

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META**

Villavicencio, trece (13) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

**SALA DE DECISIÓN ORAL N° 1****MAGISTRADA PONENTE: CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ**

**RADICACIÓN:** 50 001 33 33 006 2016 00446 01  
**1ª INSTANCIA:** JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE VILLAVICENCIO  
**M. CONTROL:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**DEMANDANTE:** EDILBERTO RODRÍGUEZ PIÑEROS  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

Revisado el proceso de la referencia, encuentra la sala que no ha ocurrido causal de nulidad que invalide la actuación procesal surtida, razón por la cual procede a decidir el RECURSO DE APELACIÓN, formulado por el apoderado COLPENSIONES, contra la sentencia del 14 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Villavicencio, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

**ANTECEDENTES****1. SÍNTESIS DE LA DEMANDA:**

Ante esta jurisdicción, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA., concurre el señor EDILBERTO RODRIGUEZ PIÑEROS, en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, para obtener la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos:

- **Resolución No. GNR 316478 del 14 de octubre de 2015**, por medio de la cual, se reconoció la pensión de vejez al demandante sometida a retiro, sin la inclusión de todos los factores salariales devengados el último año de servicios.
- **Resolución No. GNR 387467 del 30 de noviembre de 2015**, por medio de la cual se resolvió de manera desfavorable el recurso de reposición interpuesto contra el anterior acto.
- **Resolución No. VPB 3023 del 22 de enero de 2016**, por medio de la cual se resolvió de manera desfavorable el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución GNR 316478 del 14 de octubre de 2015.

Como restablecimiento del derecho, solicita que se declare que tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague la reliquidación de la pensión de jubilación, con todos los factores que constituyen salario devengados en el último año de servicios de conformidad con la Ley 32 de 1986.

Pide ordenar a la entidad demandada pagar las diferencias causadas de esa reliquidación desde 1 de abril de 2015 y que sobre esas sumas realice los ajustes de valor, conforme al artículo 187 del CPACA.

Adicionalmente, solicita que a la entidad demandada se le condene en costas.

El sustento fáctico, lo narra informando que prestó sus servicios al INPEC por 21 años.

Señaló que la entidad demandada le reconoció la pensión de vejez conforme la Ley 32 de 1986 respecto de la edad, tiempo de servicios y el monto con el 75% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio y los factores contenidos en el Decreto 1158 de 1994, es decir, que la liquidación no se efectuó con el 75% de lo devengado en el último año de servicios conforme lo describen las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

En el acápite de normas violadas señaló como vulneradas las siguientes:

- Artículos 13, 29 y 53 de la CP
- Artículo 114 de la Ley 32 de 1986,
- Artículo 45 del decreto 1045 del 1978.

## **2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

La apoderada de COLPENSIONES contestó oportunamente<sup>1</sup> la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, por cuanto el apoderado no es claro en la causal de violación que invoca en la demanda, sino que simplemente transcribe el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Aduce que por expresa disposición legal la base liquidación la componen los factores salariales que están definidos en la ley, lo que de entrada descarta la posibilidad de incluir la totalidad de las sumas que el empleado percibía en el último año de servicios.

Además, señala que es importante distinguir entre factor salarial y elemento salarial, pues es el legislador el que señala expresamente cuales elementos salariales constituyen factor salarial, máxime cuando incluir todo lo devengado durante el último año afecta el presupuesto de la entidad a favor de un tercero carente de derecho.

<sup>1</sup> Folios 50-58 cuaderno de primera instancia.

Frente al caso concreto, indica que el actor cuenta con 1.095 semanas de cotización y 45 años de edad, teniendo reconocida una pensión bajo los lineamientos de la Ley 32 de 1986, para cuyo reconocimiento se tuvo en cuenta la Circular 01 del 1 de octubre de 2012, que establece reglas sobre el régimen de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, en la que se indica que los miembros del INPEC vinculados con anterioridad a la vigencia del Decreto 2090 de 2003 se les aplica la Ley 32 de 1986 y el Decreto 1045 de 1978, esto es, con el 75% del promedio de los salarios devengados dentro del último año de servicios.

