



05

13-001-33-33-012-2017-00033-01

Cartagena de Indias D. T. y C., veintitrés (23) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13-001-33-33-012-2017-00033-01
Demandante:	Abraham Chagui Cueter
Demandado:	Colpensiones
Asunto	Reliquidación de pensión de jubilación
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 15 de marzo de 2018, mediante la cual el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

a) Pretensiones

El señor Abraham Chagui Cueter presentó demanda, mediante apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., contra COLPENSIONES, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Se declare la nulidad de la Resolución N° GNR 251431 de 8 de octubre de 2013, por medio de la cual se niega la pensión de vejez (jubilación) a mi poderdante, ya que se le debió reconocer la misma con todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

2. Se declare la nulidad parcial de la Resolución N° GNR 45633 de 19 de febrero de febrero de 2014, por medio de la cual se revoca la Resolución N° GNR 251431 de 8 de octubre de 2013 y se concede la pensión de jubilación a mi poderdante en una cuantía de \$1.119.594, porque se expidió con el promedio de los 10 últimos años de servicios y con tres factores salariales (sueldo, sobresueldo y bonificación por servicios) y debió reconocerse con el promedio del 75% de todos los factores salariales devengados durante año de servicio, además porque presenta un error aritmético y una falsa motivación.

3. Se declare la nulidad de la resolución número GNR 285951 de 18 de septiembre de 2015, por medio de la cual se niega la reliquidación de la pensión de mi poderdante; ya que debió expedirse con el promedio del 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

4. Se declare la nulidad de la Resolución N° GNR 407657 del 15 de diciembre de 2015, por medio de la cual se resuelve un recurso y se confirma la Resolución GNR 285951 de 18 de septiembre de 2015; ya que debió ser expedida con el promedio del 75% del último año de servicios y con todos los factores salariales devengados.



13-001-33-33-012-2017-00033-01

5. Se declare que la entidad demandada incurrió en silencio administrativo negativo al no haber resuelto el recurso de apelación interpuesto por mi poderdante.

6. Se declare la nulidad de la resolución ficta o presunta por medio de la cual Colpensiones confirma la resolución GNR 285951 de 18 de septiembre de 2015.

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

8. Se de aplicación a los principios constitucionales de favorabilidad y confianza legítima y al concepto de salario establecido en el Convenio 095 de la OIT y refrendado por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral. Se declare además que la entidad accionada incurrió en una falsa motivación de sus resoluciones.

9. Se declare que mi poderdante tiene derecho a las 14 mesadas por haber adquirido el status jurídico de pensionado el 16 de noviembre de 2007, mucho antes del 31 de julio de 2011 y por ser la pensión inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, tal y como lo establece el Acto legislativo 01 de 2005. En consecuencia, se ordene a la demandada pagar retroactivamente la mesada 14, a partir del momento del retiro y hasta que se haga efectivo el pago de la sentencia. (...)"

b) Hechos.

Para sustentar fácticamente las pretensiones la demandante afirmó, en resumen, lo siguiente:

Fue parte del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC del 17 de noviembre de 1987 hasta el 30 de mayo de 2014; su último cargo fue el de Dragoneante y su último lugar de trabajo el Establecimiento Penitenciario y de Mediana Seguridad y Carcelario de Cartagena.

Mediante Resolución N° GNR 251431 de 8 de octubre de 2013 Colpensiones le negó la pensión de jubilación, la cual fue revocada mediante Resolución N°45633 de 19 de febrero de 2014 que reconoció la pensión deprecada en cuantía de \$1.119.594.

Por Resolución N° 285951 de 18 de septiembre de 2015 COLPENSIONES negó la reliquidación de SU pensión de jubilación.

Inconforme con la decisión anterior, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación.



13-001-33-33-012-2017-00033-01

Mediante Resolución GNR 407657 de 15 de diciembre de 2015 COLPENSIONES resolvió el recurso de reposición, pero hasta la fecha de presentación de la demanda no había resuelto el recurso de apelación.

