

Cartagena de Indias D. T. y C., doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-002-2019-00124-01
Demandante	Silvino Sánchez Bonilla
Demandado	U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)
Tema	Reliquidación pensión de jubilación / IBL en el régimen de transición pensional – determinación / factores salariales que deben hacer parte del IBL / Régimen aplicable a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional
Magistrado ponente	Jean Paul Vásquez Gómez

II.- PRONUNCIAMIENTO

1. La Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Bolívar¹ resuelve el recurso de apelación presentado por la parte demandada, en contra de la Sentencia de 19 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

Contenido: 3.1. Posición de la parte demandante; 3.2. Posición de la parte demandada; 3.3. Sentencia de primera instancia; y, 3.4. Recurso de apelación y trámite de segunda instancia

3.1. Posición de la parte demandante

2. El 31 de mayo de 2019², el señor Silvino Sánchez Bonilla, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (en adelante, UGPP), con el fin de que se reliquide su pensión de vejez con la inclusión de la totalidad de los factores salariales percibidos, en los términos del artículo 33 de 1985.

3. En la demanda se formularon las siguientes **pretensiones**³:

"PRIMERO. - Que se declare la nulidad del acto administrativo Resolución No. 32327 de fecha 15 de Julio de 2008 proferida por la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL CAJANAL, entidad reemplazada por la UGPP, y por medio del cual se reliquida la pensión del demandante desconociendo los derechos de este a pertenecer a un régimen de excepción en pensión.

SEGUNDO.- Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se declare que el demandante tiene derecho a que la UGPP liquide y reliquide la pensión de vejez, con la inclusión de los factores salariales como son: SUELDO BÁSICO, SOBRESUELDO, REMUNERACIÓN POR TRABAJO DOMINICAL O FESTIVO, REMUNERACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS, SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN, SUBSIDIO UNIDAD FAMILIAR, SUELDO DE VACACIONES, AUXILIO DE TRANSPORTE, PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA DE RIESGO, BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN, PRIMA SEMESTRAL Y PRIMA DE SERVICIOS, entre otros, de conformidad con lo establecido en la ley 33 de 1985.

TERCERO. - Condenar a la demandada UGPP para que, sobre las mesadas adeudadas al actor, se le indexe el valor de dichas sumas de conformidad con el IPC conforme al art. 187 del CPACA, desde que se originó la obligación hasta la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia.

CUARTO. - Que la demandada UGPP, pague al demandante los intereses de mora causados por el injusto retardo en el pago del valor al de su pensión de jubilación."

¹ Esta decisión se toma mediante Sala virtual en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521, expedido el 19 de marzo de 2020 por el Consejo Superior de la Judicatura.

² Folios 1 – 2. Archivo "01ExpedientePrimerInstancia".

³ Folio 7. Archivo "01ExpedientePrimerInstancia".



Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-002-2019-00124-01
Accionante	Silvino Sánchez Bonilla
Accionado	U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Decisión	Reliquidación pensión de jubilación / IBL en el régimen de transición pensional – determinación / factores sal que deben hacer parte del IBL
Página	Página 2 de 12

4. La parte accionante narró, en síntesis, los siguientes **hechos relevantes**⁴:
5. **(1)** Laboró en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, al servicio del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (en adelante, INPEC), desde el 3 de diciembre de 1980 hasta el 19 de junio de 2007.
6. **(2)** Que la extinta Caja Nacional de Previsión Social (en adelante, CAJANAL) le reconoció pensión de vejez, efectiva a partir del 1 de enero de 2005.
7. **(3)** La citada prestación fue reliquidada por la UGPP mediante Resolución No. 32327 de 15 de julio de 2008 con una tasa de reemplazo del 75% del Ingreso Base de Liquidación (en adelante, IBL) de lo devengado o cotizado durante los últimos 6 años, bajo los parámetros de la Ley 32 de 1986 y el Decreto 1158 de 1994.
8. Para sustentar los cargos de nulidad, como **concepto de la violación**⁵, en resumen, señaló que los actos acusados se profirieron con desconocimiento de las normas en que debió fundarse.

