



## JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, diez (10) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

<b>RADICADO</b>	<b>73001-33-33-006-2019-00206-00</b>
<b>MEDIO DE CONTROL:</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>DEMANDANTE:</b>	<b>SAÚL MAYORGA DÍAZ</b>
<b>DEMANDADO:</b>	<b>ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES</b>
<b>ASUNTO:</b>	<b>NIEGA RELIQUIDACIÓN PENSIÓN</b>

### I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C.P.A.C.A., se procede a dictar sentencia anticipada en el presente proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió SAÚL MAYORGA DÍAZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

#### 1. PRETENSIONES

1.1 Que se declare la nulidad parcial de la resolución GNR 187293 del 19 de julio de 2013, mediante la cual se reconoce el pago de una pensión vitalicia de vejez a favor del señor Saúl Mayorga Díaz; y, la nulidad de la Resoluciones GNR 448922 del 29 de diciembre de 2014 “Por la cual se ordena la reliquidación de una pensión mensual vitalicia de vejez”; GNR 6235 del 8 de enero de 2016, a través de la cual se negó la reliquidación de una pensión de vejez, GNR205729 del 13 de julio de 2016, por la cual se resuelve un recurso de reposición y se modifica la resolución GNR 6235 del 8 de enero de 2016, reliquidando a favor del accionante la pensión de vejez, por acreditar retiro del servicio activo con una tasa de reemplazo del 75% según lo dispuesto en la ley 32 de 1986; y la SUB265081 del 9 de octubre de 2018, mediante la cual se despachó negativamente la solicitud de reliquidación de la pensión especial de vejez con el promedio de lo devengado en el último año de servicio y la Resolución DIR 21494 del 12 de diciembre de 2018, a través de la cual se resolvió un recurso

de apelación confirmando en todas y cada de sus partes la resolución SUB 265081 del 9 de octubre de 2018.

1.2 Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordene a COLPENSIONES expedir acto administrativo reconociendo y reajustando la pensión de jubilación del accionante con la inclusión de todos los emolumentos salariales consagrados en la Ley 6 de 1945, Ley 4 de 1966, artículo 5 del Decreto 1045 de 1978, decreto 1302 del 1978, devengados en el último año de servicio, los cuales solicita sean debidamente indexados a partir de la fecha en que adquirió el derecho y hasta el momento en que se realice el cumplimiento de la sentencia que así lo disponga.

1.3 Que a título de restablecimiento del derecho se condene a la demandada a que reliquide la pensión de jubilación del demandante con la inclusión de los factores salariales que omitió incluir al liquidar la prestación pensional, a decir, *“sueldo básico, sobresueldo, bonificación por servicios prestados, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, prima de riesgo, bonificación por recreación, y subsidio unidad familiar*, los cuales fueron devengados en el último año de labores – 28 de febrero de 2013 al 28 de febrero de 2014, y, no como lo realizó la demandada con el promedio de lo devengado por concepto de salario y sobresueldo en los últimos 10 años de servicio.

1.4 Que se ordene el reconocimiento, actualización e indexación de la mesada 14, desde la fecha del status 19 de diciembre de 2010, efectiva a partir del 28 de febrero de 2014, reconociendo el pago económico retroactivo correspondiente a los haberes dejados de cancelar y percibir con los intereses correspondientes y moratorios hasta la fecha en que se de cumplimiento a la sentencia que así lo disponga.

1.5 Que se ordene la actualización, reajuste e indexación de la mesada pensional desde el 19 de diciembre de 2010 (fecha del status) efectiva a partir del 28 de febrero de 2014, debiéndose reconocer el retroactivo por los haberes dejados de reconocer y percibir, junto con los correspondientes intereses corrientes y moratorios hasta la fecha en que se de cumplimiento a la sentencia judicial que así disponga, y la actualización se haga en los términos del artículo 187 del CPACA.

1.6 Que se ordene que la sentencia debe ser cumplida en los términos de los artículos 187, 188, 192 del CPACA

1.7 Que se condene a la accionada en costas y agencias en derecho.

## 2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los hechos que son susceptibles de sintetizar así:

2.1. El accionante prestó sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, desempeñado el cargo de Dragoneante, por más de 23 años - del 20 de diciembre de 1990 al 28 de febrero de 2014, periodo durante el realizó aportes al régimen de prima media con prestación definida.

2.2 Que mediante Resolución No.000598 de 2014, el INPEC aceptó la renuncia presentada por el accionante a partir del 1 de marzo de 2014, y en el último año de servicio se desempeñó en los cargos de dragoneante, inspector e inspector jefe, adscrito al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Chaparral – Tolima.

2.3 Que mediante Resolución GNR 187293 del 19 de julio de 2013, COLPENSIONES reconoció a favor del demandante pensión de jubilación, teniendo como ingreso base de liquidación el promedio de lo devengado en los últimos diez (10) años de servicios con los factores denominados salario, sobresueldo y bonificación por servicios prestados, empero no le tuvieron cuenta todo lo devengado en forma habitual y periódica.

2.4 Que con el fin de obtener el reajuste de la mesada pensional vía administrativa, se hicieron las respectivas reclamaciones, las cuales fueron resueltas a través de los siguientes actos administrativos 448922 del 29 de diciembre de 2014, GNR 6235 del 8 de enero de 2016, GNR 205729 del 13 de julio de 2016, SUB 265081 del 9 de octubre de 2018 y DIR 21494 del 12 de diciembre de 2018.

2.5 Que el actor adquirió el status pensional el 19 de diciembre de 2010, y la prestación se reconoció con efectos a partir del 28 de febrero de 2014, pero, sin incluir todo lo devengado en el último año de servicios a decir prima de vacaciones, de servicios, de navidad, bonificación por servicios prestados, prima

de riesgo, bonificación especial de recreación, subsidio 7% unidad familiar, auxilio de alimentación y auxilio de transporte.

2.6 Que el accionante se desempeñaba como guardián en el INPEC, y por lo tanto su régimen salarial y prestacional es el previsto en la Ley 6ª de 1945, Decreto 1045 de 1978, 1302 de 1978, 407 de 1994, y ley 32 de 1986, y se encuentra exceptuado del Sistema General de Pensiones.

### **3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

#### **3.1 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contestó la demanda (fls 113-121), manifestando su oposición a todas y cada una de las pretensiones, ello, por cuanto considera que los actos administrativos demandados se ajustan a la normatividad legal vigente, razón por la que considera que no le asiste el derecho que reclama el demandante.

Señaló que, la ley 32 de 1986, no estableció la forma en como debía calcularse la pensión de jubilación allí regulada, razón por la que es procedente calcular el ingreso base de liquidación conforme lo establece el artículo 21 de la ley 100 de 1993; adujo que, de acuerdo con la sentencia SU 230 de 2015, el Ingreso base de liquidación no fue objeto de transición por lo que sin importar el régimen al que pertenezca el afiliado, éste debe calcularse en la forma señalada en el régimen general – Ley 100 de 1993.

En igual sentido, indicó, que la pretensión relacionada con el reconocimiento e indexación de la mesada 14, está llamada al fracaso puesto que no se agotó reclamación en sede administrativa, y tampoco se dan los supuestos para ordenar dicho reconocimiento.

Sostuvo que, el régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, alude a que a los beneficiarios se les debe aplicar el régimen anterior al cual se encontraba afiliados en lo que tiene que ver con la edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y monto de la pensión, empero, la base salarial para calcular la pensión es aquella dispuesta en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y se integrará con los factores salariales respecto los cuales se hayan efectuado aportes o cotizaciones.

En lo que atañe a los factores salariales señaló que, la accionada no cuenta con la información correspondiente para determinar los factores salariales devengados y efectivamente cotizados, por lo que le corresponde al afiliado suministrarla, y que en caso no hacerlo, la entidad procede a liquidar la prestación con la documentación que reposa en el expediente pensional.

Alude que el Consejo de Estado, en sentencia de unificación, Rad. 201200143 del 23 de agosto de 2018, CP Cesar Palomino Cortés, fijó la forma en cómo debe calcularse el Ingreso base de Liquidación para los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que señala que el modo correcto para reconocer, reliquidar y pagar las pensiones a los beneficiarios del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es el señalado por la Corte Constitucional en la sentencia SU 230-2015.

Finalmente, argumentó que la parte actora incumplió con la carga de sustentar los supuestos de hecho y de derecho en que funda la ilegalidad solicitada, por lo que al no existir fundamentos deben despacharse negativamente las pretensiones de la demanda.

Propuso como excepciones las de *"Inexistencia de la obligación"* y *"Prescripción genérica"*.

#### **4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

##### **4.1 Demandante (fl. 134 - 140)**

El apoderado de la parte actora solicita acceder a las pretensiones, y en consecuencia se reliquide la prestación pensional del actor incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicio. Argumentó que, se encuentra acreditado que prestó sus servicios al INPEC, por tanto, debe aplicársele el régimen prestacional dispuesto en la Ley 32 de 1986, y, para efectos de liquidar la pensión el artículo 114 señala que se deben aplicar las normas vigentes para los empleados públicos, a decir, Ley 4ª de 1966, decreto 1045 de 1978, y 1302 de 1978.

Precisó que, el demandante se desempeñó como miembro del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC por lo que tiene derecho a que la pensión de jubilación se liquide y pague tomando el 75% del promedio mensual devengado en el último año de servicios.

Frente a la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, indicó que no es posible aplicarla a los miembros de custodia y vigilancia del INPEC, debido a que no se encuentra inmersos en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues, de acuerdo con el artículo 140 de la Ley 100 de 1993, las actividades de alto riesgo tienen regulación especial, excepción que también se encuentra contemplada en el inciso 2 del artículo 1 de la ley 33 de 1985.

Sostuvo que las pruebas que militan en el expediente dan cuenta que, la accionada reconoció pensión de jubilación al actor con base en lo devengado en los últimos 10 años de servicio por concepto salario y sobresueldo, omitiendo calcular el ingreso base de liquidación con todo lo devengado en el último año de servicio, en apoyo a lo planteado citó y transcribió apartes de providencias proferidas por el Consejo de Estado y reiteró su solicitud de que se acceda a las pretensiones.

#### **4.2 Parte Demandada (fl. 143-145)**

Además de reiterar lo expuesto en la contestación de la demanda, solicitó se nieguen las pretensiones de la misma, ello, por cuanto considera que la pensión de jubilación se reconoció conforme al régimen especial de alto riesgo, y el Ingreso base de liquidación se calculó de acuerdo con los parámetros señalados en la Circular 15 de 2015 de Colpensiones.

Argumentó que, de acuerdo con el artículo 48 superior, el precedente de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado es obligatorio y por lo tanto solo es posible calcular el ingreso base de liquidación conforme lo señalado en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, y con aquellos factores respecto los cuales se hayan realizado efectivamente aportes y/o cotizaciones.

## **II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO**

### **5. Problema Jurídico planteado**

Procede el despacho a determinar si, ¿el accionante tiene derecho a que su mesada pensional se le reliquide con el 75% de los factores salariales devengados durante el último año de servicio prestados de conformidad con lo dispuesto en la Ley 32 de 1986 y por tanto, hay lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos demandados?

## **6. Tesis que resuelven el problema jurídico planteado**

### **6.1 Tesis de la parte accionante**

Debe accederse a las pretensiones por cuanto el actor prestó sus servicios como dragoneante en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, lo cual lo hace beneficiario del régimen especial contenido en la Ley 32 de 1986 y en el párrafo transitorio del acto legislativo 01 del 2005, de ahí que le asiste el derecho a que se reliquide su mesada pensional con el 75% del promedio de todo lo devengado en el último año de servicios de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4 de 1966, Decreto 1045 de 1978 y 1302 de 1978. Consideró que, en el presente caso no aplica el precedente fijado en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, ni lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia SU 230 de 2015, dado que se trata de un régimen exceptuado.

### **6.2 Tesis de la parte accionada**

Solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, por cuanto, los actos enjuiciados gozan de presunción de legalidad, la prestación se reconoció en los términos de la Ley 32 de 1986, empero, el Ingreso base de liquidación se calculó conforme lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia SU 230 de 2015, es decir, aplicando lo dispuesto en el artículo 21 e inciso 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

### **6.3 Tesis del despacho**

Considera el despacho que, en el presente caso se deben negar las pretensiones de la demanda, pues en aplicación a lo dispuesto por la jurisprudencia del Consejo de Estado el actor no cumple con el requisito exigido en el Decreto 2090 de 2003, en lo que tiene que ver con el cumplimiento de alguno de los 2 dispuestos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para hacerse acreedor a la pensión de jubilación de conformidad con el régimen anterior de pensiones de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional (Ley 32 de 1986).

## 7. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. Que el señor <b>Saúl Mayorga Díaz</b> nació el 25 de noviembre de 1971.	<b>Documental:</b> Extraído del contenido de la resolución No, GNR 187293. -Cedula de ciudadanía y Registro Civil de Nacimiento (Fl. 42, Exp. Digital, Archivo Exp. Administrativo, Fl.1-3).
2. Que el demandante prestó sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario desde el 20 de diciembre de 1990, por más de 20 años, adquiriendo el status de pensionado el 20 de diciembre de 2010, fecha para la cual registraba un tiempo de cotización de 1.146 semanas (8021 días)	<b>Documental:</b> Extraído de la Resolución N° GNR 187293 del 19 de julio de 2013. Fl.4-6)
3. Que la demandada reconoció pensión de jubilación al accionante, por haber cumplido 20 años de servicios en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados dentro del último año de servicios, teniendo en cuenta todos los factores salariales consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, la cual arrojó un IBL 1.189.583 x75%= <b>892.187</b> , la cual sería ingresada en nómina del periodo 201308	<b>Documental:</b> Extraído de la Resolución GNR 187293 del 19 de julio de 2013 (fl. 4-6).  Expediente Digital, archivo expediente Administrativo
4. Que el accionante a través de escrito radicado el 3 de marzo de 2014 solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicio, conforme lo señalado en el Decreto 1045 de 1978, Decreto 446 de 1994, y artículos 127 y 128 CST para la inclusión de la prima de riesgo y subsidio unidad Familiar	<b>Documental:</b> Extraído del contenido de la Resolución GNR 448922 del 29 de diciembre de 2014 (Fl.8-10, C.PPal)  Expediente Digital, archivo expediente Administrativo
5. Que Colpensiones a través de Resolución GNR 448922, basado en la Circular 04 de 2013 señaló que el actor adquirió el status pensional, el 1 de marzo de 2014, y por tanto liquidaría la prestación con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicios a partir de lo anterior liquidó la prestación en los siguientes términos:	<b>Documental:</b> Resolución GNR 448922 del 29 de diciembre de 2014 (Fl.8-10, C.PPal).  - Expediente Digital, archivo expediente Administrativo

<p>IBL 1.500.666 *75%=1.125.500, efectiva a partir del retiro del servicio.</p> <p>Dicho acto administrativo fue modificado por la resolución GNR 43605 del 10 de febrero de 2016, en lo que tiene que ver con el requerimiento efectuado al actor para que reintegrara la suma de \$2.385.977, correspondiente al valor pagado por concepto de mesada pensional encontrándose en servicio activo.</p>	
<p>6.El 26 de noviembre de 2015, radicaron petición solicitando la reliquidación de la pensión de vejez con la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicio, y Colpensiones a través de Resolución GNR6235 del 8 de enero de 2016, despacho negativamente lo solicitado.</p>	<p><b>Documental:</b> Resolución GNR6235 del 8 de enero de 2016. (FI.12-14)</p> <p>Expediente Digital, archivo expediente Administrativo</p>
<p>7. Que mediante Resolución GNR 205729 del 13 de julio de 2016, la accionada resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el anterior acto, y modificó la Resolución GNR 6235, en el sentido de incluir en la liquidación nuevos tiempos por retiro definitivo del servicio, se indicó:  <b>IBL1.629.976 *75%=1.222.482</b></p>	<p><b>Documental:</b> Resolución GNR 205729 del 13 de julio de 2016. (FI.16-20)</p> <p>Expediente Digital, archivo expediente Administrativo</p>
<p>8. Que mediante Resolución No. SUB265081 del 9 de octubre de 2018, la accionada resolvió negativamente la solicitud de reliquidación radicada por el accionante el 28 de junio de 2018, confirmada en todas y cada una de sus partes por la Resolución No. DIR 21494 del 12 de diciembre de 2018</p>	<p><b>Documental:</b> Resolución SUB265081 del 9 de octubre de 2018. (FI 22-28)</p> <p>-Resolución DIR 21494 del 12 de diciembre de 2018. (FI.30-35)</p> <p>Expediente Digital, archivo expediente Administrativo</p>
<p>9. Que mediante Resolución No. 00598 del 25 de febrero de 2014, el INPEC aceptó la renuncia presentada por el señor Saúl Mayorga Díaz, quien desempeñaba el cargo de Inspector jefe código 4152, grado 14, del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Chaparral a partir del 1 de marzo de 2014.</p>	<p><b>Documental:</b> Resolución No. 598 del 25 de febrero de 2014. (FI.36)</p> <p>Expediente Digital, archivo expediente Administrativo</p>
<p>10. Que como factores en el último año de servicio 2013-2014, el actor percibió <b>Prima de riesgo, subsidio de</b></p>	<p><b>Documental:</b> Certificación Valores pagados expedida por el Coordinador del Grupo de Tesorería del INPEC. (FI.41)</p>

<p><b>alimentación, Subsidio unidad familiar, auxilio de transporte, bonificación recreación, prima de vacaciones, prima de navidad, y prima de servicios, empero, según aparece en la nota marginal del documento frente a estos conceptos no se realizaron descuentos ni se hicieron aportes.</b></p> <p>Igualmente, se certificó que el IBC: Asignación básica mensual, prima de antigüedad, sobresueldo, bonificación por servicios prestados, horas extras en horario nocturno y sueldo por vacaciones.</p>	<p>-Formato 3B, Certificación de Salarios mes a mes, años 2012, 2013 y 2014 (Fl. 39 y 40)</p> <p>Expediente Digital, archivo expediente Administrativo</p>
--	--

## **8. DEL RECONOCIMIENTO DE LA PENSION EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS MIEMBROS DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA DEL INPEC**

De acuerdo con el artículo 2º de la Ley 32 de 1986<sup>1</sup>, 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 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.

En lo que atañe al reconocimiento del derecho a la pensión el artículo 95, señaló que 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.

En cuanto a los factores que integran el Ingreso Base de Liquidación se advierte que la citada disposición no precisó cuales ingresos laborales lo conformarían, sin embargo, el artículo 114 ibidem facultó para que en los aspectos no previstos en dicha 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.

En materia pensional la norma vigente para el momento en que entró en vigencia la ley 32 de 1986, era la Ley 33 de 1985, no obstante, por virtud de lo dispuesto

<sup>1</sup> “Por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia”

en el inciso segundo del artículo 1º de la citada disposición no es posible aplicar la regla general a aquellos empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifique la excepción que la ley haya determinado expresamente, como sería el caso de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia; de ahí que para dicho efectos se acudía a lo dispuesto en la ley 4 de 1966, Decreto 1045 de 1978 y 1302 de 1978.

Posteriormente, en virtud de las facultades extraordinarias conferidas en la Ley 65 de 1993<sup>2</sup>, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 407 de 1994<sup>3</sup> que, en relación con la pensión de jubilación de los Servidores del Cuerpo de vigilancia y Custodia Penitenciaria y Carcelaria en el artículo 168 (derogado por el Decreto 2090 de 2003) señalaba:

*“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”.*

Del texto de la norma citada en precedencia se desprende que, con el fin de garantizar derechos y garantías de los servidores del Cuerpo de Custodia y Vigilancia se dispuso que aquellos servidores que a la fecha de expedición del del decreto 407, estuvieren prestando sus servicios al INPEC tendrían derecho a gozar de una pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 97 de la Ley 32 de 1986, en tanto, que para aquellos que se vinculen a partir del 20 de febrero de 1994, la pensión se reconocería en los términos que disponga el gobierno al expedir la reglamentación en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993.

---

<sup>2</sup> Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario.

<sup>3</sup>“Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.”

## 9. DE LA FORMA DE CALCULAR EL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DEL PERSONAL QUE CONFORMA EL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA DEL INPEC Y BENEFICIARIO DE LA LEY 32 DE 1986.

Como se indicó en precedencia a los servidores del Cuerpo de Vigilancia y Custodia del INPEC que acrediten el cumplimiento de los supuestos señalados el acto legislativo 01 de 2005, tienen derecho a que se le reconozca la pensión de jubilación con fundamento en lo dispuesto en la Ley 32 de 1986, que en el art. 114, remite a las normas que regulan las situaciones de los empleados públicos nacionales.

Es necesario tener en cuenta que antes de la expedición de la ley 100 de 1993, el régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985, modificada parcialmente por la ley 62 de 1985; no obstante, como quiera que el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, dispuso que no quedarían sujetos a la regla general de pensiones los empleados oficiales que trabajaran en actividades que por su naturaleza justificaran la excepción, ni aquellos que por ley disfrutaran de un régimen especial, no es posible aplicar dicha normativa.

Así entonces, por disposición del artículo 4º de la Ley 4ª de 1966, *“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%) promedio de lo devengado en el último año de servicio”*.

En lo que tiene que ver con los factores que integran el Ingreso base de liquidación, la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que dada la exclusión expresa del inciso segundo del artículo 1 de la ley 33 de 1985, es necesario acudir al decreto 407 de 1994. En sentencia del veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), dicha Corporación, dentro del proceso con radicado **27001-23-31-000-2011-00242-01(1344-14)**, señaló:

*“Por su parte, el **Decreto 407 de 1994**<sup>4</sup> reguló de manera concreta cada una de las primas, así:*

*Prima de navidad (artículo 2); prima de vacaciones (artículo 3); prima de servicios (artículo 4); **prima de instalación y alojamiento «que no constituye factor de salario»** (artículo 5)<sup>5</sup>; **prima de capacitación «que no constituye***

<sup>4</sup> Decreto 446 de 1994. «Por el cual se establece el régimen prestacional de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y carcelario, Inpec».

<sup>5</sup> Artículo 5. «PRIMA DE INSTALACION Y ALOJAMIENTO. Cuando un miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional sea trasladado de una localidad a otra, se le pagará una prima de

**factor de salario» (artículo 6)<sup>6</sup>; derecho a pasajes y gastos de transporte (artículo 7); prima de clima «que no constituye factor de salario» (artículo 8)<sup>7</sup>; prima extracarcelaria «que no constituye factor de salario» (artículo 9)<sup>8</sup>; prima de seguridad «que no constituye factor de salario» (artículo 10)<sup>9</sup>; prima de riesgo «sin carácter salarial» (artículo 11)<sup>10</sup>; prima de vigilantes instructores «que no constituye factor de salario» (artículo 12)<sup>11</sup>.**

*En cuanto a los subsidios, los mismos fueron regulados de la siguiente manera: subsidio de transporte (artículo 13); subsidio de alimentación (artículo 14); **subsidio familiar «sin constituir factor salarial» (artículo 15)<sup>12</sup>; sobresueldo «que constituye factor de salario» que se pagará de acuerdo con lo establecido en los Decretos 1302 de 1978 y 447 de 1984 (artículo 17). Además, como***

---

instalación **que no constituye factor de salario** y tendrá un valor equivalente a una suma que fluctúe entre el treinta por ciento (30%) y el cincuenta por ciento (50%) del sueldo básico, la cual será fijada por la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. Inpec, teniendo en cuenta factores como la distancia, la calidad de las vías de comunicación, los medios de transporte empleados y otros semejantes. [...]».

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

<sup>7</sup> Artículo 8. «**PRIMA DE CLIMA.** Los funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, que laboran en los establecimientos carcelarios mencionados en el Decreto 1421 de 1975, tendrán derecho a que se les pague una prima de clima, **que no constituye factor de salario**, equivalente al veinte por ciento (20%) del sueldo básico que devenguen. Esta prima será cancelada mensualmente».

<sup>8</sup> Artículo 9. «**PRIMA EXTRACARCELARIA.** Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que presten sus servicios en establecimientos donde se reciben presos departamentales o municipales, tendrán derecho a que se les cancele la prima acordada en el respectivo convenio entre el Instituto y el Departamento o Municipio, la **que no constituye factor de salario**».

<sup>9</sup> Artículo 10. «**PRIMA DE SEGURIDAD.** A los funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario Inpec, que presten sus servicios en centros o pabellones de especial seguridad del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, podrá reconocérseles una prima de seguridad, que no constituye factor de salario en los porcentajes que establezca el Gobierno Nacional».

<sup>10</sup> Artículo 11. «**PRIMA DE RIESGO.** Los Directores y Subdirectores de establecimiento carcelario y el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho a una prima de riesgo **sin carácter salarial**, en los porcentajes que fije el Gobierno Nacional, que no podrá ser inferior al actualmente vigente».

<sup>11</sup> Artículo 12. «**PRIMA DE VIGILANTES INSTRUCTORES.** Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, que acrediten título de idoneidad y ejerzan las funciones de instructores, tendrán derecho, previo concepto del Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. Inpec, a disfrutar de una prima del diez por ciento (10%) mensual sobre el sueldo básico, que **no constituye factor salarial**, mas cumplan simultáneamente las funciones de vigilancia y enseñanza».

<sup>12</sup> Artículo 15. «**SUBSIDIO FAMILIAR.** De conformidad con las normas legales vigentes que regulan el pago del subsidio familiar, los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho, a partir del 1º de enero de 1995, al pago de un siete por ciento (7%) adicional por tal concepto, **sin constituir factor salarial**, el cual se pagará por unidad familiar, con cargo al presupuesto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec».

«prestaciones especiales» contempló la bonificación por servicios prestados (artículo 18).

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

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

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

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

Esta situación, de conformidad con lo establecido por el **Decreto 446 de 1994**<sup>13</sup>, otorga el derecho al reconocimiento de los siguientes factores salariales: la **prima de navidad** según su artículo 2; la **prima de vacaciones** conforme a su artículo 3; la **prima de servicios** de acuerdo a su artículo 4; a los **pasajes y gastos de transporte** por orden de su artículo 7; al **subsidio de transporte** según su artículo 13; al **subsidio de alimentación** conforme a su artículo 14; y al **sobresueldo** como lo ordena su artículo 17<sup>14</sup>.

