

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA



SALA SEGUNDA DE ORALIDAD
MAGISTRADO PONENTE: ÁLVARO CRUZ RIAÑO

Medellín, veintinueve (29) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – LABORAL
DEMANDANTE	HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-
RADICADO	05001-33-33-022-2020-00168-01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROCEDENCIA	JUZGADO VEINTIDÓS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
ASUNTO	PENSIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS MIEMBROS DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA PENITENCIARIA Y CARCELARIA NACIONAL // LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL
DECISIÓN	REVOCA
PROVIDENCIA	80
LINK EXPEDIENTE	022 2020 00168 01

Decide esta Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el día 21 de junio de 2021 por el Juzgado Veintidós Administrativo Oral del Circuito de Medellín, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. Medio de control

El señor HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO acudió en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral contra COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad parcial de los actos administrativos que le negaron el reconocimiento y pago de la pensión en debida forma.

1.2. Pretensiones

Se pretende la nulidad parcial de las Resoluciones SUB 86100 del 2 de abril de 2018, DIR 8674 del 7 de mayo de 2018, SUB 2097 del 8 de enero de 2019, SUB 258901 del 20 de septiembre de 2019, SUB 303678 del 1º de noviembre de 2019 y “DEP” 13255 del 13 de noviembre de 2019.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
DEMANDANTE: HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 05001 33 33 022 2020 00168 01

Como restablecimiento del derecho, se pide condenar a COLPENSIONES a reconocer una pensión especial de vejez al demandante como beneficiario del régimen exceptuado de que trata el parágrafo transitorio 5º del Acto Legislativo 01 de 2005, reliquidando la pensión con una tasa de reemplazo del 75% del promedio mensual de lo devengado en el último año de servicio, incluyendo todos los factores salariales consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y demás factores que fueron percibidos: *“Asignación Básica Mensual, Sobresueldo, Subsidio de Alimentación, Auxilio de Transporte, Bonificación por Servicios Prestados, Prima de Navidad, Prima de Servicios, Prima de Vacaciones, Sueldo de Vacaciones, Prima de Capacitación, Prima de Vigilante Instructor y Prima de Riesgo”*.

Asimismo, se depreca realizar las deducciones por los factores salariales que no fueron objeto de cotización y que serán tenidos en cuenta para la reliquidación pensional.

Adicionalmente, se solicita el pago de lo adeudado desde diciembre de 2018 hasta el pago efectivo, la indexación de los montos conforme al Índice de Precios al Consumidor -IPC-, el pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que se ordenen las deducciones a que haya lugar con relación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y que se condene en costas y agencias en derecho.

1.3. Supuestos fácticos

La parte actora planteó como fundamentos fácticos relevantes los siguientes:

El demandante nació el 21 de abril de 1966 y laboró para el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- desde el 27 de octubre de 1993 hasta el 30 de diciembre de 2018.

El actor percibió el pago mensual de los siguientes factores salariales, sobre los que se realizaron aportes para pensión: asignación básica, sobresueldo, auxilio de transporte y auxilio de alimentación.

De igual manera, una vez al año el actor percibió el pago de los siguientes factores, sobre los que se realizaron aportes para pensión: bonificación por servicios, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y sueldo de vacaciones.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
DEMANDANTE: HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 05001 33 33 022 2020 00168 01

Finalmente, el demandante percibió mensualmente los siguientes factores, sobre los que no se hizo aportes para pensión: prima de riesgo, prima de capacitación y prima de vigilante instructor.

Mediante la Resolución SUB 86100 del 2 de abril de 2018, COLPENSIONES reconoció pensión especial de jubilación al actor en cuantía de \$1.682.829, aplicando el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales del Decreto 1158 de 1994.

Contra la anterior decisión el actor interpuso recurso, el cual fue desatado por la Resolución DIR 8674 del 7 de mayo de 2018 que modificó la prestación y liquidó la misma en \$1.686.984.

El INPEC aceptó la renuncia del actor a partir del 31 de diciembre de 2018 y, como consecuencia de la solicitud del demandante, COLPENSIONES reliquidió su prestación mediante la Resolución SUB 2097 del 8 de enero de 2019 en cuantía de \$1.748.860 y ordenó el ingreso en nómina de pensionados.

El 25 de junio de 2019 el demandante solicitó la reliquidación de su pensión, lo cual le fue negado con la Resolución SUB 258901 del 20 de septiembre de 2019, contra la cual se interpusieron recursos que fueron resueltos de manera desfavorable con las Resoluciones SUB 303678 del 1º de noviembre de 2019 y “DEP” 13255 del 13 de noviembre de 2019.

Para la fecha de la demanda, la entidad cancela una mesada pensional de \$1.873.042.

1.4. Normas violadas y concepto de violación

La parte demandante aduce que, de conformidad con el artículo 4º de la Constitución Política, el juez debe inaplicar por inconstitucional los preceptos que afirman que algunos factores salariales no constituyen factor salarial, como los consagrados en los artículos 11 y 15 del Decreto 446 de 1994, por ser violatorios de los principios de favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formalidades.

Plantea que COLPENSIONES reconoció la pensión pero incurrió en error al liquidarla, ya que dio aplicación al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, tomó el Ingreso Base de Liquidación -IBL- de los últimos 10 años de servicio y no tuvo en cuenta todos los factores salariales sobre los que se realizaron aportes para pensión.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
DEMANDANTE: HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 05001 33 33 022 2020 00168 01

Defiende que al actor no se le puede reconocer la pensión aplicando una norma como la Ley 32 de 1986 y luego, para determinar el monto, aplicar la Ley 100 con normatividad y jurisprudencia de un régimen de transición en el que no está inmerso. Esto, a su juicio, constituye una clara violación de los principios de inescindibilidad de la norma y favorabilidad.

Agrega que al revisar el Acto Legislativo 01 de 2005 queda claro que dejó vigente la Ley 32 de 1986 en lo concerniente al régimen pensional de los empleados del cuerpo de custodia y vigilancia, tornándose un régimen pensional especial o exceptuado.

Concluye que como la Ley 32 de 1986 no estableció la forma de liquidar la pensión de jubilación, se deben aplicar como normas subsidiarias las vigentes para los empleados públicos nacionales, como es el artículo 4º de la Ley 4ª de 1966 que determina que las pensiones se pagarán tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicio, lo cual ha sido definido por el Consejo de Estado, quien además indica que como la Ley 4ª no estableció los factores salariales a tener en cuenta, se acogen los del Decreto 1045 de 1978.

Agrega que el hecho de no haber realizado aportes al sistema pensional no es óbice para que dichos factores no sean tenidos en cuenta para establecer el IBL, porque el Consejo de Estado ha indicado que *“procede el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal”*.

1.5. Contestación de la demanda¹

COLPENSIONES se opone a las pretensiones argumentando que las resoluciones demandadas fueron expedidas por la autoridad competente, gozan de presunción de validez y legalidad, fueron creadas con observancia de todos los requisitos y poseen una motivación consistente y congruente con las normas superiores en las que se fundan.

Plantea que, si bien el actor es beneficiario del régimen especial de los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional y, por tanto, se dio aplicación al artículo 96 de la Ley 32 de 1986, no se puede ajustar la mesada pensional con el IBL del

¹ Documento “09ContestacionDemandas”.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
DEMANDANTE: HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 05001 33 33 022 2020 00168 01

promedio del último año de servicio porque el IBL para la pensión es el contemplado en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o en el artículo 21 de la misma ley.

Aduce que la Ley 32 de 1986 no contempla la forma de liquidación de la pensión, de ahí que, como la prestación se causó en vigencia de la Ley 100, la única forma lógica de suplir el vacío es acudir a las normas generales, que son la Ley 100 y el Acto Legislativo 01 de 2005.

Finalmente, respecto de los factores salariales no cotizados, indica que los factores para los servidores públicos están reglados por normas expresas, entre ellas el artículo 18 de la Ley 100, la Ley 4ª de 1992 y los Decretos 1158 de 1994 y 1068 de 1995, que enumeran taxativamente los factores que deben tomarse para la cotización al Sistema General de Seguridad Social y que no contemplan factores como el subsidio de transporte, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de vida cara. Por tanto, si no fueron objeto de cotización no podrán tomarse en cuenta por parte de la administradora de pensiones.