Por manera que como quiera que "se le tuvo en cuenta los factores devengados durante el último año de servicios... improcedente sería acceder a la pretensión principal de la demanda por encontrarse satisfecha".

Además, si se pretendiera una reliquidación en este momento debería aplicarse los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, lo que resultaría más gravoso al demandante.

Finalmente, propone como excepciones, *inexistencia del derecho reclamado, firmeza de los actos administrativos, presunción de legalidad del acto administrativo, no hay lugar al pago de intereses moratorios, no hay lugar a indexación, y prescripción.*

### 3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Sexto Administrativo Oral de Villavicencio, en sentencia del 14 de marzo de 2018 (fls. 72-78), accedió a las pretensiones formuladas en la demanda.

Para lo cual, expuso que el demandante tiene derecho a que se le reconozca su pensión de jubilación a partir del 12 de enero de 2014, cuando cumplió 20 años de servicio en el INPEC, sin embargo, como quiera que el retiro del servicio se produjo el 1 de abril de 2015, es a partir de allí que debe reconocerse su pensión de jubilación, esto de conformidad con la Ley 33 de 1985 tanto para el porcentaje como para los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación, pues era la norma vigente al momento de la expedición de la Ley 32 de 1986.

Frente a los factores que se deben incluir en la liquidación de la pensión de vejez, después de analizar las posturas encontradas del Consejo de Estado y la Corte Constitucional<sup>2</sup>, el *a quo* concluyó que la posición adoptada por la Corte Constitucional sentencias SU - 230 del 2015 y C- 258 del 2013 no es aplicable a la situación fáctica y jurídica del demandante, pues la aplicación de la Ley 33 de 1985 no obedece a que sea beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 sino por disposición del artículo 140 ibídem y el párrafo transitorio del acto legislativo 01 de 2005 y el artículo 114 de la Ley 32 de 1986.

<sup>2</sup> Sobre las cuales se hará referencia en el marco teórico.

Seguidamente describió que el demandante durante su último año de servicios (1 de abril de 2014 hasta el 31 de marzo de 2015) devengó los factores salariales de sueldo, sobresueldo, prima de riesgo, subsidio de alimentación, subsidio de unidad familiar, auxilio de transporte, bonificación de recreación, prima de capacitación, prima de vigilancia, prima de clima, bonificación por servicios prestados, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad, los cuales deben ser incluidos en la liquidación de la pensión excepto las vacaciones y la bonificación especial por recreación, por tanto, declaró la nulidad de los actos acusados y ordenó la reliquidación en ese sentido.

De igual manera, ordenó el descuento de los aportes no efectuados sobre los nuevos factores y dispuso que en el asunto no había prescripción de mesadas, como quiera que la prestación se hizo exigible el 1 de abril de 2015 y la petición de reliquidación fue el 4 de septiembre de 2014.

#### **4. RECURSO DE APELACIÓN:**

Encontrándose dentro del término de ley, el apoderado de la COLPENSIONES, presentó recurso de apelación<sup>3</sup> contra la anterior sentencia, haciendo un recuento de los actos de reconocimiento pensional y negativa de reliquidación.

Seguidamente, explicó que conforme a la interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que hizo la sentencia C-258 de 2013 son estas reglas las que deben aplicarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca.

Por tanto, la pensión fue liquidada conforme lo indica la Circular No. 16 de 2015 que contiene las reglas sobre IBL, tasa de reemplazo y factores salariales, en la que se evidencia que el IBL no fue objeto de transición y que los factores salariales a incluir son los contenidos en el Decreto 1158 de 1994, siempre que sobre aquellos se hayan efectuado los aportes al sistema general de pensiones, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional en la sentencia SU 258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Esto quiere decir que no es posible la reliquidación pensional con el último año de servicios, sino el promedio de los últimos 10 años de servicio y los factores contenidos en el Decreto 1158 de 1994.

#### **5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Mediante auto de fecha 26 de julio de 2018 se admitió el recurso de apelación (fol. 4, Cuaderno 2º Instancia).

