



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué-Tolima, veinticuatro (24) de enero de dos mil veinte (2020)

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **JAIDER YAMID TOVAR ARDILA**
Demandado: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES**
Radicación: **73001-33-33-003-2017-00292-00**

ASUNTO

Procede este Juzgado a emitir sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, dentro del presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por Jaider Yamid Tovar Ardila contra la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

- 1.1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución GNR 272228 del 14 de septiembre de 2016, mediante la cual se reconoció la pensión y la nulidad total de las Resoluciones SUB 24 de marzo de 2017 y DIR 69521 del 19 de mayo de 2017, mediante las cuales se reliquidó la pensión del demandante sin incluir la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios.
- 1.2. Se ordene a la demandada, reconocer y pagar al demandante la pensión de jubilación en una cuantía del 75% de lo percibido en el último año de servicio, comprendido entre el 1 de febrero de 2015 al 31 de enero de 2016, con la totalidad de los factores salariales devengados, esto es: salario básico, bonificación por servicios prestados, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, prima de riesgo, prima de capacitación, prima de seguridad y subsidio por unidad familiar.
- 1.3. Que se ordene el pago a favor del accionante del reajuste de su pensión, en forma retroactiva desde el 1 de febrero de 2016 fecha en que se produjo el retiro del INPEC y hasta que cobre ejecutoria la sentencia.
- 1.4. Que se ordene el pago de la indexación de conformidad con el artículo 187 del CPACA.
- 1.5. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia de conformidad a lo preceptuado del artículo 192 del CPACA.

- 1.6. Que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada, de conformidad con el artículo 188 del CPACA.

2. HECHOS RELEVANTES

El fundamento fáctico relevante, se puede sintetizar así:

- 2.1. El señor Jaider Yamid Tovar Ardila laboró al servicio del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC desde el 9 de noviembre de 1995 y hasta el 31 de enero de 2016, siendo reconocida la pensión de jubilación a través de resolución GNR 272228 del 14 de septiembre de 2016.
- 2.2. El demandante solicitó a Colpensiones la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, siendo resuelta negativamente en Resolución SUB 24 de marzo de 2017, decisión que fue confirmada en la Resolución DIR 69521 del 19 de mayo de 2017.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante señala que el acto administrativo atacado vulnera la Constitución Política, artículo 48, Ley 100 de 1993 artículo 140, Decreto 407 de 1994, Ley 32 de 1986, Decreto 1045 de 1978 y Ley 4 de 1966.

Como concepto de violación expone que el demandante es beneficiario de la pensión de jubilación de alto riesgo de conformidad con la Ley 100 de 1993 artículo 140, reglamentado por el Decreto 1950 de 2005 y el Acto Legislativo 01 de 2005, en el que se indica que el régimen aplicable es el Decreto 407 de 1994 y la Ley 32 de 1986, debido a que el actor ingresó al INPEC antes de la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003.

Además, indica que en lo que respecta a los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la mesada pensional, son todos aquellos percibidos en el último año de servicios, incluyendo la prima de riesgo y el subsidio por unidad familiar atendiendo a lo preceptuado en el Decreto 1045 de 1978 y la Ley 4 de 1966.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

- **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES (Fol. 69-72)**

A través de apoderado judicial, la entidad contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones. Como argumentos de defensa y en los que se edifica la llamada excepción, señala que las pensiones que son reconocidas por Colpensiones se efectúan con la información del certificado laboral de los afiliados y a falta de estos, se toma en cuenta la información que reposa en el expediente administrativo.

Así mismo indica que las prestaciones económicas que son reconocidas con fundamento en la Ley 32 de 1986 deben ser liquidadas conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, teniendo en cuenta el promedio de lo

Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante : JAIDER YAMID TOVAR ARDILA
Demandado : ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
Expediente : 73001-33-33-003-2017-00292-00

devengado en los últimos 10 años anteriores al cumplimiento de la edad o de todo el tiempo cotizado si fuere más favorable al afiliado, tal como lo indicó la H. Corte Constitucional en sentencia SU- 230 de 2015.

