez tutela, el actor acudió ante el Tribunal Administrativo del Chocó para demandar la nulidad de la referida **Resolución 40700 de 16 de agosto de 2006**, en la que CAJANAL le había negado su nueva petición de reliquidación pensional.

Dicho tribunal consideró que se había configurado el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, porque lo concerniente al reconocimiento de los factores salariales ya lo había definido el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Medellín, motivo por el cual solo emitió su decisión con relación a la indexación y a la corrección monetaria de las sumas que se habían reconocido al demandante; de manera que, por no haber sido ordenados dichos conceptos en la resolución acusada al igual que en aquella en la que se reconoció la jubilación y en la que efectuó la reliquidación inicial, declaró la nulidad parcial de estos actos administrativos, sin que estos dos últimos actos administrativos hubieran sido objeto de demanda (fols. 17 y 37 a 39 cuaderno principal).

Pues bien, de conformidad con el anterior recuento se establece, que en este proceso el acto administrativo acusado es únicamente **la Resolución 40700 de 16 de agosto de 2006** por la cual se negó la nueva solicitud de reliquidación de la pensión jubilatoria, que difiere de la **Resolución 4447 de 6 de marzo de 2003** emitida en acatamiento a la sentencia del Juzgado 8 Laboral del Circuito de Medellín, y de la **Resolución 5972 de 11 de febrero de 2009** proferida en cumplimiento del fallo de tutela del Juzgado 23 Penal del Circuito.

Situación que si bien en un primer momento implicaría que en esta instancia solo sería procedente emitir pronunciamiento en relación con la **Resolución 40700 de 16**

Radicación: 27001 23 31 000 2011 00242 01 (1344-2014)
 Demandante: José Arcenio Moreno
 Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

de agosto de 2006, lo cierto es que esta Corte de cierre no puede ignorar la cadena de irregularidades en las que se ha incurrido en torno a la reliquidación de la pensión de jubilación del actor, evidenciadas en que: i) inicialmente fue decidida por un juez ordinario carente de jurisdicción; ii) anomalía que luego fue avalada por el tribunal de lo contencioso administrativo con el argumento de la existencia de cosa juzgada respecto de la sentencia emitida por ese juez; iii) para posteriormente pronunciarse *extra petita* en cuanto a la indexación de las sumas que en su sentir se le adeudaban al actor.

En efecto, el tribunal se sustrajo de decidir de fondo la solicitud de reliquidación pensional formulada por el accionante, para discurrir erróneamente en relación con la configuración de la cosa juzgada, sin argumentar de ninguna manera acerca de la falta de jurisdicción del juez ordinario laboral para asumir el debate jurídico propuesto que implicaba la presencia de una nulidad insaneable¹⁰; situación que necesariamente repercutió en el derecho al debido proceso¹¹ que le asiste al demandante y del cual forma parte la garantía del juez natural, que está orientada a que toda persona sea juzgada solamente por la autoridad a la que previamente la norma le confirió la

¹⁰ El artículo 140 del CPC contemplaba como primera causal de nulidad del proceso, que el asunto correspondiera a distinta jurisdicción, así: «Causales de nulidad. El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: 1. Cuando corresponde a distinta jurisdicción. [...]», y su artículo 144 disponía que dicha nulidad no era susceptible de ser saneada, de la siguiente manera: «No podrán sanearse las nulidades de que tratan las nulidades 3 y 4 del artículo 140, ni la proveniente de falta de jurisdicción o de competencia funcional»; precepto que aplicaba a litigios administrativos y laborales, en virtud de la remisión normativa sobre aspectos no regulados, prevista en el artículo 165 del anterior CCA y en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo. En la actualidad, el artículo 133 del CGP retoma la falta de jurisdicción como causal de nulidad al disponer que el proceso adolece de dicho vicio «cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia», al paso que el artículo 306 del CPACA reproduce la remisión a las normas civiles.

¹¹ Constitución Política. Artículo 29 «El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. [...]». En cuanto a este principio la Corte Constitucional en la sentencia C-131 de 26 de febrero de 2002 con ponencia del magistrado Jaime Córdoba Triviño determinó que: «(...) 3. En ese contexto, el derecho fundamental al debido proceso viene a compendiar todo ese cúmulo de garantías sustanciales y procesales que regulan la actividad jurisdiccional y administrativa orientada a la solución de controversias; garantías enarboladas desde el Estado liberal, consolidadas tras una ardua tensión entre el poder y la libertad, potenciadas por el constitucionalismo y que hoy se orientan a la racionalización del poder estatal en el trámite de los asuntos que se someten a decisión de las autoridades. Por ello, el debido proceso involucra la previa determinación de las reglas de juego que se han de seguir en las actuaciones procesales, garantiza la igualdad ante la ley de quienes se someten a la justicia o a la administración, asegura su imparcialidad y las sustrae de la arbitrariedad [...]. Ello es así por cuanto la concepción del proceso como un mecanismo para la realización de la justicia, impide que algún ámbito del ordenamiento jurídico se sustraiga a su efecto vinculante pues a la conciencia jurídica de hoy le repugna la sola idea de alcanzar la justicia pervirtiendo el camino que conduce a ella. [...]».

Radicación: 27001 23 31 000 2011 00242 01 (1344-2014)
 Demandante: José Arcenio Moreno
 Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

investidura para asumir la función pública de impartir justicia, en un determinado campo del derecho.

Con lo anterior se tiene que en este asunto en particular se está ante la presencia de la transgresión al derecho fundamental al debido proceso, que le asiste al demandante, con ocasión del desconocimiento por parte de ambas jurisdicciones, la ordinaria y la contencioso administrativa en primera instancia, de la necesidad de que la controversia fuera guiada desde un inicio por su juez natural.

A lo anterior se suma que esas anomalías ya fueron advertidas por la Corte Constitucional¹², por vía de tutela, en un proceso ordinario en el que declaró la nulidad de todo lo actuado, porque el mismo Juzgado 8 Laboral del Circuito de Medellín, con absoluta carencia de jurisdicción, decidió acerca de la reliquidación de la pensión de jubilación de una empleada pública.