Agregó que el último año de servicios devengó asignación básica, sobresueldo, bonificación por servicios prestados, prima de riesgo, subsidio de alimentación, subsidio de unidad familiar, auxilio de transporte, bonificación de recreación, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios.

c) Normas violadas y concepto de la violación.

La parte demandante afirmó que el acto acusado violó los artículos 1, 2, 4, 5, 13, 29, 48, 523, 58, 83, 93, 228 de la Constitución Política y los principios de favorabilidad, primacía de la realidad sobre las formas y confianza legítima.

Los actos demandados vulneran el principio de igualdad, porque a centenares de funcionarios del INPEC se les reconoció su pensión con los factores salariales establecidos en el artículo 45 del Decreto 1045/78, y a otros con todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

Señaló que no es justo y vulnera el principio de igualdad que su pensión se le haya liquidado en una cuantía de \$1.119.594, con el promedio del 75% de los diez últimos años de servicios y con tan solo 3 factores salariales (sueldo, sobresueldo y bonificación por servicios), siendo que devengó 11 factores salariales de manera regular, continua y permanente, y a otros funcionarios del mismo cuerpo de custodia y vigilancia y con los mismos factores salariales devengados su pensión se liquide en más de \$1.700.000. Resulta inexplicable esa diferencia salarial de más de \$ 500.000 entre funcionarios de una misma entidad que devengan casi el mismo salario.

No es admisible que al actor se le haya liquidado su pensión con tres factores salariales y con el promedio de los 10 últimos años de servicios, y que a otros funcionarios del INPEC se les haya liquidado hasta con 9 factores salariales y con el promedio del último año de servicios.

Citó en apoyo a sus argumentos, la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 10 de agosto de 2010.

3.2. Contestación.

- **Colpensiones**¹ se opuso a las prosperidad de las pretensiones, señalando que los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades regladas deben tenerse por firmes, inamovibles y revestidos del valor de cosa juzgada, en pro y en contra de los administrados y de la autoridad que los profiere, principio este

¹ Fs. 121-126



13-001-33-33-012-2017-00033-01

que solo sufre excepción cuando media declaración de nulidad, ya sea por error grave de derecho o aquellos otros en que los hechos en que se fundan las decisiones, carecen de existencia real y hayan sido proferidos con maniobras dolosas o fraudulentas.

En este orden de ideas, las causales por las cuales es procedente declarar la nulidad de un acto administrativo serían las siguientes: Violación a la ley, vicios de forma, falsa motivación y desviación de poder.

Manifestó que al demandante le fue aplicado el régimen señalado en la Ley 32 de 1986 y el Decreto 407 de 1994.

Como el régimen aplicado al demandante cuenta con un vacío normativo respecto a la forma de liquidación de la pensión, no existiendo claridad en los postulados a seguir en esa materia, por lo que para efectos de la liquidación y en virtud de los principios de unidad y progresividad, se tuvo en cuenta el artículo 21 de la Ley 100/93.

Propuso como excepciones la inexistencia de la obligación y falta del derecho para pedir, buena fe, cobro de lo no debido.

3.3. Sentencia de primera instancia (fs. 145-154).

El Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 15 de marzo de 2018, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución GNR 45633 de 19 de febrero de 2014, mediante la cual se reconoció pensión de vejez al señor ABRAHAM CHAGUI CUETER, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de las GNR 285951 del 18 de septiembre de 2015 y GNR 407657 del 15 de diciembre de 2015, mediante las cuales se negó la reliquidación de la pensión de vejez del señor ABRAHAM CHAGUI CUETER y se resolvió un recurso de reposición contra la primera, ambas emanadas de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, por las razones expuestas en el presente proveído.

TERCERO: DECLARAR la nulidad del acto ficto o presunto que se generó por no haberse resuelto el recurso de apelación incoado contra la Resolución No GNR 285951 del 18 de septiembre de 2015, por las razones expuestas en el presente proveído.