<sup>3</sup> Fls. 83-89 ibídem.

El 16 de agosto de 2018, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión (fol. 6, Cuaderno 2º Instancia).

El apoderado de la parte demandada presentó alegatos de conclusión reiterando en esencia los argumentos expuestos en el recurso de alzada (fl. 8-11).

El apoderado de la parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa.

## CONSIDERACIONES

### I. Competencia:

La sala observa que en aplicación de lo dispuesto por el artículo 153 del C.P.A.C.A, es competente este tribunal para conocer del presente asunto.

### II. Problema Jurídico:

El problema jurídico principal en el proceso consiste en establecer si el demandante, como beneficiario del régimen de transición, tiene derecho a que se le reliquide su pensión aplicando el periodo de liquidación y los factores establecidos en la Ley 32 de 1986 y el Decreto 1045 de 1978, por haber prestado sus servicios al INPEC, o si por el contrario debe realizarse de conformidad con lo previsto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, respectivamente.

Para llegar a la solución de dicho problema, considera necesario la sala analizar *el ingreso base de liquidación aplicable para los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993*, y luego, valorar el acervo probatorio allegado en este *caso concreto*, en el cual se hará alusión al régimen especial de los miembros del INPEC.

### III. El ingreso base de liquidación y los factores salariales aplicables a los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993:

La Ley 100 de 1993 por medio de la cual se creó el sistema general de pensiones actual, dispuso un régimen de transición en su artículo 36 para todas aquellas personas que al momento de su entrada en vigencia tuviesen treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince o más años de servicios cotizados, para quienes al momento de acceder a la pensión de vejez se les tendría en cuenta el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto del régimen de seguridad social en pensiones anterior, esto es, al que estuviesen vinculados para la entrada en vigencia de aquella ley.

Dicha transición se fincó en la protección de la expectativa y la confianza legítima de todas aquellas personas que al momento de entrar en vigencia el actual sistema general de

Seguridad Social, estaban cerca de cumplir con los requisitos exigidos por el régimen pensional al que estaban vinculados para acceder a su pensión de jubilación, y así no se viesen perjudicados por el cambio normativo. Ello por cuanto, existían una variedad significativa de regímenes en materia pensional como: el de los servidores públicos, los docentes, la Rama Judicial, los congresistas, entre otros.

Ahora bien, el régimen general de pensiones anterior de los servidores públicos estaba previsto en la Ley 33 de 1985, el cual exigía para acceder a la pensión vitalicia de jubilación un tiempo de servicio de veinte (20) años y llegar a la edad de cincuenta y cinco años; la cual se liquidaría con un monto del 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Entonces, los requisitos exigibles para que un servidor público pueda acceder a una pensión de vejez, cuyo régimen anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, haya sido el señalado en la Ley 33 de 1985 serán: la edad, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto. No obstante, sobre este último, en los últimos años ha existido un debate y diferentes posiciones jurisprudenciales de los altos tribunales de cierre de las diferentes jurisdicciones [*constitucional, ordinaria, contenciosa-administrativa*] acerca de los elementos que lo integran, específicamente de la tasa de reemplazo y el ingreso base de liquidación.

De esta manera, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, defendían la tesis de la inescindibilidad de la ley y, por tanto, la aplicación integral del régimen de transición frente a la determinación del ingreso base de liquidación, es decir, que siempre que un régimen anterior señalara las reglas para liquidar el monto, estas debían aplicarse en su integridad, y solo de manera supletiva lo señalado en el inciso 3 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando el régimen anterior no lo hubiere establecido.

Sin embargo, esa tesis perdió fuerza en los últimos años, ya que la Corte Constitucional en sentencia C 258 de 2013, al estudiar la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, sobre la pensión de congresistas, determinó que el ingreso base de liquidación no fue un aspecto sometido a transición; tal interpretación fue adoptada en la sentencia SU 230 de 2015 como precedente de obligatoria observancia, reafirmado en las sentencias SU 427 de 2016, SU 210 de 2017, SU 395 de 2017, T 039 de 2018 y SU 023 2018.