Dicha declaratoria estuvo precedida de la exhortación en el sentido de que: «para la autoridad judicial que advierta la presencia de semejante defecto, resulta obligatorio declarar el vicio detectado y adoptar las medidas tendientes a que el trámite sea renovado con estricto apego al debido proceso. De esa forma, el juez consigue legitimar la administración de justicia y concretar la eficacia de los derechos de las partes enfrentadas, materializando así los fines estatales que la Constitución ha trazado. **Por el contrario, aquel juez que evada dicho imperativo, eludiendo las funciones que le atañen como director de la contienda, perpetuará la**

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-064 de 16 de febrero de 2016. Accionante: Lady del Carmen Agudelo Mejía. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos. Al respecto sostiene lo siguiente: « La falta de jurisdicción como causal de nulidad procesal. Como es sabido, el Estado tiene a cargo la función de administrar justicia, de conformidad con lo previsto en el artículo 228 superior. Para sistematizar la prestación de este servicio público, el ordenamiento ha previsto la repartición de los diversos conflictos de acuerdo con criterios que atienden a la particularidad de cada uno de los campos del saber jurídico, con el fin de que sean jueces especializados los encargados de solucionar tales controversias, a través de la aplicación de normas sustantivas y procesales contenidas en las codificaciones expedidas para regular aquellas materias. Ello se patenta tanto en la división por jurisdicciones -contemplada en los capítulos 2, 3, 4 y 5 del título VIII de la Carta-, como en la distribución de los asuntos según la competencia asignada a los jueces de cada nivel y rama, tal como lo desarrolla el artículo 11 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. **Esta Corporación ha destacado que la jurisdicción constituye un elemento esencial dentro del marco de la administración de justicia:** "En términos generales, dicha acepción, la cual proviene del latín *iurisdicctio*, alude al poder de una autoridad para juzgar, para declarar el derecho; [...]. Así, dentro de la organización estatal cada autoridad pública tiene una jurisdicción, esto es, tiene un marco de competencia en donde está facultada para declarar el derecho.[...]La importancia categórica que ostenta para el ordenamiento la definición de la jurisdicción se puede evidenciar, por ejemplo, en el fenómeno de rechazo de la demanda por falta de jurisdicción, del cual se deriva para el servidor judicial la obligación de remitir las diligencias al funcionario llamado por la ley a conocer del caso».

Radicación: 27001 23 31 000 2011 00242 01 (1344-2014)
 Demandante: José Arcenio Moreno
 Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

transgresión del debido proceso y avalará la perversión derivada de las decisiones dictadas tras un juicio enteramente antijurídico» (Negrilla del texto).

Es en ese contexto como en esta oportunidad, en la búsqueda por la salvaguarda del derecho al debido proceso del accionante y de la garantía del juez natural, es necesario emitir pronunciamiento acerca de si en su condición de empleado público, le asiste el derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación, que le fue negada a través del acto administrativo acusado, que es la Resolución 40700 de 16 de agosto de 2006.

PROBLEMA JURÍDICO

Con fundamento en lo anterior, en este caso concreto le corresponde a la Sala, en su condición de juez natural del proceso, establecer si la pensión de jubilación del demandante fue reliquidada en legal forma por parte de la entidad pensional accionada, teniendo en cuenta que su última vinculación al servicio público fue en calidad de dragoneante del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC).

A fin de desatar el debate propuesto, inicialmente se hará relación a las normas concernientes a la situación pensional del demandante, para luego del análisis de las mismas, en contraste con el estudio de la documental que reposa en el proceso, definir si le asiste la razón en lo que pretende.

MARCO LEGAL

En lo que a la regulación de las pensiones de los empleados oficiales hace referencia, la **Ley 33 de 1985** en el inciso 2 de su artículo 1¹³ estipuló, que al **régimen pensional general que consagra, no quedan sujetos los empleados oficiales que trabajan**

¹³ «Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público». En el artículo 1 ordena que, el empleado oficial que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad 55 tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, y agrega que **«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 todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno».**

Radicación: 27001 23 31 000 2011 00242 01 (1344-2014)
 Demandante: José Arcenio Moreno
 Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente ni aquellos que legalmente disfruten de un régimen especial de pensiones.

Ahora bien, en lo que concierne a los empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), se debe tener presente que desde la expedición del **Decreto 1817 de 1964**¹⁴ cuentan, por orden de su artículo 100, con un **régimen especial de carrera denominado carrera penitenciaria** a la que pertenecían quienes: i) hubieran obtenido título de idoneidad en la Escuela Penitenciaria Nacional; ii) prestado servicios en el ramo de prisiones; iii) y que aprobaran cursos organizados por la Dirección General de Prisiones.

Este decreto, en el numeral 3 del artículo 38¹⁵, incluyó dentro del personal del servicio carcelario y penitenciario al **cuerpo de custodia y vigilancia**, que a su vez estaba conformado por los comandantes de custodia y vigilancia, inspectores, subinspectores, distinguidos y **guardianes**¹⁶. Las únicas causas para su retiro eran las relativas a la incapacidad absoluta y a la destitución, tal como lo señaló el artículo 106.

Años después, la **Ley 32 de 1986**¹⁷, concretamente en el artículo 1, **determinó que regulaba todo lo concerniente al: ingreso, formación, capacitación, ascensos, traslados, retiros, administración y régimen prestacional del personal de custodia y vigilancia de la Penitenciaría Nacional**. Al efecto, en su artículo 2 indicó, que **este personal pertenece a la carrera penitenciaria de que trata el artículo 100 del Decreto 1817 de 1964**.

¹⁴ Decreto 1817 de 1964. «Por el cual se reforma y adiciona el decreto-ley 1405 de 1934 (Código Carcelario), y se dictan otras disposiciones». Se informa que el **Decreto ley 1405 de 1934** fue el primer estatuto que consagró el régimen penitenciario y carcelario a fin de reglamentar su organización y administración.

¹⁵ Decreto 1817 de 1964. **Artículo 38**. «Al (sic) personal de servicio carcelario se divide así: [...] 3º. De custodia y vigilancia que comprende: Comandantes de custodia y vigilancia, inspectores, subinspectores, distinguidos y guardianes».

¹⁶ En concordancia con la anterior norma, el artículo 109 del mismo decreto establece la jerarquía del cuerpo de custodia, de manera que tiene como categorías en orden descendente las siguientes: «a) Oficiales (Comandantes); b) Suboficiales (Inspectores, Subinspectores y Distinguidos); c) Guardianes Subalternos».

¹⁷ «Por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia».

Radicación: 27001 23 31 000 2011 00242 01 (1344-2014)
 Demandante: José Arcenio Moreno
 Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

En el **artículo 3** les otorgó de manera expresa a sus integrantes la calidad de **empleados públicos**. Su artículo 4, entre las funciones principales les asignó la de velar por la seguridad de los establecimientos carcelarios. El artículo 10 señaló que ese personal de custodia y vigilancia de la Penitenciaría Nacional, estaba compuesto por oficiales, suboficiales y **guardianes**, quienes dependían directamente del Comando de Vigilancia de la Dirección General de Prisiones.

Su artículo 11 determinó que la categoría de oficiales comprende al comandante superior, mayor, capitán y teniente; la categoría de suboficiales al sargento y al cabo; y la categoría de **guardianes** a los de primera clase, que son los egresados de la Escuela Penitenciaria Nacional, con el curso respectivo aprobado, y con acreditación de título de idoneidad en arte, oficio o estudios superiores, y los de **segunda clase** que aunque son egresados de la escuela no reúnen los anteriores requisitos, pero ejercen funciones de vigilancia, según lo indican los artículos 14 y 15.

