

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Rama Judicial JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE GIRARDOT

Girardot, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Radicado: 25307-33-33-001-2018-00333-00
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Laboral
Demandante: JAVIER BELTRÁN SALAS
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DRAGONEANTE INPEC -Ley 32 de 1986-.

SENTENCIA

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en los artículos 182 y 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede el Despacho a proferir sentencia en el presente proceso que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovió el señor **JAVIER BELTRÁN SALAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**.

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES.

Como pretensiones elevadas por la parte demandante, se evidencian las siguientes:

1.1.1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución N° GNR 349088 de 5 de noviembre de 2015, mediante la cual la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- reconoció pensión de vejez en favor del accionante.

1.1.2. Que se declare la nulidad de la Resolución SUB 250735 de 9 de noviembre de 2017, por medio de la cual la entidad demandada negó la reliquidación de la pensión de vejez de alto riesgo del señor JAVIER BELTRÁN SALAS.

1.1.3. Que se declare la nulidad de la Resolución SUB 40910 de 15 de febrero de 2018, por la cual, en trámite del recurso de reposición, la entidad acusada revocó la Resolución SUB 250735 de 9 de noviembre de 2017.

1.1.4. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho:

1.1.2.1. Que se declare que el señor JAVIER BELTRÁN SALAS tiene derecho a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- le reconozca y pague pensión de vejez en cuantía de \$2.548.757, lo anterior como resultado de la liquidación del sueldo y factores salariales debidamente acreditados desde el 1º de septiembre de 2015 y hasta el 31 de agosto de 2016.

1.1.2.2. Que se liquiden y paguen las diferencias de las mesadas pensionales entre los valores que se reconocieron y pagaron en razón a los actos acusados y los que se deben reconocer.

1.1.2.3. Que se realicen los descuentos que no fueron efectuados para los nuevos factores salariales que componen la pensión, durante los últimos 5 años de vida laboral del demandante por prescripción extintiva de conformidad con el artículo 817 del Estatuto Tributario.

1.2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado judicial de la parte demandante manifiesta los siguientes hechos:

1.2.1. Señala, que el señor JAVIER BELTRÁN SALAS nació el 6 de noviembre de 1972, laboró para el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- desde el 28 de julio de 1994 hasta el 31 de agosto de 2016 para un total de 7.623 días, correspondientes a un total de 1.089 semanas, desempeñando como último cargo el de Dragoneante.

1.2.2. Cuenta que, el 5 de noviembre de 2015, mediante la Resolución N° GNR 349088, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- reconoció pensión de vejez al señor JAVIER BELTRÁN SALAS en cuantía, para ese año, equivalente a \$1.199.086.

1.2.2.1. Precisa que dicha pensión de vejez, por un lado, se liquidó teniendo en consideración los últimos diez años de servicios y, por el otro, no se incluyeron la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

1.2.3. Narra que, el 9 de octubre de 2017, el señor JAVIER BELTRÁN SALAS, por conducto de apoderado, radicó ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, solicitud de revisión, nivelación y reliquidación de la pensión de vejez reconocida en fecha 5 de noviembre de 2015.

1.2.4. Comenta que, el 9 de noviembre siguiente, mediante la Resolución SUB 250735, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- negó la reliquidación de la pensión de vejez especial por actividad de alto riesgo solicitada por el accionante.

1.2.5. Relata que, el 23 de enero de 2018, el apoderado del señor JAVIER BELTRÁN SALAS interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución SUB 250735 de 9 de noviembre de 2017.

1.2.6. Dice que, el 15 de febrero de 2018, mediante la Resolución N° 40910, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- resolvió el recurso de reposición revocando el acto administrativo recurrido y, reconoció la pensión de vejez especial por alto riesgo a favor del señor JAVIER BELTRÁN SALAS.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.3.1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- (Fis. 90-101 C. Ppal. del Expediente Digitalizado).

La apoderada de la entidad accionada, después de traer a colación, por un lado, los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, el parágrafo 4º transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005 y, por el otro, la sentencia SU-230 de 2015, precisa que el régimen de transición respeta la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión del régimen anterior referido, esto es, la tasa de reemplazo, como quiera que la intención del legislador fue la de impedir que el IBL de los regímenes anteriores tuviera efectos Ultra activos, por lo que no le concierne al demandante que se liquide su prestación con base en los factores salariales del último año de prestación de servicios.

Justifica su postura de apartarse del precedente del H. Consejo de Estado, en relación con la aplicación del régimen de transición, por los pronunciamientos interpretativos que ha realizado la H. Corte Constitucional, que a su juicio, *“ha dado una interpretación a la aplicación correcta del régimen de transición y no es de opcional aplicación para mi representada”*.

Resalta la necesidad de dar estricta aplicación al principio de solidaridad, en el entendido que la liquidación de la pensión se debe realizar sobre los aportes que efectivamente realizó el afiliado a fin de evitar un desequilibrio en el sistema financiero.

Propone las excepciones de “*COBRO DE LO NO DEBIDO E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, “*PRESCRIPCIÓN*” y “*FALTA DE TITULO Y CAUSA*”, la primera, por cuanto, relata, el accionante no cumple con los requisitos establecidos para que se reliquide su pensión de vejez, en cuanto a la segunda, en virtud de los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y 488 de del Código Sustantivo del Trabajo y, la última, porque no le asiste el derecho por no cumplir, de igual manera, los requisitos para el reconocimiento establecido en la ley.

Por los anteriores motivos, solicita que se nieguen las suplicas de la demanda.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.4.1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- (FIs.171-178 C. Ppal. del Expediente Digitalizado).

Dentro del término concedido para el efecto, la apoderada judicial de la demandada reitera los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda.