Por su parte, la postura consolidada de la sección segunda del Consejo de Estado insistía en que dentro del "monto" necesariamente estaba comprendido el ingreso base de liquidación, pues este estaba protegido por el régimen de transición, y, por lo tanto, debía regirse por el ordenamiento jurídico anterior, dicha tesis adquirió relevancia a partir de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010<sup>4</sup>, en la que además se precisó que los factores a incluir eran todos aquellos constitutivos del salario, aunque no estuviesen enlistados en el régimen salarial anterior previsto en la Ley 33 de 1985.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).-Radicación número: 25000-23-25-000-2016-07509-01(0112-09).

No obstante, de manera reciente el Consejo de Estado en sala plena de lo contencioso administrativo, profirió sentencia de unificación calendada el 28 de agosto de 2018<sup>5</sup>, cambiando su postura, determinando como regla jurisprudencial que: "**El ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985**" (negrilla intencional).

Por lo anterior, determinó como subreglas que: (i) los servidores públicos pensionados con las condiciones de la Ley 33 de 1985, se les liquidaría su pensión de conformidad con el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y (ii) que los factores a tener en cuenta serían únicamente aquellos sobre los cuales efectivamente se realizaron los aportes o cotizaciones al sistema de pensiones.

En relación con los factores salariales, para sustentar el cambio de tesis, se fincó especialmente en el principio de solidaridad, que está previsto en el artículo 1º de la Constitución Política como fundamental en un Estado Social de Derecho, y que está además señalado como rector de la Seguridad Social en Colombia, por mandato expreso del artículo 48 ibídem, definido en este sector como "...la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil"<sup>6</sup>.

Sobre la aplicación de esta nueva postura, de manera expresa la parte resolutive de la sentencia, en su ordinal segundo, hizo la advertencia "...a la comunidad en general que **las consideraciones expuestas en esta providencia, en relación con los temas objeto de unificación, son obligatorias para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial...**" (Resaltado fuera del texto original).

De tal manera que, mientras no haya sentencia ejecutoriada que se encuentre amparada por la cosa juzgada, como ocurre en el presente caso, deberá aplicarse la aludida interpretación sobre el periodo y los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de pensiones que se funden en la Ley 33 de 1985.

Así las cosas, es indiscutible que los beneficiarios del régimen de transición tienen derecho a acceder a su pensión de vejez, cumpliendo los requisitos de edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y el monto, entendido como tasa de reemplazo de acuerdo al régimen anterior, y el ingreso de liquidación, esto es, periodo y factores salariales, según lo previsto en el inciso tercero de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, respectivamente.

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 28 de agosto de 2018. C.P. César Palomino Cortés. Radicado: 50001 23 33 000 2018 00143 01

<sup>6</sup> Ley 100 de 1993, artículo 2º.

## V. Caso Concreto:

En el presente asunto no existe discusión frente a que el demandante tiene reconocido su derecho de pensión de vejez desde el 14 de octubre de 2015, con efectos a partir del 12 de julio de 2015, como se encuentra demostrado en la Resolución No. GNR 316478 del 14 de octubre de 2015<sup>7</sup>, por medio de la cual la entonces COLPENSIONES le reconoció una pensión vitalicia por vejez, habiendo adquirido su status el 11 de febrero de 2014.

Allí se indicó que *"el asegurado no cumple con el requisito de edad ni de semanas cotizadas para ser beneficiario de la pensión especial de Vejez de Alto Riesgo, por lo cual se desestima la solicitud... no obstante lo anterior, se procedió a verificar el expediente administrativo del causante y realizar análisis de la prestación conforme a lo establecido en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986."*

Dicha prestación se liquidó con el 75% del IBL, para el que se tuvieron en cuenta *"los factores salariales establecidos en los artículos 18 y 19 de la Ley 100 de 1993 y artículo 1 del Decreto 1158 del 3 de junio de 1994, según el caso"*.