CUARTO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, condénese a...COLPENSIONES, a reliquidar y pagar la pensión de vejez del señor ABRAHAM CHAGUI CUETER...con el promedio de lo devengado durante el último año de servicios (junio de 2013 a mayo de 2014), según certificación emanada del...INPEC de 25 de julio de 2016, a saber: asignación básica, prima de riesgo, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad (doceava parte), prima de servicios doceava parte), se excluye la bonificación por recreación y el subsidio de unidad familiar.



13-001-33-33-012-2017-00033-01

Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán aplicando la siguiente formula:

$$R = RH \times \text{INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL}$$

(...)Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

QUINTO: Se autoriza a la entidad demandada, una vez se haya efectuado el cálculo de la mesada pensional con la inclusión de todos los factores salariales, proceda a descomar del monto total a pagar al pensionado, las sumas correspondientes a los aportes que debió asumir el trabajador por los factores salariales cuya inclusión se ordena en esta sentencia, en caso que ello no se hubiere hecho.

SEXTO: A título de restablecimiento del derecho, se CONDENA a...COLPENSIONES a reconocer y pagar...la mesada 14 o mesada adicional en los términos del artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán aplicando la siguiente formula:

$$R = RH \times \text{INDÍCEE FINAL} / \text{INDICE INICIAL}$$

(...)Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

SÉPTIMO: Negar las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

OCTAVO: Condenar en costas a la parte vencida, con inclusión de agencias en derecho por el equivalente al 4% del valor de la cuantía estimada en la demanda. Se ordena su liquidación por secretaría.

NOVENO: Deberá darse cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 193 del CPACA.

DÉCIMO: Previa solicitud, devuélvase al demandante por intermedio de su apoderado, el remanente de los gastos ordinarios del proceso los cuales corresponden a la suma de veintitrés mil ochocientos pesos M/Cte. (\$ 23.800.00) m/Cte."

El A quo analizó las normas aplicables al caso concreto y concluyó que como el demandante había cotizado más de 500 semanas a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, tenía derecho a que se le aplicara la Ley 32 de 1986 y el Decreto 407 de 1994, normas que establecían que las pensiones se liquidarían con el 75% del promedio de los salarios devengados el último año de servicio.

Por lo anterior y como el demandante certificó que el año anterior a la adquisición del estatus pensional percibió, además de la asignación básica, prima de riesgo, subsidio de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte, bonificación por recreación, prima de navidad y prima de servicios, ordenó la reliquidación de la pensión incluyéndolos en la base de liquidación.

Finalmente, frente a la mesada 14 reclamada, manifestó que el demandante está cobijado por la excepción prevista en el parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo. Por lo anterior, tiene derecho a que se pague la mesada solicitada.

3.4. Recurso de apelación (fs. 158-159).

- **COLPENSIONES** manifestó que reconoció la pensión al demandante teniendo en cuenta el artículo 96 de la Ley 32 de 1986.

Agregó que ante la omisión normativa de la Ley 32/86 sobre la forma de liquidación de las prestaciones y en virtud de los principios de unidad y progresividad, dio aplicación al artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, el demandante no tiene derecho a la reliquidación de la pensión solicitada, teniendo en cuenta los factores del artículo 45 del Decreto 1045/1978.

3.5. Actuación procesal de la instancia.

Mediante auto del 31 de octubre de 2018 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (f. 173), y por providencia de 11 de marzo de 2019 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 177). - La apoderada de la parte demandada presentó alegatos y reiteró lo expuesto en el recurso de apelación (fs.179-180); el apoderado de la parte demandante no presentó alegatos y el Ministerio Público no rindió concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia

El artículo 153 del C.P.A.C.A., establece que las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, y las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como el recurso de queja cuando no se conceda apelación, o se condena en un efecto distinto del que corresponda, serán conocidos por los Tribunales Administrativos en segunda instancia, conforme a las reglas de competencia establecidas.