3.2. Posición de la parte demandada

9. En su contestación, la **UGPP**⁶ solicitó que se denegaran las pretensiones de la demanda, argumentando en síntesis que: **(1)** el demandante prestó sus servicios como guardián del INPEC, labor especial que se excluyó de la aplicación de la Ley 33 de 1985, siendo aplicable la Ley 32 de 1986; **(2)** que el IBL de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 se determina a partir de lo dispuesto en los artículos 21 y 36 de la Ley 100, y no el régimen pensional anterior; y, **(3)** concluyó a partir de la Sentencia C – 258 de 2013, que solo es posible incluir en el IBL pensional los factores salariales sobre los cuales se cotizó, contenidos en el Decreto 1158 de 1994.

3.3. Sentencia de primera instancia

10. Mediante **Sentencia de 19 de marzo de 2021**⁷, el Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena, concedió las pretensiones de la demanda con fundamento en las siguientes razones: **(1)** el demandante es beneficiario del régimen de especial de que trata el Decreto 2090 de 2003, en concordancia con el párrafo transitorio 5° del artículo 1 del Acto legislativo 01 de 2005; **(2)** que no le resulta aplicable el precedente contenido en la Sentencia SU – 230 de 2015, respecto de la interpretación que debe otorgarse al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; **(3)** para el reconocimiento de la pensión del actor resultan aplicables la Ley 32 de 1986 y los Decretos 407 de 1941 y 1045 de 1978, artículo 45; y, por tal razón, **(4)** le asiste derecho a que su pensión sea nuevamente reliquidada con los factores de asignación básica, bonificación servicios prestados y prima servicios devengados en el último año de servicios acreditado, esto es, del 1° de junio de 2006 al 30 de junio de 2007.

⁴ Folio 3. Archivo "01ExpedientePrimerInstancia".

⁵ Folios 3 – 8. Archivo "01ExpedientePrimerInstancia".

⁶ Folios 48 – 55. Archivo "01ExpedientePrimerInstancia".

⁷ Folios 114 – 133. Archivo "01ExpedientePrimerInstancia".



Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-002-2019-00124-01
Accionante	Silvino Sánchez Bonilla
Accionado	U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Decisión	Reliquidación pensión de jubilación / IBL en el régimen de transición pensional – determinación / factores sal que deben hacer parte del IBL
Página	Página 3 de 12

3.4. Recurso de apelación y trámite de segunda instancia

11. El 10 de abril de 2021⁸, la parte demandada presentó **recurso de apelación** contra la sentencia de primera instancia, argumentando que: **(1)** el Consejo de Estado manifestó, que para el reconocimiento prestacional solo se deben incluir los factores en las liquidaciones para el reconocimiento de la pensión de vejez; **(2)** sería un contrasentido incluir factores salariales que no fueron objeto de descuentos para pensión, máxime cuando nuestro sistema jurídico estableció la pensión a partir de los aportes a pensión que efectivamente realicen los afiliados; y, **(3)** la liquidación pensional de quien hoy demanda se realizó incluyendo los factores salariales a que tenía derecho en su momento, según lo establecido en la norma.

12. El recurso interpuesto se concedió mediante providencia de 12 de octubre de 2021⁹, y se **admitió** por esta Corporación con Auto de 26 de noviembre de 2021¹⁰. Las partes, demandante y demandada no presentaron alegatos de conclusión y el Agente del Ministerio Público guardó silencio¹¹.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

13. Revisado el expediente, se observa que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios procesales que acarren nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la impugnación presentada.

V.- CONSIDERACIONES

Contenido: 5.1 Competencia; 5.2. problema jurídico de instancia; 5.3. Tesis de la Sala; 5.4. Metodología y estructura de la decisión; 5.5. Marco normativo y jurisprudencial aplicables; 5.6. Caso concreto: análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo; y 5.7. De la condena en costas.

5.1. Competencia

14. Esta Corporación es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto en este proceso de doble instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA, el cual dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las Sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

5.2. Problema jurídico de instancia

15. La Sala concluyó que el **problema jurídico** en esta instancia se restringe a determinar si, para calcular el IBL de la pensión del demandante se debe atender a los criterios señalados por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-230 de 2015; y por tanto, sólo se deben tener en cuenta los factores contemplados en el Decreto 1158 de 1994, por ser estos sobre los cuales se realizan las cotizaciones al Sistema General de Pensiones.

⁸ Folios 136 – 144. Archivo "01ExpedientePrimerInstancia".

⁹ Folios 198 – 200. Archivo "01ExpedientePrimerInstancia".

¹⁰ Archivo "04AutoAdmite".