En el artículo 59 como **causal de retiro incluyó la renuncia regularmente aceptada**. Seguidamente, en el artículo 60, estipuló, que se puede solicitar en cualquier momento y que se concederá dentro de los 30 días siguientes a su presentación.

El **artículo 96¹⁸** en cuanto a la **pensión de jubilación**, determinó que los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia de la Penitenciaría Nacional **tienen derecho a gozar de la pensión de jubilación cuando cumplan 20 años de servicio continuos o discontinuos al servicio de la guarda nacional, sin tener en cuenta la edad**.

En cuanto a las prestaciones sociales reguló: i) desde el artículo 73 hasta el 80: la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de instalación, los pasajes y gastos de transporte, prima de clima, prima de antigüedad, prima de vigilantes instructores; ii) del artículo 81 al 85: el subsidio familiar, subsidio de alimentación, subsidio de transporte, el sobresueldo respecto del cual expresamente

¹⁸ Ley 32 de 1986. Artículo 96. «Pensión de jubilación. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta su edad».

Radicación: 27001 23 31 000 2011 00242 01 (1344-2014)
 Demandante: José Arcenio Moreno
 Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

consagró que constituía factor de salario¹⁹, la prima extracarcelaria; iii) entre el artículo 86 y el 91, las «prestaciones especiales», en las que incluyó: la bonificación por servicios prestados, dotación inicial de vestuario, dotación anual de uniformes, equipos de intendencia, auxilio funerario, seguro por muerte.

Por virtud del **Decreto 2160 de 1992** se fusionó la Dirección General de Prisiones con el Fondo Rotatorio, entidades que estaban adscritas al Ministerio de Justicia, para crear el **Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC)** que, como lo indicó su artículo 2, goza de la naturaleza de establecimiento público del orden nacional con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa. En el artículo 29 se le asignó la función de organizar, reglamentar y administrar la carrera penitenciaria de conformidad con el artículo 100 del Decreto 1817 de 1964, de la cual forma parte el cuerpo de custodia y vigilancia.

Luego, fue el **Decreto 407 de 1994**²⁰, en su artículo 7, el que expresamente estableció el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) al igual que el régimen de sus prestaciones sociales. Como lo determinó su artículo 8²¹, las personas que laboran al servicio de este instituto siguen ostentando la calidad de «empleados públicos con régimen especial».

En el artículo 49 fijó las causales para su retiro²², entre las que se encuentra la relativa a la «renuncia regularmente aceptada», causal que fue desarrollada por el artículo 51²³, en el que se señaló que la renuncia se produce cuando un empleado

¹⁹ Que se debía pagar de acuerdo con lo establecido en los Decretos 1302 de 1978 y 447 de 1984.

²⁰ Decreto 407 de 1994. «Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario».

²¹ Decreto 407 de 1994. Artículo 8. «Carácter de sus servidores. Las personas que prestan sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, son empleados públicos con régimen especial».

²² Decreto 407 de 1994. Artículo 49. «Causales de retiro. Son causales de retiro para los empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, las siguientes: a) Declaración de insubsistencia del nombramiento; b) Renuncia regularmente aceptada; c) Supresión del empleo; d) Retiro con derecho a pensión; e) Por invalidez absoluta; f) Incapacidad profesional; g) Destitución; h) Edad de retiro forzoso; i) Abandono del cargo; j) Orden o decisión judicial; k) Muerte; l) Sobrepasar la edad máxima para cada grado; m) Retiro del servicio de un miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia por voluntad del Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, previo concepto de la Junta de Carrera Penitenciaria». (El literal m) fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-565 de 1995).

²³ Decreto 407 de 1994. Artículo 51. «Renuncia. La renuncia se produce cuando un empleado del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, manifiesta en forma escrita, no motivada, espontánea e inequívoca su voluntad de separarse definitivamente del servicio. La competencia para aceptar la renuncia corresponde a la

Radicación: 27001 23 31 000 2011 00242 01 (1344-2014)
 Demandante: José Arcenio Moreno
 Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

del INPEC manifiesta en forma escrita, no motivada, espontánea e inequívoca su voluntad de separarse definitivamente del servicio, y su aceptación le corresponde a la autoridad nominadora, quien lo debe hacer a través «de providencia en la que se deberá determinar la fecha del retiro», de manera que el funcionario no puede dejar de ejercer sus labores antes del plazo señalado so pena de incurrir en abandono del cargo.

El artículo 127²⁴ mantuvo la clasificación de los oficiales, pero varió la de los suboficiales para omitir al distinguido, y eliminó la de guardianes subalternos para incluir a los **dragoneantes** y a los alumnos y auxiliares de guardia.

Su artículo 168²⁵ ordena que los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia que, a la fecha de su vigencia, es decir para el 20 de febrero de 1994²⁶, se encuentran prestando sus servicios en el INPEC, tienen derecho a la pensión de jubilación en los términos del artículo 96 de la Ley 32 de 1986 y el tiempo de servicio prestado en la Fuerza Pública se tendrá en cuenta para tales efectos.

A esta altura es preciso tener presente que la Carta Política en sus artículos 216 a 218²⁷ estipula que la Fuerza Pública se encuentra conformada de manera exclusiva

autoridad nominadora, por medio de providencia, en la que se deberá determinar la fecha del retiro. La fecha que se determina para el retiro no podrá ser posterior a treinta (30) días calendario después de presentada la renuncia; al cumplirse este plazo el empleado podrá retirarse sin incurrir en abandono del empleo. El funcionario no podrá dejar de ejercer sus funciones antes del plazo señalado, so pena de incurrir en abandono del cargo».

²⁴ Decreto 407 de 1994. Artículo 127. «Categorías y grados. Para efectos de mando, régimen disciplinario, obligaciones y derechos consagrados en este decreto, las categorías de oficiales, Suboficiales, **Dragoneantes**, Alumnos y Auxiliares de Guardia comprenden los siguientes grados: a) Categoría de oficiales: 1. Comandante Superior. 2. Mayor. 3. Capitán. 4. Teniente; b) Categoría de Suboficiales: 1. Inspector Jefe. 2. Inspector. 3. Subinspector; c) Categoría de Dragoneantes: 1. **Dragoneantes**. 2. **Distinguidos**; d) Categoría de alumnos y auxiliares de guardia: 1. Alumnos aspirantes a Dragoneantes. 2. Servicio militar de bachilleres».

