



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Villavicencio, quince (15) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

SALA PLENA DE DECISIÓN

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

RADICACIÓN: 50 001 33 33 005 2017 00022 01
1ª INSTANCIA: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE VILLAVICENCIO
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: EDGAR URIEL USECHE TRIVIÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES

Revisado el proceso de la referencia, encuentra la sala plena de decisión ordinaria 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 23 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Quinto 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 EDGAR URIEL USECHE TRIVIÑO, en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, para obtener la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos:

- **Resolución No. GNR 194213 del 30 de mayo de 2014**, por medio de la cual, 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. VPB 16528 del 24 de febrero de 2015**, por medio de la cual se resolvió de manera desfavorable el recurso de apelación interpuesto contra el anterior acto.

- **Resolución No. GNR 290921 del 23 de septiembre de 2015**, por medio de la cual se reliquida la pensión del demandante por retiro definitivo del servicio.
- **Resolución No. GNR 194615 del 1 de julio de 2016**, por la cual se reliquidó la pensión de vejez del demandante por nuevos tiempos.

Como restablecimiento del derecho, solicita la reliquidación del ingreso base para calcular el monto mensual de la pensión de jubilación teniendo en cuenta el 75% de lo percibido en el último año de servicios, incluyendo como factores salariales el sueldo, prima de riesgo, subsidio de unidad familiar, bonificación por recreación, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios y prima de clima.

Pide ordenar a la entidad demandada pagar las diferencias causadas de reliquidación desde el reconocimiento y dar aplicación a artículo 195 del CPACA.

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

Señaló que la entidad demandada le reconoció la pensión de vejez por alto riesgo con solo tres factores salariales y el promedio de los últimos 10 años de servicios, sin embargo lo procedente era con el 75% sobre todo lo devengado en el último año de servicios.

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

- Artículos 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53 y 58 de la CP.
- Artículo 172 de la Ley 65 de 1993, Ley 57 de 1887, artículo 96 de la Ley 32 de 1986, Ley 33 de 1985, artículos 1 y 3 de la Ley 62 de 1985, Ley 71 de 1988, artículo 138 de la Ley 1437 de 2011.
- Artículo 168 del Decreto 407 de 1994, Decreto 446 de 1998, Decreto 1045 de 1978, Decreto 1302 de 1978.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La apoderada de COLPENSIONES contestó oportunamente¹ 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.

¹ Folios 63-71 cuaderno de primera instancia.

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.

Frente al caso concreto, indica que el actor cuenta con 1.189 semanas de cotización y 45 años de edad, teniendo reconocida una pensión bajo los lineamientos de la Ley 32 de 1986, liquidando el IBL conforme al artículo 21 de la ley 100 de 1993.

También resaltó que *"al consultar el expediente pensional del solicitante se encontró que allego formatos CLEBP, en los cuales se certifica aportes a pensión realizados por ISS, para el ciclo comprendido entre el 1 de julio de 2009 y e 30 de julio de 2009, laborado con el INPEC, sin embargo en la historia laboral del asegurado no se encuentra relacionado dicho ciclo."*

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 Quinto Administrativo Oral de Villavicencio, en sentencia del 23 de marzo de 2018 (fls. 91-98), accedió a las pretensiones formuladas en la demanda.

Para lo cual, manifestó que el demandante es beneficiario del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y en tal sentido su derecho pensional es el descrito en la Ley 32 de 1986, aplicándose para el caso particular también el Decreto 1045 de 1978, por remisión del artículo 114 de la Ley 32 de 1986.

Por ende, el acto tiene derecho a que la pensión se le reliquide tomando como base el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios (1 de marzo de 2014 y 28 de febrero de 2015).

Y frente a los factores salariales, explicó que revisada la liquidación de la pensión del demandante se evidenció que en ella no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales devengados en el citado año.

Por lo tanto, declaró la nulidad de los acusados y ordenó la reliquidación pensional tomando como base el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios conforme a la Ley 32 de 1986 a partir del 1 de marzo de 2015, esto es, asignación básica, prima de clima, prima de riesgo, prima de capacitación, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios y las doceavas de prima de

vacaciones y navidad, excluyendo la bonificación por recreación, las vacaciones y la indemnización por vacaciones.