Con base en este argumento central, propuso la que a título de excepción denominó *Inexistencia de la obligación* e igualmente la de *prescripción*.

5. TRAMITE PROCESAL

La demanda presentada el 13 de septiembre de 2017, fue inadmitida mediante providencia del 2 de octubre de 2017 (Fol. 52); subsanadas las falencias, en auto fechado 14 de noviembre de 2017, se admitió la demanda disponiendo lo de ley (Fol. 56). Vencido el término para contestar la demanda, mediante auto del 8 de junio de 2018, se fijó fecha para la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (Fol. 75), la cual se llevó a cabo el día 8 de noviembre de 2018 (Fol. 81-83) en ella se realizó el saneamiento del proceso, se fijó el litigio, se evacuó el trámite correspondiente a las posibles fórmulas de conciliación y al no requerirse la práctica de ninguna prueba, atendiendo a lo dispuesto en el inciso final del artículo 181 del CPACA, se corrió traslado para que las partes presentaran los alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rindiera concepto, siendo ejercido el derecho por la parte demandante y Colpensiones, reiterando los argumentos que habían expuesto en sus intervenciones iniciales (Fol. 96-104).

Así las cosas, al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, el Despacho procede a decidir la controversia conforme a las siguientes

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente este Despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibidem*.

2. ANÁLISIS SUSTANCIAL

Con miras a resolver la presente controversia, se determinará: *i) problema jurídico ii) Del régimen jurídico aplicable a los funcionarios y empleados del Instituto Carcelario y Penitenciario INPEC iii) Caso Concreto.*

i. Problema Jurídico

Consiste en determinar si el señor JAIDER YAMID TOVAR ARDILA, tiene derecho a que se le revise, reajuste y pague la pensión de jubilación de la cual es beneficiario como ex funcionario del INPEC, con base en el 75% de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios.

ii. Del régimen jurídico pensional aplicable a los funcionarios y empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC

La Ley 32 de 1986, "por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia", consagró un régimen pensional especial para los trabajadores que lo conformaban, en su artículo 96 dispuso:

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

Sin embargo, en dicha ley nada se dijo sobre la liquidación de las pensiones de jubilación, en tanto, el artículo 114 ibidem indicó:

"(...) 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. (...)"(Negrilla fuera del texto original)

Con posterioridad, se expidió el Decreto 407 de 1994, consagrando en el artículo 168¹ que a la fecha de su entrada en vigencia -21 de febrero de 1994-, los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que estuvieran prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC, tendrían derecho a gozar de una pensión de jubilación en los términos previstos en la Ley 32 de 1986, y que el tiempo de servicio prestado en la fuerza pública se tendrá en cuenta para estos efectos; así a la letra lo indicaba:

"(...) ARTICULO 168. PENSIÓN DE JUBILACIÓN. 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 1°. 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 2°. El personal Administrativo del Instituto se regirá por las normas establecidas en la Ley 100 de 1993. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Como se puede observar, el parágrafo 1° del artículo 168 del Decreto 407 de 1994, expresa claramente que los funcionarios y empleados que ingresen al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional a partir de la vigencia de dicho Decreto a que la pensión de vejez sea reconocida en los términos que

¹ Artículo que fue derogado por el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003

Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante : JAIDER YAMID TOVAR ARDILA
Demandado : ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
Expediente : 73001-33-33-003-2017-00292-00

establezca el gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993, el cual estableció:

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

El Gobierno Nacional establecerá los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador, o del empleador y el trabajador, según cada actividad. (...)"
(Subraya y negrilla fuera del texto original)

Más adelante, el Gobierno Nacional profiere el **Decreto 691 de 1994** a través del cual se incorporó a los empleados del INPEC al Sistema General de Pensiones, así en el artículo 5° preceptuó:

"Artículo 5°. Actividades de alto riesgo. Los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo para su salud, se entienden incorporados al Sistema General de Pensiones, pero les aplicarán las condiciones especiales que para cada caso se determinen."