1.4.2. JAVIER BELTRÁN SALAS (FIs.179-187 C. Ppal. del Expediente Digitalizado).

Del mismo modo, el apoderado judicial de la parte actora interviene dentro de la oportunidad procesal y; **i)** reitera los fundamentos expuestos en el libelo genitor y **ii)** destaca que, de conformidad con el parágrafo 5º del Acto Legislativo 01 de 2005 y de varios apartes jurisprudenciales, a los miembros del Cuerpo de Custodia que ingresaron antes del 28 de julio de 2003, se les aplica lo establecido en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, esto es, como único requisito para acceder a la pensión de jubilación de 20 años de servicio y con todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

II. CONSIDERACIONES

2.1. RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS MIEMBROS DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA DEL INPEC.

El Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC es un organismo integrado por personal uniformado, jerarquizado, con régimen y disciplina especiales, traducido en función especial de garantizar la seguridad al interior de los Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios.

Las labores especiales de riesgo desempeñadas por los guardias del INPEC originaron que fueran expresamente excluidos de la aplicación de la Ley 33 de 1985¹.

Es por lo aludido, que se expidió la Ley 32 de 1986 “*Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia*”, que reguló todo lo relativo al ingreso, formación, capacitación, ascensos, traslados, retiros, administración y régimen prestacional del personal de custodia y vigilancia de la penitenciaria nacional.

Es así como, en dicha regulación, para la adquisición de la pensión de jubilación de estos servidores, la norma en comento impuso como requisitos los siguientes:

“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**”* (Se Destaca).

Es claro entonces, a partir de la anterior noción, que la Ley 32 de 1986 creó un régimen especial a favor de los integrantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, el cual es más benéfico, pues exige como único requisito para la adquisición de la pensión, la temporalidad en el servicio a cualquier edad.

Posteriormente, fue expedido el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993), y allí se otorgaron facultades extraordinarias al Gobierno Nacional² para dictar normas con fuerza de ley que, entre otros aspectos, consistirían sobre el régimen salarial, prestacional y pensional del personal de seguridad al servicio del INPEC.

¹ **“ARTÍCULO 1º.-** El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
(...)”.

² **“ARTÍCULO 172. FACULTADES EXTRAORDINARIAS.** De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese de precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República, por el término de seis (6) meses contados a partir de la fecha de la promulgación del presente Código, para dictar normas con fuerza de ley sobre las siguientes materias:

1. Ingreso al servicio del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional.
2. Composición, clasificación y categoría del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria.
3. Formación, capacitación, actualización, grados, clases y ascensos, Concursos, comisiones, ascenso póstumo, Comando General, Dependencia, Selección, funciones y término de servicio.
4. Destinación, Situaciones administrativas, Retiro y reintegro.
5. Régimen de Carrera Penitenciaria, organización y administración.
6. Régimen salarial, prestacional y pensional, que no podrá desmejorar los derechos y garantías vigentes de los actuales servidores.
7. Régimen disciplinario.

Para los efectos de estas facultades se contará con la asesoría de dos senadores y dos representantes de las Comisiones Primeras de cada Cámara, designados por las mesas directivas de dichas comisiones”.

En desarrollo de esas facultades extraordinarias, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 407 de 1994³, norma que en su artículo 168 estableció lo siguiente:

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

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

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

PARAGRAFO 2º. El personal Administrativo del Instituto se regirá por las normas establecidas en la Ley 100 de 1993” (Se Destaca).

A partir de este precepto normativo, había una dicotomía; los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC que para el 21 de febrero de 1994 (fecha de entrada en vigor del Decreto 407 de 1994) se encontraran prestando sus servicios al INPEC, tendrían derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos ya consagrados en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, mientras que para quienes ingresaron a laborar como guardias del INPEC con posterioridad al 21 de febrero de 1994, su pensión sería reconocida conforme lo dispusiera el Gobierno Nacional sobre la materia, en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993.

Resulta imperioso aclarar que la Ley 100 de 1993⁴, estableció en primera medida que el Gobierno Nacional debía determinar cuáles eran las actividades de alto riesgo que requerían de un tratamiento especial respecto del número de semanas cotizadas y el monto de la pensión.

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

⁴ **“ARTÍCULO 139. FACULTADES EXTRAORDINARIAS.** De conformidad con lo previsto en el ordinal 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístase al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias por el término de seis (6) meses contados desde la fecha de publicación de la presente Ley para:

(...)

2. Determinar, atendiendo a criterios técnico - científicos y de salud ocupacional, las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador, que requieran modificación en el número de semanas de cotización y el monto de la pensión. Las demás condiciones y requisitos para acceder a la pensión se regirán por las disposiciones previstas en esta Ley, sin desconocer derechos adquiridos y en todo caso serán menos exigentes. Quedando igualmente facultado para armonizar y ajustar las normas que sobre pensiones rigen para los aviadores civiles y los periodistas con tarjeta profesional. Esta facultad incluye la de establecer los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador y el trabajador, según cada actividad.

(...)”.

Por su parte, el artículo 140 *ibidem*⁵ cataloga la actividad desarrollada por los guardias del INPEC como de alto riesgo y dispone nuevamente que será el Gobierno Nacional quien debe expedir un régimen para este tipo de servidores, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos.

Por lo que se desprende, a partir de lo relatado, que la intención del Legislador con la expedición de la Ley 100 de 1993, no fue la de cobijar con las normas del Sistema General de Seguridad Social a los empleados que desarrollaran actividades de alto riesgo, sino que, por el contrario, fijó en cabeza del Gobierno Nacional la función de expedir un régimen más favorable y/o benéfico para aquellos que, se reitera, desarrollan actividades de alto riesgo.

En ese estadio de las cosas, aun cuando en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 no preceptuó que los servidores del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC estarían exceptuados de la aplicación del régimen general, una interpretación armónica y sistemática de los artículos 139 y 140 del mismo cuerpo normativo, indican que la intención del Legislador no era la de someter a dicho personal a las condiciones o requisitos que se consagraron en el nuevo régimen pensional para los demás empleados del territorio nacional.