Adicionalmente, facultó a la demandada para realizar los descuentos que por aportes debieron hacerse sobre los nuevos factores.

4. RECURSO DE APELACIÓN:

Encontrándose dentro del término de ley, el apoderado de COLPENSIONES, presentó recurso de apelación² 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 las sentencias 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.

Por eso, para el caso concreto, se tuvo en cuenta exclusivamente la asignación básica y la bonificación por servicios prestados.

Así mismo, señala que no está en discusión que el actor es beneficiario de la Ley 32 de 1986, no obstante allí solo se indica la edad para acceder a la pensión, luego para efectos de establecer la forma de liquidar la prestación como quiera que aquella ley no dice nada, debe darse aplicación al artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Por su parte, el apoderado de la parte actora, también presentó recurso de apelación (fl. 112-113), por la negativa de incluir como factores salariales la bonificación por recreación y el subsidio de unidad familiar, argumentando que estos eran percibidos por el demandante y por ende, conforme a las normas y la jurisprudencia deben ser incluidos en la liquidación.

² Fls. 104-111 ibídem.

5. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA:

Mediante auto de fecha 28 de junio de 2018 se admitió el recurso de apelación (fol. 5, Cuaderno 2º Instancia).

El 19 de julio de 2018, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión (fol. 7, 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. 9-14).

El apoderado de la parte actora también alegó de conclusión trayendo a colación algunos argumentos expuestos en la demanda (fl. 15-18)

Por su parte, el Ministerio Público guardó silencio en esta etapa.

Por otra parte, mediante auto del pasado 25 de julio, la sala plena de decisión decidió avocar el conocimiento del presente asunto para proferir sentencia de unificación, conforme lo autoriza el artículo 35 del Código General del Proceso, habida cuenta que se están aplicando dos tesis encontradas en esta misma corporación.

CONSIDERACIONES

I. Competencia:

De conformidad con lo previsto en el artículo 153 del CPACA, la corporación es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

Adicionalmente, la sala plena de decisión es competente para proferir sentencia de unificación dentro del presente asunto, en atención a lo establecido en el artículo 35 del CGP, aplicable en virtud de la remisión efectuada por el artículo 306 del CPACA.

II. Tema objeto de unificación: Régimen de transición pensional de los miembros Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC.

De acuerdo con el auto de 25 de julio de 2019, en el presente asunto se dan los supuestos para proferir sentencia unificación en relación con el régimen pensional de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC cuya vinculación haya sido anterior a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003.

Al respecto, es preciso indicar que a Ley 32 de 1986. "Por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia", reguló todo lo relativo al ingreso, formación capacitación, ascensos, traslados, retiros, administración y régimen

prestacional del personal de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, con un Cuerpo compuesto por oficiales, suboficiales y guardianes.

En relación con la pensión de jubilación, el artículo 96 dispuso que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrían derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir 20 años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta su edad.

Posteriormente, se expidió la Ley 100 de 1993, que creó el Sistema de Seguridad Social en pensiones para el nivel nacional, y los miembros del INPEC no fueron incluidos dentro de los regímenes exceptuados. Además, mediante el Decreto 691 de 1994 se incorporaron los servidores públicos al sistema general de pensiones, sin indicarse la exclusión de aquéllos.

Adicionalmente, en el artículo 140 se estipuló que el Gobierno Nacional elaboraría el régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos, entre los que se incluyó a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia.

Luego, el Gobierno Nacional a través del Decreto 407 de 1994 (febrero 20) estableció el régimen de personal del INPEC, y en su artículo 168, derogado por el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003, dispuso un régimen de transición para los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que a la fecha de entrada en vigencia del mismo, se encontraran prestando sus servicios al INPEC, consistente en tener los derechos a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986.