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

---

<sup>13</sup> Decreto 446 de 1994. «Por el cual se establece el régimen prestacional de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec».

<sup>14</sup> A modo ilustrativo se indica que tal como lo dispuso el Decreto 1302 de 1978 «Por el cual se expiden normas sobre la clasificación y remuneración de empleos del personal carcelario y penitenciario», en sus artículos 2 a 4, los guardianes de los establecimientos carcelarios y penitenciarios tenían derecho a percibir la contraprestación mensual fija denominada sobresueldo. Y en la misma línea el Decreto 447 de 1984 «Por el cual se fija la remuneración para los empleos del personal carcelario y penitenciario y se dictan otras disposiciones», en su artículo 1 señalaba que dicho personal tenía derecho al sobresueldo.

**11; la prima de vigilantes instructores, según lo señala el artículo 12; y el subsidio familiar, como lo preceptúa el artículo 15.”**

De acuerdo con lo anterior, debido a que en el régimen específico del INPEC no se estableció la forma en la que se debe liquidar la pensión, el Consejo de Estado concluyó que, para quienes son beneficiarios de la Ley 32 de 1986, el derecho pensional se debe liquidar con el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios, con los factores establecidos en el Decreto 446 de 1994.

## **10. DEL REGIMEN DE TRANSICIÓN DEL DECRETO 2090 DE 2003**

Ahora bien, el 29 de enero de 2003, se expidió la Ley 797 de 2003<sup>15</sup>, que otorgó facultades extraordinarias al presidente de la República para *“expedir o modificar las normas relacionadas con el régimen legal para los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo y en particular para modificar las normas sobre las condiciones, requisitos y beneficios, incluyendo la definición de alto riesgo, conforme a estudios y criterios actuariales de medición de disminución de expectativa de vida saludable y ajustar las tasas de cotización hasta 10 puntos, siempre a cargo del empleador, con el objeto de preservar el equilibrio financiero del sistema.”*

Con base en dichas atribuciones se expidió el Decreto 2090 de 2003<sup>16</sup>, que definió como actividades de alto riesgo aquellas en las que la labor desempeñada implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo.

El artículo 2º enumeró las actividades que consideran de alto riesgo para la salud de trabajador, encontrando que, el numeral 7º alude a la realizada por el personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria.

En lo que atañe al régimen pensional sea lo primero indicar que, derogó el artículo 168 del Decreto 407 de 1997, y seguidamente, que el artículo 4º dispuso que, debía cumplirse con los siguientes requisitos: 1) *Haber cumplido 55 años*

---

<sup>15</sup> “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”

<sup>16</sup> “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”.

*de edad, y, 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.*

Adicional a ello, en el artículo 6º dispuso:

**“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”.*

Sobre éste régimen de transición, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia del 22 de octubre de 2020, Consejero Ponente Gabriel Valbuena Hernández, en el proceso con radicado **88001-23-33-000-2014-00006-01(4678-14)** indicó que para ser beneficiario del mismo, tal y como lo señalaba la norma, además de las 500 semanas, también debía cumplirse alguno de los requisitos exigidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir edad o tiempo de servicio. Sobre este punto señaló:

*“De igual forma, quedó demostrado que para la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, el 28 de julio de 2003, el demandado cumplía con las 500 semanas de cotización exigidas por el artículo 6 de dicha norma, pues según los certificados de tiempo laborado para esa fecha sumaba más de 10 años de servicio al INPEC<sup>17</sup>.*

*No obstante, no se probó que el señor Manuel José Marín Mendez, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003<sup>18</sup>, cumpliera con algunos de los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario del régimen de transición.*

*Lo expuesto teniendo en cuenta que nació el 22 de noviembre de 1959<sup>19</sup>, de modo que para el 1 de abril de 1994, tenía **34 años, 4 meses, y 9***

---

<sup>17</sup> Folio 49 del expediente.

<sup>18</sup> «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».

<sup>19</sup> Folio 24 del expediente.