¹¹ El recurso fue interpuesto en vigencia de la Ley 2080 de 2021, razón por la que, los sujetos procesales podrían dentro del término de ejecutoria del auto que admitió el recurso, pronunciarse en relación con la apelación formulada. Asimismo, las partes podrían pedir pruebas atendiendo a lo dispuesto en el artículo 212 del CPACA, el Ministerio Público podría emitir concepto hasta antes de que ingrese el proceso al despacho para sentencia.



Medio de control	Nullidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-002-2019-00124-01
Accionante	Silvino Sánchez Bonilla
Accionado	U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Decisión	Reliquidación pensión de jubilación / IBL en el régimen de transición pensional – determinación / factores sal que deben hacer parte del IBL
Página	Página 4 de 12

16. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 de la Ley 1564 de 2012 (en adelante, CGP), en virtud del cual, el pronunciamiento de la Sala se debe limitar a los argumentos expuestos por el apelante.

5.3. Tesis de la Sala

17. La Sala confirmará la sentencia apelada y sostendrá la tesis de que, el régimen especial en materia pensional aplicable al presente caso no contempló los factores a tener en cuenta para su liquidación, razón por la cual se debe atender a la remisión de los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, señalando que, en los aspectos no previstos en ellas, se aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales.

18. Sin embargo, la norma vigente para los empleados del orden nacional de que tratan los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, es la Ley 33 de 1985, norma que no aplica a los servidores cobijados por un régimen especial, dada la exclusión expresa consagrada en el inciso 2 del artículo 1 y, por tanto, en cuanto a los factores debe acudir al Decreto 1045 de 1978.

5.4. Metodología y estructura de la decisión

19. Para resolver el problema jurídico planteado y la fundamentación de la tesis antes citada, la Sala analizará las normas y jurisprudencia aplicables (5.5.) y, posteriormente, a partir de pruebas aportadas al proceso, examinará el caso concreto (5.6.).

5.5. Marco normativo y jurisprudencial aplicables

5.5.1. Régimen pensional de los miembros del Cuerpo de Vigilancia y Custodia del INPEC.

20. Antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, la norma vigente para los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional era la Ley 32 de 1986¹², que en su artículo 96 consagró el derecho a percibir pensión de jubilación, para los empleados del INPEC que completaran 20 años de servicio sin tener en cuenta la edad¹³.

21. El Decreto 691 de 1994, expedido debido a lo dispuesto en el artículo 273¹⁴ de la Ley 100 de 1993 incorporó entre otros, a los "servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo para su salud"¹⁵ al sistema general de pensiones, pero les serían aplicables las condiciones especiales aplicables a cada caso.

¹² Por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia

¹³ «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.»

¹⁴ El artículo 273 estableció que el Gobierno Nacional "podrá incorporar, respetando los derechos adquiridos, a los servidores públicos, aun a los congresistas, al sistema general de pensiones y al sistema general de seguridad social en salud"

¹⁵ Artículo 5. Derogado por el art. 11 del Decreto Nacional 2090 de 2003.



Medio de control	Nullidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-002-2019-00124-01
Accionante	Silvino Sánchez Bonilla
Accionado	U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Decisión	Reliquidación pensión de jubilación / IBL en el régimen de transición pensional – determinación / factores sal que deben hacer parte del IBL
Página	Página 5 de 12

22. A su vez, el **Decreto 407¹⁶ del 20 de febrero de 1994¹⁷**, expedido con base en las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 172.6¹⁸ de la Ley 65 de 1995¹⁹ clasificó en su artículo 78 el personal del INPEC en dos categorías: **(a)** Personal administrativo, y **(b)** Personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional.

23. Por su parte, en el artículo 168²⁰ precisó que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, siempre y cuando su vinculación fuere antes de la entrada en vigencia de dicho Decreto (21 de febrero de 1994), y previó que quienes ingresaran al INPEC después de esa fecha, le sería aplicable lo dispuesto en el artículo 140 de la citada Ley 100 sobre actividades de alto riesgo de los servidores públicos²¹.

24. Luego se expidió el **Decreto 2090 de 2003**, que derogó el Decreto. 407 de 1994. La nueva disposición estableció en su artículo 7.2 que se considera actividad de alto riesgo aquella “del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria”; además, en su artículo 4 estableció como requisitos para tener derecho a la pensión especial de vejez:

“1. Haber cumplido 55 años de edad.

2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.

