



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, trece (13) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

RADICADO No. 73001-33-33-004-2017-00293-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAÚL MANTILLA PINEDA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
"COLPENSIONES"
Tema: Reliquidación pensión INPEC

SENTENCIA

Procede el Despacho a dictar sentencia, sin que se observe nulidad que invalide lo actuado dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por el señor RAÚL MANTILLA PINEDA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES", radicado con el No. 73-001-33-33-004-2017-00293-00.

1. Pretensiones

La parte demandante en su escrito de demanda elevó las siguientes pretensiones (fol. 30):

*"PRIMERA: Que se declare la **NULIDAD PARCIAL** por el cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de vejez, proferida por el Gerente Nacional de Reconocimiento Colpensiones; y la **NULIDAD TOTAL** de las resoluciones GNR 146890 del 19 de mayo de 2016, por la cual se niega la reliquidación de una pensión de vejez; GNR 265358 del 8 de septiembre de 2016, por la cual se resuelve un recurso de reposición, proferidas por el Gerente Nacional de Reconocimiento Colpensiones y la VPB 38303 del 4 de octubre de 2016, por la cual se resuelve un recurso de apelación, proferida por el Vicepresidente de Beneficios y Prestaciones Colpensiones.*

***SEGUNDA:** Que como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada a la **REVISIÓN Y RELIQUIDACIÓN** de la pensión de mi poderdante, para que incluyan el mayor sueldo devengado durante el último año de servicios, las doceavas partes de las primas de navidad, vacaciones, bonificación por servicios devengadas durante el último año de servicio como Ex empleado del INPEC, por encontrarse dentro del régimen especial de que tratan la Ley 4 de 1992 y los Decretos 407 de 1994 y 446 del mismo año.*

TERCERA: *Que al liquidarse la condena se tenga en cuenta por la entidad demandada el ajuste al valor contenido en el artículo 187 del C. de P.A. y de lo C.A. y/o al incremento al valor conforme al aumento anual del salario mínimo decretado por el gobierno nacional y/o al IPC y a la devaluación monetaria certificados por el Banco de la República y el DANE, respectivamente.*

CUARTA: *Que se prevenga a la entidad demandada sobre su obligación legal de dar cumplimiento al fallo definitivo en los términos y con las formalidades establecidas en los artículos 192 y s.s. del C. de P. A y de lo C.A.*

QUINTA: *Que se condene en costas a la entidad demandada”.*

2. Fundamentos Fácticos.

Fundamenta la parte demandante sus pretensiones en los siguientes supuestos fácticos sintetizados en la audiencia inicial así (fol. 89 reverso):

1. *Que el demandante se desempeñó como dragoneante del INPEC desde el 18 de agosto de 1993 hasta el 31 de enero de 2014.*
2. *Que mediante Resolución No. GNR 273837 del 07 de septiembre de 2015 se reconoció al demandante pensión de vejez, efectiva a partir del 01 de febrero de 2015, tomando para su liquidación el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años de servicio.*
3. *Que mediante petición presentada el día 04 de abril de 2016, el demandante solicitó la reliquidación de su pensión, solicitud que le fuera resuelta de manera desfavorable mediante los actos administrativos cuya nulidad se reclama.*

3. Contestación de la demanda- COLPENSIONES (Fls. 70 a 73)

Señaló 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 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.

Propuso como excepciones las que denominó *Inexistencia de la obligación y prescripción*.

4. Actuación procesal

Presentado el proceso ante la Oficina Judicial el día 15 de septiembre de 2017 (fol. 43), correspondió por reparto a éste Juzgado, quien una vez acreditado el último lugar

de prestación de servicios, mediante auto de fecha 24 de octubre de 2017 ordenó la admisión de la demanda (fls. 49 a 51).

Notificadas las partes, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 53 a 58) dentro del término de traslado de la demanda, la Entidad demandada contestó la demanda, propuso excepciones y allegó las respectivas pruebas que pretendía hacer valer (fls 62 y s.s.).