5.2. Problema Jurídico.

Corresponde a la Sala establecer, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si el demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de



jubilación, teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, en aplicación de la Ley 32 de 1986 en concordancia con el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

5.3. Tesis del Despacho

La Sala revocará la sentencia apelada, toda vez que el demandante no tiene derecho a la reliquidación en los términos que reclama, porque en principio no es beneficiario del régimen de transición previsto en el Decreto 2090 de 2003, por lo que los factores salariales que debieron tenerse en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión, eran aquellos previstos en el Decreto 1158 de 1994, o aquellos sobre los cuales se hubieran efectuado cotizaciones.

5.4. Marco jurídico y jurisprudencial

5.4.1. Régimen pensional del INPEC.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985, "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público", señaló:

"ARTÍCULO 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

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. (...)"

La Ley 32 del 3 de febrero 1986 adoptó el "*Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia*", estableciendo en su artículo 1º las materias que regulan dicha ley, incluyendo el régimen prestacional de dicho personal. De igual manera, en su artículo 96 se consagró:

"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."

Por su parte, el artículo 114 ibídem, dispuso:

"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"



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

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

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

El Decreto 407 de 20 de febrero de 1994, "por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario", en su artículo 168 estableció lo siguiente:

"PENSION DE JUBILACION. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que a la fecha de la vigencia del presente decreto se encuentren prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986. El tiempo de servicio prestado en la fuerza pública se tendrá en cuenta para estos efectos.

Con relación a los puntos porcentuales de cotización, serán determinados por el Gobierno Nacional.

PARAGRAFO 1º. Las personas que ingresen a partir de la vigencia de este decreto, al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho a una pensión de vejez en los términos que establezca el Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993 para las actividades de alto riesgo.

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

El Decreto 407 de 1994 entró en vigencia el 21 de febrero de 1994,² y fue expedido en el entendido de la Ley 100/93 entraría en vigencia, como en efecto lo hizo el 1º de abril de 1994.

No obstante, el Gobierno Nacional, solamente hasta el año 2003, estableció el régimen pensional para los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, por medio del Decreto 2090 de julio 26 de 2003 "Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades", en el que se señaló:

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

² Diario Oficial No. 41.233, de 21 de febrero de 1994



1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos.
2. Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional.
3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes.
4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.
5. En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes.
6. En los Cuerpos de Bomberos, la actividad relacionada con la función específica de actuar en operaciones de extinción de incendios.
7. En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Así mismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública."

Artículo 3º. Pensiones especiales de vejez. Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.

Artículo 4º. Condiciones y requisitos para tener derecho a la pensión especial de vejez. La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:

1. Haber cumplido 55 años de edad.
2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 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.

Artículo 5º. Monto de la cotización especial. El monto de la cotización especial para las actividades de alto riesgo es el previsto en la Ley 100 de 1993, más diez (10) puntos adicionales a cargo del empleador.

Artículo 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 2003.



13-001-33-33-012-2017-00033-01

Artículo 11. Vigencia y derogatorias. El presente decreto regirá a partir de su publicación y deroga todas las normas que le sean contrarias, en particular, el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, los Decretos 1281, 1835, 1837 y el artículo 5° del Decreto 691 de 1994, el Decreto 1388 y el artículo 117 del Decreto 2150 de 1995 y el Decreto 1548 de 1998."

Por lo anterior, el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, fue derogado solo hasta el 28 de julio de 2003.

El Decreto 1950 de 2005, "por el cual se reglamenta el artículo 140 de la Ley 100 de 1993" estableció a su turno:

"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.

Artículo 2º. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación"

Luego, el Congreso de la República mediante Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política, aclaró la vigencia de los regímenes pensionales para los trabajadores del INPEC, en el párrafo transitorio 5º, en los siguientes términos:

"Párrafo transitorio 5o. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes".

5.4.3. Ingreso Base de liquidación del derecho pensional del personal del INPEC.

La Ley 32 de 1986 no contempló los factores a tener en cuenta para efectos de realizar la liquidación de la pensión de jubilación, razón por la cual, conforme a lo previsto en su artículo 114 ibídem³, en los aspectos no regulados, se debe remitir a las normas vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Luego, la norma vigente para los empleados del orden nacional, a que hacen referencia los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, es

³ **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



13-001-33-33-012-2017-00033-01

la Ley 33 de 1985; sin embargo, esta norma no resulta aplicable a los servidores cobijados por un régimen especial, como en este caso los servidores del INPEC, acorde a la exclusión que al respecto establece el artículo 1º inciso segundo de la misma Ley 33/85.