Asimismo, mediante el Decreto 1835 de 1994 el Gobierno Nacional reglamentó las actividades de alto riesgo de los servidores públicos, pero allí no se incluyó a los miembros del INPEC, pues serían objeto de decisión especial.

Posteriormente, en el año 2003, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2090 del mismo año, que derogó el decreto atrás referido, definiendo las actividades de alto riesgo y señalando las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores de ese sector. En esta oportunidad incluyó al INPEC y dispuso el siguiente régimen de transición:

"ARTÍCULO 6o. 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."*

Más adelante, el Decreto 1950 de 2006 (junio 13) dispuso que a partir de la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, 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. Seguidamente, señaló que a quienes ingresaron con anterioridad se les aplicaría el régimen hasta 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.

Dicho texto también se plasmó en el párrafo transitorio cinco del Acto Legislativo 01 de 2005, así:

"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 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".

En este punto es en el que se originan las divergencias en las posturas planteadas por algunas salas de decisión de la corporación, dado que en el pronunciamiento más reciente de la sala tercera oral de decisión, definió que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Inpec, que se hubiesen vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, se les aplicaría el régimen previsto en la Ley 32 de 1986, ello acorde con el Decreto 1950 de 2006 y el Acto Legislativo 01 de 2005³.

De otro lado, la sala de decisión segunda oral de este tribunal, concluyó que, para que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Inpec se hicieran beneficiarios del régimen pensional previsto en la Ley 32 de 1986, debían cumplir con los requisitos especiales dispuestos en el artículo 6 del Decreto 2090 de 2003 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁴.

Para la sala plena de decisión, esta última postura es la que debe acogerse, habida cuenta que, como lo ha señalado el máximo Órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, *"luego de realizar un análisis sistemático de las normas que regulan la materia, la Sala [concluye] que el Acto Legislativo 01 de 2005 no mantiene el régimen especial de pensiones contenido en la Ley 32 de 1986 para todas aquellas personas que se hubieren vinculado al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC antes de la entrada en vigencia del Decreto 2090 ocurrida*

³ 50001 33 33 002 2015 00370 02

⁴ 50001 33 33 001 2017 00202 01

el 28 de julio de 2003, porque sólo se mantiene para quienes tenían un derecho adquirido a esa fecha, es decir, que hubiere "**cubierto las cotizaciones correspondientes**"⁵ (sic).

De allí que lo pretendido por el Acto Legislativo 01 de 2005 fue terminar con los diversos regímenes especiales y de excepción, para mantener exclusivamente el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para aquellas personas que siendo beneficiarios de ese régimen, tuviesen cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicio a la entrada en vigencia del mismo (AL.01/05).

De tal manera que, dicho acto legislativo, propendió por salvaguardar el régimen especial pensional en razón del riesgo de la actividad desarrollada por los miembros del INPEC, que no fueron incluidos con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003 dentro de los sectores que ejecutan actividades del alto riesgo, pues con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, desapareció el régimen pensional especial de aquellos consagrado en la Ley 32 de 1986 y el Decreto 407 de 1994⁶.

Así pues, el miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia que pretenda ser beneficiario del régimen pensional especial previsto en la Ley 32 de 1986 deberá cumplir con los requisitos especiales establecidos en el inciso primero del artículo 6 en el Decreto 2090 de 2003 y los previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es: i) tener 500 semanas de cotización especial, ii) tener cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión y iv) tener la edad o tiempo de servicios exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 al 1 de abril de 1994⁷.

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:

Ahora bien, el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 descargó en el Gobierno Nacional la expedición del 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, sin que se determinara otra clase de beneficios. Por tal razón, el Decreto 2090 de 2003, dentro de su régimen de transición exigió que además que los requisitos especiales, debían cumplirse los dispuestos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

La transición de la Ley 100 de 1993 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

⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Providencia del 28 de junio de 2012. Cp. Bertha Lucia Ramírez de Paez. Radicado: 66001 23 31 000 2009 00095 01(2114-11). Actor: Jorge James López Castillo.

⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Providencia 22 de septiembre de 2011. Cp. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación: 76001 23 31 000 2009 00460 01(0922-11). Actor: Gustavo Cadavid Román.

⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Providencia del 7 de noviembre de 2013. Cp. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicado: 68001 23 31 000 2010 00831 01(0527-13) Actor: José Manuel Fonseca Buelvas.

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, lo congresistas, entre otros.

Entonces, para que un servidor público pueda acceder a una pensión de vejez, con régimen anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 debe cumplir los requisitos exigibles de ese régimen, como: 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 2010⁸, 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.

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 2018⁹, cambiando su postura, determinando como regla jurisprudencial que: "El

⁸ 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: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

⁹ 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 2012 00143 01

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"*¹⁰.

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 un régimen anterior a la Ley 100 de 1993.

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 base 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.

IV. Problema Jurídico:

Con lo visto se tiene que 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

¹⁰ Ley 100 de 1993, artículo 2º.

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.

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 30 de mayo de 2014, supeditada al retiro del servicio, como se encuentra demostrado en la Resolución No. GNR 194213 del 30 de mayo de 2014¹¹, por medio de la cual la entonces COLPENSIONES le reconoció una pensión vitalicia por vejez, habiendo adquirido su status el 17 de febrero de 2013.

Allí se indicó que la pensión de *"los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que haya ingresado con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003 (28 de julio de 2003), equivaldrán al 75% del promedio de los salarios devengados dentro del último año de servicio, teniendo en cuenta los factores salariales consagrados en el artículo 45 del decreto 1045 de 1978."*

Mediante la Resolución VPB 16528 del 24 de febrero de 2015¹², se resolvió un recurso interpuesto por el demandante, indicándose que no era posible *"reliquidar la presente prestación de acuerdo con los factores salariales del último año de servicio, dado que el peticionario no ha allegado los mismos."*

Posteriormente, en Resolución GNR 290921 del 23 de septiembre de 2015¹³, se reliquidó la pensión del actor y se ordenó el ingreso a nomina por comprobar el retiro del servicio producido el 1 de marzo de 2015. Allí describió que le eran normas aplicables la Ley 32 de 1986 y la Ley 100 de 1993.

Mediante Resolución GNR 194615 del 1 de julio de 2016¹⁴, se reliquidó la pensión del actor teniendo en cuenta nuevos tiempos de servicio, describiéndose que la pensión fue reconocida *"de conformidad con la Ley 32 de 1986, IBL \$1.485.750, porcentaje del IBL aplicado 75%, en cuantía para el año 2014 de \$1.114.313"*, y en este último acto administrativo el IBL lo incrementó a \$ 1'607.780 aplicándole el mismo porcentaje, quedando la mesada en \$1'205.835.

También se indicó 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

¹¹ Folio 23-25.

¹² Folios 27-28.

¹³ Fl. 20-22.

¹⁴ Fl. 15-18

respetar edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, por ende, los factores a tener en cuenta son los descritos en los artículos 18 y 19 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1 del decreto 1158 de 1994.

Únicamente se tuvo como factores salariales para el cómputo la ASIGNACIÓN BÁSICA y la BONIFICACIÓN POR SERVICIOS devengado en los últimos 10 años.

Ahora bien, tal como se indicó en acápite anterior, el Decreto 2090 de 2003 estableció el régimen de transición especial pensional para las actividades de alto riesgo, cuyos requisitos para ser beneficiarios son: i) tener 500 semanas de cotización especial, ii) tener cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión y iv) tener la edad o tiempo de servicios exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 al 1 de abril de 1994.

Pues bien, en el caso particular tenemos que el señor EDGAR URIEL USECHE, prestó sus servicios al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC, según se describe en los actos acusados, desde el 18 de diciembre de 1992 hasta el 28 de febrero de 2015, esto es, por más de 22 años. Adicionalmente, para el 28 de julio de 2003, data en que entró en vigencia el Decreto 2090 de 2003, tenía más 500 semanas de cotización especial¹⁵.

Además, se tiene que el actor nació el 25 octubre de 1970 (fl. 13), 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.