²⁵ Decreto 407 de 1994. Artículo 168. «Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que a la fecha de la vigencia del presente decreto se encuentren prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986. El tiempo de servicio prestado en la fuerza pública se tendrá en cuenta para estos efectos. Con relación a los puntos porcentuales de cotización, serán determinados por el Gobierno Nacional».

²⁶ El artículo 186 del Decreto 407 de 1994 en cuanto a su vigencia señala que «[...] rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias». La publicación se efectuó en el Diario Oficial 41.233 de 21 de febrero de 1994.

²⁷ Constitución Política. Artículo 216. «La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. [...]». Artículo 217. «La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden

Radicación: 27001 23 31 000 2011 00242 01 (1344-2014)
 Demandante: José Arcenio Moreno
 Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

tanto por las Fuerzas Militares como por la Policía Nacional. A su turno, de las Fuerzas Militares forman parte el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

En el artículo 185²⁸ consagró como prestaciones sociales, en términos generales, para los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia carcelaria, las siguientes primas: de navidad, vacaciones, servicios, instalación y alojamiento, capacitación, de clima, extracarcelaria, de seguridad, de riesgo y de vigilantes instructores al igual que a los pasajes y gastos de transporte, subsidios de transporte, alimentación y familiar, y el sobresueldo establecido en los Decretos 1302 de 1978 y 447 de 1984.

Por su parte, el Decreto 407 de 1994²⁹ reguló de manera concreta cada una de las primas, así:

Prima de navidad (artículo 2); prima de vacaciones (artículo 3); prima de servicios (artículo 4); **prima de instalación y alojamiento «que no constituye factor de salario»** (artículo 5)³⁰; **prima de capacitación «que no constituye factor de salario»** (artículo 6)³¹; derecho a pasajes y gastos de transporte (artículo 7); **prima de**

constitucional. [...]». Artículo 218. «La ley organizará el cuerpo de Policía. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz [...]».

²⁸ Decreto 407 de 1994. Artículo 185. «Prestaciones sociales. los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Carcelaria tienen derecho a las prestaciones sociales que se enuncian a continuación, reconocidas por la Ley 32 de 1986 y en las normas que el Gobierno Nacional expida en desarrollo de la Ley 4º de 1992: **prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de instalación y alojamiento, prima de capacitación, prima de clima, prima extracarcelaria, prima de seguridad, prima de riesgo y prima de vigilantes instructores;** adicionalmente tendrán derecho a pasajes y gastos de transporte, a los subsidios de transporte, alimentación y familiar, así como al pago del sobresueldo establecido en los Decretos 1302 de 1978 y 447 de 1984. [...]».

²⁹ Decreto 446 de 1994. «Por el cual se establece el régimen prestacional de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y carcelario, Inpec».

³⁰ Artículo 5. «PRIMA DE INSTALACION Y ALOJAMIENTO. Cuando un miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional sea trasladado de una localidad a otra, se le pagará una prima de instalación que no constituye factor de salario y tendrá un valor equivalente a una suma que fluctúe entre el treinta por ciento (30%) y el cincuenta por ciento (50%) del sueldo básico, la cual será fijada por la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. Inpec, teniendo en cuenta factores como la distancia, la calidad de las vías de comunicación, los medios de transporte empleados y otros semejantes. [...]».

³¹ Artículo 6. «PRIMA DE CAPACITACION. Los oficiales, suboficiales y dragoneantes clasificados en seguridad que obtengan título profesional universitario conforme a las normas de educación superior vigentes, tendrán derecho a una prima mensual de capacitación que no constituye factor de salario, equivalente al veinte por ciento (20%) del sueldo básico mensual. quienes acrediten título universitario tecnológico se le reconocerá una prima de capacitación equivalente al doce por ciento (12%) del sueldo básico mensual. Para tal fin el empleado deberá solicitar al Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, su reconocimiento acreditando las actas de grado y el título profesional correspondiente».

Radicación: 27001 23 31 000 2011 00242 01 (1344-2014)
 Demandante: José Arcenio Moreno
 Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

clima «que no constituye factor de salario» (artículo 8)³²; prima extracarcelaría «que no constituye factor de salario» (artículo 9)³³; prima de seguridad «que no constituye factor de salario» (artículo 10)³⁴; prima de riesgo «sin carácter salarial» (artículo 11)³⁵; prima de vigilantes instructores «que no constituye factor de salario» (artículo 12)³⁶.

En cuanto a los subsidios, los mismos fueron regulados de la siguiente manera: subsidio de transporte (artículo 13); subsidio de alimentación (artículo 14); **subsidio familiar «sin constituir factor salarial» (artículo 15)³⁷**; sobresueldo «que constituye factor de salario» que se pagará de acuerdo con lo establecido en los Decretos 1302 de 1978 y 447 de 1984 (artículo 17). Además, como «prestaciones especiales» contempló la bonificación por servicios prestados (artículo 18).

De otro lado es menester advertir que la **Ley 100 de 1993, por la cual se creó el actual sistema de seguridad social integral**, que comprende el **sistema general de**

³² Artículo 8. «**PRIMA DE CLIMA.** Los funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, que laboran en los establecimientos carcelarios mencionados en el Decreto 1421 de 1975, tendrán derecho a que se les pague una prima de clima, que no constituye factor de salario, equivalente al veinte por ciento (20%) del sueldo básico que devenguen. Esta prima será cancelada mensualmente».

³³ Artículo 9. «**PRIMA EXTRACARCELARIA.** Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que presten sus servicios en establecimientos donde se reciben presos departamentales o municipales, tendrán derecho a que se les cancele la prima acordada en el respectivo convenio entre el Instituto y el Departamento o Municipio, la que no constituye factor de salario».

³⁴ Artículo 10. «**PRIMA DE SEGURIDAD.** A los funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario Inpec, que presten sus servicios en centros o pabellones de especial seguridad del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, podrá reconocérseles una prima de seguridad, que no constituye factor de salario en los porcentajes que establezca el Gobierno Nacional».

³⁵ Artículo 11. «**PRIMA DE RIESGO.** Los Directores y Subdirectores de establecimiento carcelario y el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho a una prima de riesgo sin carácter salarial, en los porcentajes que fije el Gobierno Nacional, que no podrá ser inferior al actualmente vigente».

³⁶ Artículo 12. «**PRIMA DE VIGILANTES INSTRUCTORES.** Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, que acrediten título de idoneidad y ejerzan las funciones de instructores, tendrán derecho, previo concepto del Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, a disfrutar de una prima del diez por ciento (10%) mensual sobre el sueldo básico, que no constituye factor salarial, mas cumplan simultáneamente las funciones de vigilancia y enseñanza».

³⁷ 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».