Por lo anterior, resultaba necesario acudir al Decreto - Ley 1045 de 1978, "Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional", cuyo artículo 45 establece:

"ARTICULO 45. DE LOS FACTORES DE SALARIO POR LA LIQUIDACION DE CESANTIA Y PENSIONES. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a. La asignación básica mensual;
- b. Los gastos de representación y la prima técnica;
- c. Los dominicales y feriados;
- d. Las horas extras;
- e. Los auxilios de alimentación y transporte;
- f. La prima de Navidad;
- g. La bonificación por servicios prestados;
- h. La prima de servicios;
- i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;
- k. La prima de vacaciones;
- l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll .Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del decreto 3130 de 1968.

Así lo entendió el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección "A", C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, en providencia de 12 de mayo de 2014, radicado número: 5001-23-31-000-2008-00239-01(0889-13), donde señaló:

"Por lo anterior, es importante precisar que si bien la norma vigente para los empleados del orden nacional, a que hacen referencia los artículos 114 de la



13-001-33-33-012-2017-00033-01

Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, era la Ley 33 de 1985, esta norma no aplica a los servidores cobijados por un régimen especial, dada la exclusión expresa en el artículo 1º inciso segundo y por tanto, en cuanto a los factores es necesario acudir al Decreto 1045 de 1978.

Bajo estos supuestos, para determinar qué factores deben tenerse en cuenta para liquidar la pensión de jubilación del señor Orozco Bedoya, debe acudirse a la normatividad anterior a la Ley 33 de 1985, esto es, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978"

Así mismo, el Consejo de Estado, en providencia de 25 de octubre de 2018, al decidir una acción de tutela dentro del radicado, 11001-03-15-000-2018-03523-00, señaló:

"Retomando el caso, la Corporación demandada precisó que "el demandante nació el 8 de agosto de 1.965, es decir que, al 1º de abril de 1.994 no tenía 40 años de edad. De igual forma se observa que, el actor ingresó a trabajar en el INPEC el 06 de abril de 1.990, por lo que a dicha fecha tampoco contaba con 15 años de servicio, en consecuencia, encuentra la Sala que, el actor no tenía derecho al régimen de transición contemplado en el art. 36 de la Ley 100 de 1.993." (Negrillas de la transcripción)

Por tal motivo, concluyó acertadamente que "el régimen aplicable al actor para liquidar su pensión de jubilación, es la ley 100 de 1.993 en su artículo 21 por cuanto al momento de entrada en vigencia de dicho régimen, esto es, el 1º de abril de 1994, el actor solo contaba con tres (3) años, once (11) meses y veinticinco (25) días de servicios." (Destacado por la Sala)".

5.5. Caso concreto.

5.5.1. Pruebas relevantes para decidir.

- Resolución N° GNR 251431 de 8 de octubre de 2013, por medio de la cual Colpensiones le negó a la demandante el reconocimiento de la pensión de jubilación (f.5-8).
- Resolución N° GNR 45633 de 19 de febrero de 2014, mediante la cual Colpensiones revocó en todas sus partes la resolución anterior y reconoció una pensión de jubilación al demandante, teniendo en cuenta para ello el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 y los factores salariales consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (fs. 10-13).
- Resolución N° GNR 285952 de 18 de septiembre de 2015 "Por la cual se niega una reliquidación de pensión", proferida por COLPENSIONES (fs. 15-17).
- Resolución N° GNR 407657 de 15 de diciembre de 2015 DE Colpensiones, "Por medio del cual se resuelve un recurso de reposición" (fs. 19-24).
- Resolución N° 001409 de 9 de mayo de 2014 de COLPENSIONES, "Por la cual se acepta una renuncia en la planta de personal del INPEC" (f. 25).