25. La liquidación de la pensión de los trabajadores beneficiarios de este régimen especial, de conformidad con lo señalado en el artículo 7 ibídem se regularía según lo previsto en las normas generales contenidas en la Ley 100 de 1993, 797 de 2003 y sus decretos reglamentarios.

26. Igualmente, el Decreto 2090 de 2003, en su artículo 6 consagró un régimen de transición, de la siguiente forma:

“Artículo 6º. Régimen de transición. Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, **tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.**

Parágrafo. Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003²²”.

(Negrilla fuera de texto)

¹⁶ “Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario”

¹⁷ Entró a regir el 21 de febrero del mismo año

¹⁸ ARTICULO 172. FACULTADES EXTRAORDINARIAS. De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese de precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República, por el término de seis (6) meses contados a partir de la fecha de la promulgación del presente Código, para dictar normas con fuerza de ley sobre las siguientes materias: (...) 6. Régimen salarial, prestacional y pensional, que no podrá desmejorar los derechos y garantías vigentes de los actuales servidores.

¹⁹ Código Penitenciario y Carcelario

²⁰ “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.

Parágrafo 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.

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

²¹ “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.”

²² Artículo 18 de la Ley 707 de 2003, declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1056-03 de 11 de noviembre de 2003





Medio de control	Nullidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-002-2019-00124-01
Accionante	Silvino Sánchez Bonilla
Accionado	U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Decisión	Reliquidación pensión de jubilación / IBL en el régimen de transición pensional – determinación / factores sal que deben hacer parte del IBL
Página	Página 6 de 12

27. De la norma en cita se concluye que para tener derecho al régimen de transición allí consagrado se debe cumplir dos requisitos: **(i)** que el servidor haya cotizado por lo menos 500 semanas en actividades de alto riesgo y luego de cumplir con el número mínimo de semanas previstas en la Ley 797 de 2003²³ y que adicionalmente **(ii)** cumpla con los requisitos exigidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que igualmente contempla el régimen de transición, esto es, tener 35 años de edad si es mujer y 40 si se es hombre y/o 15 años de servicio.

28. Posteriormente, el **Decreto 1950 de 2005**²⁴ derogó el artículo 96 de la Ley 32 de 1986; y en su lugar estableció que, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicaría el régimen de alto riesgo contemplado en el Decreto 2090 de 2003, **salvo si su vinculación fue con anterioridad a la fecha de vigencia de ese Decreto.**

29. Dicha regla de transición fue consagrada en el párrafo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005 que dispuso: *“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”* (Resaltado por la Sala).

30. Se concluye entonces, que la misma disposición Constitucional, estableció que los miembros de custodia y vigilancia del INPEC, **que hayan ingresado con anterioridad al 26 de julio de 2003** (entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003) **se les aplicará para el régimen pensional las disposiciones contenidas en la Ley 32 de 1986.**

31. Ahora bien, en torno a la forma en la cual se deben liquidar las pensiones de régimen especial del INPEC el Consejo de Estado indicó:

“El régimen especial aplicable a los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria no contempló los factores a tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión por lo que, por remisión de los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, debe aplicarse el régimen vigente para los empleados públicos del orden nacional.

El artículo 114 de la Ley 32 de 1986 dispone:

“Normas subsidiarias. En los aspectos no previstos en esta Ley o en sus decretos reglamentarios, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, se les aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales.”.

Esta preceptiva se mantuvo en el artículo 184 del Decreto 407 de 1994, con el siguiente tenor literal

“NORMAS SUBSIDIARIAS. En los aspectos no previstos en este Decreto o en los reglamentarios, a los empleados del Instituto se les aplicarán las normas vigentes para los servidores públicos nacionales.”.

El artículo 4 de la Ley 4 de 1966 ordena que la pensión de jubilación se liquida sobre todos los factores devengados en el último año de servicios. Su tenor literal es el siguiente:

“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.”.

²³ Así lo entendió la Corte Constitucional en la sentencia C-663 de 2007, al analizar la exequibilidad del artículo sexto en cita y condicionar su contenido para que se entienda que “se podrán acreditar las semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiere sido calificada jurídicamente como de alto riesgo”.

²⁴ “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”.