Radicación: 27001 23 31 000 2011 00242 01 (1344-2014)
 Demandante: José Arcenio Moreno
 Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

pensiones, fue modificada por la Ley 797 de 2003³⁸ en cuyo artículo 9³⁹ mantuvo los requisitos que la primera estableció en el artículo 33 para que el afiliado obtuviera el derecho a la pensión de vejez que son: la edad de 55 años si es mujer o 60 años si es hombre al igual que la cotización por un mínimo de 1.000 semanas en cualquier tiempo.

Y en el artículo 1⁴⁰ dispuso que sus normas aplicarían a todos los habitantes del territorio nacional **conservando y respetando los derechos establecidos conforme a disposiciones anteriores**, para quienes, a la fecha de su entrada en vigencia, es decir para el 29 de enero de 2003⁴¹, hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados, entre otros, por jubilación o vejez de los sectores públicos, oficial, semioficial en todos los órdenes.

Finalmente, es necesario destacar que la **Ley 270 de 1996**, estatutaria de la administración de justicia, en el artículo 5⁴² expresamente establece que la Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia, y que en lo que concierne a su estructura general, en el

³⁸ Ley 793 de 2003. «Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales».

³⁹ **Artículo 9.** «El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así: Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. **Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: 1.** Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre. **2.** Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo [...]».

⁴⁰ **Artículo 1.** «El artículo 11 de la Ley 100 de 1993 quedará así: **Artículo 11. Campo de aplicación. El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general. // Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.»**

⁴¹ **Artículo 24.** «La presente ley rige al momento de su publicación y deroga los artículos 30 y 31 de la Ley 397 de 1997 y demás normas que le sean contrarias». Y fue publicada en el Diario Oficial 45.079 del 29 de enero de 2003.

⁴² **Artículo 5.** «Autonomía e independencia de la Rama Judicial. La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia. Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias».

Radicación: 27001 23 31 000 2014 00242 01 (1344-2014)
 Demandante: José Arcenio Moreno
 Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

artículo 125⁴³ ordena que sus integrantes son: sus funcionarios conformados por los magistrados de las corporaciones judiciales, los jueces de la República y los fiscales, al igual que sus empleados, que son las demás personas que ocupen cargos en las corporaciones y despachos judiciales y en sus órganos y entidades administrativas.

El régimen de seguridad y protección social de estos servidores de la **Rama Judicial tiene el carácter de especial y se encuentra consagrado en el Decreto 546 de 1971⁴⁴**, que en su artículo 6 determina el derecho de sus funcionarios y empleados al reconocimiento de la pensión de jubilación, con el cumplimiento de 55 años de edad, si son hombres, 50 años, si son mujeres, y 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia del decreto, de los cuales por lo menos 10 años lo hayan sido exclusivamente al servicio de dicha rama o al Ministerio Público, o a ambas actividades, derecho que equivale al 75% de la asignación mensual más elevada que se hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas.

ANÁLISIS NORMATIVO

Visto el anterior recuento legal, inicialmente se establece que aquellos empleados públicos que son destinatarios de un régimen pensional de carácter especial, siempre y cuando reúnan los requisitos, establecidos en el mismo, se convierten en sus beneficiarios.

También se colige que en el análisis del presente debate no se puede tener en cuenta lo estipulado por el Decreto 546 de 1971, porque al gobernar en su artículo 6 la

⁴³ Ley 270 de 1996. Estatutaria de la Administración de Justicia. Artículo 125. «De los servidores de la rama judicial según la naturaleza de sus funciones. Tienen la calidad de funcionarios los Magistrados de las Corporaciones Judiciales, los Jueces de la República y los Fiscales. Son empleados las demás personas que ocupen cargos en las Corporaciones y Despachos Judiciales y en los órganos y entidades administrativas de la Rama Judicial. La administración de justicia es un servicio público esencial».

⁴⁴ Decreto 546 de 1971 «Por el cual se establece el régimen de seguridad social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares». Artículo 6. «Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho, al llegar a los 55 años A edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas».

Radicación: 27001 23 31 000 2011 00242 01 (1344-2014)
Demandante: José Argenio Moreno
Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

situación jubilatoria de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, claramente no guarda ninguna relación con la realidad del demandante, quien desempeñó a lo largo de su vida laboral los empleos de: soldado al servicio del Ministerio de Defensa, agente al servicio de la Policía Nacional, guardián y dragoneante al servicio del INPEC.

Lo anterior sumado a que como quedó visto, el Decreto 2160 de 1992 creó el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) con naturaleza de establecimiento público del orden nacional, personería jurídica, patrimonio independiente, autonomía administrativa, cuya función es la de organizar, reglamentar y administrar la carrera penitenciaria, de la cual forma parte el cuerpo de custodia y vigilancia de la Penitenciaría Nacional, que como ya se indicó está integrado, entre otros funcionarios, por los guardianes y, ahora por los dragoneantes.

A lo que hay que agregar que aunque dicho instituto surgió como fruto de la fusión entre la Dirección General de Prisiones y el Fondo Rotatorio, entidades que se encontraban adscritas al Ministerio de Justicia, no se puede entender que sus servidores se rijan por el Decreto 546 de 1971, que es el que regula el régimen pensional de quienes conforman la Rama Judicial, que no son otros que los magistrados y jueces de la República al igual que los empleados al servicio de la misma, cuya misión asignada tanto por la Constitución como por su ley estatutaria, es la de administrar justicia.

Se tiene entonces que las personas que prestan sus servicios al INPEC, entre los que se encuentran los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia de la Penitenciaría Nacional, gozan del carácter de empleados públicos, porque así lo estipula expresamente, tanto la Ley 32 de 1986 en su artículo 3 como el Decreto 407 de 1994 en el artículo 8.

Además, cuentan con un sistema propio de carrera denominado carrera penitenciaria, surgido desde 1964 por virtud del Decreto 1817 de esa anualidad, que se mantiene vigente según lo dispone el Decreto 407 de 1994. Así mismo, tienen un régimen pensional especial que está contenido tanto en la referida Ley 32 de 1986 como en el

Radicación: 27001 23 31 000 2011 00242 01 (1344-2014)
 Demandante: José Arcenio Moreno
 Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

Decreto 407 de 1994, año a partir del cual a los guardianes se les denomina dragoneantes.

Por su parte, la **Ley 32 de 1986 en su artículo 96**, indicó que los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia, entre quienes están incluidos los guardianes y dragoneantes, obtienen el **derecho a la pensión de jubilación únicamente con el cumplimiento de 20 años de labor continua o discontinua y sin tener en cuenta la edad.**

En concordancia con dicha norma, el **Decreto 407 de 1994 en el artículo 168** ordena que si esos miembros, a la fecha de su vigencia, es decir **para el 21 de febrero de 1994**, se encuentran prestando sus servicios al INPEC, tienen derecho a gozar de la pensión jubilatoria en los términos del artículo 96 de la Ley 32 de 1986.