Más adelante, con la expedición de la Ley 797 de 2003⁶, específicamente su artículo 17⁷, otorgó nuevamente facultades al Gobierno Nacional para la expedición de normas relacionadas con el régimen legal para los trabajadores inmersos en actividades de alto riesgo.

⁵ **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.

⁶ *“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”.*

⁷ **“ARTÍCULO 17. FACULTADES EXTRAORDINARIAS.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese por seis (6) meses al Presidente de la República de facultades extraordinarias para:

(...)

2. Expedir o modificar las normas relacionadas con el régimen legal para los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo y en particular para modificar y dictar las normas sobre las condiciones, requisitos y beneficios, incluyendo la definición de alto riesgo, conforme a estudios y criterios actuariales de medición de disminución de expectativa de vida saludable y ajustar las tasas de cotización hasta en 10 puntos, siempre a cargo del empleador, con el objeto de preservar el equilibrio financiero del sistema”.

Disposición que se materializó con la expedición del Decreto Ley 2090 de 2003⁸, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 2o. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO PARA LA SALUD DEL TRABAJADOR. *Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:*

(...)

7. En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Así mismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública”.

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

1. Haber cumplido 55 años de edad.

2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9o de la Ley 797 de 2003.

La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años”.

Debe resaltarse, que el artículo 6 *ibidem*⁹ previó un régimen de transición, según el cual, para aplicar por transición al régimen previsto en la Ley 32 de 1986, se requiere que el trabajador hubiese cotizado por lo menos 500 semanas o mas al momento de la entrada en vigencia del Decreto 2093 de 2003 (28 de julio de 2003), además, de cumplir con el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, y acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

⁸ “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”

⁹ **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

Posteriormente, fue expedido el Decreto 1950 de 2005, por medio del cual se reglamentó el artículo 140 de la Ley 100 de 1993¹⁰, y se estableció que:

*“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**” (Se Destaca).*

De manera concomitante a la expedición del Decreto 1950 de 2005, el Capitolio Nacional estaba tramitando el proyecto del Acto Legislativo reformativo del artículo 48 de la Constitución Política, en cuya ponencia del segundo debate, el senador Andrés González García expuso la necesidad de reglar el régimen pensional de los miembros de Custodia y Vigilancia del INPEC, de la siguiente manera:

*“(…) los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia cumplen unas funciones muy especiales, de alto y permanente riesgo y cuyas actividades de vigilancia, control y rehabilitación de la población carcelaria, demandan un cuidado y dedicación especiales que en consecuencias ameritan, por parte del Estado y la sociedad un reconocimiento y un trato especial frente a los temas prestacionales y pensionales. (...) Así las cosas, observamos que en materia prestacional y pensional, los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional están amparados, en primer lugar para quienes ya estaban vinculados a la expedición de tal decreto (hace alusión al decreto 2090 de 2003), por un régimen especial en donde se contempla una pensión de jubilación cuyo derecho se adquiere al cumplir 20 años de servicio sin tener en cuenta la edad, y en segundo lugar, quienes ingresaren a partir de la vigencia del mencionado decreto, el Gobierno Nacional debía expedir una reglamentación para un pensión de vejez y, por último, que las normas de la Ley 100 de 1993 le son aplicables al personal administrativo del instituto. (...) **Pues bien, ocurre que el Gobierno Nacional solo reglamentó el tema pensional para las actividades de alto riesgo, hasta el 26 de julio del año 2003, mediante el Decreto 2090. Entonces por la falta de reglamentación y para subsanar este vacío legislativo o reglamentario debemos concluir que para los funcionarios del mismo cuerpo de custodia y vigilancia que se vincularon desde el 21 de febrero de 1994 y hasta el 25 de julio de 2003, se les debe aplicar igualmente el artículo 168 del Decreto 407 de 1994. Por lo anterior, considero indispensable mantener un parágrafo transitorio que consagre y garantice claramente la aplicación de esa normativa a los empleados del cuerpo de custodia y vigilancia nacional, pero además se incluye en esta propuesta la frase, así como al personal que labore en las actividades antes señaladas en los demás establecimientos carcelarios, con el***

¹⁰ **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.

fin de hacer claridad y que en este párrafo se contemplen a todos los funcionarios que ejercen tales funciones”¹¹ (Se Destaca).

Se constata entonces, que la intención del Congreso de la República, en ejercicio del poder constituyente derivado, era la de garantizar que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC pudiesen acceder a prerrogativas especiales en materia pensional, debido a las particularidades y riesgosas actividades que desempeñan. Motivo por el cual consideraron necesario aclarar que **todos aquellos vinculados con anterioridad al 26 de julio de 2003 (fecha en la que entro en vigor el Decreto 2090 de 2003), tienen derecho a pensionarse con 20 años de servicio a cualquier edad conforme a la Ley 32 de 1986.**

Finalmente, el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso en lo pertinente:

“ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

(...)

*"Párrafo 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**".*

(...)" (Se Destaca).

A partir de todo lo expuesto, se colige que, **si bien el Decreto Reglamentario 2090 de 2003 estableció un régimen de transición especial, el Acto Legislativo 01 de 2005, norma superior, lo dejó sin efecto al establecer muy claramente que el único requisito para ser beneficiario en materia pensional a la luz de la Ley 32 de 1968 es estar vinculado antes de la entrada en vigor del Decreto 2090 de 2003.**

Imperioso recordar, que la Ley 32 de 1986 no estableció los parámetros para la liquidación de la pensión; la Ley 33 de 1985 y la que la modifico, esto es, la Ley 62 de 1985, no son aplicables al personal de vigilancia del INPEC porque el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 excluye del régimen general al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, pues el inciso segundo de ese artículo consagró que:

“ARTÍCULO 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho

¹¹ Proyecto de Acto Legislativo 034,127 de 2004 Cámara, 11 de 2004 Senado. http://fecospec.org/Docs/2017/ENERO/30_01_2017_concepto_colpensiones.pdf

a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. Ver Artículo 45 Decreto Nacional 1045 de 1978

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones

(...)” (Se Destaca).

Pero, aunque la Ley 32 de 1986 no determinó que factores salariales se debían tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, su artículo 114 hizo la siguiente remisión expresa:

ARTÍCULO 114. NORMAS SUBSIDIARIAS. *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.*

Y las normas a que se refiere el artículo 114 transcrito, no son otras que las contenidas en el Decreto 1045 de 1978, cuyo artículo 45 dispone:

“ARTICULO 45. DE LOS FACTORES DE SALARIO POR LA LIQUIDACION DE CESANTIA Y PENSIONES. *Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:*

- a. *La asignación básica mensual;*
- b. *Los gastos de representación y la prima técnica;*
- c. *Los dominicales y feriados;*
- d. *Las horas extras;*
- e. *Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f. *La prima de Navidad;*
- g. *La bonificación por servicios prestados;*
- h. *La prima de servicios;*
- i. *Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*
- j. *Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;*
- k. *La prima de vacaciones;*

I. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;

II .Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968”.

Ahora bien, la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado, aunque ha tenido criterios disímiles sobre la aplicación de los requisitos consagrados en la Ley 100 de 1993 para los guardias del INPEC, también es cierto que en diversas oportunidades ha manifestado, por un lado, que el único requisito para la aplicación del régimen contenido en la Ley 32 de 1986 es que el miembro del INPEC se hubiese vinculado antes del 28 de julio de 2003 y, por el otro, que el Ingreso Base de Liquidación se configura de conformidad con el promedio de los factores salariales establecidos en el artículo 45 del decreto acabado de citar (Decreto 1045 de 1978), devengados en el último año de prestación de servicios y, que el monto de la pensión es el 75% de ese promedio, así:

En proveído de 22 de abril de 2015¹²:

*PENSION DE SOBREVIVIENTE - Empleados del Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC / REGIMEN ESPECIAL - Cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional / FACTOR SALARIAL - Ingreso base de liquidación / REGIMEN DE TRANSICION - Régimen especial / PENSION DE SOBREVIVIENTE - **Reliquidación incluyendo todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicio***

*Con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, los requisitos mínimos a reunirse para acceder a la prestación, se encontraban consagrados en la Ley 33 de 1985, reglamentaria del régimen de los empleados del orden nacional, norma que excluyó de la regla a los empleados oficiales que disfrutaban de un régimen especial de pensiones entre los que se enunciaba a los integrantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, razón por la cual, se hizo acopio de lo estatuido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la que se señala que para efectos del beneficio de un régimen especial pensional sólo debía acreditarse el cumplimiento del requisito de la edad o tiempo de servicio, que acorde con lo expresado, para los funcionarios del INPEC corresponde al de 20 años de servicio en cualquier tiempo a favor de la entidad. **En cuanto a los parámetros para la liquidación del derecho pensional, en un primer momento se acudió a los lineamientos de la Ley 32 de 1986, la que sin embargo, no enunciaba qué factores constituían salario para la liquidación de la pensión de jubilación, acudiendo al régimen prestacional de los funcionarios públicos, Ley 33 de 1985, tampoco se encontró armonización sobre el tema teniendo en cuenta que el artículo 1º ibidem, excluye del régimen general al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional - INPEC. Por lo tanto, ante la ausencia de norma expresa, se acudió a los presupuestos del Decreto 1045 de 1978, que en su artículo 45.** A partir de las normas enunciadas resulta palmario que los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional están sujetos a un régimen especial para acceder a la pensión de jubilación establecida en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, la cual debe ser liquidada teniendo en cuenta los factores salariales enlistados en el artículo 45 del*

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN, radicación número: 050012331-000-2011-00740-01 (0232-14).

Decreto 1045 de 1978 y demás normas análogas, y sujetarse a los requisitos de edad y/o tiempo contenidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993” (Se Destaca).

En sentencia de 12 de mayo de 2014¹³:

“PENSION DE LOS EMPLEADOS DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA DE LA PENITENCIARIA NACIONAL – Reconocimiento. Régimen Especial. Factores

El régimen pensional aplicable a los funcionarios del INPEC es el regulado por lo previsto en la Ley 32 de 1986 en cuanto a los requisitos exigidos para obtener el status pensional, edad y tiempo de servicios, así como los factores que integran el ingreso base de liquidación. Sobre este punto, como ya se vio a pensar que la ley en comento no contempló los factores a tener en cuenta para efectos de la liquidación, es necesario remitirnos a los señalados en el Decreto 1045 de 1978 y que fueron devengados en el último año de servicios” (Se Destaca).

La Sala de Consulta y Servicio Civil en pronunciamientos de:

19 de mayo de 2020¹⁴:

“Con base en las normas comentadas, la Sala ha reiterado que quienes prestaron servicios como miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria con antelación a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, esto es, antes del 28 de julio de 2003 o estaban vinculados a ese Cuerpo en la misma fecha, conservaron el régimen especial consagrado en la Ley 32 de 1986, es decir, causaban su derecho pensional con 20 años de servicios, continuos o discontinuos, como miembros del mencionado Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria”.

23 de mayo de 2018¹⁵:

“Para la Sala el Acto Legislativo el cual es una norma superior y de posterior jerarquía, estableció el régimen aplicable para los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional. De acuerdo con ello, el régimen aplicable para estos funcionarios del INPEC es el contemplado en el Decreto 2090 de 2003 salvo, para aquellos miembros de dicho cuerpo que se hubieren vinculado al mismo con anterioridad a la entrada en vigencia de este, en cuyo caso el régimen aplicable continuaría siendo el establecido en la Ley 32 de 1986”.

Criterios que del mismo modo han sido aplicados por la Sección Primera del Alto Tribunal en sentencia de 27 de julio de 2017, proferida dentro de la acción de tutela N° 11001-03-15-000-2017-01476-00 (AC), al manifestar que, tratándose del régimen

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, radicación número: 5001-23-31-000-2008-00239-01 (0889-13)

¹⁴ Consejo de Estado, Consejero ponente: ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS, radicación número 11001-03-06-000-2020-00035-00 (C)

¹⁵ Dentro del expediente 11001-03-06-000-2018-00050-00 (C)

pensional de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de INPEC, se debe atender al principio de favorabilidad aplicando de manera integral el Acto Legislativo 01 de 2005¹⁶.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Con miras a desatar la Litis propuesta en el presente asunto, el Despacho debe determinar si **1) ¿Debe la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-** conceder la pensión de vejez al señor **JAVIER BELTRÁN SALAS** de conformidad con lo establecido en la Ley 32 de 1986 por haber pertenecido al cuerpo de custodia y vigilancia del **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO -INPEC-**? y, si como consecuencia de lo anterior **2) ¿Debe tener en cuenta la entidad demandada los factores de que trata el Decreto 1045 de 1978 del último año de servicio para el Ingreso Base de Liquidación en la pensión reconocida al accionante?**¹⁷

2.3. CASO CONCRETO

Con el fin de resolver los problemas jurídicos planteados, encuentra necesario este Despacho hacer las siguientes valoraciones.

I. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES Y PROBADOS

HECHO PROBADO	MEDIO PROBATORIO
1. El señor JAVIER BELTRÁN SALAS nació el 6 de noviembre de 1972.	Documental. Fotocopia cédula de ciudadanía (Fl.6 C. Ppal. del Expediente Digitalizado).
2. El señor JAVIER BELTRÁN SALAS laboró para el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- desde el 28 de julio de 1994 hasta el 31 de agosto de 2016, para un total de 7.623 días, correspondientes a un total de 1.089 semanas, desempeñando como último cargo el de Dragoneante.	Documental. Extraído de la Resolución N° GNR 349088 de 5 de noviembre de 2015 (Fls.8 a 15 del C. Ppal. del Expediente Digitalizado). -Extraído de la Resolución N° SUB 250735 de 9 de noviembre de 2017 (Fls.29 a 37 del C. Ppal. del Expediente Digitalizado).

¹⁶ Reiterado entre otras, por el la Sala de Decisión N° 1 del Tribunal Administrativo de Boyacá, en sentencia de 27 de noviembre de 2019, dentro del expediente N° 1500133330014201600043-01 y, por la Sala de Decisión N° 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, en sentencia de 24 de abril de 2018, dentro del expediente N° 150013333009201600018-01.

¹⁷ Fl.158 C. Ppal. del Expediente Digitalizado.

	-Certificación de 13 de junio de 2018 emanada por la Subdirectora de Talento Humano del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC- (Fl.60 del C. Ppal. del Expediente Digitalizado).
3. El 5 de noviembre de 2015, mediante la Resolución N° GNR 349088, COLPENSIONES reconoció pensión de vejez al señor JAVIER BELTRÁN SALAS con el <i>“promedio de los salarios devengados en los últimos 10 años”</i> .	Documental. Resolución N° GNR 349088 de 5 de noviembre de 2015 (Fls.8 a 15 del C. Ppal. del Expediente Digitalizado).
4. El 9 de octubre de 2017, el apoderado judicial del señor JAVIER BELTRÁN SALAS radicó ante COLPENSIONES , solicitud de revisión, nivelación y reliquidación de la pensión de vejez reconocida en fecha de 5 de noviembre de 2014, <i>“según lo establece la Ley 4 de 1966 la cual equivaldría al 75% del promedio de todos los salarios devengados dentro del último año de servicios y dando aplicabilidad a todos los factores salariales consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978”</i> .	Documental. Escrito de petición con radicado de 9 de octubre de 2017 (Fls.16 a 27 C. Ppal. del Expediente Digitalizado).
5. El 9 de noviembre de 2017, mediante la Resolución N° SUB 250735, COLPENSIONES negó la reliquidación de la pensión de vejez especial por actividad de alto riesgo solicitada por el accionante al considerar que: <i>“(…) de conformidad con lo expuesto previamente, la liquidación de la prestación reconocida, solo se puede efectuar con el promedio de los últimos 10 años, con los factores salariales exclusivamente contemplados en el Decreto 1158 de 1994 (…)”</i> .	Documental. Resolución N° SUB 250735 de 9 de noviembre de 2017 (Fls.29 a 37 del C. Ppal. del Expediente Digitalizado).
6. El 23 de enero de 2018, el apoderado del señor JAVIER BELTRÁN SALAS interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la anterior.	Documental. Escrito de petición con radicado de 9 de octubre de 2017 (Fls.38 a 45 C. Ppal. del Expediente Digitalizado).
7. El 15 de febrero de 2018, mediante la Resolución N° 40910, COLPENSIONES resolvió el recurso de reposición revocando el acto administrativo recurrido y, reconoció la pensión de vejez especial por alto riesgo al actor, así: <i>“(…) Empero, esta Gerencia considera debe darse estricto cumplimiento al contenido</i>	Documental. Resolución N° SUB 40910 de 15 de febrero de 2018 (Fls.47 a 55 del C. Ppal. del Expediente Digitalizado).

literal del párrafo transitorio 5º del Acto Legislativo 01 de 2005 y, en esa medida, aplicar el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 para resolver las reclamaciones pensionales presentadas por los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria del INPEC que se vincularon con anterioridad del 28 de julio de 2003, aclarando, por supuesto que dichas prestaciones serán liquidadas tomando en consideración las reglas fijadas por la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos

(...)

Que, de acuerdo a lo anterior, esta entidad encuentra improcedente reliquidar la prestación conforme a lo cotizado por el peticionario durante su último año de servicios, por cuanto como se explicó anteriormente, la misma se debe liquidar conforme a lo establecido por la Ley 100 de 1993, que estipula que la liquidación debe realizarse conforme al promedio de lo cotizado por el solicitante durante los últimos diez años de servicio (...)."

II. ANÁLISIS

Descendiendo al caso concreto, se tiene que el presente asunto se suscita en virtud de la supuesta omisión por parte de la entidad demandada en incluir y liquidar en la pensión de jubilación del señor **JAVIER BELTRÁN SALAS**, todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, de conformidad con el Decreto 1045 de 1978.

Se observa entonces, que la réplica de ilegalidad del acto administrativo gira en torno a la inobservancia del régimen especial pensional de los miembros del INPEC, en lo que respecta a la aplicación de su IBL.

En ese orden, como quedó acreditado en el acápite de “*hechos probados*”, mediante la Resolución N° 40910 de 15 de febrero de 2018, proferida por **COLPENSIONES**, fue resuelto el recurso incoado por el señor **JAVIER BELTRÁN SALAS** en contra de la Resolución N° SUB 250735 de 9 de noviembre de 2017 (que negó una reliquidación de vejez especial por actividad de alto riesgo) y que reajustó la pensión de vejez por alto riesgo conforme al promedio de lo cotizado por el solicitante durante los últimos 10 años.

Al respecto, encuentra el Despacho que, como se expuso en el apartado 2.1. de esta providencia, por tratarse de una actividad de alto riesgo, y haberse presentado

el ingreso al servicio del actor en fecha anterior al 28 de julio de 2003, le resultan aplicables las disposiciones de la Ley 32 de 1986 (régimen especial anterior a la Ley 100 de 1993), tal y como lo consideró **COLPENSIONES** en el acto acusado, así (Fls.47 a 37 del C. Ppal. del Expediente Digitalizado):

“(…) C) Reglas de aplicación marco normativo

(…)

Por su parte, la Sección Segunda de la misma Corporación sostiene que el régimen especial previsto en los artículos 96 de la Ley 32 de 1986, resulta aplicable si el servidor acredita las condiciones descritas en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (…)

(…)

Sin embargo, la discusión ventilada en el seno de la Sección Segunda no aborda con claridad los efectos puntuales del párrafo transitorio 5º del A.L. 01 de 2005 o del artículo 1º del Decreto 1950 de 2005, o el horizonte pensional que enfrentarían quienes no cumplen el requisito de la transición, como su lo hizo la Sala de Consulta y Servicio Civil; el análisis de la Sección Segunda se ha concentrado en los efectos de la Ley 100 de 1993 sobre los artículos 96 de la Ley 32 de 1986 y 168 del Decreto 407 de 1994, sin desatar cuestiones adicionales que resultan de trascendental importancia para resolver el asunto sub examine.

Ahora, si en gracia de discusión se aceptara que la tesis defendida por la Sección Segunda es la única vía para obtener el reconocimiento con la Ley 32 de 1986, el horizonte pensional de esos afiliados quedaría automáticamente gobernado por la ley general de pensiones, la cual estipula que los empleados del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC tienen derecho a una pensión especial de vejez por alto riesgo, cuyos requisitos de causación son paradójicamente los consignados en la Ley 32 de 1986. Entonces, si por ausencia de la transición no es posible acceder a la pensión de jubilación prevista en la Ley 32 de 1986, el afiliado podría optar por la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo, contenida en el Decreto 1950 de 2005 y el A.L. 01 de 2005, normas que a su vez remiten a las reglas de causación de la Ley 32 de 1986.

Empero esta Gerencia, considera debe darse estricto cumplimiento al contenido literal del párrafo transitorio 5º del Acto Legislativo 01 de 2005 y, en esa medida, aplicar el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 para resolver las reclamaciones pensionales presentadas por los empleados del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria del INPEC que se vincularon con anterioridad del 28 de julio de 2003, aclarando, por supuesto, que dichas prestaciones serán liquidadas tomando en consideración las reglas fijadas por la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos” (Se Destaca).

Ahora bien, para determinar el Ingreso de Liquidación y el monto de la pensión, por remisión expresa del artículo 114 de la Ley 32 de 1986, debe acudirse a las normas aplicables a los empleados públicos, razón por la cual, al ser el señor **JAVIER BELTRÁN SALAS** beneficiario de un régimen exceptuado, para el cálculo del monto de su pensión, la entidad accionada no podía acudir al régimen general señalado en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, sino que debía acudir a las normas aplicables a los empleados públicos con anterioridad al régimen

general de pensiones, que en principio, como se mencionó, correspondería a las Leyes 33 y 62 de 1985.

No obstante, para este Despacho, no es posible acudir a tales preceptos normativos en consideración a que el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985¹⁸ excluyó expresamente de su aplicación a los regímenes especiales, por lo que se apela a lo reglado en el artículo 4º de la Ley 66, en cuanto a la tasa de reemplazo y, para la determinación de los factores salariales, se aplica lo contenido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978¹⁹.

Razones suficientes, para que, en un primer momento las súplicas de la demanda estén llamadas a prosperar.

Empero, para Este Despacho se debe atender lo dispuesto en la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado de 28 de agosto de 2018 por cuanto que, en recientes pronunciamientos de la misma Corporación, en sede de tutela, ha precisado *grosso modo* que dicha providencia se hace extensiva al régimen de los funcionarios del INPEC, así:

En fallo de 30 de enero hogaño²⁰:

*“(...) En suma, hay dos aspectos a destacar: primero, que las sentencias invocadas en la solicitud de amparo no tienen la entidad suficiente para construir un cargo por desconocimiento del precedente, habida cuenta que la tesis que contienen ya fue recogida. Segundo, que la autoridad accionada no incurrió en ninguna irregularidad al tener en cuenta y fallar el caso de acuerdo a la sentencia de **unificación del 28 de agosto de 2018, ya que esta providencia es aplicable a todos los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993, incluido el que regula a los funcionarios del INPEC** (...)”²¹*

En proveído de 29 de agosto de 2019²²:

“Igualmente, la Sala advierte que el análisis de la decisión objeto de tutela se enmarca en la interpretación realizada en la sentencia C-258 de 2013, la cual fue

¹⁸ **ARTÍCULO 1º.-** El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. Ver Artículo 45 Decreto Nacional 1045 de 1978

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

(...)” (Se Destaca).

¹⁹ Sala de Decisión N° 1 del Tribunal Administrativo de Boyacá, en sentencia de 27 de noviembre de 2019, dentro del expediente N° 1500133330014201600043-01

²⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, consejero ponente: MILTON CHAVES GARCÍA, radicación número 11001-03-15-000-2019-04359-00 (AC)

²¹ Concordante con la sentencia de 20 de enero de 2020, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, radicación número 11001-03-15-000-2019-04604-01 (AC).

²² Expediente N° 11001-03-15-000-2019-03131-00

acogida por la Sala Plena del Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, **en cuanto a que la regla del IBL es aplicable tanto al régimen general, como a los regímenes especiales existentes antes de la Ley 100 de 1993, por lo que no se evidencia que se haya incurrido en defecto alguno. Y si bien es cierto, que la sentencia de unificación antes mencionada no hizo referencia a que la misma se hacía extensiva a los regímenes especiales o exceptuados**, pues su estudio se centró a la Ley 33 de 1985, lo cierto es que las conclusiones a las que llegó el tribunal demandado se avienen con la tesis de la Corte Constitucional.”²³

Es por ello, que resulta imperioso traer a colación la segunda subregla preceptuada en la referenciada providencia, esto es, que “los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al sistema de pensiones”²⁴, lo anterior con fundamento en los mismos razonamientos que efectuó el Máximo Tribunal:

(...) 97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio 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”.

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

(...)

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes no afectan las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

²³ Reiterado en sentencia de 26 de septiembre de 2019, radicación número: 11001-03-15-000-2019-00800-00 y sentencia de 28 de noviembre de 2019, radicación número: 11001-03-15-000-2019-03924-01

²⁴ Providencia de 28 de agosto de 2018, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema (...) (Se Destaca).

A partir de lo anterior, en el *sub lite* se advierte que el señor **JAVIER BELTRÁN SALAS** no cotizó sobre los factores objeto de discordia, pues, primero, no acreditó dichas cotizaciones, máxime cuando se desprende del “*reporte de semanas cotizadas*” emanada por **COLPENSIONES** (Archivo “GRP-SCH-HL-66554443332211_1411-20190204085307.PFD” de la carpeta “CD visto a folio 2 del Cuaderno de Pruebas Demandante -Anexos-“ de la Carpeta “CD’s” del Expediente Digitalizado) que su IBC se limitó a la asignación básica mensual (Fls.56 a 59 del C. Ppal. del Expediente Digitalizado) y, segundo, el apoderado judicial del actor lo da a entender según las manifestaciones realizadas, tanto en el escrito de demanda, como en el memorial que recorrió los alegatos de conclusión, así:

Del texto de la demanda (Fl.72 del C. Ppal. de Expediente Digitalizado):

“(...) DESCUENTOS DE SEGURIDAD SOCIAL PARA LOS NUEVOS FACTORES SALARIALES DE LA RELIQUIDACIÓN PENSIONAL.

Se deberán realizar los descuentos que no se hubiesen efectuado para los nuevos factores salariales que componen la pensión (...)”

Del escrito de alegatos de conclusión (Fl.187 del C. Ppal. de Expediente Digitalizado):

“(...) en lo expuesto el despacho puede ordenar que se realicen los descuentos sobre los factores salariales que no realizaron las respectivas cotizaciones, sobre toda su vida laboral (...)”

Encuentra el Despacho entonces que al darse aplicación al parágrafo transitorio N° 5 del Acto Legislativo 01 de 2005 y a la aludida sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, se tiene que los actos administrativos acusados se encuentran viciados de nulidad por cuanto, como bien lo alcanzó a considerar la entidad accionada, al darse estricto cumplimiento a la disposición contenida en la norma Constitucional, le asiste el derecho irrefutable al actor de que se le aplique la Ley pensional 32 de 1986, pues estuvo vinculado al Cuerpo de Guardia y Custodia Penitenciaria del INPEC desde el 28 de julio de 1994 (antes de la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003) y, en ese sentido, su liquidación debía y debe comprender el promedio de los factores cotizados durante el último año de servicios, de acuerdo con el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, debiéndose de cualquiera manera aclarar que la mencionada liquidación debía efectuarse solamente sobre aquellos factores que el demandante efectivamente hubiese cotizado.

En ese entender, este Despacho declarará la nulidad parcial de los actos administrativos acusados y ordenará a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE**

PENSIONES -COLPENSIONES- reliquidar la pensión de jubilación del señor **JAVIER BELTRÁN SALAS** incluyendo todos los factores salariales efectivamente cotizados durante el último año de servicio, conforme al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y, a pagar la diferencia entre los valores recibidos por el actor y los que ahora se ordena reconocer.

A. DE LA PRESCRIPCIÓN

De acuerdo con los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968²⁵ y 102 del Decreto 1848 de 1969²⁶, en este caso la prescripción es trienal y afecta únicamente a las mesadas no reclamadas, independientemente de la imprescriptibilidad del derecho de reajuste o reliquidación en sí mismo. Así las cosas, como quiera que al accionante se le reconoció la pensión de jubilación el 5 de noviembre de 2015 (FIs.8 a 15 del C. Ppal. del Expediente Digitalizado), la misma se hizo efectiva a partir del retiro del servicio del señor **JAVIER BELTRÁN SALAS**, esto es, a partir del 31 de agosto de 2016 (FI.60 del C. Ppal. del Expediente Digitalizado), en virtud de la prohibición general de recibir simultáneamente más de una asignación que provenga del tesoro público (artículo 128 de la Constitución Política), por ende, la prescripción inició a computarse el 1º de septiembre de 2016 y aunque la demanda fue radicada hasta el 24 de octubre de 2018 (FI.61 del C. Ppal. del Expediente Digitalizado), como consecuencia del silencio administrativo del recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución N° SUB 250735, a la luz del artículo 86 de la Ley 1437 de 2011²⁷²⁸²⁹, el reclamo en sede administrativa se efectuó el 9 de octubre de 2017 (FIs.16 a 27 C. Ppal. del Expediente Digitalizado), por lo que sin lugar a dudas se puede concluir que ninguna mesada se extinguió por el paso del tiempo. En ese sentido, se declara no probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada.

²⁵ **ARTÍCULO 41.** Las sanciones 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 solo por un lapso igual.

²⁶ **ARTÍCULO 102.- PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES.**

1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

²⁷ **ARTÍCULO 86. SILENCIO ADMINISTRATIVO EN RECURSOS.** Salvo lo dispuesto en el artículo 52 de este Código, transcurrido un plazo de dos (2) meses, contados a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa.

El plazo mencionado se suspenderá mientras dure la práctica de pruebas.

La ocurrencia del silencio negativo previsto en este artículo no exime a la autoridad de responsabilidad, ni le impide resolver siempre que no se hubiere notificado auto admisorio de la demanda cuando el interesado haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

La no resolución oportuna de los recursos constituye falta disciplinaria

²⁸ T-774-15

²⁹ Se debe precisar que la notificación del acto administrativo que resolvió el recurso de reposición y ordeno remitir el expediente al superior para atender el recurso de apelación se notificó al actor el 31 de mayo de 2018, según se desprende del folio 46 del C. Ppal. del Expediente Digitalizado.

B. INDEXACIÓN DE LAS MESADAS PENSIONALES.

La jurisprudencia de las Altas Cortes ha sido pacífica y unánime en determinar, respecto a la indexación, que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y el fenómeno inflacionario, son hechos notorios que el servidor, trabajador o pensionado no está obligado a soportar y que, por tal razón, tiene derecho a que se prestación sea indexada hasta el momento efectivo de pago con el fin de no ver transgredidos sus derechos fundamentales y, en tal virtud, debe darse aplicación a la fórmula adoptada por cada una de ellas para que la pensión o sus mesadas pensionales garantice su poder adquisitivo³⁰.

Así las cosas, atendiendo que en virtud de la reliquidación ordenada, deberá la Entidad pagar la diferencia resultante entre las sumas que le fueron pagadas al demandante y las resultantes de la reliquidación ordenada, deberá tenerse en cuenta para la liquidación de dichas sumas la siguiente fórmula:

$$R = \frac{\text{Rh índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de reajustes, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia) por el índice inicial (vigente para la época en que se causaron las sumas adeudadas).

Las anteriores razones son suficientes para que este Despacho encuentre probados parcialmente los cargos aludidos en el escrito de demanda y en esa secuencia, acceda, de manera parcial, a las pretensiones de la demanda.

III. CONDENA EN COSTAS.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sobre la condena en costas prevé que en la sentencia se dispondrá

³⁰ Providencia de 12 de julio de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Radicación número: 68001-23-33-000-2013-01054-01(0864-15).
- Providencia de 16 de agosto de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00051-01(4694-13).
-Providencia de 16 de agosto de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISO SUÁREZ VARGAS: Radicación número: 17001-23-33-000-2014-00124-01(1721-15).
- Providencia de 20 de febrero de 2019. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER. Radicación número: 25000-23-42-000-2013-02705-01(3190-14).

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

Ahora bien, el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto, no obstante, el numeral 8º del mismo artículo prescribe que dicha condena en costas sólo tendrá lugar cuando en el expediente aparezca que se causaron.

En ese orden, aunque prosperaron parcialmente las pretensiones de la demanda, el Despacho no encuentra evidencia en el plenario que justifique la imposición de costas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE GIRARDOT**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de las **Resoluciones N° SUB 250735 de 9 de noviembre de 2017** y **SUB 40910 de 15 de febrero de 2018**, expedidas por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, por medio de las cuales se negó la reliquidación y/o ajuste de la pensión de jubilación del señor **JAVIER BELTRÁN SALAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** a reliquidar la pensión de jubilación del señor **JAVIER BELTRÁN SALAS** incluyendo los factores salariales efectivamente cotizados durante su último año de servicio, conforme al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** al pago efectivo e indexado del valor correspondiente a la diferencia que resulte entre las sumas efectivamente canceladas al señor **JAVIER BELTRÁN SALAS** y las reliquidadas, de conformidad con la motiva expuesta.

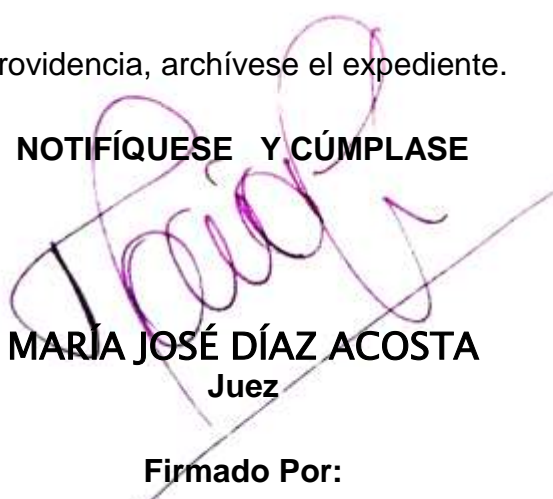
CUARTO: EXCÚLPASE de condenar en costas conforme a lo expuesto

QUINTO: Para efectos de la notificación de la presente sentencia, **SE ORDENA** que por Secretaría se realice conforme al artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SEXTO: En firme este fallo, efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, expídanse copias con destino y a costa de las partes, con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso, las que serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

SEXTO: En firme esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARÍA JOSÉ DÍAZ ACOSTA
Juez

Firmado Por:

MARIA JOSE DIAZ ACOSTA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 001 SIN SECCIONES ADMINISTRATIVO DE GIRARDOT

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

Código de verificación:

fd72b6473178d7a057ed7dcdb379d313a6592cb7a807c122a5c8679d7f94c270

Documento generado en 31/07/2020 09:51:18 a.m.