Medio de control	Nullidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-002-2019-00124-01
Accionante	Silvino Sánchez Bonilla
Accionado	U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Decisión	Reliquidación pensión de jubilación / IBL en el régimen de transición pensional – determinación / factores sal que deben hacer parte del IBL
Página	Página 7 de 12

Empero como la citada norma no establece los factores de salario, para liquidar la pensión se aplicará en el sub lite lo preceptuado por el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, que señala los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar la pensión de jubilación”²⁵

32. Así mismo sostuvo en sentencia del 28 de noviembre de 2019 que:

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

*En cuanto a los parámetros para la liquidación del derecho pensional, en un primer momento se acudió a los lineamientos de la Ley 32 de 1986, la que sin embargo, no enunciaba qué factores constituían salario para la liquidación de la pensión de jubilación, acudiendo al régimen prestacional de los funcionarios públicos, Ley 33 de 1985, tampoco se encontró armonización sobre el tema teniendo en cuenta que el artículo 1º ibídem, excluye del régimen general al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional - INPEC. **Por lo tanto, ante la ausencia de norma expresa, se acudió a los presupuestos del Decreto 1045 de 1978 (...)***

*En consecuencia, con fundamento en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, el derecho a la pensión con 20 años de servicios, sin tener en cuenta la edad, no señaló los factores que la componen, por lo que resulta procedente acudir a otras **disposiciones, como el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.**”²⁶*

33. Para la Sala, resulta oportuno precisar que la Sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018²⁷, tuvo por objeto interpretar y fijar el alcance del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, por lo que en principio no aplica cuando se analiza el régimen de transición de las actividades de alto riesgo derivado del acto legislativo 01 de 2005; sin embargo, es del caso observarla como quiera que instituyó una nueva subregla, esta es, que los factores a incluir en la base de cotización serán los taxativos que se enlistan en la normativa que establece el régimen pensional.

34. Con fundamento en el desarrollo legislativo y jurisprudencial realizado en líneas precedentes, se tiene que:

35. **(1)** La Ley 32 de 1986 fue un régimen pensional especial para los miembros del cuerpo de custodia del INPEC, frente al régimen general adoptado por la Ley 33 de 1985 para los servidores públicos;

36. **(2)** Que la especialidad de dicho régimen obedeció a los riesgos inherentes a la función de custodia y vigilancia de los internos en las cárceles y penitenciarías nacionales; y por lo mismo, el requisito para su causación se circunscribió a 20 años de servicios, continuos o discontinuos, en ejercicio de esa función;

37. **(3)** El régimen de personal, salarial, prestacional y pensional del INPEC adoptado por el Decreto Ley 407 de 1994, conservó la pensión especial en comento, expresamente para los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia mediante la remisión expresa que hizo el artículo 168 *ibídem*;

38. **(4)** Las reglas de transición establecidas en el Decreto 2090 de 2003 no le son aplicables a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC, toda vez que la transición de estos servidores públicos se rige por el Acto Legislativo 01 de 2005 parágrafo 5º y por el Decreto 1950 de 2005; y

²⁵ Sentencia del 27 de abril de 2006, radicado interno 2849-04.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, CP: Julio Roberto Piza Rodríguez, sentencia de tutela del 28 de noviembre de 2019, radicación 11001-03-15-000-2019-04283-00, actor: José Edgar Guacaneme.

²⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP: César Palomino Cortés, sentencia de 28 de agosto de 2018, radicación: 52001-23-33-000-2012-00143-01, actor: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro.



Medio de control	Nullidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-002-2019-00124-01
Accionante	Silvino Sánchez Bonilla
Accionado	U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Decisión	Reliquidación pensión de jubilación / IBL en el régimen de transición pensional – determinación / factores sal que deben hacer parte del IBL
Página	Página 8 de 12

39. **(5)** Le será aplicable la Ley 32 de 1986 a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC que hayan ingresado al servicio con anterioridad a la vigencia del Decreto 2090 de 2003 (26 de julio de 2003).

40. **(6)** El IBL de la pensión de dichos funcionarios se conformará con el 75% de los factores salariales devengados en el último año de servicios que estén enlistados en el Decreto 1045 de 1978.

5.6. Caso concreto

5.6.1. Pruebas recaudadas

41. De las pruebas recaudadas la Sala encuentra acreditado lo siguiente:

42. **(1)** El señor Silvio Sanchez Bonilla laboró al servicio del INPEC como Dragoneante del 3 de diciembre de 1980 al 30 de junio de 2007²⁸.

43. **(2)** Mediante Resolución No. 16862 del 2 de mayo de 2007²⁹, CAJANAL hoy la UGPP, al resolver un recurso de reposición, le reconoció al señor Silvino Sanchez Bonilla una pensión de vejez en cuantía de \$693.449,75, efectiva a partir del 1 de enero de 2005, con fundamento en la Ley 32 de 1986.