1.6. Sentencia impugnada

El Juzgado Veintidós Administrativo Oral del Circuito de Medellín, a través de sentencia del 21 de junio de 2021 negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora, fijando como agencias en derecho la suma de \$908.526.

Como fundamentos de la decisión sostuvo que, si bien el Decreto 1950 de 2005 y el Acto Legislativo 01 de 2005 establecen la aplicación de la Ley 32 de 1986 para los miembros del INPEC que hubiesen ingresado al servicio con antelación a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, no hay que perder de vista que ello hace referencia a derechos adquiridos y, en materia pensional, procede únicamente para los que estén cobijados por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Concluyó que, aunque el demandante ingresó a prestar sus servicios al INPEC el 27 de octubre de 1993, ello no indica que se deba aplicar la Ley 32 de 1986 y el Decreto 1045 de 1978 para el reconocimiento de su pensión, pues también debe acreditar los requisitos del régimen de transición de la Ley 100, lo que no se cumple.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
DEMANDANTE: HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 05001 33 33 022 2020 00168 01

1.7. Recurso de apelación²

El apoderado judicial del demandante recurre la sentencia, planteando en primer lugar que el juzgado incurrió en un error de derecho por inadecuada aplicación e interpretación de las normas.

Considera inadecuada la interpretación según la cual los funcionarios adscritos al cuerpo de custodia y vigilancia vinculados con anterioridad a la vigencia del Decreto 2090 de 2003 deben estar inmersos en el régimen de transición para que se les pueda aplicar la Ley 32 de 1986, pues el régimen pensional de estos funcionarios está regulado en el parágrafo transitorio 5º del Acto Legislativo 01 de 2005, que expresamente determina que para los funcionarios cuyo ingreso sea anterior a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003 les aplica la Ley 32 de 1986.

Asevera que lo anterior ha sido decantado por el Consejo de Estado, como en sentencia del 27 de julio de 2017 del radicado 11001 03 15 000 2017 01476 00, y respaldado por la Corte Constitucional con la sentencia C-651 de 2015, a partir de lo cual es claro que los funcionarios que ingresaron antes del 28 de julio de 2003 gozan de un régimen pensional especial regulado por la Ley 32 de 1986.

En segundo lugar, afirma que el fallador incurre en inadecuada valoración probatoria porque pasó por alto que el demandante realizó aportes al sistema de pensiones por los factores salariales del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, como se encuentra probado en las observaciones de los certificados de salarios mes a mes.

Por lo anterior, solicita revocar integralmente la sentencia y acoger las pretensiones.

1.8. Trámite en segunda instancia

El recurso de apelación fue admitido mediante auto del 15 de julio de 2022, en aplicación del artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, con las modificaciones de la Ley 2080 de 2021. Posteriormente, el proceso ingresó a despacho para sentencia.

1.9. Alegatos de conclusión de segunda instancia

La parte demandante y la entidad demandada guardaron silencio en esta instancia.

² Documento “22Apelacion”.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
DEMANDANTE: HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 05001 33 33 022 2020 00168 01

Igualmente, el Ministerio Público no presentó concepto.

1.10. Pruebas relevantes

- Cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento del demandante (páginas 24 y 25, documento “03DemandaAnexos”).
- Resolución 003623 del 23 de octubre de 2018, por la que se acepta la renuncia del actor a partir del 31 de diciembre de 2018 (página 26, documento “03DemandaAnexos”).
- Resoluciones SUB 86100 del 2 de abril de 2018, DIR 8674 del 7 de mayo de 2018, SUB 2097 del 8 de enero de 2019, SUB 258901 del 20 de septiembre de 2019, SUB 303678 del 1º de noviembre de 2019 y DPE 13255 del 13 de noviembre de 2019 (páginas 27 a 72, documento “03DemandaAnexos”).
- Certificado laboral del actor (páginas 74 y 75, documento “03DemandaAnexos”).
- Certificados de información laboral y salarios mes a mes del demandante (páginas 78 a 92, documento “03DemandaAnexos”).
- Certificado de valores pagados al actor (páginas 93 a 102, documento “03DemandaAnexos”).
- Comprobantes de nómina del demandante de enero a diciembre de 2018 (páginas 103 a 117, documento “03DemandaAnexos”).

En los antecedentes administrativos allegados por COLPENSIONES, visibles en el documento “10AnexosContestacionDemand”, obran algunos de los documentos referenciados con anterioridad. Igualmente obra el anexo de liquidación de las Resoluciones SUB 86100 del 2 de abril de 2018 y DIR 8674 del 7 de mayo de 2018, en las páginas 560 a 568.

2. CONSIDERACIONES

2.1. De la competencia

Es competente este Tribunal para conocer en segunda instancia el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
DEMANDANTE: HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 05001 33 33 022 2020 00168 01

2.2. Problema jurídico

Pasa la Sala a determinar si la decisión de primera instancia se ajustó a los lineamientos constitucionales, legales y jurisprudenciales, para lo cual deberá resolver: ¿es procedente liquidar la pensión del señor HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO, en relación con el Ingreso Base de Liquidación -IBL-, con aplicación de las normas del régimen prestacional especial de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional (Ley 32 de 1986) o, por el contrario, la liquidación debe hacerse con fundamento en el régimen general de pensiones, teniendo en cuenta que su vinculación es desde antes del 28 de julio de 2003?

A partir de ello, deberá establecer: ¿procede revocar la sentencia en su totalidad, modificarla o confirmarla con fundamento en lo señalado por el *a quo*?

2.3. Causa del problema jurídico

Por causa se entiende la razón por la que ante un mismo problema jurídico las partes plantean tesis opuestas, advirtiéndose que su identificación es tan importante y conveniente para la resolución del litigio como la correcta formulación del problema jurídico.

En el caso que ocupa el estudio, encuentra la Sala que la causa de la divergencia entre las partes se circunscribe a una **antinomia normativa**, toda vez que, existiendo acuerdo en que el demandante perteneció al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional y que su vinculación inicial fue antes del 28 de julio de 2003, se difiere en la normatividad aplicable para establecer el Ingreso Base de Liquidación -IBL- pensional.

Lo anterior porque la parte demandante defiende la tesis según la cual el IBL se establece de conformidad con las normas propias del régimen especial, como son el párrafo transitorio 5º del Acto Legislativo 01 de 2005, el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, el artículo 4º de la Ley 4 de 1966, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y el Decreto 446 de 1994, las cuales determinan tanto el periodo de liquidación como los factores salariales. Por el contrario, la tesis de COLPENSIONES consiste en que el IBL está determinado por la Ley 100 de 1993, específicamente por el artículo 21, de donde extrae también que los factores salariales a incluir son únicamente los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron aportes o cotizaciones.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
DEMANDANTE: HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 05001 33 33 022 2020 00168 01

2.4. Marco normativo y jurisprudencial

2.4.1. Régimen prestacional especial de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional.

Para empezar debe tenerse en cuenta que el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993 opera para todos los habitantes del territorio nacional -art. 11-; esto, a partir del 1º de abril de 1994 por regla general y desde el 30 de junio de 1995 para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital -art. 151-.

Con el Sistema General de Pensiones se derogaron los regímenes pensionales preexistentes y se unificó uno de carácter general, sin perjuicio de lo cual el legislador estableció un régimen de transición, consagrado en el artículo 36, para aquellos trabajadores que tenían derechos adquiridos o a quienes se encontraban próximos a jubilarse, frente a quienes se protegió su expectativa legítima, para que no se vieran afectados con la entrada en vigencia de la Ley 100.