*días de edad, menos de los 40 exigidos, y contaba con 12 años y cinco meses de servicios de acuerdo con los certificados de tiempos laborados<sup>20</sup>.*

**Como se dejó expuesto en el marco normativo, para que a un empleado del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le fuera reconocida una pensión de jubilación con aplicación del régimen especial previsto en los artículos 96 de la Ley 32 de 1986 y 168 del Decreto 407 de 1994, debía acreditar una de las condiciones descritas en el inciso 2° del artículo 36 del Sistema General de Seguridad Social, cuales son: edad o tiempo de servicios.**

*En consecuencia, el señor Manuel José Marín Méndez en el momento en el que le fue reconocida la pensión de vejez no reunía los requisitos para acceder a esta prestación social ya que para esa fecha no cumplía con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición del Decreto 2090 de 2003, pues no se encontraba en ninguno de los supuestos de hecho previstos para este fin en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en lo relativo a la edad, o el tiempo de servicios". (Resaltado fuera de texto).*

En este orden de ideas, la liquidación de la pensión reconocida a los servidores del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC que se hayan vinculado con anterioridad a la expedición del decreto 2090 de 2003, y cumplan con los requisitos exigidos para ser beneficiarios del régimen de transición, debe hacerse con 20 años de servicios, una tasa de reemplazo del 75% y los factores referenciados en el Decreto 446 de 1994, que constituyan factor salarial.

## **11. CASO CONCRETO**

De la prueba documental traída a la presente actuación, se tiene que, el señor Saúl Mayorga Díaz:

- Nació el 25 de noviembre de 1971
- Ingresó a laborar en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, el 20 de diciembre de 1990 y hasta el 25 de febrero de 2014, fecha esta última en la que se retiró del servicio.
- Que durante su vinculación desempeño actividades de Custodia y Vigilancia primero como dragoneante, luego como inspector (27 de julio de 1995 al 30 de junio de 2001), y finalmente, inspector jefe (1 de julio de 2001 y hasta el 25 de febrero de 2014).

---

<sup>20</sup> Folio 39 del expediente

En este punto, precisa señalar, que al estar acreditado que el actor es beneficiario de un régimen especial como lo es el contemplado para las actividades de alto riesgo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 y el acto legislativo 01 de 2005, no es aplicable el régimen general dispuesto en la ley 100 de 1993, ni el Decreto 1158 de 1994.

Ahora bien, como quiera que para el 28 de julio de 2003, fecha en que entró en vigencia el decreto 2090, el actor se encontraba vinculado al INPEC, y registraba más de 12 años de servicios, acorde con lo señalado en el acto legislativo 01 de 2005, cumple con el primero de los requisitos exigidos por dicha norma para ser beneficiario de la normativa anterior.

Pese a lo ya mencionando, se observa que para el 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 el actor tenía 22 años y 3 años de servicio, por lo que es claro que no cumple con ninguno de los requisitos exigidos por el artículo 36 de la normativa de seguridad social integral y como consecuencia con lo establecido en el párrafo del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003, tal y como lo interpretó el Consejo de Estado en la sentencia referida y transcrita en párrafos anteriores.

En virtud de lo anterior y como quiera que al actor no le es aplicable el régimen pensional anterior al reglado en el Decreto 2090 de 2003, por no ser beneficiario del régimen de transición dispuesto en el mismo, el despacho debe negar las pretensiones de la demanda, sin afectar los derechos y adquiridos por el señor SAÚL MAYORGA DÍAZ.

## **12. RECAPITULACIÓN**

En conclusión y de acuerdo con lo señalado en precedencia se negarán las pretensiones de la demanda, como quiera que al accionante no le era aplicable el régimen de transición establecido en el Decreto 2090 de 2003, por no cumplir con ninguno de los requisitos exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues para la entrada en vigencia de esta última norma no tenía 40 años de edad ni 15 años de servicio.

## **13. COSTAS**

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución

se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del C. G. P dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

De otro lado en relación con las agencias en derecho, en el presente caso se observa que pretensiones fueron despachadas desfavorablemente, razón por la cual de conformidad con con el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la demandante, **en la suma equivalente al 4% de lo pretendido.**

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: NIÉGUENSE** las pretensiones de la demanda de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDÉNESE** en costas a la parte accionante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, para lo cual se fijan las agencias en derecho en suma **equivalente al 4% de lo pretendido.**

**TERCERO:** Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme los artículos 203 y 205 del C.P.A.C.A modificado por la Ley 2080 de 2021.

**CUARTO:** En firme este fallo, archívese el expediente, previas las anotaciones secretariales.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Juanita del Pilar Matiz Cifuentes', written in a cursive style.

**JUANITA DEL PILAR MÀTIZ CIFUENTES**  
**Juez**

**Firmado Por:**

**JUANITA DEL PILAR MATIZ CIFUENTES**  
**JUEZ CIRCUITO**  
**JUZGADO 6 ADMINISTRATIVO ORAL IBAGUE**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**0ceaed3ab431d27e54e1814d849e1dfabe067810d4e9d0e419b62167490fa31a**

Documento generado en 10/03/2021 04:22:27 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**