Así mismo, como lo estipula expresamente su artículo 168 **«el tiempo de servicio prestado en la Fuerza Pública se tendrá en cuenta para tales efectos»**, debiéndose entender que dicho servicio comprende el adelantado tanto en las Fuerzas Militares, de las que forma parte el Ejército, como en la Policía Nacional.

Esta situación, de conformidad con lo establecido por el **Decreto 446 de 1994⁴⁵**, otorga el derecho al reconocimiento de los siguientes factores salariales: la **prima de navidad** según su artículo 2; la **prima de vacaciones** conforme a su artículo 3; la **prima de servicios** de acuerdo a su artículo 4; a los **pasajes y gastos de transporte** por orden de su artículo 7; al **subsidio de transporte** según su artículo 13; al **subsidio de alimentación** conforme a su artículo 14; y al **sobresueldo** como lo ordena su artículo 17⁴⁶.

⁴⁵ Decreto 446 de 1994. «Por el cual se establece el régimen prestacional de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec».

⁴⁶ A modo ilustrativo se indica que tal como lo dispuso el Decreto 1302 de 1978 «Por el cual se expiden normas sobre la clasificación y remuneración de empleos del personal carcelario y penitenciario», en sus artículos 2 a 4, los guardianes de los establecimientos carcelarios y penitenciarios tenían derecho a percibir la contraprestación mensual fija denominada sobresueldo. Y en la misma línea el Decreto 447 de 1984 «Por el cual se fija la remuneración para los empleos del personal carcelario y penitenciario y se dictan otras disposiciones», en su artículo 1 señalaba que dicho personal tenía derecho al sobresueldo.

Radicación: 27001 23 31 000 2011 00242 01 (1344-2014)
Demandante: José Arcenio Moreno
Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

Al contrario, **no constituyen factor salarial: la prima de instalación y alojamiento**, según lo señala el artículo 5; **la prima de capacitación**, como lo establece el artículo 6; **la prima de clima**, según lo determina el artículo 8; **la prima extracarcelaria**, como lo dispone el artículo 9; **la prima de seguridad**, según lo ordena el artículo 10; **la prima de riesgo**, como lo manda el artículo 11; **la prima de vigilantes instructores**, según lo señala el artículo 12; y **el subsidio familiar**, como lo preceptúa el artículo 15.

Adicionalmente, es necesario tener presente que entre las causales de retiro del servicio se estipula la relacionada con la renuncia regularmente aceptada, mediante la cual el empleado manifiesta su voluntad de separarse del mismo, sin que pueda dejar de ejercer sus funciones antes del plazo señalado para su aceptación so pena de incurrir en abandono del cargo.

Finalmente, si el régimen de personal y de prestaciones sociales de los otrora guardianes y ahora dragoneantes, contemplado en la Ley 32 de 1986 y en los Decretos 407 y 446 de 1994, reviste la connotación de ser especial, es evidente que en materia pensional ven regentada su situación por estas disposiciones.

LO PROBADO EN EL PROCESO

Aparece comprobado en el expediente que el actor nació el 2 de enero de 1947, de lo que da cuenta la fotocopia de su cédula de ciudadanía (fols. 451 anexo 2 y 350 cuaderno principal).

Laboró en calidad de **soldado** en el Batallón de Infantería n.º 4 «Nariño» al servicio del Ministerio de Defensa, entre el 1 de febrero de 1966 y el 15 de enero de 1968, es decir por 1 año, 11 meses, 14 días (fol. 57 anexo 1); como **agente** de la Policía Nacional desde el 1 de septiembre de 1971 al 15 de junio de 1978, para un total de 6 años, 9 meses, 14 días (fol. 44 anexo 1).

Radicación: 27001 23 31 000 2011 00242 01 (1344-2014)
Demandante: José Arcenio Moreno
Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

También laboró en el cargo de **guardián** al servicio del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC)⁴⁷ del 26 de septiembre de 1979 al 29 de noviembre de 1980, es decir por 1 año, 2 meses, 3 días (fols. 98 y 343 cuaderno principal); empleo que, con la transformación de dicho instituto, pasó a denominarse **dragoneante** y que desempeñó del 7 de octubre de 1982 al 31 de diciembre de 1997, para un total de 15 años, 2 meses, 24 días (fols. 98 y 343 cuaderno principal).

Con lo reseñado se tiene que **el tiempo total de servicio que acumuló en esas entidades públicas fue de 25 años, 1 mes, 25 días.**

Como consta en la Resolución 20158 de 2 de julio de 1998, la **Caja Nacional de Previsión Social le reconoció la pensión de jubilación con fundamento en la Ley 33 de 1985**, en el 75% sobre el salario promedio de 12 meses, cuya cuantía determinó con base en: «LA ASIGNACIÓN BÁSICA Y LA BONIFICACIÓN SERVIC. PRESTADOS», que ascendió a la suma de \$292.392.06, **efectiva a partir del 1 de enero de 1998**, tras haber acreditado la prestación de servicios ante el Ministerio de Defensa del 1 de febrero de 1966 al 15 de enero de 1968; en la Policía Nacional desde el 1 de septiembre de 1971 al 15 de junio de 1978; y en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, desde el 26 de septiembre de 1979 hasta el 29 de noviembre de 1980 y entre el 07 de octubre de 1983 y el 31 de diciembre de 1997⁴⁸ (fol. 343 cuaderno principal).

El Juzgado 8 Laboral del Circuito de Medellín en sentencia de 4 de septiembre de 2002 al conocer de la demanda interpuesta por el jubilado en contra de la anterior resolución, luego de señalar que «Acorde con las estipulaciones del Decreto 2160 de 1992, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario se halla adscrito al Ministerio de Justicia y por lo tanto le es aplicable el régimen que consagra el **decreto 546 de 1971**», decidió condenar a CAJANAL al «reajuste de la pensión de jubilación a partir del día 1º de Enero de 1998, incluyendo las adicionales de Junio y diciembre, tomando

⁴⁷ En el «Certificado de información laboral» que fue expedido el 26 de agosto de 2011 y que reposa a folio 98 del cuaderno principal, se indica que este cargo lo desempeñó al servicio del Ministerio de Justicia, pero en el certificado emitido el 10 de noviembre de 2017 visible a folios 343 del mismo cuaderno, se señala que ese empleo lo ejerció al servicio del INPEC.

⁴⁸ En la certificación que obra de folios 18 a 20 del cuaderno principal se señala que adelantó la labor en el INPEC, entre el «16 de septiembre de 1979» [error: es 26] y el «30 de diciembre de 1997» [error: es 31].

Radicación: 27001 23 31 000 2011 00242 01 (1344-2014)
Demandante: José Arcenio Moreno
Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

para ello como factor de salario lo pagado al mismo por concepto de Bonificaciones, Prima de Servicios, Prima de navidad, sobresueldo y subsidio de alimentación».