Luego, mediante providencia del 11 de octubre de 2018 se fijó fecha para adelantar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. (fol. 78), que fuera reprogramada con auto de fecha 08 de octubre de 2018 (fol. 80), la cual, se llevó a cabo el día 31 de octubre de 2018, agotándose en ella la totalidad de sus instancias en legal forma (fol. 88 a 90),

De la prueba documental decretada en audiencia inicial y aportada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, se corrió traslado a las partes por el término común de tres (3) días (fol. 97 y 100), y por no considerarla necesaria, se prescindió de la audiencia de pruebas y se declaró cerrada la etapa probatoria, ordenando a las partes presentar por escrito sus correspondientes alegados de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del auto que así lo dispuso, de conformidad con el inciso final del artículo 181 del CPACA (fol. 102).

5. Alegatos de las partes

5.1. Parte demandante (fls. 104 y s.s.)

Solicitó que no sean aplicadas las pautas señaladas por el Consejo de Estado en su sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2018, por cuanto, la sentencia fue presentada en vigencia de la jurisprudencia anterior que amparaba las pretensiones de la demanda.

5.2. Parte demandada- Colpensiones (fls. 113 a 117)

Señaló que la prestación reconocida bajo los postulados de la Ley 32 de 1986, solo puede ser liquidada según lo normado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que: (i) la Ley 32 de 1986 no contempla la forma de liquidación de la pensión (ii) la fecha de estatus del convocante (enero de 2016) se causó en vigencia de la Ley 100 de 1993, y (iii) la única forma lógica para suplir dicho vacío es acudir a las normas de carácter general, para el caso en cuestión Ley 100 de 1993, de conformidad con lo indicado además por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2018.

Agrega que de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, se puede evidenciar que el demandante prestó sus servicios al INPEC y es beneficiario del régimen de transición previsto en el Decreto 2090 de 2003 en consonancia con el párrafo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2005 en razón a que para su entrada

en vigencia, 28 de julio de 2003, el demandante se encontraba vinculado con dicha Entidad.

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Éste Juzgado es competente para conocer y fallar el presente medio de control, por su naturaleza, por tratarse de una controversia laboral de un empleado público, y por el órgano que profirió los actos administrativos que se demandan, de conformidad con 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 *ibídem*.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En armonía con la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, debe el Despacho determinar, si el *demandante tiene derecho a que la Entidad demandada le reliquide su pensión de jubilación con la inclusión del 75% de todos los factores salariales devengados durante su último año de servicios, de conformidad con la normatividad especial consagrada en la Ley 32 de 1986 y en el Decreto 407 de 1994, o si por el contrario, los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a la legalidad.*

3. ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

Se invocan como actos administrativos demandados:

- Resolución 273837 del 7 de septiembre de 2015
- Resolución GNR 146890 del 19 de mayo de 2016
- Resolución GNR 265358 del 08 de septiembre de 2016
- Resolución VPB 38303 del 04 de octubre de 2016

4. FONDO DEL ASUNTO

- **Régimen pensional aplicable al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC**

La Ley 32 del 3 de febrero de 1986, por la cual, se adoptó el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, estableció en su artículo 2º la siguiente definición:

“Artículo 2°. Definición del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional. El Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional es un organismo armado, de carácter civil y permanente al servicio del Ministerio de Justicia e integrado por personal uniformado. Sus miembros recibirán formación y capacitación en la Escuela Penitenciaria Nacional; pertenecerán a la Carrera Penitenciaria de que trata el artículo 100 del Decreto 1817 de 1964 y no podrán elegir o ser elegidos para corporaciones políticas ni participar en organizaciones u actividades de índole partidista”.

Frente al reconocimiento de la pensión de jubilación al referido grupo, la mentada norma 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.”

De lo anterior se concluye, que el legislador, atendiendo la naturaleza de la actividad desempeñada por los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, estableció a su favor un régimen especial de pensiones, encontrándose excluidos de la aplicación del régimen general establecido en la Ley 32 de 1985, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 1º de dicha norma, que señala:

“(…) 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 (…)”.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 100 de 1993, se determinó que se encontraban excluidos de la aplicación del régimen general de pensiones los servidores públicos que laboraran en actividades de alto riesgo, considerada como una de aquellas, la ejercida por los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, al señalar:

“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.” (Se destaca)

Así, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 4 de 1992, fue expedido el Código Penitenciario y Carcelario contenido en la Ley 65 de 1993¹, que estableció en el artículo 15 el Sistema Nacional Penitenciario y en el artículo 172 confirió facultades extraordinarias para que se adoptara el régimen de personal del INPEC.