- Certificado de información laboral de 8 de junio de 2016, suscrito por el Subdirector Operativo (E) del INPEC, mediante el cual SE hace constar que el demandante laboró para esa entidad entre el 17 de noviembre de 1987 hasta el 30 de mayo de 2014 (f. 27).
- Certificación de Salario mes a mes de 25 de julio de 2016, suscrito por la Coordinadora Grupo de Tesorería del INPEC, mediante el cual hace constar que el demandante devengó y cotizó entre enero de 1994 hasta mayo de 2014, sobre la asignación básica y remuneración por servicios prestados (fs. 29-39).
- Certificación de 3 de agosto de 2016, suscrita por la Coordinadora del Grupo Tesorería General del INPEC, mediante el cual hace constar que el demandante entre enero de 1994 hasta mayo de 2014, devengó asignación básica, prima de riesgo, subsidio de alimentación, subsidio de unidad familiar, auxilio de transporte, bonificación por recreación, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios (fs. 40-46).

5.5.2. Análisis Crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

En el presente caso Colpensiones manifestó que reconoció la pensión al demandante teniendo en cuenta el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 y agregó que ante la omisión normativa respecto de la forma de liquidación de las prestaciones, y en virtud de los principios de unidad y progresividad, dio aplicación al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por lo que el demandante no tiene derecho a que se apliquen los factores salariales del artículo 15 del Decreto 1045/1978.

En la sentencia apelada se ordenó reliquidar la pensión del demandante, teniendo en cuenta todos los factores salariales establecidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y devengados por el demandante el último año de servicios.

En primer lugar, advierte la Sala, que al demandante no le es aplicable la ley 32/86, toda vez que si bien empezó a trabajar con el INPEC antes del 28 de julio de 2003 (el 17 de noviembre de 1987, ver fl. 27), fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, no cumple con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición previsto en dicha norma, toda vez que, si bien contaba con las 500 semanas de cotización exigidas en el inciso primero del artículo 6º ibídem, el párrafo de dicho artículo exige que "Para poder ejercer los derechos que se establecen en el decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, **deben cumplir en adición a los requisitos especiales señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993**, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003.



Como en el proceso quedó acreditado que a la entrada en vigencia de la Ley 100/93 (1° de abril de 1994), el demandante solo tenía 28 años de edad, toda vez que nació el 2 de abril de 1995 (f.3) y 10 años, 4 meses y 14 días de servicio, pues ingresó al Instituto Nacional Penitenciario el 17 de noviembre de 1987 (ver fl. 27), las normas aplicables al reconocimiento de su pensión eran las establecidas en el Decreto 2090 de 2003.

La entidad demandada reconoció la pensión del actor en aplicación de la Ley 32/86 y la liquidó teniendo en cuenta lo devengado en el último año de servicio, incluyendo todos los factores salariales consagrados en el artículo 45 de Decreto 1045 de 1978.

- De acuerdo con las conclusiones a que arribó la Sala previamente, el ingreso base de cotización aplicable al accionante no corresponde al promedio de los factores salariales previstos en el Decreto 1045/78 aplicado por COLPENSIONES al reconocer su pensión, pues no estuvo cobijado por el régimen de transición de los funcionarios del cuerpo de custodia y vigilancia a que se refiere el Decreto 2090/03, pues el ingreso base de liquidación de los empleados de dicho cuerpo que no cumplieron con los requisitos previstos en este último decreto para ser beneficiarios del régimen de transición (y ese es el caso del accionante), es el previsto en la Ley 100/93; y de acuerdo con los artículos 21 y 36 de dicha norma, el IBL del accionante estaría integrado únicamente con los factores salariales sobre los cuales hubiera cotizado a pensiones durante los últimos 10 años de servicio.

Todo ello sobre la base de que el accionante tuviere en realidad derecho a obtener su pensión de jubilación, lo cual es discutible en su caso, dado que el reconocimiento pensional se le hizo teniendo en cuenta una edad y tiempo de servicio, en aplicación de un régimen distinto al que legalmente le resultaba aplicable.