Así las cosas, como bien lo concluyó el Consejo de Estado *"para que a un empleado del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le fuera reconocida una pensión de jubilación con aplicación del régimen especial previsto en los artículos 96 de la Ley 32 de 1986 y 168 del Decreto 407 de 1994, debía acreditar una de las condiciones descritas en el inciso 2º del artículo 36 del Sistema General de Seguridad Social, cuales son: edad o tiempo de servicio."*^{16/17}

En ese orden de ideas, lo primero que advierte la sala es que, a pesar del reconocimiento pensional efectuado por la entidad demandada, 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, contaba apenas con 23 años de edad y la norma exige 40 años y tampoco tenía los 15 años de servicios, pues fue precisamente en 1992 que ingresó al

¹⁵ 553,4 semanas.

¹⁶ Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección "B", sentencia del 22 de abril de 2010, radicado. No. interno 0858 -09, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁷ Sección Segunda. Subsección A. CP: Gustavo Eduardo Gomez Aranguren. Sentencia del 7 de noviembre de 2013. Rad: 68001-23-31-000-2010-00831-01(0527-13). Actor: Jose Manuel Fonseca Buelvas.

Ver también Sección Segunda. Subsección B. CP: Bertha Lucia Ramirez de Páez. Sentencia del 28 de junio de 2012. Rad: 66001-23-31-000-2009-00095-01(2114-11). Actor: Jorge James Lopez Castillo.

Sección Segunda. Subsección A. CP: Gustavo Eduardo Gomez Aranguren. Sentencia del 22 de abril de 2015. Rad: 05001-23-31-000-2011-00740-01(0232-14). Actor: Amanda Gutiérrez Valencia y Otra.

INPEC, es decir que apenas tenía 2 años de servicio, por tanto, no acreditó los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición previsto en el Decreto 2090 de 2003, razón por la cual no es dable reliquidar la pensión de acuerdo con el régimen pensional de la Ley 32 de 1986.

Ahora bien, como la pensión del demandante debió reconocérsele bajo los supuestos de los artículos 3 y 4 del Decreto 2090 de 2003, y teniendo en cuenta que éste no fijó los factores salariales a incluir en la liquidación de la mesada pensional, en virtud de la remisión expresa realizada por el artículo 7 ibídem, deberá aplicarse el Decreto 1158 de 1994.

Así pues, los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994, son los siguientes:

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

"Base de cotización".

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

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados;"*

De tal manera que, los factores y valores devengados por el demandante en el último año de servicios, tal como lo solicita en la demanda (2014-2015), fueron: i) asignación básica mensual, ii) remuneración por servicios prestados, iii) prima de riesgo, subsidio de alimentación, iv) subsidio familiar, auxilio de transporte, v) bonificación por recreación, vi) prima de navidad, vii) prima de servicios, viii) prima "CAPA.DRAGO" y ix) prima de clima¹⁸.

No obstante, en el caso particular al demandante no le asiste el derecho a la reliquidación de todos los factores salariales, dado que como se precisó en acápite anterior, solamente se deben incluir los factores sobre los que se haya realizado aporte o cotización y que se encuentren enlistados taxativamente en el Decreto 1158 de 1994.

Ahora bien, en la Resolución GNR 290921 del 23 de septiembre de 2015, la entidad expresó que según la Circular Interna N° 16 de 2015 emitida por la Vicepresidencia Jurídica y Secretaría General, "Los únicos factores salariales que se deberán tener en cuenta al momento de determinar el ingreso base de liquidación serán los contemplados en el Decreto 1158 de 1994, siempre y cuando sobre los mismos se

¹⁸ Folios 40, 47 y 48.

hubieren efectuado los aportes al Sistema General de Pensiones", y por tanto, la prestación reconocida había sido liquidada conforme a esa circular; de allí que pueda inferirse que el cálculo se efectuó con los factores salariales enlistados en el Decreto 1158 de 1994, sin que la parte actora demostrara la exclusión de alguna de ellos, por lo menos en el periodo solicitado en la demanda.

Por lo anterior, la sala revocará la sentencia el 23 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, y en su lugar se niegan 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.

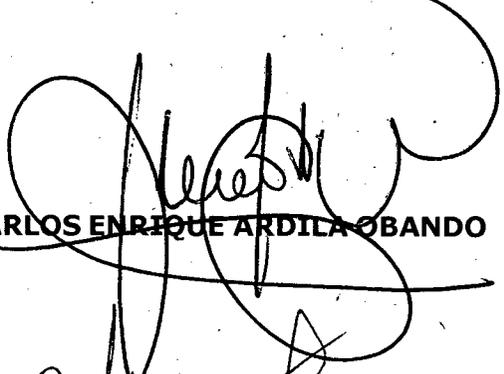
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Meta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

- PRIMERO:** **REVOCAR** el fallo de primera instancia proferido el 23 de marzo de 2018, por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, dentro del proceso promovido por EDGAR URIEL USECHE TRIVIÑO, contra la COLPENSIONES, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.
- SEGUNDO:** **NEGAR** las pretensiones de la demanda.
- TERCERO:** Sin condena en costas en ambas instancias.
- CUARTO:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

Esta providencia fue discutida y aprobada en sala plena celebrada el día 15 de agosto de 2019, según Acta N° 041.



CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO



TERESA HERRERA ANDRADE

Aclara voto



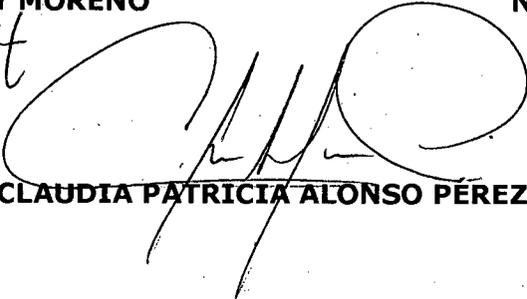
HÉCTOR ENRIQUE REY MORENO



NELCY VARGAS TOVAR

Aclara voto

Aclara voto



CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META
Villavicencio, agosto veintiocho (28) de dos mil diecinueve (2019)

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: EDGAR URIEL USECHE TRIVIÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES
PONENTE: CLAUDIA PATRICIA ALONSO PEREZ
RADICADO: 50001-33-33-003-2017-00022-01

ACLARACIÓN DE VOTO

La Sala Plena de decisión en sentencia del 15 de agosto de 2019, unificó criterios en torno al régimen de transición pensional de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del **INPEC**, respecto de lo cual concluyó que para que este personal se hiciera beneficiario del régimen pensional previsto en la Ley 32 de 1986, debía cumplir con los requisitos especiales dispuestos en el artículo 6º del Decreto 2090 de 2003 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siendo esta la postura del **CONSEJO DE ESTADO**, como se puede ver en la sentencia del 28 de junio de 2012, Sección 2ª, Subsección B, radicado No 66001233100020090009501 (2114-11), C.P. **BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ**.

Aclaremos voto en el sentido de que en anterior oportunidad la Sala de Decisión 3, que integramos los suscritos, el 11 de julio de 2019, aprobamos el proyecto de sentencia con ponencia de la Magistrada **TERESA HERRERA ANDRADE**, radicado del proceso No 50001-33-33-002-2015-00370-02, donde se abordó un caso de idénticos contornos facticos al estudiado por la **SALA PLENA**. En esa oportunidad se consideró que los miembros del **CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA Y PENITENCIARIA NACIONAL** del **INPEC**, que ingresaron antes del 28 de julio de 2003 (fecha en que entró en vigencia el Decreto 2090 de 2003), no se rigen por el régimen de transición del artículo 6º del Decreto 2090 de 2003, sino por lo condicionado en el Acto Legislativo 01 de 2005, que en su parágrafo transitorio 5º dispuso:

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 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".

Por lo anterior se determinó que a los empleados del **CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA PENITENCIARIA Y CARCELARIA** del **INPEC** que

estaban vinculados antes del 28 de julio de 2003, se les debe reconocer su pensión de acuerdo con el régimen pensional previsto en la Ley 32 de 1986, sin que se requiera las 500 semanas de cotización, puesto que este requisito no lo había exigido el Acto Legislativo 01 de 2005.