44. **(2.1.)** Como tasa de remplazo e IBL, la entidad reconoció un 75% del promedio de lo devengado o cotizado durante los últimos 10 años de servicio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta los factores salariales señalados por el Decreto 1158 de 1994.

45. **(3)** A través de Resolución No. 32327 de julio 15 de 2008, se reliquidó la pensión del señor Silvino Sanchez Bonilla, incluyendo como factor de liquidación la denominada prima de riesgo, efectiva a partir del 1º de julio de 2007, con fundamento en la Ley 32 de 1986 y el Decreto 2090 de 2003; para establecer dicho monto la entidad aplicó el 75% del promedio del salario devengado durante los últimos 10 años conforme el artículo 21 de la Ley 100 de 1993³⁰.

5.6.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico aplicable

46. En el caso bajo estudio, la entidad demandada manifestó que para determinar el IBL de la pensión del demandante debe darse aplicación a la Sentencia SU-230 de 2015 proferida por la Corte Constitucional, argumento que no es acogido por la Sala, toda vez que, como se indicó anteriormente el régimen especial del INPEC, no contempla la aplicación de la Ley 100 de 1993, razón por la cual no es procedente tener en cuenta pronunciamientos jurisprudenciales que hacen referencia al alcance del artículo 36 ibídem.

²⁸ Folio 30. Archivo "01ExpedientePrimerInstancia".

²⁹ Folios 19 – 21. Archivo "01ExpedientePrimerInstancia".

³⁰ Folios 22 – 29. Archivo "01ExpedientePrimerInstancia".



Medio de control	Nullidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-002-2019-00124-01
Accionante	Silvino Sánchez Bonilla
Accionado	U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Decisión	Reliquidación pensión de jubilación / IBL en el régimen de transición pensional – determinación / factores sal que deben hacer parte del IBL
Página	Página 9 de 12

47. No obstante, como la entidad discute en su apelación la manera como debe establecerse el IBL, la Sala verificará si la orden dictada en primera instancia se ajusta al régimen aplicable al demandante.

48. En el presente caso se demostró que el señor Sánchez Bonilla nació el 22 de mayo de 1959³¹ y prestó sus servicios al INPEC como Dragoneante por más de 26 años, entre el 3 de diciembre de 1980 al 30 de junio de 2007³².

49. Lo anterior indica que el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el parágrafo 5 transitorio del Acto legislativo 01 de 2005, y del artículo 1 del Decreto 1950 de 2005, toda vez que a la fecha de entrar en vigencia el Decreto 2090 de 2003 estaba vinculado al INPEC y cumplía funciones de vigilancia y custodia de internos.

50. En consecuencia, al demandante le asistía el derecho a pensionarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, es decir, *"...al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta su edad"*.

51. Ahora bien, es preciso señalar que en vista que el régimen especial en materia pensional aplicable al presente caso no contempló los factores a tener en cuenta para su liquidación, se debe atender a la remisión de los artículos 114³³ de la Ley 32 de 1986 y 184³⁴ del Decreto 407 de 1994, señalando que, en los aspectos no previstos en ellas, se aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales.

52. Sin embargo, la norma vigente para los empleados del orden nacional de que tratan los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, es la Ley 33 de 1985, norma que no aplica a los servidores cobijados por un régimen especial, dada la exclusión expresa consagrada en el inciso 2 del artículo 1 y, por tanto, en cuanto a los factores debe acudir al Decreto 1045 de 1978.

53. En consecuencia, la Sala considera que al demandante le asiste derecho a que se reliquide su pensión incluyendo todos los factores devengados en el último año de servicios y previstos en el Decreto 1045 de 1978, por lo que es del caso establecer si el Juez de primera instancia acertó en la forma en la cual ordenó el restablecimiento, así:

³¹ Folios 24 y 37. Archivo "01ExpedientePrimerInstancia".

³² Folios 24 – 30. Archivo "01ExpedientePrimerInstancia".

³³ Artículo 114. Normas subsidiarias. En los aspectos no previstos en esta Ley o en sus decretos reglamentarios, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, se les aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales.

³⁴ ARTÍCULO 184. NORMAS SUBSIDIARIAS. En los aspectos no previstos en este Decreto o en los reglamentarios, a los empleados del Instituto se les aplicarán las normas vigentes para los servidores públicos nacionales.