En consecuencia, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 172 de la Ley 65 de 1993, el Gobierno Nacional expidió el Decreto- Ley 407 de 1994 "*Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*", que en materia de pensiones dispuso:

"ARTICULO 168. PENSION DE JUBILACION. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que a la fecha de la vigencia del 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". (Se destaca)*

De lo anterior se desprende, que los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC, tendrían derecho a una 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.

Ahora bien, como quiera que la Ley 32 de 1986 y el Decreto- Ley 407 de 1994, no determinaron el ingreso base de liquidación de la pensión del personal de custodia y vigilancia del INPEC y a éstos, por desempeñar una actividad de las denominadas de alto riesgo, no les resulta aplicable la normatividad vigente para los empleados públicos del orden nacional consagrada en la Ley 33 de 1985, resulta necesario acudir a lo previsto en el artículo 4º de la Ley 4 de 1966, que ordena la liquidación de la pensión de jubilación sobre el 75% de todos los factores **devengados** en el último año de servicios, cuyo tenor literal es el siguiente:

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

¹ Ley 65 de 1993 (agosto 19) "Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario".

Igualmente, como quiera que las referidas normas no determinaron los factores salariales que debían ser tenidos en cuenta al momento de la liquidación de la pensión de jubilación, para dichos efectos debe remitirse a lo dispuesto en las normas vigentes para los empleados públicos del orden Nacional, que no son otras que las contenidas en el Decreto 1045 de 1978, que en su artículo 45 dispone:

“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 tuvieran 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 inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968”.

El anterior régimen pensional rigió hasta la entrada en vigencia del Decreto- Ley 2090 de 2003 que derogó el artículo 168 del Decreto- Ley 407 de 1994, indicando:

“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:

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".

En lo que respecta a los factores salariales que conforman el Ingreso Base de Cotización, se tiene que el **Decreto 1158 de 1994**, dispuso:

ARTÍCULO 1º. El artículo 6º del Decreto 691 de 1994, quedará así:

"Base de cotización".

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

a) La asignación básica mensual;

b) Los gastos de representación;

c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;

d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;

e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;

f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;

g) *La bonificación por servicios prestados;*"

Ahora bien, con la expedición del **Acto Legislativo 01 de 2005** se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, bajo el siguiente tenor literal:

"ARTÍCULO 10. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

"El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".

"Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho".

"Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones".

"En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos".

"Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido".

"Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión".

"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo".

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos

los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

"La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados".

"Parágrafo 10. A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública".

"Parágrafo 20. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones".

"Parágrafo transitorio 10. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

"Parágrafo transitorio 20. Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los parágrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010".

"Parágrafo transitorio 30. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010".

"Parágrafo transitorio 40. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

"Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen".

"Parágrafo transitorio 50. 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".

"Parágrafo transitorio 60. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año". (Se destaca)

De lo anterior se desprende, que para la liquidación de las pensiones de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional que ingresaron a partir de la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003 se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo Decreto y a quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha, se les 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.

Mírese al efecto que **el acto legislativo es contundente²** al establecer que el régimen pensional aplicable a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria que **ingresaron a la institución antes de la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, no es otro que el establecido en la Ley 32 de 1986. Cualquier disposición entonces que entrase o arguya una interpretación distinta riñe con el mandato constitucional y debe ser, en consecuencia, desechada.**

Establecido lo anterior, 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:

² Es claro que la remisión del constituyente derivado a lo establecido en el artículo 140 de la ley 100 de 1993 que se encuentra enlistado en el CAPÍTULO IV. correspondiente a las DISPOSICIONES FINALES DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, señala claramente que no es a cualquier régimen al que se está haciendo referencia, sino que se trata precisamente del régimen en PENSIONES, el que se conservará para aquellos servidores del INPEC que ingresaron antes de la expedición del Decreto 2090 de 2003.

“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.” (Negritas y subrayas fuera de texto)

Además, al interior de la mentada providencia se fijó la siguiente regla jurisprudencial, en relación con el IBL en el régimen de transición:

“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 hiciere 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...

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.

De acuerdo con todo lo expuesto, para el Despacho no existe duda que para los servidores vinculados al INPEC, antes del 28 de julio de 2003, que desarrollen actividades como parte del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, les es aplicable la Ley 32 de 1986 **sin que sea menester corroborar que pueden acceder al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993**, de acuerdo a lo expresamente establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, advirtiéndose además que aquellos en todo caso pasaron a formar parte del Régimen General de Pensiones establecido para las actividades de Alto riesgo, normado en el Decreto 2090 de 2003 en comentario y por las Leyes 797 y 860 de 2003.