Por su parte, mediante recurso de reposición del 30 de octubre de 2015<sup>8</sup>, el demandante, solicitó que se reconozca la pensión especial de jubilación por actividad de alto riesgo según la Ley 33 y 62 de 1985, incluyendo todos los factores salariales devengados el último año de servicios.

Tal petición fue denegada mediante la Resolución GNR 387467 del 30 de noviembre de 2015<sup>9</sup>, en la que se describió que la liquidación pensional se realizó con el promedio de lo devengado o cotizado durante los últimos 10 años de servicio, además resaltó que no es procedente el reconocimiento de la prestación con los factores salariales devengados durante el último año de servicios, por cuanto el régimen de transición exclusivamente respeta edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo.

Únicamente se tuvo como factores salariales para el cómputo la ASIGNACIÓN BÁSICA y la BONIFICACIÓN POR SERVICIOS *"devengados por el solicitante y certificados por el empleador durante los últimos 10 años de servicio"*.

Dicha decisión fue confirmada a través de la Resolución VPB 3023 del 22 de enero de 2016<sup>10</sup>, en la que nuevamente se reiteró que no se podía acceder a la reliquidación de la pensión de vejez, pues las disposiciones aplicables eran la Ley 32 de 1986 y la Ley 100 de 1993.

<sup>7</sup> Folio 10-13.

<sup>8</sup> Según se extrae de la Resolución GNR 38467 del 2015, visible a folio 20

<sup>9</sup> Folios 20-23.

<sup>10</sup> Folios 25- 28.

Pues bien, en el caso particular tenemos que el señor EDILBERTO RODRÍGUEZ PIÑEROS, prestó sus servicios al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC-, según se describe en los actos acusados, desde el 12 de enero de 1994 hasta el 30 de junio de 2009 y del 01 de agosto de 2009 hasta el 31 de marzo de 2015, lo que equivale a 7609 días o 21,13 años.

Además, se tiene que el actor nació el 18 de octubre de 1970 (fl. 10), es decir que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 (1 de abril de 1994), contaba con 23 años de edad.

En cuanto al reconocimiento pensional, tenemos que la Ley 32 de 1986<sup>11</sup> con la que se reconoció la pensión de vejez al actor en su artículo 96 dispone 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.*", sin embargo, como allí no se expresa la forma en que debe reconocerse la prestación, debe acudir al decreto 1045 de 1978 y la Ley 33 de 1985<sup>12</sup> por remisión expresa del artículo 114 de la aquella ley, para efectos de los factores y la tasa de remplazo.

Posteriormente, se expidió la Ley 100 de 1993, en cuyo artículo 140 dispuso que el gobierno nacional expediría el régimen de servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo como las desempeñadas por Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacional Penitenciaria, sin que dicho sector quedara expresamente excluido de aquella Ley, según se observa en el artículo 279; igualmente, señaló en el artículo 273 que podría incorporar a los servidores públicos al sistema general de pensiones contenido en la citada ley.

En cumplimiento de lo anterior, se expidió el Decreto 1835 de 1994, por el cual se reglamentó la actividad de alto riesgo, excluyendo de su órbita a los servidores del INPEC y su cuerpo de custodia y vigilancia carcelaria; igualmente profirió el Decreto 691 de 1994, por el cual se incorporan los servidores públicos al Sistema General de Pensiones, en los que sí se encuentra incluido el INPEC por pertenecer a la Rama Ejecutiva<sup>13</sup>.

Ahora bien, aunque en el Decreto 1835 del 3 de agosto 1994, no incluyó a los servidores del INPEC dentro de las entidades que desempeñan labores de alto riesgo, debe acudir al Decreto 407 del 20 de febrero de 1994<sup>14</sup> que estableció el régimen de personal de la entidad. El artículo 168 de esta norma, trajo un régimen de transición disponiendo "*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*

<sup>11</sup> Por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia

<sup>12</sup> "Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional."

<sup>13</sup> Decreto 2160 de 1992

<sup>14</sup> Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

prestado en la fuerza pública se tendrá en cuenta para estos efectos.' Y quienes "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."