Medio de control Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado 13-001-33-33-002-2019-00124-01
Accionante Silvano Sánchez Bonilla
Accionado U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Decisión Reliquidación pensión de jubilación / IBL en el régimen de transición pensional – determinación / factores sal que deben hacer parte del IBL
Página Página 10 de 12

FACTORES DEL DECRETO 1045 DE 1978	FACTORES DEVENGADOS POR EL DEMANDANTE EN EL ÚLTIMO AÑO DE SERVICIO ³⁵	FACTORES RECONOCIDOS POR LA UGPP	FACTORES CONCEDIDOS POR EL A QUO
<ul style="list-style-type: none"> • La asignación básica; • Los auxilios de alimentación y transporte; • Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto – ley 710 de 1978; • La prima de vacaciones; • La prima de servicios; • La prima de navidad; • Los gastos de representación y la prima técnica; • Los dominicales y feriados; • Las horas extras, • La bonificación por servicios prestados; • 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; • El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; • Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. 	<ul style="list-style-type: none"> • Asignación básica mensual. • Sobresueldo • Prima de riesgo • Subsidio por alimentación • Subsidio por unidad familiar • Auxilio de transporte • Bonificación por recreación • Prima de vacaciones • Prima de servicios • Prima de Navidad 	<ul style="list-style-type: none"> • Asignación básica mensual • Sobresueldo • Bonificación por servicios prestados • Prima de riesgo 	<ul style="list-style-type: none"> • Asignación básica mensual • Bonificación por servicios prestados • Prima de servicios.

54. Por lo expuesto se observa que la liquidación efectuada a la pensión del demandante en la Resolución No. 16862 de 2007, se tuvo en cuenta únicamente el sueldo básico devengado por el demandante, así como también el sobresueldo, la bonificación por servicios prestados y la prima de riesgo, omitiendo computar: **(i)** prima de vacaciones; **(ii)** prima de servicios; y, la **(iii)** prima de Navidad; las cuales percibió durante el último año de servicios y que en efecto constituyen factor salarial para ser incluida dentro de la liquidación de la base pensional, en los términos del Decreto 1045 de 1978.

³⁵ Certificación de valores pagados al demandante mes a mes desde el año 1994 hasta el mes de junio de 2007. Folios 32 – 36. Archivo "01ExpedientePrimerInstancia".





Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-002-2019-00124-01
Accionante	Silvino Sánchez Bonilla
Accionado	U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Decisión	Reliquidación pensión de jubilación / IBL en el régimen de transición pensional – determinación / factores sal que deben hacer parte del IBL
Página	Página 11 de 12

55. Así las cosas, la Sala advierte dos cosas, la primera, que resultó acertada la decisión del Juez de primera de acceder a la reliquidación solicitada con la inclusión de los factores salariales percibidos durante el último año de servicios; y la segunda, que no obstante lo decidido omitió ordenar la inclusión de las primas de navidad y vacaciones.

56. Pese a lo anterior, teniendo en cuenta que la parte demandante no apeló la decisión de primera instancia, la Sala confirmará la decisión objeto de recurso, y se abstendrá de disponer el reconocimiento de dichos conceptos.

5.7. De la condena en costas

57. Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

58. En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación de la parte demandante en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, y teniendo en cuentas los siguientes factores: **(i)** el trámite del recurso, **(ii)** la naturaleza del proceso y **(iii)** la gestión de la parte demandada.

59. En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandante, las cuales deberán ser liquidadas por el Juzgado de primera instancia, atendiendo lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

VI.- DECISIÓN

60. En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 19 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual concedió las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **ENVIAR** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones en el Sistema de gestión SAMAI.





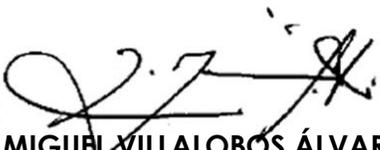
Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-002-2019-00124-01
Accionante	Silvino Sánchez Bonilla
Accionado	U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Decisión	Reliquidación pensión de jubilación / IBL en el régimen de transición pensional – determinación / factores sal que deben hacer parte del IBL
Página	Página 12 de 12

TERCERO: CONDENAR en costas procesales en segunda instancia a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por el Juzgado de origen, dando aplicación a los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 006 de la fecha.


JUAN PAUL VASQUEZ GOMEZ
MAGISTRADO


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Magistrado


OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
Magistrado