En atención a lo preceptuado en el citado artículo 140 de la Ley 100 de 1993, se expide el Decreto 2090 del 26 de julio de 2003 estableció el régimen pensional de los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, así determinó:

*"(...) **ARTÍCULO 2°, ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO PARA LA SALUD DEL TRABAJADOR.** Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:*

(-)

7. En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión 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 3°. PENSIONES ESPECIALES DE VEJEZ.** Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.*

***ARTÍCULO 4°. CONDICIONES Y REQUISITOS PARA TENER DERECHO A LA PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ.** La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:*

1. Haber cumplido 55 años de edad.

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

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

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

ARTICULO 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. (...)*(Subraya y negrilla fuera del texto original).

Ahora bien, tras la expedición del Acto Legislativo No. 01 de 2005, por medio del cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, y es en el parágrafo transitorio 5° donde se aclaró la vigencia de los regímenes pensionales para los trabajadores del INPEC, el tenor literal del artículo expresa:

"(...) PARÁGRAFO TRANSITORIO 5°. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y 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. (...)(Subraya y negrilla fuera del texto original)

Bajo la normatividad anteriormente expuesta, resulta claro que los miembros del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC que ingresaron a partir de la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, esto es, 28 de julio de 2003, se les aplicará el régimen de alto riesgo allí contemplado.

No obstante, a los funcionarios y empleados que ingresaron a la institución con anterioridad a la fecha antes aludida, es decir, aquellos que se encuentran cobijados por el régimen de transición del artículo 6° del multicitado Decreto 2090 de 2003, no es otro que el establecido en la Ley 32 de 1986 en lo que corresponde a edad y tiempo de servicios, empero, respecto de la forma de liquidar dicha prestación económica y de los factores salariales a tenerse en cuenta en el IBL, es necesario remitirse a las normas actuales del sistema general de pensiones aplicables a los servidores públicos nacionales, las cuales no son otras a las contenidas en la Ley 100 de 1993 y en el Decreto Decreto 1158 de 1994.

Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante : JAIDER YAMID TOVAR ARDILA
Demandado : ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
Expediente : 73001-33-33-003-2017-00292-00

Para arribar a esta última conclusión, advierte el Despacho que el H. Consejo de Estado a través de Sentencia de Unificación proferida el pasado 28 de agosto de 2018 señaló unas reglas de unificación jurisprudencial aplicables para determinar el Ingreso Base de Liquidación de las pensiones de jubilación.

La sección Segunda en el pronunciamiento que se analiza, indicó lo que sigue en relación con el precedente contenido en la Sentencia de Unificación de fecha 4 de agosto de 2010:

“101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.”

Así, la alta Corporación estableció la siguiente **REGLA JURISPRUDENCIAL** sobre el IBL en el régimen de transición, en los siguientes términos:

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

Igualmente, estableció las siguientes sub reglas, a efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, así:

“...La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

...la segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones... (Destaca el Juzgado).

Frente a la aplicación de dichas sub reglas al personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC encuentra el Despacho, que si bien la regla y la primera subregla, no los cobijan, en tanto gozan de un régimen especial por virtud de lo establecido en el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, no se puede omitir que de acuerdo con lo señalado en el Acto Legislativo 01 de 2005 y la reciente jurisprudencia del H. Consejo de Estado, **les es aplicable la segunda subregla** consagrada en la Sentencia de Unificación de marras, como quiera que lo que procura ésta es justamente la sostenibilidad financiera del sistema pensional, independientemente del régimen que les sea aplicable, señalando que deben liquidarse conforme a los factores salariales frente a los cuales se realizaron efectivamente los aportes.

En reciente decisión², el Tribunal Administrativo del Tolima, con ponencia del Magistrado Ángel Ignacio Álvarez Silva, hizo un estudio acerca del régimen pensional de los servidores del INPEC vinculados antes del 28 de julio de 2003, advirtió:

“...como quiera que la Ley 32 de 1986 constituye el acto de creación del cuerpo de custodia y vigilancia en el que se desempeñan los beneficiarios de la pensión que se establece en su artículo 96, se concluye que los primeros pensionados con sustento en dicho artículo se producen cuando ya se encuentra en plena vigencia el Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones, instaurado a través de la Ley 100 de 1993, por lo que son las normas de esta última a las que debe dirigirse la remisión que se hace en el artículo 114 de la Ley primigenia.