A renglón seguido absolvió a la entidad de la indexación, «pues al prosperar la petición anterior [se refiere a la condena que le impuso a la demandada al pago de la tasa máxima de interés moratorio vigente al momento en que se efectúe el pago], quedan satisfechos plenamente los perjuicios irrogados con la mora en el pago completo de la pensión de jubilación» (fols. 126 a 135 anexo 1).

A través de la **Resolución 4447 de 6 de marzo de 2003** la subdirectora general de Prestaciones Económicas de la entidad, en acatamiento al anterior fallo judicial, le reliquidó la pensión jubilatoria con la inclusión de «nuevos factores salariales», que son: **«Asignación Básica, Subsidio de Alimentación, Auxilio de Transporte, Bonificación por Servicios, Prima de Servicios, Prima de Navidad, Prima Vacacional»**, con lo que su valor ascendió a la suma de \$388.067.44, efectiva a partir del 1 de enero de 1998. (fols. 32 a 36 cuaderno principal).

El 30 de diciembre de 2004 elevó ante CAJANAL una nueva petición de reliquidación de su pensión de jubilación «tal como lo establece el Art 5º Ley 4 de 1966, Art. 2º Ley 5 de 1969, en armonía con el Art. 260 y ss del CST y demás normas concordantes [...] y en especial dando aplicación a la Ley 445 de 1998 y el Decreto 236 de 1999» (fols. 155 a 157 anexo 1).

Por Resolución 40700 de 16 de agosto de 2006, que es la demandada, proferida por la asesora de la Gerencia General Grupo Servidores Públicos del ente demandado, se dio respuesta a «la reliquidación de la pensión de jubilación, por nuevos factores salariales petición radicada bajo el No 45648 de 2004», en el sentido de negar tal solicitud, porque el interesado «consolidó su status jurídico de pensionado al cumplir 20 años de tiempos de servicios el 15 de diciembre de 1993 es decir en vigencia de las Leyes 33 y 62 de 1985», y «revisada la liquidación efectuada en la resolución No 4447 de 2003 se puede observar que en la misma se incluyeron todos los factores salariales, certificados en cumplimiento a un fallo

Radicación: 27001 23 31 000 2011 00242 01 (1344-2014)
 Demandante: José Arcenio Moreno
 Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

proferido por el Juzgado Octavo Laboral del 'Circuito de Medellín' (fols. 37 a 40 cuaderno principal).

Luego, interpuso el afectado la **acción de tutela** ante el **Juzgado 23 Penal del Circuito de Bogotá**, en la búsqueda por la protección a sus derechos constitucionales al mínimo vital, debido proceso, igualdad, seguridad social, reconocimiento correcto de la pensión, en tanto que la entidad incurrió en «**VIA DE HECHO, al no incluir los factores de salario que constituyen la base reguladora para liquidar la prestación pensional con el régimen especial**, como es el caso del magisterio (sic)» (fols. 516 a 526 anexo 2);

Dicho despacho en sentencia de 8 de junio de 2007 **tuteló en forma transitoria** los derechos fundamentales invocados, porque a pesar de que la caja pensional en cumplimiento del fallo proferido por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Medellín, reliquidó la pensión de jubilación del accionante con nuevos factores, tal como fue ordenado en esa providencia, observó que en la Resolución 40700 de 16 de agosto de 2006 **se niega lo pedido con base en que las disposiciones aplicables son las contenidas en la Leyes 33 y 62 de 1985 y el Decreto 1 de 1984, «desconociendo el régimen especial que lo cobija por haber prestado sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, con lo cual se vulneran sus derechos fundamentales»** (fols. 200 a 211 anexo 1).

En la **Resolución 5972 de 11 de febrero de 2009** el gerente general de la demandada acató el fallo de tutela de 8 de junio de 2007, por lo que aplicó «el 75% sobre todos los factores salariales devengados en el último año de servicios⁴⁹ es decir del 01 de enero de 1997 al 30 de diciembre de 1997», que corresponden a: **«Asignación Básica, Auxilio de Transporte, Prima de Navidad, Bonificación por Servic. prestados, Bonificación especial, Prima de Servicios, Prima de Vacaciones, Sobresueldo, Prima de Alimentación**, con lo que su valor ascendió a la suma de \$388.746.50, **efectiva a partir del 1 de enero de 1998**, con efectos fiscales desde el 8 de junio de 2007, fecha de la decisión tutelar, y **por 4 meses hasta**

⁴⁹ Los factores fueron: la asignación básica, auxilio de transporte, prima de navidad, bonificación servicios prestados, bonificación especial, prima de servicios, prima de vacaciones, sobresueldo, prima de alimentación (fol. 55 cuaderno principal).

Radicación: 27001 23 31 000 2011 00242 01 (1344-2014)
Demandante: José Arcenio Moreno
Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

que se allegara constancia del inicio de las actuaciones ante la jurisdicción contenciosa.

El 22 de septiembre de 2011, el actor interpuso la demanda ante el Tribunal Administrativo del Chocó (fol. 17 cuaderno principal).

El 12 de diciembre de 2017, en cumplimiento al auto para mejor proveer de 11 de septiembre de 2017, el coordinador del grupo de seguridad social de la Subdirección de Talento Humano del INPEC aportó «certificación de valores pagados», con soporte en la hoja de vida del accionante y de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 446 de 1994, que da cuenta que en el último año de servicios comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1997, **le fueron reconocidos: el sueldo, sobresueldo prima de riesgo, el subsidio familiar, la bonificación de servicios, la prima de servicios, prima de vacaciones, alimentación, transporte, prima de navidad.** Además, en dicha certificación expresamente se señaló que: «Sobre el ingreso base de cotización (IBC), se realizaron los descuentos de pensión (trabajador y empleador) de acuerdo a los porcentajes establecidos por la ley para la correspondiente vigencia fiscal», y que de acuerdo con el Decreto 446 de 1994⁵⁰ «Las primas de riesgo, clima, coordinación, capacitación, seguridad y subsidio familiar (7%) no constituyen factor salarial» de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 446 de 1994 (fols. 341 y 344 cuaderno principal).

La renuncia al empleo que ocupaba en calidad de dragoneante, le fue aceptada por el director general del INPEC, según da cuenta la Resolución 5372 de 16 de diciembre de 1997, efectiva a partir del 1 de enero de 1998 (fol. 60 a 62 anexo 1).