Como quiera que hasta ese momento no se había expedido el régimen pensional del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC, se profirió entonces el Decreto 2090 del 28 de julio de 2003<sup>15</sup> en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 140 de la Ley 100 de 1993. En el artículo 6 también se dispuso un régimen de transición indicando que "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." Y en el párrafo adicionó que "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."

Y fue este decreto en el artículo 11 el que derogó el artículo 158 del Decreto 407 de 1994, anteriormente citado que remitía a la Ley 32 de 1986.

En ese orden de ideas, advierte la sala que el demandante no es beneficiario de la Ley 32 de 1986, por cuanto al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994) y del Decreto 2090 de 2003 (28 de julio de 2003), contaba con 23 y 32 años de edad<sup>16</sup>, respectivamente, y la primera norma exige 40 años, aunado a esto, tampoco tenía los 15 años de servicios allí requeridos, pues fue precisamente el 12 de enero de 1994 que ingresó al INPEC, es decir que al 1 de abril de 1994 apenas tenía 2 meses de servicio, y para el 28 de julio de 2003 tenía 9 años de servicio, por ende, también carecía de las 500 semanas de cotización.

Por el contrario, la norma aplicable en este caso era la dispuesta en los artículos 3 y 4 del Decreto 2090 de 2003<sup>17</sup>.

<sup>15</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.

<sup>16</sup> Por cuanto su fecha nacimiento data del 18 de octubre de 1970 (fi. 10)

<sup>17</sup> ARTÍCULO 3o. PENSIONES ESPECIALES DE VEJEZ. Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.

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

1. Haber cumplido 55 años de edad.

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

No obstante lo anterior, la entidad demandada según se extrae de los actos acusados concedió la pensión de vejez con el régimen de la Ley 32 de 1986, y este asunto no fue objeto de discusión en ninguna de las instancias del proceso, por ende, no hay lugar a entrar a pronunciarse sobre tales aspectos, dado que podría resultar desfavorable a quien en este momento ostenta el derecho pensional, sin ser el objeto de este litigio.

Por lo anterior, para la sala, en el caso particular del demandante no procedía la reliquidación de su pensión tomando como ingreso base la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios, incluyendo aquellos sobre los que no realizó aportes al sistema, por cuanto ni siquiera era beneficiario de dicho régimen, como quedó descrito anteriormente.

Por ende, deberá revocarse la sentencia del 14 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, y en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

**CONDENA EN COSTAS**

El artículo 188 del C.P.A.C.A, dispone que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirá por las normas del procedimiento civil. De esta manera, en principio debería aplicarse en este caso el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P, el cual señala que se condenará en costas de ambas instancias cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior; teniendo en cuenta además, que en su numeral 8 indica que habrá lugar a su imposición siempre que aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Sin embargo, para la sala la decisión de revocar la sentencia de primera instancia se originó en la reciente sentencia de unificación del Consejo de Estado calendada el 28 de agosto de 2018, que varió su postura frente al IBL y los factores salariales que deben incluirse para la liquidación de las mesadas pensionales de los servidores públicos, es decir, que para el momento en que se presentó la demanda e incluso el recurso de apelación por parte de la entidad accionada, la tesis anterior de ese alto Tribunal, que también venía siendo acogida por esta corporación, era favorable a las pretensiones de la demanda.

Así pues, para la sala si bien la regla contenida en el artículo 365 del C.G.P. exige condenar en costas a la parte vencida, en el presente asunto, tal norma debe ceder ante los principios constitucionales de buena fe y acceso a la administración de justicia, dado que, la parte actora accionó el aparato judicial con una expectativa válida de que se accediera favorablemente a sus pretensiones, soportada en la postura unificada que hasta ese momento sostenía la jurisprudencia de lo contencioso administrativo frente a su caso, con la cual incluso el *a quo* falló favorablemente, situación que cambió en esta instancia de acuerdo a la variación jurisprudencial mencionada en el párrafo anterior. Por tal motivo, no se condenará en costas a la parte actora.