En cuarto lugar, en el Decreto 691 de 1994, expedido para la implementación de la Ley 100 de 1993, se dispuso la incorporación de todos los servidores públicos al sistema de seguridad en pensiones previsto en esa Ley, con las salvedades aplicables a los regímenes exceptuados, se establecieron los factores salariales base de cotización para los servidores públicos vinculados a ese sistema de pensiones, que luego fue modificado por el Decreto 1158 de 1994, y se hizo la siguiente precisión:

ARTICULO. 5º— Actividades de alto riesgo. Los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo para su salud se entienden incorporados al sistema general de pensiones, pero les aplicarán las condiciones especiales que para cada caso se determinen.

En quinto y último lugar, la determinación definitiva sobre la aplicación y los destinatarios de la Ley 32 de 1986 se hizo en el Acto legislativo 01 de 2005, que modificó el Artículo 48 de la Constitución Nacional, y en el que se precisó a nivel constitucional la sujeción de todas las pensiones al Sistema General en Pensiones (regido por la Ley 100 de 1993) y la obligatoria correspondencia entre los factores salariales sobre los cuales se cotiza y los que se incluyan en la liquidación de la pensión que se obtiene con base en dichos aportes.

² Sentencia del tres (3) de octubre de dos mil diecinueve (2019) dentro del medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho con radicación: 73001-33-33-001-2016-00372-01. Interno: 01392/2018

Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Demandante : JAIDER YAMID TOVAR ARDILA
 Demandado : ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
 Expediente : 73001-33-33-003-2017-00292-00

Lo anterior lleva a concluir entonces que la remisión a las normas vigentes para los empleados oficiales que se hace en el artículo 114 de la Ley 32 de 1986, en relación con los vacíos que se encuentran en esa Ley para la aplicación de su artículo 96, hace referencia específica a las normas de la Ley 100 de 1993, en cuanto a los elementos de la pensión sobre los cuales nada se dijo en dicho artículo, específicamente lo establecido en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior también descarta de plano la utilización de normas que al momento de expedición de la Ley 32 de 1986 ya no se encontraban vigentes en materia pensional, como el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 o la utilización de periodos de determinación del IBL apelando a normas que explícitamente excluyeron su aplicación a pensiones especiales como las establecida en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986... ”.

En las conclusiones del Tribunal y que el Despacho hace suyas, se dijo:

“De los anteriores acápite se concluye que las personas vinculadas al INPEC con anterioridad al 28 de julio de julio de 2003, fecha de entrada en vigencia del Decreto Ley 2090 de 2003, y desempeñan actividades de alto riesgo como integrantes del cuerpo de custodia y vigilancia carcelaria del INPEC, le resultan aplicables las prerrogativas de edad y tiempo de servicio establecidas en el artículo 96 de la ley 32 de 1986 para la obtención de su pensión, pero como en dicha ley no se establece la forma de liquidar tal prestación, pues remite a las normas vigentes para los servidores públicos nacionales, debe acudirse a las normas del sistema General de Pensiones que se aplica a la generalidad de los empleados públicos que reciben su pensión durante su vigencia. Lo anterior permite establecer que el IBL se determina con base en el promedio de los ingresos obtenidos por el pensionado durante los 10 últimos años de servicio, incluyendo en su liquidación los factores salariales previstos para ese efecto en el Decreto 1158 de 1994, aplicable para todos los servidores públicos a partir de la entrada en rigor del Sistema General de Pensiones.”

iii. Caso Concreto

Como hechos probados relevantes para resolver el litigio encontramos los que a continuación se relacionan:

<ul style="list-style-type: none"> El señor Jaider Yamid Tovar Ardila nació el 15 de abril de 1976 	Fl. 4
<ul style="list-style-type: none"> El demandante estuvo vinculado al INPEC desde el 9 de noviembre de 1995 y hasta el 31 de enero de 2016, siendo su último empleo Teniente de Prisiones. 	Documento rotulado como GAF-CER-HO-2016_4162867-2016042707145 0 del expediente administrativo obrante a folio 77
<ul style="list-style-type: none"> Que mediante Resolución No. 000230 del 26 de enero de 2016, Director General del Instituto Nacional 	Fl. 18

<p>Penitencio y Carcelario - INPEC le aceptó la renuncia a la demandante, a partir del 31 de enero de 2016.</p>	
<ul style="list-style-type: none"> • Que el último año de servicio del demandante transcurrió entre 1° de febrero de 2015 y el 31 de enero de 2016, en el que devengó los siguientes emolumentos: sueldo básico, prima de riesgo, subsidio unidad familiar, bonificación por recreación, prima capacitación y prima de seguridad. 	Fol. 39
<ul style="list-style-type: none"> • Mediante Resolución No. GNR272228 del 14 de septiembre de 2016, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, reconoció al demandante, una pensión de jubilación, teniendo como fundamento normativo el artículo 96 de la Ley 32 de 1986. Al efecto se tuvo en cuenta lo devengado por el demandante en los últimos diez (10) años de servicios, tomando como referente los siguientes factores salariales por él devengados: <ul style="list-style-type: none"> ✓ Asignación básica ✓ Bonificación por servicios prestados 	Fl. 4-8 y liquidación de la entidad en formato PDF en archivo denominado “GRF-LID-LI-2016_4162867-2016091403413 7 – LIQUIDACION AÑO 2016” en CD a folio 77
<ul style="list-style-type: none"> • Que mediante solicitud del 26 de enero de 2017 el señor Jaider Yamid Tovar Ardila, solicitó la reliquidación de la pensión de vejez, siendo despachada desfavorablemente a través de la Resolución SUB18266 del 24 de marzo de 2017. 	Fol. 10-12
<ul style="list-style-type: none"> • Que el demandante interpuso recurso de apelación en contra de la Resolución SUB18266 del 24 de marzo de 2017, siendo resuelto a través de la Resolución No. DIR 69521 del 19 de mayo 2017, quien reliquidó la pensión de vejez del actor incrementando el IBL, lo cual le arrojó una cuantía pensional inicial de \$1.396.114 	Fol. 14-17

El problema relacionado con la reliquidación de la pensión de vejez del actor con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios prestados, debe ser abordado a partir del marco jurídico expuesto en acápites anteriores, siendo claro que a los servidores públicos vinculados al cuerpo de custodia y vigilancia Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC que ingresaron a la institución antes del 28 de julio de 2003, se les aplicará el régimen dispuesto en la Ley 32 de 1986, por tanto, la pensión debe ser reconocida aplicando el régimen anterior.

No obstante, ante el vacío normativo en lo que respecta al IBL y a los factores base de liquidación, deberá regirse bajo los postulados de la Ley 100 de 1993, en

Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante : JAIDER YAMID TOVAR ARDILA
Demandado : ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
Expediente : 73001-33-33-003-2017-00292-00

consideración a que dichos funcionarios fueron inmersos al Sistema General de Pensiones con el Decreto 691 de 1994.

Por la fecha de ingreso al INPEC del señor Jaider Yamid Tovar Ardila -9 de noviembre de 1995-, el régimen pensional aplicable es el contenido en la Ley 32 de 1986, a excepción del ingreso base de liquidación, el cual como se vio, se rige por la Ley 100 de 1993 y su decreto reglamentario.

En tal virtud y como se sabe que mediante Resolución No. GNR 272228 del 14 de septiembre de 2016, la entidad demandada le reconoció la pensión al demandante en una cuantía de \$1.395.485, siendo reliquidada en Resolución DIR 69521 del 19 de mayo de 2017 al valor de \$1.396.114 y calculando como IBL el promedio de lo **cotizado** durante los últimos 10 años de servicio, este valor en un 75% se fijó como su primera mesada pensional.