También es relevante que, pese a la cobertura general del Sistema de Seguridad Social Integral, la Ley 100 consagró excepciones de su aplicación, las que se encuentran consagradas en el artículo 279; además, incorporó un tratamiento especial para quienes desarrollen actividades de alto riesgo, tal como lo hace el artículo 140 que establece:

“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.” (Negrillas fuera del texto)

Nótese que la Ley 100 de 1993 reconoció el carácter especial que debe tener el régimen de los servidores públicos que laboran en actividades de alto riesgo, al disponer que el Gobierno Nacional debería expedir un régimen pensional particular; ello, sin desconocer derechos adquiridos.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
DEMANDANTE: HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 05001 33 33 022 2020 00168 01

Esto también fue reconocido por el Decreto 1835 de 1994³, cuyo artículo 1º determina:

“ARTÍCULO 1. CAMPO DE APLICACIÓN. El Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios se aplica a los servidores públicos de todos los niveles, de conformidad con el Decreto 691 de 1994. Igualmente les son aplicables las normas consagradas en los Decretos 1281 de 1994 y 1295 de 1994.

Sin perjuicio de lo anterior, y en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993, el presente decreto contiene las normas especiales sobre actividades de alto riesgo de todos los servidores públicos, salvo aquellos de la Registraduría Nacional del Estado Civil y del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, quienes serán objeto de decisión especial.

(...)" (Resaltos intencionales de la Sala)

Es claro entonces que con la Ley 100 de 1993 no se reglamentó el régimen pensional de los servidores públicos que desarrollan actividades de alto riesgo, como es el personal de custodia y vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, ya que estos requerían una regulación particular a través de un régimen especial.

Precisamente, el Decreto Ley 407 de 1994 estableció el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- y consagró el derecho a la pensión de jubilación en su artículo 168:

“ARTÍCULO 168. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que a la fecha de la vigencia del presente decreto se encuentren prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986. El tiempo de servicio prestado en la fuerza pública se tendrá en cuenta para estos efectos.

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

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

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

Este decreto diferenció al personal del INPEC vinculado a la fecha de entrada en vigencia del mismo, del que ingrese a partir de su vigencia, determinado que para el primer grupo aplicaría la pensión de jubilación del artículo 96 de la Ley 32 de 1986, mientras que para el segundo se observaría la pensión de vejez consagrada en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100.

³ “Por el cual se reglamentan las actividades de alto riesgo de los servidores públicos”

El artículo 168 del Decreto Ley 407 de 1994 tuvo una vigencia temporal porque fue derogado por el Decreto Ley 2090 de 2003⁴, expedido con fundamento en las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno Nacional en la Ley 797 de 2003, cuyo ámbito de aplicación abarca a todos los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo -art. 1º, Dcto. 2090-.

El artículo 2º del Decreto Ley 2090 de 2003 determina que, se consideran como actividad de alto riesgo para la salud de los trabajadores, entre otras. “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.***” (Se destaca).

Por consiguiente, para los servidores públicos del INPEC que desarrollan esa función opera el régimen especial de vejez establecido en el Decreto Ley 2090 de 2003 así:

“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 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.”

Con todo, el artículo 6º del Decreto Ley 2090 aludido estatuyó un régimen de transición en estos términos:

⁴ “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.”

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
DEMANDANTE: HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 05001 33 33 022 2020 00168 01

“ARTÍCULO 6. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> 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.”

La exequibilidad condicionada fue establecida mediante la sentencia C-663 de 2007 y “en el entendido de que para el cómputo de las “500 semanas de cotización especial”, se podrán acreditar las semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiere sido calificada jurídicamente como de alto riesgo.”

A partir de esta norma se consagra como requisito para beneficiarse de la transición el tener como mínimo 500 semanas de cotización especial para la entrada en vigencia del Decreto Ley 2090 y que, para acceder a la pensión de vejez tendrían que tener cumplidos el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797, que corresponde a 1.000 semanas -art. 9º-.

Aunque el parágrafo del artículo 6º del Decreto Ley 2090 de 2003 añadió requisitos relacionados con el cumplimiento de los requerimientos del artículo 36 de la Ley 100, conviene mencionar que el Consejo de Estado ha negado la viabilidad de exigir estos requisitos adicionales en tanto prevé supuestos para la transición de un régimen especial y también los de transición del régimen general, lo que resulta gravoso frente a la posibilidad de obtener el efectivo reconocimiento de la pensión.

Precisamente esto fue explicado en reciente sentencia del 2 de junio de 2022, donde la alta corporación dijo:

“El primer inciso de esta última normativa fue declarado exequible condicionadamente por la Corte Constitucional mediante sentencia C-663 de 29 de agosto de 2007, al estimar que «para el cómputo de las ‘500 semanas de cotización especial’, se podrán acreditar las semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiere sido calificada jurídicamente como de alto riesgo.».

Esta norma también ha sido analizada por la jurisprudencia del Consejo de Estado para señalar que demostrar 500 semanas de cotización en actividades de alto riesgo para la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, concede el derecho a acceder a la prestación en los términos de la norma inmediatamente anterior y lo que debe entenderse del parágrafo del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003 es que la intención del legislador fue la de complementar este requisito en armonía con el régimen general de pensiones.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
DEMANDANTE: HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 05001 33 33 022 2020 00168 01

Igualmente, se interpretó que exigir adicionalmente el estar cobijado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resulta desproporcionado y más gravoso cuando el servidor aspira al reconocimiento en los términos de la norma anterior, por cuanto conllevan una situación más desventajosa en virtud del tránsito legislativo. En suma, destacó que la finalidad de un régimen de transición consiste en que el legislador defina un sistema de protección para que los cambios producidos por una reforma en la normativa no afecten a quienes, pese a no haber adquirido el derecho a la pensión porque les falta reunir todos los requisitos, sí tienen una expectativa legítima de adquirir el derecho.⁵

Sobre esto también interesa que, más adelante, el Decreto 1950 de 2005 entró a reglamentar el artículo 140 de la Ley 100 de 1993, estableciendo lo que sigue:

"ARTÍCULO 1º. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto-ley 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. Con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, esto es, el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes de conformidad con el Decreto-ley 407 de 1994 en concordancia con el artículo 1º del Decreto 1835 de 1994." (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

Se destaca que con el Decreto 1950 de 2005 se incorporó una nueva diferenciación entre los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional vinculados a partir de la vigencia del Decreto Ley 2090 de 2003 y los vinculados con anterioridad a dicha fecha. Así, se fijó que solo quienes se vinculen a partir del 28 de julio de 2003 -fecha de entrada en vigencia del Decreto Ley 2090⁶- quedarán cobijados por el régimen pensional en él previsto, mientras que los que tengan una vinculación anterior al 28 de julio de 2003 tienen derecho al régimen pensional vigente con anterioridad al Decreto Ley 2090, esto es, el de la Ley 32 de 1986, precisando que deberán cumplir las cotizaciones a que se refieren el Decreto Ley 407 de 1994 y el artículo 1º del Decreto 1835 de 1994.

Finalmente, mediante norma posterior y de mayor jerarquía se determinó diferenciación similar, tal como lo hace el Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política y en cuyo párrafo transitorio 5º previó:

"PARÁGRAFO TRANSITORIO 5º. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, C.P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Bogotá D.C., 2 de junio de 2022. Radicación número: 25000-23-42-000-2017-06056-01 (4215-2021).

⁶ El artículo 11 del Decreto Ley 2090 de 2003 establece que regirá a partir de su publicación. Publicación realizada a través del Diario Oficial No. 45.262 del 28 de julio de 2003

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
DEMANDANTE: HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 05001 33 33 022 2020 00168 01

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".

Del recuento normativo realizado se puede concluir que, por virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, frente a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, de los que hace parte el personal del INPEC que desarrolla actividades de alto riesgo, el régimen pensional aplicable estará determinado por su fecha de vinculación.

De manera que el personal vinculado a partir del 28 de julio de 2003 queda sujeto al régimen prestacional del Decreto Ley 2090 de 2003, mientras que el personal que tenga una vinculación anterior a dicha fecha conservará el régimen pensional vigente con antelación al Decreto Ley 2090 de 2003 que, como se ha visto, es el de la Ley 32 de 1986, para lo cual es determinante que se hayan realizado las correspondientes cotizaciones.