También se explicó que tampoco se les podía exigir el cumplimiento del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues esta condición no la contempló el Acto Legislativo 01 de 2005, toda vez que el único requisito que este exigió para ser beneficiario del régimen pensional regulado en el artículo 96 de Ley 32 de 1986, es haberse vinculado al **INPEC**, antes del 28 de julio de 2003 (fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003), por razón de los riesgos de su labor.

Sin embargo, rectificamos esa posición teniendo en cuenta lo dictaminado por el **CONSEJO DE ESTADO** en la sentencia del 28 de junio de 2012, mencionada con anterioridad, que "... el Acto Legislativo 01 de 2005 no mantiene el régimen especial de pensiones contenido en la Ley 32 de 1986 para todas aquellas personas que se hubieren vinculado al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del **INPEC** antes de la entrada en vigencia del Decreto 2090 ocurrida el 28 de julio de 2003, porque sólo se mantiene para quienes tenían un derecho adquirido a esa fecha, es decir, que hubiere **cubierto las cotizaciones correspondientes**".

Es preciso señalar que el Decreto 1950 del 13 de junio de 2005, por el cual se reglamenta el artículo 140 de la Ley 100 de 1993, ya había regulado lo que dictaminó el referido Acto Legislativo. En dicho Decreto se preceptuó que a partir de la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, se les aplicaría el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo a los miembros del **CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA PENITENCIARIA Y CARCELARIA NACIONAL**, pero a quienes se encontraban vinculados con anterioridad se les aplicaría el régimen previsto 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.

En esas condiciones, tenemos que lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, solo aplican para quienes a la fecha de la entrada en vigencia del Decreto 2093 del 2003 cubrieron las cotizaciones correspondientes para ser acreedores de la pensión consagrada en la Ley 32 de 1986. Entonces, para los servidores del **CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA PENITENCIARIA Y CARCELARIA NACIONAL** del **INPEC**, que no tenían reunido tal requisito, deben cumplir con el régimen de transición consagrado en el artículo 6º del Decreto 2090 de 2003, a saber: i) acreditar para el 28 de julio del 2003 cuanto menos 500 semanas de cotización especial, ii) completar el número mínimo exigido por la Ley 797 del 2003¹, y adicionalmente, iii) cumplir con los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993².

¹ "Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales."

² "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".

"Art. 36. Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres."

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan 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 (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

Además, como lo explicó el **SUPREMO TRIBUNAL DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**, en sentencia del 7 de noviembre de 2013, proferida por la Subsección A de la Sección 2ª, radicado No 68001-23-31-000-2010-00831-01, C.P. **GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN**, la Ley 100 de 1993 no incluyó al **INPEC** dentro de los regímenes especiales exceptuados de la misma (artículo 279), por lo tanto, para que un empleado del **CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA PENITENCIARIA NACIONAL** del **INPEC**, le fuera reconocida una pensión de jubilación con aplicación del régimen especial previsto en los artículos 96 de la Ley 32 de 1986 y 168 del Decreto 407 de 1994, debía acreditar una de las condiciones descritas en el inciso 2º del artículo 36 del **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL**, cuales son: edad o tiempo de servicio.

Así las cosas, tal como lo dictaminó la **SALA PLENA** en la sentencia del 15 de agosto de 2019, los miembros del **CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA PENITENCIARIA NACIONAL** que pretendan ser beneficiarios del régimen pensional especial previsto en la Ley 32 de 1986 deberán cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 6º del Decreto 2090 de 2003 y la edad o el tiempo de servicio exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tesis que guarda correspondencia con la adoptada por el **CONSEJO DE ESTADO**, Órgano de Cierre de esta Jurisdicción.

Dejamos en estos términos, consignado nuestra aclaración de voto.

Atentamente,



TERESA HERRERA ANDRADE
Magistrada



HECTOR ENRIQUE REY MORENO
Magistrado



NELCY VARGAS TOVAR
Magistrada