Así, se puede colegir que se dio aplicabilidad al régimen de los funcionarios y empleados del INPEC en lo que correspondía al tiempo de servicio y tasa de reemplazo.

En cuanto al salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, el **artículo 1º del Decreto 1158 de 1994**³ enlistó para el efecto los siguientes factores: (i) la asignación básica mensual, (ii) los gastos de representación, (iii) la prima técnica, cuando sea factor de salario, (iv) las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario, (v) la remuneración por trabajo dominical o festivo, (vi) la remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna y (vii) la bonificación por servicios prestados, respecto de los cuales, el actor devengó y realizó aportes al sistema de seguridad social, únicamente sobre la asignación básica y la bonificación por servicios, como se certifica por parte del INPEC en el formato No. 3(B) visible a folios 20 al 31.

Nótese que ni la prima de riesgo, ni el subsidio de alimentación, ni el subsidio de unidad familiar, así como tampoco el auxilio de transporte, la bonificación por recreación, la prima de vacaciones, la prima de navidad y la prima de servicios devengadas, fueron establecidas como factores salariales para el cálculo del IBL, ni tampoco se hicieron aportes sobre tales emolumentos. Es más, si se mira la certificación expedida por el Coordinador del Grupo de Tesorería del INPEC⁴, se advierte en su parte final, que **“SOBRE LOS FACTORES DEVENGADOS AQUÍ CERTIFICADOS NO SE EFECTUARON DESCUENTOS NI SE HICIERON APORTES”**, razón por la cual se denegará su inclusión.

Ahora bien, en lo que respecta a la prima de capacitación devengada, si bien se encuentra enlistada en el Decreto 1158 de 1994, la norma advierte que únicamente servirá para el cálculo de la pensión, cuando ella sea un factor salarial, pero como se vio, sobre la misma no se hicieron aportes, por tanto, no hay forma de que sea

³ “Por el cual se modifica el artículo 6 del Decreto 691 de 1994”.

⁴ Folio 32-39

incluida en el IBL, so pena de desconocer el principio de sostenibilidad del sistema pensional del que se ocupó la sentencia de unificación citada en este fallo.

Lo anterior permite responder de forma negativa el problema jurídico que se planteó y ello conllevará a denegar las pretensiones encaminadas a tal reconocimiento vía judicial, pues el régimen especial del actor y las prerrogativas allí previstas, no implican la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados para el cálculo de su pensión, sino que, únicamente pueden ser tenidos en cuenta como IBL, aquellos enlistados en el Decreto 1158 de 1994 y sobre los cuales haya realizado los respectivos aportes.

3. CONDENA EN COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

Al resultar denegatorias las pretensiones de la demanda y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público, es menester proveer sobre la correspondiente condena en costas a favor de la parte accionada, ateniendo el criterio objetivo valorativo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia calendada el 26 de julio de 2018⁵, verificando en consecuencia que la entidad demandada desplegó actividades en pro de su defensa con la contestación de la demanda, asistencia de su apoderada a la audiencias inicial y la presentación de alegatos de conclusión orales, razón por la cual se fijará la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS (\$600.000) por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandada y se ordenará que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación de los gastos procesales en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda promovida por Jaider Yamid Tovar Ardila contra la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, de conformidad con lo indicado en parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte accionante. Tásense, tomando en cuenta como agencias en derecho la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS (\$600.000) a favor de la entidad demandada COLPENSIONES.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, William Hernández Gómez, radicación No. 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).

Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante : JAIDER YAMID TOVAR ARDILA
Demandado : ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
Expediente : 73001-33-33-003-2017-00292-00

TERCERO: De no ser apelada esta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previo las anotaciones de rigor.

CUARTO: Reconocer personería a la abogada YOLANDA HERRERA MURGUEITIO como apoderada judicial principal de COLPENSIONES y como sustituto al abogado SEBASTIÁN TORRES RAMIREZ, de acuerdo a los poderes obrantes a folios 127 y ss.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL
Jueza