De esta forma interesa que el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 concede una pensión así:

"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."

La Ley 32 de 1986 reguló como requisito para acceder a la pensión de jubilación un tiempo mínimo de 20 años de servicio, pero no se ocupó de establecer la forma de liquidación de la pensión así reconocida.

2.4.2. Liquidación de la pensión de jubilación del régimen pensional especial de la Ley 32 de 1986

Se ha dicho ya que la Ley 32 de 1986 no dispuso de manera expresa la forma de liquidar la pensión puesto que no determina el monto pensional, el periodo de liquidación ni los factores salariales; por tanto, es viable recurrir a la remisión normativa que hace la misma ley en su artículo 114 donde dispone que *"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."*

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
DEMANDANTE: HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 05001 33 33 022 2020 00168 01

De esta manera, en principio la remisión dirige la atención hacia la Ley 33 de 1985, al ser la norma vigente en materia pensional para los servidores públicos del orden nacional; no obstante, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 excluye expresamente de su aplicación a aquellos empleados que laboren en actividades que, por su naturaleza, justifiquen la excepción y aquellos que disfruten de un régimen especial de pensiones.

Por ello, en lo que tiene que ver con el monto pensional y periodo a liquidar, se hace uso de lo previsto en la Ley 4^a de 1966, vigente para la expedición de la Ley 32 de 1986, cuyo artículo 4º determina la liquidación prestacional así: *“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.”*

Ahora, en lo atinente a los factores salariales, en principio se acudiría al Decreto 1045 de 1978 que contiene los factores salariales para la liquidación de la pensión de los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden nacional, debido a la remisión de la Ley 32 de 1986.

Sin embargo, no puede dejarse de lado que con el Decreto 446 de 1994 se estableció el régimen prestacional de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, de ahí que para los miembros de este personal son aplicables los factores salariales que este decreto establece como tal, con exclusión de aquellos a los que no les otorga el carácter de factor salarial.

Esto último ha sido reconocido en la actualidad por el Consejo de Estado, como lo hizo en sentencia del 16 de febrero de 2023, donde reiteró lo dicho en sentencia previa de esta forma:

“Esta Sala de Subsección, en el marco normativo de la sentencia de 22 de octubre de 2020, se refirió al régimen pensional de los empleados del INPEC, en los siguientes términos:⁷

Pese a que en el anterior recuento quedó claro que los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC tienen derecho a la pensión al cumplir con el tiempo de servicio en los términos del artículo 96 de la Ley 32 de 1986, nada se estableció en relación con la forma de liquidar la misma, por lo que se debe tener en cuenta que en el artículo 114 ibidem se determinó que en los aspectos no

⁷ *“Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 22 de octubre de 2020, radicado N.º 88001-23-33-000-2014-00006-01(4678-14).”*

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
DEMANDANTE: HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 05001 33 33 022 2020 00168 01

previstos en la ley, se aplican las normas vigentes para los empleados públicos nacionales, lo cual fue reiterado en el artículo 184 del Decreto 407 de 1994.

De acuerdo con ese marco, debe tenerse en cuenta las disposiciones del régimen general, concretamente la Ley 4 de 1966, en cuyo artículo 4 se estableció:

«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».

Con respecto a los factores que constituyen salario para la liquidación de la pensión de jubilación de que trata la Ley 32 de 1986, esta Subsección, en sentencia del 27 de septiembre de 2018²⁹ sostuvo que serían los dispuestos en el Decreto 446 de 1994, es decir: la prima de navidad (art. 2), la prima de vacaciones (art. 3), la prima de servicios (art. 4), los pasajes y gastos de transporte (art. 7), subsidio de transporte (art. 13), subsidio de alimentación (art. 14), sobresueldo (art. 17). Por el contrario, no constituyen factor salarial: la prima de instalación y alojamiento (art. 5), la prima de capacitación (art. 6), la prima de clima (art. 8), la prima extracarcelaria (art. 11), la prima de vigilantes instructores (art. 12) y el subsidio familiar (art. 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, esta Sala concluye 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. [Resalta la Sala]⁸

Con base en estos planteamientos se resolverá la controversia de esta instancia.

2.5. Caso concreto

La controversia existente a lo largo del proceso ha dejado a salvo, de un lado, la condición de miembro del INPEC que desarrolla labores de alto riesgo y, de otro lado, la procedencia del reconocimiento de la pensión.

Ciertamente está demostrado y no se ha controvertido, que el señor HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO laboró al servicio del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC desde el 27 de octubre de 1993 hasta el 31 de diciembre de 2018, teniendo como último cargo el de inspector. Esto se desprende de los certificados de información laboral y de la Resolución de retiro 003623 del 23 de octubre de 2018 (págs. 26, 74, 75 y 78, doc. “03DemandaAnexos”).

Igualmente, COLPENSIONES reconoce el derecho a la pensión. Inicialmente, a través de la Resolución SUB 86100 del 2 de abril de 2018 que reconoció pensión de vejez especial al demandante; luego, con la Resolución DIR 8674 del 7 de mayo de 2018 que modificó la resolución anterior para aumentar el valor de la mesada; finalmente, con la

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, C.P. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D. C., 16 de febrero de 2023. Radicación número: 68001 23 33 000 2018 00726 01 (6382-2019).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
DEMANDANTE: HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 05001 33 33 022 2020 00168 01

Resolución SUB 2097 del 8 de enero de 2019 mediante la cual, debido al retiro del servicio del actor, ordenó la inclusión en nómina de la prestación, reliquidando su monto.

La discusión se contrae entonces al cálculo hecho por la demandada, es decir, sobre la forma de establecer el monto de la pensión reconocida. Por ello, importa establecer las condiciones en que COLPENSIONES reconoció, liquidó y reliquidió la pensión, como se detalla a continuación:

- **Resolución SUB 86100 del 2 de abril de 2018** (págs. 27 a 34, documento “03DemandaAnexos”): La entidad reconoció la pensión aplicando el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 en cuanto a requisitos y, para calcular el monto, sostuvo que se aplica lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior se tradujo en el reconocimiento de una pensión vejez especial por actividad de alto riesgo, liquidada con el 75% del promedio de los últimos 10 años de cotizaciones y con los factores salariales del Decreto 1158 de 1994 sobre los que se hizo aportes.

La prestación así reconocida se dejó en suspenso hasta acreditar el retiro definitivo de la entidad pública.

- **Resolución DIR 8674 del 7 de mayo de 2018** (págs. 35 a 43, doc. “03DemandaAnexos”): Se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la anterior resolución y se modifica la misma, únicamente para aumentar el valor de la mesada pensional. Es decir, se efectuó una variación del monto pensional pero se conservaron las consideraciones sustanciales del reconocimiento, al mantener la aplicación de la Ley 32 de 1986 para el requisito de tiempo de servicio y la Ley 100 de 1993 para calcular el valor de la mesada, esto es, con los últimos 10 años de cotizaciones.

Esta prestación quedó en suspenso hasta el retiro del servicio.

- **Resolución SUB 2097 del 8 de enero de 2019** (págs. 44 a 53, doc. “03DemandaAnexos”): Por acreditarse el retiro del servicio, COLPENSIONES dispuso incluir en nómina la pensión reconocida con una mesada, a partir del 31 de diciembre de 2018, de \$1.748.860.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
DEMANDANTE: HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 05001 33 33 022 2020 00168 01

Para esta decisión la entidad retomó la aplicación del artículo 96 de la Ley 32 de 1986 y, para la liquidación de la pensión, sostuvo que se aplica una tasa de reemplazo del 75% y que el IBL se determina en aplicación del artículo 21 de la Ley 100, esto es, con el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años.

En los actos administrativos siguientes con los que se niega la reliquidación pedida (Resoluciones SUB 258901 del 20 de septiembre de 2019, SUB 303678 del 1º de noviembre de 2019 y DPE 13255 del 13 de noviembre de 2019⁹), COLPENSIONES reitera la aplicación del régimen especial en cuanto a requisitos para acceder a la pensión; a la vez, conserva la decisión de establecer el IBL a partir de los postulados de la Ley 100, específicamente con los últimos 10 años de servicio, y con los factores del Decreto 1158 de 1994 bajo condición de que sobre ellos se hayan efectuado aportes para pensión.

En estas condiciones es claro que la entidad demandada reconoce al señor HERNÁN DARÍO como beneficiario del régimen de transición consagrado en el párrafo transitorio 5º del Acto Legislativo 01 de 2005 y, por ello, aplicó la Ley 32 de 1986, determinado a partir de esta ley los requisitos para la pensión (20 años de servicios continuos o discontinuos de servicios).

Que el demandante se vinculó antes del 28 de julio de 2003, es decir, antes de la vigencia del Decreto Ley 2090 del mismo año, es un hecho demostrado con los certificados de información laboral allegados, donde se encuentra que el actor se vinculó al INPEC desde el 27 de octubre de 1993, iniciando como dragoneante. Por consiguiente, es claro que el actor está cobijado por la protección contenida en el Acto Legislativo aquí citado.

Pese a lo anterior, en lo que tiene que ver con el IBL, COLPENSIONES se abstuvo de aplicar el régimen prestacional anterior y determinó que se debían aplicar las previsiones de la Ley 100 de 1993 para el periodo de liquidación (últimos 10 años conforme al artículo 21) y para los factores salariales (los del Decreto 1158 de 1994).

Sobre este aspecto es de público conocimiento que actualmente la Corte Constitucional y el Consejo de Estado poseen una tesis clara sobre la interpretación del cálculo del IBL de las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

⁹ Páginas 54 a 72, documento “03DemandaAnexos”.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
DEMANDANTE: HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 05001 33 33 022 2020 00168 01

Desde la sentencia C-258 de 2013, la Corte Constitucional ha sostenido que el IBL no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia de la redacción misma del artículo 36 de la Ley 100. Por su parte, a partir de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, el Consejo de Estado acogió la posición reiterada de la Corte Constitucional para concluir, refiriéndose al régimen de la Ley 33 de 1985, que el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 comprendió únicamente los elementos de edad, tiempo de servicio y tasa de reemplazo, pero no lo atinente al IBL pensional¹⁰. Esta misma postura fue expresada en la sentencia de unificación del 11 de junio de 2020, frente a los empleados y funcionarios de la Rama Judicial y del Ministerio Público a quienes, por régimen de transición de la Ley 100, les aplica el régimen especial del Decreto 546 de 1971¹¹.

Sin perjuicio de lo anterior, no cabe duda que dichos pronunciamientos han sido proferidos en el marco del análisis del régimen de transición creado y establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que es un régimen de transición diferente del que cobija al demandante.

El legislador de la Ley 100 fue claro en reconocer el carácter especial que ostentan los servidores públicos que cumplen labores de alto riesgo y, por ello, mediante su artículo 140 señaló expresamente que el Gobierno Nacional debía expedir un régimen pensional para este grupo de servidores, con lo cual dejó fuera a este personal de las previsiones del Sistema General de Pensiones, de las cuales emerge el régimen de transición del artículo 36.

Esa intención legislativa fue ratificada con el Decreto 1835 de 1994 que introdujo normas especiales sobre las actividades de alto riesgo de los servidores públicos, donde se determinó que, por virtud del artículo 140 de la Ley 100, para el personal del INPEC debía proferirse una decisión especial en cuanto al régimen pensional, lo que se vio desarrollado a través de los Decretos Ley 407 de 1994 y 2090 de 2003, el Decreto 1950 de 2005 y, por último, el Acto Legislativo 01 de 2005.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, C.P. CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá D.C., 28 de agosto de 2018. Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de Unificación CE-SUJ-S2-021-20. Bogotá, D. C., 11 de junio de 2020. Radicación número: 15001 23 33 000 2016 00630 01 (4083-2017).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
DEMANDANTE: HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 05001 33 33 022 2020 00168 01

Es de toda relevancia tener claridad que al demandante le aplica el régimen pensional especial de la Ley 32 de 1986 por ser beneficiario de un régimen de transición, pero no del contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 sino del que fue presentado en el aparte **2.4.1.** de esta sentencia y que se rastrea desde el Decreto Ley 407 de 1994 hasta el Acto Legislativo 01 de 2005. Incluso, COLPENSIONES reconoce el régimen de la Ley 32 de 1986 porque el interesado cumple con las condiciones del régimen de transición del Acto Legislativo pluricitado, lo que por consiguiente abarca la satisfacción de lo previsto en el Decreto Ley 2090 de 2003.

De acuerdo con el problema jurídico planteado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, es diáfano que en esa oportunidad el Consejo de Estado no analizó el régimen de transición que favorece al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria que desarrolla actividades de alto riesgo, por lo que este personal quedó a salvo de las reglas de unificación fijadas en tal providencia.

Que existan servidores públicos beneficiarios de regímenes anteriores y que no estén sometidos a las reglas de unificación de la sentencia del 28 de agosto de 2018 es una realidad jurídica indiscutible, como puede verse en el caso del personal docente, a quien el Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, reconoció expresamente que no está sujeto a las reglas de unificación porque fue exceptuado del régimen de la Ley 100¹². Entonces, si el personal que desarrolla actividades de alto riesgo no quedó cobijado por las previsiones de la Ley 100, porque el mismo artículo 140 determinó que se debía expedir un régimen especial, se trata de un personal de características semejantes al personal docente en lo que tiene que ver con su salvedad del régimen de la Ley 100, por lo que el tratamiento debe ser semejante en el sentido de reconocer que no están cobijados por el régimen de transición del

¹² “29. La sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fijó la regla y las subreglas sobre el Ingreso Base de Liquidación en el **régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993**. En la misma sentencia la Sala Plena precisó que la **regla** establecida en esa providencia, así como la **primera subregla**, “no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición**”.

30. La sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 no se ocupó del estudio del régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, porque de acuerdo con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 “se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración”.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
DEMANDANTE: HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 05001 33 33 022 2020 00168 01

artículo 36 de la Ley 100 ni por las reglas de unificación determinadas en la sentencia del 28 de agosto de 2018 para el IBL de ese régimen exclusivamente.

Con esta premisa es improcedente concluir que los análisis de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, hechos para el IBL de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100, son extensivos e igualmente aplicables a los servidores públicos del INPEC, ya que estos últimos, se insiste, no están regidos por el Sistema General de Pensiones precisamente porque la Ley 100 de 1993 dejó a salvo de sus previsiones pensionales a este grupo de servidores públicos.

Esta afirmación es compartida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que dijo lo siguiente en sentencia del 9 de junio de 2022:

“En suma, para el caso de los servidores del INPEC que hubiesen desempeñado actividades peligrosas, como es el caso del demandado por haber ejercido los cargos de dragoneante, inspector, inspector jefe y teniente de prisiones (pertenecientes al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional. Ver certificado de información laboral obrante a folio 77 del cuaderno 1), no resulta válido estudiar su situación en punto a la aplicación de los preceptos del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 según lo afirmado por la entidad libelista en su recurso.

Lo expuesto se justifica en la medida en que dicha regulación general no les era aplicable a aquellos funcionarios por expreso mandato del artículo 140 ibidem, habida cuenta de que no solo con anterioridad a la entrada en vigencia del SGSS estos tenían una regulación específica en materia prestacional contenida en la Ley 32 de 1986, sino que además en el primer precepto aludido se cominó al Gobierno Nacional a expedir el régimen propio de estos empleados.”¹³ (Se destaca)

De acuerdo con la evolución normativa del ordenamiento jurídico, para determinar si al personal de custodia y vigilancia del INPEC le es o no aplicable el régimen especial de la Ley 32 de 1986, no es necesario acudir a lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que estos servidores públicos gozan de un régimen de transición particular que está contenido en normatividades diferentes.

Aunque se conoce la disparidad de criterios que existe actualmente al interior de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en donde la Subsección A sostiene la postura que aquí se presenta mientras que la Subsección B es partidaria de aplicar el análisis del IBL del régimen de transición de la Ley 100 al régimen pensional especial del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC, esta Sala de Decisión considera que el asunto debe

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, C.P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Bogotá D.C., 9 de junio de 2022. Radicación número: 25000-23-42-000-2019-00942-01 (4325-2021).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
DEMANDANTE: HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 05001 33 33 022 2020 00168 01

resolverse a partir de la diferenciación que se ha planteado, en el sentido de que el régimen de transición de este personal no es equivalente al del artículo 36 de la Ley 100 e, incluso, este último no interfiere en nada para la aplicación de la transición que conduce a la aplicación de la Ley 32 de 1986.

Por ello se considera improcedente acoger lineamientos jurisprudenciales que tienen un indudable carácter vinculante, pero frente a una materia disímil a la que hoy ocupa el estudio y que, por consiguiente, dejan de ser vinculantes para esos casos diferentes a los sometidos a reglas jurisprudenciales de unificación.

Igualmente, el caso puede resolverse a partir del principio de favorabilidad en materia laboral, consagrado positivamente en el artículo 53 de la Constitución Política y por virtud del cual, en caso de duda en la aplicación o interpretación de dos fuentes formales del derecho, esta duda debe resolverse en lo que resulte más benéfico para el trabajador.

Que el régimen de transición establecido para los servidores públicos que cumplen funciones de alto riesgo es diferente al régimen de transición de la Ley 100, es una situación reconocida por la Corte Constitucional en la sentencia C-663 de 2007 citada anteriormente, donde se estudió la constitucionalidad del artículo 6º del Decreto Ley 2090 de 2003. En ese momento, la alta corporación sostuvo que *“En consecuencia, el régimen de transición previsto en el Decreto 2090 de 2003, -que hoy se acusa-, resulta ser un régimen de transición distinto al de la Ley 100 de 1993, lo cual plantea cuestiones atinentes a la aplicación del régimen más favorable al trabajador.”* (Se destaca).

En la misma sentencia, la Corte Constitucional apuntó el argumento de favorabilidad que aquí se aduce, al sostener que *“En ese orden de ideas, en el hipotético caso en que en una situación concreta un trabajador se vea amparado por ambos regímenes de transición, -el de la Ley 100 y el del Decreto 2090 de 2003-, lo cierto es que al existir dos normas vigentes y aplicables para una misma situación, debe prevalecer a la luz de la Constitución aquel régimen que resulte más favorable y benéfico para el trabajador involucrado, por tratarse de disposiciones pensionales.”* (Se destaca)

Precisamente, acoger una interpretación según la cual al personal de custodia y vigilancia del INPEC les aplica el IBL del régimen de transición de la Ley 100, perjudica al servidor público que posee un régimen prestacional especial que es más favorable en

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
DEMANDANTE: HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 05001 33 33 022 2020 00168 01

lo que al cálculo de la pensión se refiere; entre otras cosas, porque la Ley 100 excluye a las personas vinculadas a un régimen especial, igual que el art. 279 exceptúa de la aplicación de dicha a ley, por ejemplo al personal docente, y por ende sería improcedente aplicar el art. 36 de la misma.

Al no existir un criterio unificado en la materia, el caso se resuelve en aplicación de la autonomía judicial y las reglas de la sana crítica, a partir de las cuales esta Sala estima que aplicar el IBL de la Ley 100 de 1993 desconoce la especialidad del régimen pensional de los servidores públicos que cumplen funciones de alto riesgo; igualmente, considera que como este personal posee su propio régimen de transición consagrado en normas disímiles al artículo 36 de la Ley 100, no es ajustado aplicar el precedente judicial existente sobre la interpretación de otro régimen de transición, como es el del Sistema General de Pensiones; finalmente, defiende que el principio de favorabilidad tiene prevalencia y en virtud de él las materias de duda deben desatarse en favor del ex empleado público hoy demandante.

La ausencia de unificación en la materia fue reconocida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia mediante la cual negó el amparo pedido en tutela contra providencia judicial que resolvía una materia similar a la presente. Así, en sentencia del 4 de mayo de 2022 expresó:

“36. Finalmente, la Sala estima de importancia poner de presente que, a la fecha, no existe un precedente judicial contenido en una sentencia de unificación frente al régimen especial de pensiones de los miembros del INPEC, concretamente, en lo que se refiere a las transiciones normativas y a la aplicación del Decreto 2090 de 2003 y su régimen de transición, por lo cual a los jueces les corresponde, en virtud del principio de autonomía e independencia judicial, adoptar la decisión que mejor se ajuste a las peculiaridades de cada asunto y a la jurisprudencia existente, aspecto en que el juez constitucional no puede definir.”¹⁴

Por todo lo expuesto, la antinomia normativa causa del problema se resuelve para señalar que el IBL de la pensión del demandante se debe extraer de las normas del régimen prestacional especial de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional y no del régimen general de pensiones.

En ese sentido la Sala se aparta de la tesis de COLPENSIONES que defiende la aplicación del artículo 21 de la Ley 100 para obtener el periodo de liquidación y que, para factores salariales, aplica los postulados de la Ley 100 con el Decreto 1158 de 1994.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, C.P. ALBERTO MONTAÑA PLATA. Bogotá D.C., 4 de mayo de 2022. Radicación número: 11001-03-15-000-2022-01331-00

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
DEMANDANTE: HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 05001 33 33 022 2020 00168 01

El IBL de la prestación surge de la Ley 32 de 1986, que es la norma aplicable al señor CORRALES LONDOÑO como beneficiario del régimen de transición previsto en el parágrafo transitorio 5º del Acto Legislativo 01 de 2005. A partir de dicha norma y de su remisión a otras normatividades -art. 114-, el IBL de la pensión se conforma con el periodo de liquidación correspondiente al promedio mensual obtenido en el último año de servicio -art. 4º, Ley 4ª de 1996- y con los factores salariales del Decreto 446 de 1994, tal como se explicó en el apartado **2.4.2.** del marco normativo y jurisprudencial de esta sentencia.

Decisión similar fue acogida por el Consejo de Estado en sentencia del 2 de febrero de 2023, así:

“En esta línea argumentativa, la Sala coincide con la decisión del a quo en el entendido de que la liquidación efectuada por la entidad demandada desconoce el régimen que le fue aplicado al señor Jiménez Sampayo, porque si bien tuvo en cuenta el período para la determinación de la prestación previsto en la Ley 4.ª de 1966, no incluyó todos los factores salariales previstos en el Decreto 446 de 1994.

En consecuencia, contrario a lo señalado por Colpensiones en su escrito de apelación, para la liquidación de la prestación no debían aplicarse los artículos 18, 19 y 21 de la Ley 100 de 1993, ni los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994, pues, tal y como se expuso en el marco normativo de esta decisión, con fundamento en el artículo 140 ibidem, las disposiciones contenidas en esa ley no se les destinan a los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Penitenciaria Nacional y del INPEC, razón por la cual tampoco debe acudirse al límite temporal que impuso el parágrafo transitorio 4 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005 pues se dirige a los beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la aludida Ley 100.

(...)

Conviene precisar que si bien la jurisprudencia de esta Corporación ha dado aplicación a los factores salariales enlistados en el Decreto 1045 de 1978, también lo es que a partir de la vigencia del Decreto 446 de 1994, se fijó el régimen prestacional de los servidores públicos del INPEC y por ello esta Subsección ha acudido a esa normativa, a efectos de calcular el IBL, tal como se advierte en las sentencias del 27 de septiembre de 2018 y del 22 de octubre de 2020.”¹⁵ (Se destaca)

Además, esta decisión en nada desconoce el principio de sostenibilidad ni tampoco la debida correspondencia que debe existir entre la pensión y los aportes del trabajador, ya que por lo previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, norma de la que emana el régimen de transición del demandante, *“Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”*,

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, C.P. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá D.C., 2 de febrero de 2023. Radicación número: 23001 23 33 000 2016 00445 01 (3423-2018)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
DEMANDANTE: HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 05001 33 33 022 2020 00168 01

de manera que se tomarán en cuenta únicamente los factores salariales sobre los que se hayan efectuado los correspondientes aportes o cotizaciones.

Con fundamento en lo expuesto se impone revocar la sentencia de primera instancia, pues se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, en tanto queda demostrado que los mismos transgreden las normas superiores en que debían fundarse, especialmente las que determinan el derecho del actor a obtener la liquidación de su prestación con base en el régimen especial que le cobija a partir de la Ley 32 de 1986.

En consecuencia, se declarará la nulidad parcial de las Resoluciones SUB 86100 del 2 de abril de 2018, DIR 8674 del 7 de mayo de 2018 y SUB 2097 del 8 de enero de 2019. Además, la nulidad total de las Resoluciones SUB 258901 del 20 de septiembre de 2019, SUB 303678 del 1º de noviembre de 2019 y DPE 13255 del 13 de noviembre de 2019.

Como restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad reliquidar la pensión especial de vejez del señor HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO a partir del 31 de diciembre de 2018, en aplicación de la Ley 32 de 1986, concordada con el artículo 4º de la Ley 4ª de 1966 y el Decreto 446 de 1994, es decir, con una tasa de reemplazo del 75% y calculando el Ingreso Base de Liquidación -IBL- con el periodo de liquidación del último año de servicio transcurrido entre el 1º de enero de 2018 y el 31 de diciembre de 2018, con los factores salariales del Decreto 446 de 1994 devengados por el demandante y sobre los que se han efectuado aportes o cotizaciones.

Los factores salariales a incluir en la liquidación son: sueldo básico (asignación básica) - art. 1º., sobresueldo -art. 17-, auxilio de transporte -art. 13-, subsidio de alimentación - art. 14-, prima de servicios -art. 4º-, bonificación por servicios -art. 18-, prima de vacaciones -art. 3º- y prima de navidad -art. 2º-.

Los anteriores factores están incluidos en los artículos previamente aludidos del Decreto 446 de 1994, son factores de salario y fueron percibidos por el demandante en el último año de servicio transcurrido del 1º de enero al 31 de diciembre de 2018, como se demuestra con los comprobantes de nómina obrantes en las páginas 103 a 117 del documento “03DemandaAnexos”.

Igualmente, fueron objeto de aportes o cotizaciones, como se desprende del certificado de salarios mes a mes obrante en la página 92 del documento “03DemandaAnexos”. En

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
DEMANDANTE: HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 05001 33 33 022 2020 00168 01

él, es importante advertir que contiene esta anotación: “*En el caso de los Regímenes especiales en la Casilla No. 27 (Asignación Básica Mensual) el valor de la asignación básica, será la suma de los factores salariales que no están incluidos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los cuales se han efectuado cotizaciones para pensión (Ej.: Sobresueldo INPEC, prima de antigüedad que se paga de manera mensual, etc.)*” (Se destaca).

Es así como dentro del concepto de “*Asignación Básica Mensual*”, la entidad incluye no solo el sueldo básico, sino que añade otros conceptos que ingresan a ser parte de lo aportado o cotizado.

Verificando los comprobantes de nómina, donde se detallan los emolumentos pagados mes a mes al actor y el certificado antes aludido, se tiene que dentro de la “*Asignación Básica Mensual*” la entidad agrega todos los factores salariales cuya inclusión se reconoce con esta sentencia. Véase, a manera de ejemplo, que en agosto de 2018 la “*Asignación Básica Mensual*” fue de \$2.223.778 que corresponde a la suma de **sueldo básico** (\$1.377.192), **sobresueldo** (\$698.205), **auxilio de transporte** (\$88.211) y **subsidio de alimentación** (\$60.170)¹⁶, pagados al actor.

Además, en el mes de junio de 2018 la entidad agregó la **prima de servicios**, como se comprueba al sumar los valores de los anteriores factores salariales y la prima de servicios pagada en ese mes por valor de \$1.139.191¹⁷, lo que arroja un total de \$3.362.969, que fue lo reconocido como “*Asignación Básica Mensual*”.

Asimismo, en noviembre de 2018 la entidad tomó como “*Asignación Básica Mensual*” las vacaciones en tiempo y la **prima de vacaciones** pagada al actor por valor de \$2.376.094¹⁸. Además, en diciembre de 2018 la entidad incluyó la **prima de navidad** cancelada en diciembre del mismo año por valor de \$2.574.102¹⁹.

Finalmente, el aporte por **bonificación por servicios** está demostrado en el mismo certificado, para el mes de octubre de 2018.

Para la liquidación pensional no se incluyen los conceptos de prima de riesgo, subsidio unidad familiar, prima de capacitación técnicos 12%, prima de vigilantes e instructores

¹⁶ Página 112 del documento “03DemandaAnexos”.

¹⁷ Página 110 del documento “03DemandaAnexos”.

¹⁸ Página 114 del documento “03DemandaAnexos”.

¹⁹ Página 117 del documento “03DemandaAnexos”.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
DEMANDANTE: HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 05001 33 33 022 2020 00168 01

10%, pago de vacaciones y bonificación por recreación porque, si bien fueron cancelados al trabajador en el último año de servicio, el Decreto 446 de 1994 no los establece como factores salariales y no se acredita que hayan sido objeto de cotización o aportes pensionales.

La prima de riesgo, el subsidio familiar, la prima de capacitación y la prima de vigilantes fueron consagrados desde su creación sin carácter salarial, tal como lo determinan, en su orden, los artículos 11, 15, 6 y 12 del Decreto 446 de 1994

Así las cosas, reconocer cualquiera de los factores que no son objeto de aportes iría en contra de la previsión constitucional incluida con el Acto Legislativo 01 de 2005, a partir del cual solo pueden tenerse en cuenta los factores sobre los que se han realizado cotizaciones. Por la misma razón, no es procedente inaplicar los preceptos que los consagran sin carácter salarial.

El pago de la prestación así liquidada deberá ser reconocido a partir del 31 de diciembre de 2018, por no haber operado la prescripción frente al derecho al pago de las mesadas pensionales, como seguidamente se explica.

Esta decisión se hará efectiva siempre que el valor de la pensión que resulte de esta forma de liquidación sea más favorable que la pensión que actualmente recibe el demandante.

2.5.1. Prescripción

Con relación a la prescripción, debe tenerse en cuenta el término trienal consagrado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, concordado con el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, que indica lo siguiente:

“ARTICULO 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.” (Negrillas y resaltos fuera del texto original)

En correspondencia con ello interesa que el derecho a la liquidación adecuada de la pensión procede desde la fecha en que el actor adquirió el estatus pensional, lo que ocurrió el 27 de octubre de 2013, momento en que habría cumplido los 20 años de servicio que exige el artículo 96 de la Ley 32 de 1986. Sin embargo, el derecho al disfrute o pago

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
DEMANDANTE: HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 05001 33 33 022 2020 00168 01

de la pensión debidamente liquida solo es exigible a partir del retiro del servicio, lo que ocurrió el 31 de diciembre de 2018 conforme la Resolución de retiro 003623 del 23 de octubre de 2018.

Esto es así porque el artículo 128 de la Constitución Política prohíbe la percepción simultánea de más de una asignación que provenga del tesoro público²⁰; igualmente, por lo previsto en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, según el cual, salvo las excepciones legales, el servidor público que adquiera el derecho a la pensión de vejez o jubilación puede **optar** por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso.

Así las cosas, se concluye que en este caso no operó la prescripción, toda vez que el derecho al pago de la pensión reliquida se hizo exigible el 31 de diciembre de 2018 y la solicitud de reliquidación pensional fue presentada el día 25 de junio de 2019, como se afirma en la Resolución SUB 258901 del 20 de septiembre de 2019, lo que quiere decir que entre la primera y la última fecha no habían transcurrido los 3 años con los que contaba para reclamar su derecho, tiempo que tampoco transcurrió desde dicha reclamación que interrumpió la prescripción hasta la presentación de la demanda -4 de agosto de 2020, documento “01RecibidoInformeSecretarial”-.

En suma, no hay lugar a declarar la excepción de prescripción.

2.5.2. Indexación

Las sumas que resulten a favor de la parte actora por concepto de la condena impuesta, se ajustarán en su valor con base en la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de las mesadas pensionales reliquidas, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor

²⁰ “ARTÍCULO 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
DEMANDANTE: HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 05001 33 33 022 2020 00168 01

certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el índice vigente a la fecha en la cual se causó el derecho al pago.

Se aclara que, por tratarse de obligaciones de trato sucesivo, esta fórmula deberá aplicarse mes por mes, con base en el índice inicial vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

2.5.3. Condena en costas

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone que: *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”*

Este artículo fue adicionado en un inciso por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, así: *“En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.”*

En consideración de lo anterior, esto es, que se ha presentado una variación frente al criterio de imposición de costas que regía bajo la redacción original de la Ley 1437 de 2011, concordada con el Código General del Proceso, el juez deberá analizar si la demanda o su contestación fueron presentadas con manifiesta carencia de fundamento legal, lo que se traduce en un estudio más detallado de los argumentos dados por las partes y su participación dentro del proceso.

En estos términos, no hay lugar a imponer costas procesales contra la parte vencida, como es la entidad demandada, pues los planteamientos de la defensa se fundaron en una comprensión razonable del ordenamiento jurídico; es decir, no se advierte que la postura de la entidad haya sido formulada de forma caprichosa o sin fundamento alguno.

Adicionalmente, no se advierte que en el trámite del presente proceso se hayan probado actuaciones que configuren una mala fe o temeridad de su parte.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, SALA SEGUNDA DE ORALIDAD**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

MEDIO DE CONTROL:
DEMANDANTE:
DEMANDADO:
RADICADO:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
05001 33 33 022 2020 00168 01

F A L L A

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 21 de junio de 2021 por el Juzgado Veintidós Administrativo Oral del Circuito de Medellín y, en su lugar, **DECLARAR** la nulidad **parcial** de las Resoluciones SUB 86100 del 2 de abril de 2018, DIR 8674 del 7 de mayo de 2018 y SUB 2097 del 8 de enero de 2019, y la nulidad **total** de las Resoluciones SUB 258901 del 20 de septiembre de 2019, SUB 303678 del 1º de noviembre de 2019 y DPE 13255 del 13 de noviembre de 2019, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reliquidar la pensión especial de vejez del señor HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO, a partir del 31 de diciembre de 2018, en aplicación de la Ley 32 de 1986, concordada con el artículo 4º de la Ley 4ª de 1966 y el Decreto 446 de 1994, es decir, con una tasa de reemplazo del 75% y calculando el Ingreso Base de Liquidación - IBL- con el periodo de liquidación del último año de servicio transcurrido entre el 1º de enero de 2018 y el 31 de diciembre de 2018 y con los factores salariales del Decreto 446 de 1994 devengados por el demandante y sobre los que se han efectuado aportes o cotizaciones, incluyendo específicamente los factores de sueldo básico (asignación básica), sobresueldo, auxilio de transporte, subsidio de alimentación, prima de servicios, bonificación por servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.

El pago de la pensión así liquidada deberá ser reconocido a partir del 31 de diciembre de 2018.

La orden aquí establecida se hará efectiva, siempre que el valor de la pensión que resulte de esta forma de liquidación sea más favorable que la pensión que actualmente recibe el demandante.

TERCERO: Las sumas a pagar por concepto del restablecimiento del derecho serán indexadas de conformidad con la formula expuesta en la parte motiva de esta providencia. De igual manera y conforme lo dispuesto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, las cantidades líquidas reconocidas en esta sentencia devengarán intereses moratorios a partir de su ejecutoria.

*MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
DEMANDANTE: HERNÁN DARÍO CORRALES LONDOÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 05001 33 33 022 2020 00168 01*

CUARTO: ABSTENERSE de condenar en costas y agencias en derecho en primera y segunda instancia, por las razones expresadas en las consideraciones de esta sentencia.

QUINTO: En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS²¹,

ÁLVARO CRUZ RIAÑO

ADRIANA BERNAL VÉLEZ

SANDRA LILIANA PÉREZ HENAO

(Con salvamento de voto)

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta a través del link: <https://samai.consejodeestado.gov.co/Vistas/documentos/evalificador.aspx>, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.

²¹ Firmado electrónicamente.



REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA

SALA SEGUNDA DE ORALIDAD

MAGISTRADA: SANDRA LILIANA PÉREZ HENAO

Medellín, veintinueve (29) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Referencia:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Laboral
Demandante:	Hernán Darío Corrales Londoño
Demandado:	Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES
Radicado:	05001 33 33 0222 2020 00168 01
Asunto:	 SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

Con el respeto acostumbrado, me permito manifestar que me aparto parcialmente de la decisión aprobada por la Sala, en el sentido que procedo a explicar:

En primer lugar, considero que las normas especiales aducidas en la decisión mayoritaria, esto es, la Ley 32 de 1986 y los Decretos 407 de 1994 y 2090 de 2003, entre otras; así como la sentencia de fecha 2 de junio de 2022, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, hacen relación a los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión; sin que en ninguna de ellas se indique que el IBL corresponde a condiciones diferentes a las establecidas en la ley 100 de 1993, esto es, al promedio de los salarios y rentas sobre los cuales se haya cotizado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión.

Nótese que, tal como se indica en el fallo puesto a consideración, las normas y jurisprudencia antes citadas, hacen relación a los requisitos especiales que deben aplicarse al personal de vigilancia y custodia del INPEC, para indicar así mismo que tales actividades se consideran como de alto riesgo; pero en modo alguno puede servir de sustento para indicar que el IBL del inciso 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993, no se aplica al caso concreto, pues tal posición contraviene lo establecido por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018; y si bien la misma hace relación a los beneficiarios del régimen de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985; ésta no puede abstraerse de su aplicación a los miembros del cuerpo de vigilancia y custodia del INPEC, en virtud de la misma regla de solidaridad plasmada en tal decisión

y en los precedentes de la Corte Constitucional, contenidos entre otras, en las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-210 de 2017, SU-395 de 2017, SU-023 de 2018.

Adicionalmente, en el fallo que se analiza, se indica que, dado que la Ley 32 de 1985 no señala una manera de liquidar las pensiones especiales para el personal de vigilancia y custodia del INPEC, para ello habría de acudirse a lo establecido en la Ley 33 de 1985, norma en la cual se excluyen expresamente de su aplicación, a los empleados que *"laboren en actividades que, por su naturaleza, justifiquen la excepción y aquellos que disfruten de un régimen especial de pensiones"*; y, en apoyo de su posición, se cita lo señalado en la sentencia del 16 de febrero de 2023, proferida por el Consejo de Estado, M.P. Rafael Franciso Suarez Vargas.

No obstante, el pronunciamiento de la Alta Corporación que se relaciona por la Sala no constituye precedente, pues es una sentencia de subsección y no un fallo de unificación, por lo que no estoy de acuerdo en que estos servidores públicos estén por fuera de la aplicación de las reglas de unificación de la Sentencia del 28 de agosto de 2018.

De otra parte, el proyecto que se analiza, compara el régimen pensional de los miembros del cuerpo de vigilancia y custodia del INPEC, que, no se discute, constituye un régimen especial en cuanto a requisitos para la obtención de la prestación; con el régimen de los docentes, cuando, estos últimos se encuentran expresamente exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993, lo que, a juicio de la suscrita sucede con los primeros; motivo por el cual no se encuentran exentos, como se indicó, de la aplicación de las reglas de unificación antes señaladas.

Ahora bien, en cuanto a los factores que se incluyen en la reliquidación ordenada, me encuentro de acuerdo en que éstos no pueden ser otros que aquéllos que fueron objeto de aportes, como se dispuso en el fallo analizado.

En esos términos dejo planteado mi respetuosa discrepancia.

**SANDRA LILIANA PÉREZ HENAO
MAGISTRADA**

Este documento fue firmado de manera electrónica a través de la plataforma SAMAI y se puede validar en el siguiente enlace:

<https://samai.azurewebsites.net/Vistas/documentos/evalificador.aspx>