CASO CONCRETO

Visto el anterior recuento probatorio es posible determinar que el demandante laboró hasta el 31 de diciembre de 1997, con ocasión de su renuncia, y prestó sus servicios en el Ministerio de Defensa como soldado, en la Policía Nacional en calidad de

⁵⁰ Decreto 446 de 1994 «Por el cual se establece el régimen prestacional de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec». En el artículo 11 se refiere a la prima de riesgo; en el artículo 8 a la prima de clima; en el artículo 6 a la prima de capacitación; en el artículo 10 a la prima de seguridad; en el artículo 15 al subsidio familiar, y en estas normas se determina de manera expresa que todas y cada una de primas y el subsidio en mención no constituye factor de salario.

Radicación: 27001 23 31 000 2011 00242 01 (1344-2014)
Demandante: José Arcenio Moreno
Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

agente, y en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) en condición de guardián y dragoneante, para un total de tiempo de labor de 25 años, 1 mes, 25 días. El régimen de personal que rige su situación pensional es el contemplado por la Ley 32 de 1986 que únicamente exige para efecto del reconocimiento de la pensión de jubilación, 20 años de servicios continuos o discontinuos sin que sea necesario el cumplimiento de una edad específica, y el que gobierna sus prestaciones sociales es el previsto por el Decreto 446 de 1994 que solo dispone como factores salariales: **la prima de navidad; la prima de vacaciones; la prima de servicios; los pasajes y gastos de transporte; el subsidio de transporte; el subsidio de alimentación; y el sobresueldo.**

Lo que se traduce en que, si es beneficiario de esta normativa especial, su situación pensional no podía verse regentada por normas diferentes, es decir por el Decreto 546 de 1997, regulatorio de la situación pensional de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público ni por las Leyes 33 y 62 de 1985. Así se tiene que es nula la Resolución 40700 de 16 de agosto de 2006 en la medida en que negó la reliquidación de la pensión jubilatoria, con fundamento en el régimen pensional general contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Ahora bien, en relación con el restablecimiento del derecho que pretende el demandante, con base en que su pensión de jubilación se le debe reliquidar con la inclusión de la : «prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de instalación y alojamiento, prima de seguridad, prima de riesgos, sobresueldo, a partir de cuando adquirió el estatus de pensionado»; se tiene que, según quedó dilucidado, de un lado, **las primas de instalación y alojamiento, de seguridad, y de riesgos no constituyen factor salarial**, motivo por el cual no es posible decretar su reconocimiento, y de otro, en cuanto a las **primas de navidad, vacaciones, de servicios, y el sobresueldo, de acuerdo con la certificación que reposa a folio 344 del cuaderno principal, está comprobado que le fueron incluidas como factores de salario en la reliquidación pensional y se realizaron los respectivos descuentos para pensión, tanto por parte del empleado y como del empleador.**

Radicación: 27001 23 B1 000 2011 00242 01 (1344-2014)
Demandante: José Arcenio Moreno
Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

Con lo dilucidado, se declararán probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada de «cobro de lo no debido» e «inexistencia de la obligación» porque a pesar de las eventualidades que quedaron evidenciadas, lo cierto es que la reliquidación de la pensión se efectuó con base en los factores señalados por la ley que de manera especial regula la materia

A lo anterior hay que agregar que, si bien es cierto la entidad pensional es la única apelante y por tal razón le asiste el derecho fundamental de la *non reformatio in pejus*, al no ser ordenado el restablecimiento del derecho solicitado por el demandante, de ninguna manera se hizo más gravosa su condición.

En conclusión, se declarará la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Salud y de la Protección Social para comparecer al proceso.

Así mismo, se revocará el fallo objeto de apelación, de un lado, porque declaró la nulidad de actos administrativos que no fueron demandados, esto es de la Resolución 4447 de 2003 a través de la cual se reconoció la pensión de jubilación y de la Resolución 5972 de 2009 en la que se dio cumplimiento al fallo de tutela, y de otro, porque en la búsqueda por la protección al derecho al debido proceso del actor, ha debido emitir pronunciamiento en torno al acto acusado, que es la Resolución 40700 de 2006, pero con la previa y clara advertencia acerca de la falta de jurisdicción para decidir el asunto por parte del Juzgado 8 Laboral del Circuito de Medellín.

No sin antes advertir que se ordenará compulsar copias a la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura, a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación, para que se investigue la conducta del operador jurídico que en sede ordinaria intervino en el presente proceso.

Además, se declarará la prosperidad de las excepciones propuestas por la Caja Nacional de Previsión Social (CAJANAL) de «cobro de lo no debido» e «inexistencia de la obligación», porque al accionante le fueron reconocidos todos y cada uno de los factores salariales a los que legalmente tenía derecho en su calidad de dragoneante del INPEC, de conformidad con la normativa que rige su situación, motivo por el cual

Radicación: 27001 23 31 000 2011 00242 01 (1344-2014)
Demandante: José Arcenio Moreno
Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

no hay lugar a decretar la nulidad del acto acusado que le negó el reconocimiento de los mismos, y con ello tampoco tiene vocación de prosperidad el restablecimiento del derecho solicitado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso - Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. DECLÁRASE la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Salud y de la Protección Social para comparecer al proceso.

SEGUNDO. REVÓCASE la sentencia de 26 de septiembre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó dentro del proceso que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovió el señor José Arcenio Moreno en contra de la Caja Nacional de Previsión Social (CAJANAL), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. DECLÁRASE la prosperidad de las excepciones propuestas por la Caja Nacional de Previsión Social (CAJANAL), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia,

CUARTO: NIÉGANSE las súplicas de la demanda.

QUINTO: ORDÉNASE se ordenará compulsar copias a la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura, a la Fiscalía General de la Nación y a la

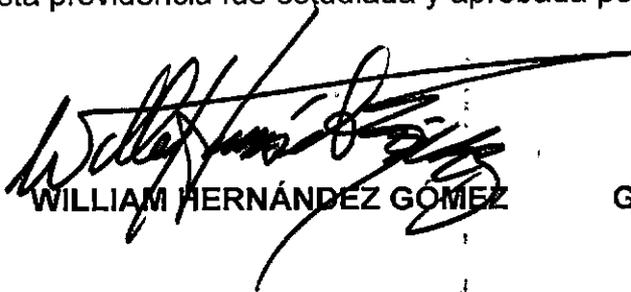
Radicación: 27001 23 31 000 2011 00242 01 (1344-2014)
Demandante: José Arcenio Moreno
Demandado: CAJANAL y Ministerio de la Protección Social

Procuraduría General de la Nación, para que se investigue la conducta del operador jurídico que en sede ordinaria intervino en el presente proceso.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

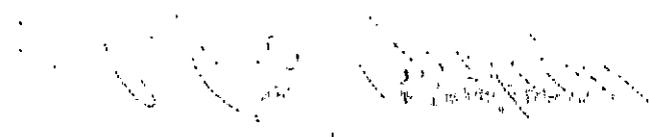
10

11

12

13

14



15

16

17

18

19

20

21

22

23

24

25

26

27

28

29