5. Caso concreto

El reconocimiento de la pensión de jubilación de la cual es beneficiario el demandante RAÚL MANTILLA PINEDA, se realizó habida cuenta de su pertenencia a un régimen pensional especial, esto es, el consagrado a favor de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional que le autorizó a pensionarse con 20 años de servicio sin tener en cuenta la edad, tal y como en efecto se dispuso en la Resolución No. GNR 273837 del 7 de septiembre de 2015, en la que se reconoció la prestación en una cuantía de \$1.269.528

Seguidamente, y ante petición elevada por el interesado y aquí demandante en data 04 de abril de 2016, la cuantía de la prestación no fue modificada por favorabilidad, teniendo en cuenta que la mesada devengada por el demandante resultaba superior a la arrojada una vez efectuada la reliquidación, decisión confirmada con Resolución No. GNR 265358 del 08 de septiembre de 2016 y VPB 38303 del 04 de octubre de 2016. 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:

- ✓ Asignación básica
- ✓ Bonificación por servicios prestados

Ahora bien, de conformidad con el *certificado de periodos de vinculación laboral* obrante a folio 23 del Cdo principal, se tiene que el demandante para el 28 de julio de 2003, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, se encontraba vinculado al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, por lo cual, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo transitorio 5º del artículo 48 de la Constitución Política de Colombia modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, al demandante le resulta, sin dudas, aplicable el régimen dispuesto en la Ley 32 de 1986, en lo que respecta únicamente a edad y tiempo de servicio, más no el IBL como se señaló en líneas anteriores, el cual, estará determinado con los factores salariales sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones durante los últimos diez (10) años de servicio, de conformidad con lo dispuesto en la sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2018, que fuera referida en precedencia.

En estos términos se advierte, que en el certificado de salarios arrimado al proceso, *Folios 7-8 del Cdo de prueba de oficio*, se observa que el demandante cotizó durante los últimos diez (10) años de servicios comprendidos entre el 01 de febrero de 2005 y el 31 de enero de 2015, sobre los siguientes emolumentos: *sueldo, sobresueldo, bonificación de servicio, 10% adicional, auxilio de transporte, subsidio de alimentación, prima de servicios y prima de navidad*.

Contrastados entonces dichos emolumentos con los consignados en el **Decreto 1158 de 1994**, se tiene que el ingreso base de **cotización** del demandante debía estar determinado únicamente por la asignación básica mensual y la bonificación por servicios prestados, como en efecto lo efectuó la Entidad a través de las Resoluciones por las cuales se efectuó el reconocimiento pensional.

En consonancia entonces con todo lo indicado en líneas precedentes, y comoquiera que *el sobresueldo, el 10% adicional, el auxilio de transporte, el subsidio de alimentación, la prima de servicios y la prima de navidad* no constituyen factor salarial para la liquidación de la pensión, de conformidad con lo dispuesto en el **Decreto 1158 de 1994** y el demandante no acreditó haber devengado algún otro factor diferente a los tenidos en cuenta por la Entidad demandada para calcular el Ingreso Base de Liquidación, se declarará probada la excepción de mérito propuesta por la entidad demandada, denominada "*Inexistencia de la obligación*", por lo que se despacharán en forma desfavorable las pretensiones elevadas por la parte actora.

COSTAS

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso. Es así como el artículo 365 del precitado cuerpo normativo, fija las reglas para la condena en costas, señalando en su núm. 1º que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

Así las cosas, se condenará en costas procesales de primera instancia a la parte demandante, incluyendo en la liquidación el valor de **\$ 757.474,56** equivalente al 4% de lo pedido, por concepto de agencias en derecho, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de mérito propuesta por la Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES", denominada "*Inexistencia de la obligación*", de conformidad con los argumentos expuestos en precedencia y en consecuencia,

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones esgrimidas en la parte considerativa.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante, por las razones expuestas con antelación, reconociéndose como agencias en derecho en favor del demandado, la suma de **\$ 757.474,56**. Por Secretaría, líquídense.

CUARTO: En firme la presente sentencia, **ARCHÍVESE** el expediente. Por Secretaría efectúese la devolución de los dineros consignados por la actora por gastos de proceso, si los hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO
JUEZA