En suma, la Sala denegará las pretensiones de la demanda por las razones anotadas; y se abstendrá de enjuiciar la legalidad de los actos de reconocimiento pensional demandados por cargos distintos a los que se formularon en su contra y atendiendo consideraciones distintas a las que sirvieron de marco a la litis, que eventualmente conducirían a desmejorar su situación jurídica, lo que ciertamente no se persigue con la demanda.

Por lo anterior, se revocará los numerales primero, segundo, tercero, cuarto y quinto del fallo apelado, proferido por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante los cuales se accedió a las pretensiones de la demanda, relacionados con la reliquidación pensional y, en su lugar, se denegaran las mismas.



Finalmente, frente a la mesada 14 reclamada, manifestó que el demandante está cobijado por la excepción prevista en el parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo. Por lo anterior, tiene derecho a que se pague la mesada solicitada.

3.4. Recurso de apelación (fs. 158-159).

- **COLPENSIONES** manifestó que reconoció la pensión al demandante teniendo en cuenta el artículo 96 de la Ley 32 de 1986.

Agregó que ante la omisión normativa de la Ley 32/86 sobre la forma de liquidación de las prestaciones y en virtud de los principios de unidad y progresividad, dio aplicación al artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, el demandante no tiene derecho a la reliquidación de la pensión solicitada, teniendo en cuenta los factores del artículo 45 del Decreto 1045/1978.

3.5. Actuación procesal de la instancia.

Mediante auto del 31 de octubre de 2018 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (f. 173), y por providencia de 11 de marzo de 2019 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 177). - La apoderada de la parte demandada presentó alegatos y reiteró lo expuesto en el recurso de apelación (fs.179-180); el apoderado de la parte demandante no presentó alegatos y el Ministerio Público no rindió concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia

El artículo 153 del C.P.A.C.A., establece que las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, y las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como el recurso de queja cuando no se conceda apelación, o se condena en un efecto distinto del que corresponda, serán conocidos por los Tribunales Administrativos en segunda instancia, conforme a las reglas de competencia establecidas.

5.2. Problema Jurídico.

Corresponde a la Sala establecer, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si el demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de



13-001-33-33-012-2017-00033-01

Respecto los demás numerales, se mantendrán incólumes toda vez que no fueron objeto de apelación.

5.6. Costas en segunda instancia

En el presente caso procede la aplicación del artículo 188 del CPACA que remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, como el recurso fue resuelto parcialmente favorable a la demandada, no se condenará en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA

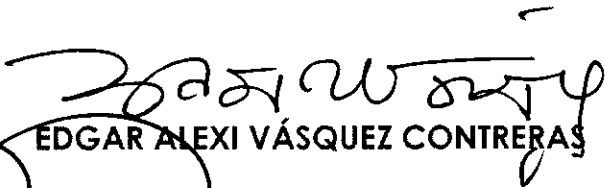
PRIMERO: Revocar los numerales primero, segundo, tercero, cuarto y quinto del fallo apelado y, en su lugar, se niegan las pretensiones de la demanda.

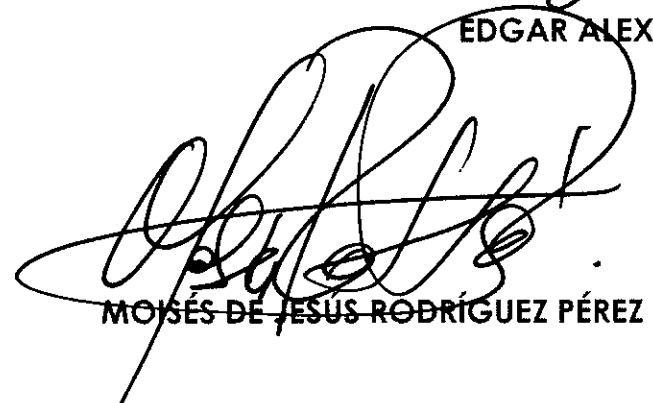
SEGUNDO: Confirmar los demás numerales de la sentencia apelada.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: En firme esta sentencia, devolver el expediente al Despacho de origen. Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE