



156

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN "E"
SISTEMA ORAL

Bogotá D.C., quince (15) de mayo de dos mil veinte (2020)

MAGISTRADA PONENTE: DRA. PATRICIA VICTORIA MANJARRÉS BRAVO
SENTENCIA No. 048

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
REFERENCIA:	1100133420162017-00265-01
DEMANDANTE:	LUIS ROLANDO GÓMEZ GUTIÉRREZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
TEMAS:	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN/ CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA DE LA PENITENCIARIA NACIONAL/ INCLUSIÓN DE TODOS LOS FACTORES
DECISIÓN:	MODIFICA SENTENCIA QUE ACCEDE

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Subsección "E" de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca a resolver el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2018 por el Juzgado Dieciséis Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. SÍNTESIS DE LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 del CPACA, el señor **Luis Rolando Gómez Gutiérrez**, formuló demanda para que previos los trámites de un proceso ordinario y con citación del Ministerio Público, en sentencia de fondo que haga tránsito a cosa juzgada, se acceda a las siguientes pretensiones y condenas (fls. 38 – 40):

"II PRETENSIONES DECLARATIVAS Y CONDENAS

PRIMERO: Que se declare parcialmente la Nulidad del Acto Administrativo Expreso contenido en la Resolución No. GNR 352109 del 12 de diciembre de 2013 expedida por la Gerente Nacional de Reconocimiento de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante la cual se reconoce la Pensión de Vejez del señor LUIS ROLANDO GOMEZ GUTIERREZ. La nulidad invocada es respecto que

al momento de liquidar la prestación no se tuvo en cuenta el 75% del promedio de los aportes con todos los factores salariales efectuados durante el último año de servicio, de conformidad con los parámetros y condiciones establecidos para la Pensión especial de vejez del –INPEC–, en la Ley 32 de 1986, Decreto 407 de 1994, párrafo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2005 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

SEGUNDO: Que se declare parcialmente la Nulidad del Acto Administrativo expreso contenido en la Resolución No. GNR 138400 del 11 de mayo de 2016 expedida por la Gerente Nacional de Reconocimiento de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante la cual se reliquida de la (sic) Pensión de Vejez del señor LUIS ROLANDO GOMEZ GUTIERREZ; la nulidad invocada es respecto que al momento de reliquidar la prestación nuevamente no se tuvo en cuenta el 75% del promedio de los aportes con todos los factores salariales efectuados durante el último año de servicio, de conformidad con los parámetros y condiciones establecidos para la Pensión especial de vejez del –INPEC–, en la Ley 32 de 1986, Decreto 407 de 1994, párrafo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2005 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

TERCERO: Que se declare la Nulidad del Acto Administrativo Expreso contenido en la Resolución No. GNR 245206 del 9 de agosto de 2016 expedida por el Gerente Nacional de Reconocimiento de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante el cual se desato el Recurso de Reposición, en cuanto con ella se niega la reliquidación de la pensión de vejez del –INPEC–, teniendo en cuenta el 75% del promedio de los aportes con todos los factores salariales efectuados durante el último año de servicio, de conformidad con los parámetros y condiciones establecidos en la Ley 32 de 1986, Decreto 407 de 1994, párrafo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2005 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

CUARTO: Que se declare la Nulidad del Acto Administrativo Expreso contenido en la Resolución VPB 42325 del 24 de noviembre de 2016, el cual resuelve el Recurso de Apelación confirmando la Resolución GNR 245206 del 19 de agosto de 2016 la cual modificó la GNR 138400 del 11 de mayo de 2016 y niega nuevamente la reliquidación aplicando una tasa de reemplazo del 75% sobre el ingreso base de liquidación del último año de servicios, incluyendo para el efecto todos los factores salariales realmente devengados conforme las disposiciones de la Ley 32 de 1986, Decreto 407 de 1994, párrafo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2005 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, junto con los intereses moratorios.

QUINTO: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicito se restablezca el derecho pensional del señor LUIS ROLANDO GÓMEZ GUTIERREZ en el sentido de declarar que tienen derecho a que le sea reliquidada la Pensión de Vejez a partir del 01 de febrero de 2015, teniendo en cuenta para ello el 75% del promedio del total devengado en el último año de servicios, esto es, entre el 01 de febrero de 2014 y el 31 de enero de 2015, incluyendo además todos los factores salariales del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, como lo son: Sueldo, Sobresueldo, Bonificación por Servicios, Prima de Navidad, Pago Subsidio Unidad Familiar, Prima de Vacaciones, Subsidio de Alimentación, y todos aquellos que apliquen, bajo los parámetros y condiciones para la Pensión especial de vejez del –INPEC– señalados en la Ley 32 de 1986 y el Acto Legislativo 01 de 2005 párrafo transitorio 5 reglamentado por el decreto 1045 de 1978, lo que debe arrojar un valor para la prima mesada pensional de \$2.117.305,81.

SEXTO: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones de Nulidad solicito que se le restablezca el derecho pensional a mi poderdante en el sentido de condenar a COLPENSIONES, a pagar al señor LUIS ROLANDO GÓMEZ, las diferencias de las

157

1.2. Hechos

Señala la demanda que el señor **Luis Rolando Gómez Gutiérrez** laboró en el INPEC durante 22 años y 24 días, cumpliendo 20 años de servicios el 17 de enero de 2013.

Adujo que mediante **Resolución No. GNR 352109 de 12 de diciembre de 2013**, COLPENSIONES le reconoció pensión especial de vejez al actor teniendo en cuenta las condiciones de la Ley 32 de 1986, el Decreto 1045 de 1978 y el Acto Legislativo 01 de 2005.

Indicó que el demandante se retiró del servicio a partir del 1º de febrero de 2015 y por considerar que no le habían incluidos todos los factores devengados en el último año de servicios, en petición de 10 de noviembre de 2015 solicitó la reliquidación de su pensión, pero a través de **Resolución No. GNR 138400 de 11 de mayo de 2016**, la entidad demandada estimó la cuantía de la pensión con el ingreso base de liquidación previsto en la Ley 100 de 1993, esto es, con lo cotizado durante los últimos 10 años.

Manifestó que el actor presentó recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la **Resolución No. GNR 138400 de 11 de mayo de 2016**, los cuales fueron desatados por las **Resoluciones No. GNR 245206 de 19 de agosto de 2016** y **VPB 42325 de 24 de noviembre de 2016**, en las cuales se negó la reliquidación de la pensión conforme los lineamientos de la Ley 32 de 1986, en concordancia con el Decreto 1045 de 1978 y el parágrafo transitorio 5º del Acto Legislativo 01 de 2005.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como normas violadas señaló que la entidad no tuvo en cuenta lo señalado en la Ley 32 de 1986 (arts. 1 y 96), el Decreto 407 de 1994, el inciso séptimo y parágrafo 5º del Acto Legislativo 01 de 2005, el Decreto 1045 de 1978 (art. 45) y los 2, 29, 53 y 58 de la Constitución Política.

Manifestó que al demandante le asiste razón a que su pensión se liquide a partir del 1º de febrero de 2005, teniendo en cuenta todos y cada uno de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, habida cuenta que bien en un primer momento COLPENSIONES tiene como sustento para el reconocimiento de la pensión la Ley 32 de 1986 y además señala que su cuantía se estima con el 75% de lo devengado en el último, ello no fue así pues no se incluyeron en su totalidad.

Indicó que solicitar la reliquidación de la pensión, de forma unilateral, la entidad demandada cambió el IBL aplicando los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 1158 de 1994 y la sentencia SU-230 de 2015, desconociendo el carácter especial de esa prestación, pues en virtud del artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el parágrafo 5º transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, a quienes se vinculen con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, se les aplican de forma integral de la Ley 32 de 1986.

Para mayor ilustración manifestó que la Ley 32 de 1986 en sus artículos 1º y 96 señalaron que el régimen prestacional de los empleados del cuerpo de custodia y vigilancia nacional, penitenciaria y carcelaria nacional, una vez cumplieran 20 años de servicios tenían derecho al reconocimiento de la pensión jubilación. De igual forma adujo que el Decreto 407 de 1994, expedido en vigencia de la Ley 100 de 1993, fue claro en disponer que a los servidores vinculados con anterioridad a su entrada en vigencia, se les aplicaban los requisitos de la norma de 1986.

Aclaró que atendiendo lo previsto el artículo 140 de la Ley 100 de 1993, se expidió el Decreto 1835 de 1994 que no incluyó en su ámbito de aplicación a los empleados del INPEC y el Decreto 2090 de 2003 que definió como actividades de alto riesgo la realizada por el demandante y que en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005 en el párrafo 5º transitorio no se aplica a los empleados que se vinculen antes de su entrada en vigencia.

A continuación, citó la sentencia C-651 de 2012 en la cual se precisa la naturaleza de las pensiones por actividades de alto riesgo del Decreto 2090 de 2003 y que según su dicho, se advierte que en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, a los empleados vinculados con anterioridad 28 de julio de 2003, tienen derecho a la aplicación de la Ley 32 de 1986 y demás disposiciones concordantes. De igual forma trae a colación los debates que los congresistas realizaron entorno del acto legislativo citado, para concluir que a los miembros del INPEC no se les aplican las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la liquidación de la pensión sostuvo que debe aplicarse el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 que prevé factores salariales de manera enunciativa y en esa medida incluirse en el IBL todo lo devengado en el último año, pues así lo ha señalado el Consejo de Estado en sentencia de 27 de abril de 2006 y en fallo de tutela de 12 de abril de 2011.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En escrito que obra a folios 87 a 52 COLPENSIONES contestó la demanda, en el sentido de señalar que la pensión reconocida al demandante se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico, como quiera que se tuvieron en cuenta los requisitos previstos en la Ley 32 de 1986 y 407 de 1994, esto es, los 20 años de servicios sin tener en cuenta la edad.

Manifestó que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar en la medida que el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece que a sus beneficiarios se les aplica la norma anterior en cuanto a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, pues respecto al ingreso base de liquidación, este se determina conforme el artículo 21 de la norma general vigente, es decir, con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años o el tiempo que le faltare si fuera menor. Finalmente propuso como excepciones la inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, prescripción y buena fe.

118

3. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia proferida el 21 de noviembre de 2018, el Juzgado Dieciséis Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, expuso los siguientes argumentos (CD, fl. 112):

Citó la Ley 100 de 1993, que según su exposición de motivos fue expedida para el aseguramiento de toda la población en general, bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad y sostenibilidad fiscal, así como también el respeto por los derechos para quienes se encontraban próximos a obtener pensión conforme las normas anteriores, en cuanto a la edad, tiempo y monto. Adujo que en el régimen general por primera vez se habla de IBL y que según el juez de primera instancia "se entiende como el cálculo del promedio de los factores sobres los cuales debe efectuarse las cotizaciones de los servidores públicos".

A continuación, manifestó que con anterioridad a la entrada en vigencia del régimen general, la situación pensional de los empleados del INPEC se regía por la Ley 32 de 1986, que determinó como requisito el reconocimiento de la pensión de jubilación cumplir 20 años de servicios (art. 96), requisito que se mantuvo en vigencia del Decreto 407 de 1994 para quienes se vincularan con anterioridad a su entrada en vigencia (art. 168), pero que fue derogado por el Decreto 2090 de 2003, el cual estimó como actividad de alto riesgo la desempeñada por los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia, penitenciaria y carcelaria nacional (art. 2) y a su vez previó un régimen de transición para quienes a 28 de julio de 2003 hubieran cotizado más de 500 semanas.

Luego entonces concluyó que los empleados de INPEC que se encontraran vinculados a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 407 de 1994 y además estuvieran cobijados por la transición del Decreto 2090 de 2003 tenían derecho al reconocimiento de su pensión conforme la Ley 32 de 1986.

Frente a los factores que deben incluirse en el IBL, consideró que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 114 de la Ley 31 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, se deben aplicar las normas generales previstas para los empleados del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 y en esa medida estimar el valor de la pensión con el 75% del promedio de salarios devengados en el último año de servicios, sin aplicar la sentencia SU-230 de 2005 pues a consideración del juez de primera instancia, esa decisión no tenía incidencia en el régimen especial del INPEC.

Teniendo en cuenta lo anterior, procedió a resolver el caso concreto y para el efecto indicó que se encontraba demostrado que el demandante era beneficiario del régimen especial previsto en la Ley 32 de 1986, habida cuenta que se vinculó el 18 de diciembre de 1992, esto es antes de la entrada en vigencia del Decreto 407 de 1994 y además, a 26 de julio de 2003, había acreditado más de 500 semanas de cotización.

Luego entonces, concluyó que al demandante le asistía derecho a que su pensión fuera reliquidada, no con lo cotizado durante los últimos 10 años como lo ha habia realizado la entidad, sino con el 75% de todo lo devengado en el último año de servicios –del 31 de enero de 2014 al 31 de enero de 2015–, esto es, con la inclusión de “la asignación básica, remuneración por trabajo dominical y festivo, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, 1/12 prima de vacaciones, 1/12 prima de navidad, 1/12 remuneración por servicios prestados y 1/12 prima de servicios”, negando la prima de riesgo, el subsidio por unidad familiar y la bonificación por recreación. Ordenó el pago de diferencias desde la fecha de su retiro –1º de febrero de 2015–, como quiera que habia interrumpido la prescripción el 10 de noviembre de 2015 y su vez, los descuentos de los aportes sobre los factores no cotizados desde el 31 de enero de 2010 hasta el 31 de enero de 2015, en atención a lo señalado en el artículo 817 del Estatuto Tributario. Finalmente, no condenó en costas.

4. RECURSO DE APELACIÓN

4.1. Recurso parte actora: En memorial que obra a folios 114 a 118 interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, por considerar que deben incluirse todos los factores salariales devengados por el actor en el último año de servicios, como quiera que al ser beneficiario de la Ley 32 de 1986 se le debió aplicar el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, sin importar si sobre dichos factores se realizaron o no cotizaciones, dado que así lo ha señalado el Consejo de Estado en sentencia de 1º de agosto de 2013 cuando en relación con los miembros del INPEC manifestó que se deben tener en cuenta todos los emolumentos percibidos, cuya postura ha sido acogida por, la Sección Segunda, Subsección F del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia de 29 de enero de 2016.

Sostuvo que el Consejo de Estado le ha dado la naturaleza de factor salarial a la prima de riesgo, pues en sentencia de 7 de abril de 2011 ordenó que la pensión de un empleado del INPEC sea liquidada con el 75% del promedio de los salarios y primas de toda especie reconocidas de forma habitual y periódica como contraprestación directa de sus servicios.

4.2. Recurso parte demandada: En escrito que reposa a folios 120 a 122, la entidad demandada también interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, señalando que en el presente caso se le aplicó al demandante el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, es decir, se le reconoció pensión una vez cumplió los 20 años de servicios. Sin embargo, como en este caso existe un vacío normativo en la forma como debe liquidarse esa prestación, se debe acudir a lo señalado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, como quiera que a la fecha de adquisición del estatus se encontraba vigente el régimen general de pensiones que dispuso la unificación de requisitos y condiciones, lo cual es concordante con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 22 de julio de 2005 señala que desde esa fecha -22 de julio de 2005– no habría prerrogativas especiales en esta materia.

159

II. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

1. TRÁMITE

Al recurso se le dio el trámite del artículo 247 del CPACA, así: a través de auto del 17 de junio de 2019 (fl. 134) el Tribunal admitió la apelación y posteriormente, el 3 de septiembre del mismo año (fl. 138), ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión por el término de diez (10) días y vencido éste, al Ministerio Público para que emitiera el respectivo concepto.

2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

2.1. Alegatos parte actora: La parte actora en escrito que obra a folios 140 a 144 recorrió el traslado para los alegatos, reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

2.2. Alegatos parte demandada: En escrito que reposa a 145 – 148, la entidad demandada señaló que la Ley 32 de 1986 no estableció la forma de liquidación de la pensión y en esa medida en un primer momento se acudió a la Ley 33 de 1985 y posteriormente atendiendo lo señalado en el artículo 7 del Decreto 2090 de 2003, en lo no previsto en esa última disposición, se aplica la Ley 100 de 1993, específicamente su artículo 21.

Aseguró que el párrafo 5º transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005 previó la aplicación de la Ley 31 de 1986 aun cuando el derecho se hubiera adquirido en vigencia del Decreto 2090 de 2003, sin embargo, en cuanto a la liquidación debe acudirse a lo señalado en la sentencia SU-230 de 2015, esto es, a lo señalado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

2.3. Concepto del Ministerio Público: El Procurador 129 Judicial II para asuntos Administrativos, en escrito obrante a folios 148 a 151, consideró que en el presente asunto debe liquidarse con el promedio que sirvió de base para los aportes durante los últimos 10 años, habida cuenta que de conformidad con las sentencias proferidas por la Corte Constitucional –C-258 de 2013, SU-427 de 2016 y SU-395 de 2017–, el ingreso base de liquidación no es objeto de transición y en esa medida debe aplicarse lo señalado en el régimen general de pensiones –L. 100/1993–.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A., este Tribunal Administrativo es competente para conocer del recurso de alzada interpuesto dentro del proceso de referencia, por ser el superior jerárquico del Juzgado Dieciséis

Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., por lo que procede a resolver de fondo.

Surtidas a cabalidad las etapas procesales de esta instancia y al establecer que no se configuran causales de nulidad que afecten el proceso, es el momento de dirimir la misma y proferir decisión de fondo.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Se contrae a determinar si el señor **Luis Rolando Gómez Gutiérrez**, quien prestó sus servicios como miembro del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, teniendo como último cargo el de Dragoneante, le asiste el derecho a que le sea reliquidada su pensión de vejez, en cuantía del 75% de la totalidad de factores percibidos en el último año de servicios comprendido entre el **1º de febrero de 2014 y el 31 de enero de 2015**.

3. TESIS DE LA SALA

La sala considera que en atención a que el señor **Luis Rolando Gómez Gutiérrez** ingresó al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC desde el 18 de diciembre de 1992, esto es, con anterioridad al 28 de julio de 2003 (fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003) y para esa época acreditaba más de 500 semanas de cotización calificable como de alto riesgo, le resulta aplicable la Ley 32 de 1986 y en esa medida, a que su pensión sea reliquidada con la inclusión de los factores señalados en el Decreto 1045 de 1978 y que haya devengados en el último año de servicios, comprendido entre el **1º de febrero de 2014 y el 31 de enero de 2015**, los cuales corresponden a la **asignación básica, trabajo dominical y festivo, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, la 1/12 bonificación por servicios, 1/12 prima de vacaciones, 1/12 prima de navidad y 1/12 prima de servicios**.

Según las decisiones del Consejo de Estado, se precisa que el parágrafo del artículo 6º de esa disposición no puede aplicarse a los regímenes especiales, en la medida que resulta desproporcionado y contrario a la finalidad de tales pensiones, la cual no es otra que establecer requisitos más favorables que los previstos para aquellos empleados que se rigen por normas generales.

4. FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA TESIS

4.1. Régimen pensional aplicable al personal del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional

A través de la Ley 32 de 3 de febrero de 1986, el Congreso de la República adoptó el estatuto orgánico del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional,

160

determinando en su artículo 96, los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación en los siguientes términos:

“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.
(...)

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.”

Ahora bien, en virtud de las facultades conferidas al Presidente de la República a través del artículo 172 de la Ley 65 de 19 de agosto de 1993¹, se expidió el Decreto 407 de 20 de febrero de 1994, por medio del cual se estableció el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, en el cual dispuso:

“ARTÍCULO 7. DESTINATARIOS. El presente Decreto regula el régimen del personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, y el régimen de prestaciones sociales.
(...)

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

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

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

En ese orden, tenemos que según lo señalado por el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional, tendrían derecho a gozar de la pensión de jubilación: (i) al cumplir 20 años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, (ii) sin tener en cuenta su edad. Disposición que se mantuvo, para aquellos miembros vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 407 de 1994, –21 de febrero de 1994–, pues así se desprende de su artículo 168.

Luego entonces, quienes ingresaron desde el 21 de febrero de 1994 tienen 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 que en su tenor literal señaló:

“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

¹ “Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”

que cumplen algunos sectores tales como el cuerpo de custodia y vigilancia nacional penitenciaria. Todo sin desconocer derechos adquiridos.”

Atendiendo el precitado artículo, se expidió el Decreto Ley 1835 de 3 de agosto de 1994 “por el cual se reglamentan las actividades de alto riesgo de los servidores públicos”, sin embargo, esa disposición no reguló la situación de los trabajadores del INPEC.

Con la expedición de la Ley 797 de 29 de enero de 2003 (que modificó la Ley 100 de 1993) se revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para que reglamentara la situación pensional de los trabajadores que laboraban en actividades de alto riesgo –núm. 7º, art. 17–.

En virtud de lo anterior, se expidió el Decreto Ley 2090 de 26 de julio de 2003² que reguló el régimen de pensiones de servidores públicos y privados que trabajen en actividades de alto riesgo, incluido el cuerpo de vigilancia y custodia del INPEC y además en el artículo 3º indicó que para acceder a la pensión de vejez se requería *(i)* cumplir 55 años de edad y *(ii)* cotizar 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 2003³. De igual forma agregó que la edad para el reconocimiento de la pensión especial de vejez se disminuirá en 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 50 años.

Adicionalmente, ese decreto en su artículo 6º estableció un régimen de transición, siempre y cuando cumplieran las siguientes condiciones:

“Artículo 6º. Régimen de transición. Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

Parágrafo. Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003.”

La norma anterior fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-663 de 29 de agosto de 2007 bajo el entendido que las “500 semanas de cotización especial” se pueden acreditar con cotizaciones efectuadas en cualquier actividad calificada como de alto riesgo, pues de lo contrario sería un requisito desproporcionado e irrazonable. En esa oportunidad se indicó:

² Publicado en el Diario Oficial 45262 de 28 de julio de 2003. “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”

³ “(...) Un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

161

"En conclusión a la luz de cualquiera de estas interpretaciones, el requisito de las 500 semanas de cotización especial es manifiestamente desproporcionado al establecer una exigencia de acceso imposible de cumplir, que implicaría para los respectivos trabajadores perder las condiciones del régimen de transición o verse obligados durante muchos años, adicionales a los inicialmente previstos por las respectivas normas que los amparaban, a efectuar cotizaciones para cumplir los requisitos del artículo acusado y beneficiarse del régimen de transición en las condiciones del nuevo decreto. Esto va en contravía de la razón de ser del régimen especial establecido precisamente para proteger a estos trabajadores en situación de exposición a riesgos, lo cual es claramente irrazonable por hacer nugatorio el objetivo esencial del mismo régimen pensional especial diseñado por el propio legislador."⁴

Ahora bien, conviene precisar que con posterioridad a esa disposición se profirieron dos normas: *(i)* el Decreto 1950 de 13 junio de 2005, por el cual el Gobierno Nacional reglamentó el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y *(ii)* el Acto Legislativo 01 de 22 de julio de 2005, por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, en donde ambos señalan que a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003 -28 de julio de 2003- se les 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 mayor ilustración se transcriben las disposiciones prenotadas, veamos:

Decreto 1950 de junio 13 de 2005	Acto Legislativo 01 de julio 22 de 2005
<p>"Artículo 1. 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."</p>	<p>"Parágrafo transitorio 5. 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".</p>

Conforme a lo anterior, tenemos que el artículo 6º del Decreto 2090 de 2003 estableció un régimen de transición para aquellas personas que laboren en actividades de alto riesgo, consistentes en acreditar *(i)* 500 semanas de cotización en actividades de alto riesgo a 28 de julio de 2003 y según el parágrafo de esa disposición y *(ii)* contar con los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 –edad de 35 para las mujeres o 40 años en caso de los hombres o 15 años de servicios–.

⁴ C. Const. Sent. C-663, ago. 29/2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sin embargo, en la medida que el Decreto 1950 de 2005 y el Acto Legislativo 01 de 2005 señalan que a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, que se encontraban laborando con anterioridad al 28 de julio de 2003 (fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003) tienen derecho a que se les aplique el régimen hasta ese entonces vigente, esto es, la Ley 32 de 1986, no puede exigirse como requisito adicional, la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que prevé el párrafo del artículo 6° del Decreto 2090 de 2003.

4.2. Inaplicación del requisito adicional contenido en el párrafo del artículo 6° del Decreto 2090 de 2003

En relación con el párrafo del artículo 6° del Decreto 2090 de 2003, el Consejo de Estado en sentencia de 21 de octubre de 2019 al analizar el reconocimiento de una pensión de jubilación de un detective del DAS –hoy extinto–, citando pronunciamientos anteriores⁵ consideró que la exigencia del párrafo del artículo 6° del Decreto 2090 de 2003 resultaba desventajosa y en esa medida solamente debe tenerse en cuenta las 500 semanas de cotización⁶.

De igual forma, en sentencia del 28 de febrero de 2020 la misma Corporación inaplicó tal disposición y ordenó el reconocimiento de una pensión de vejez de un empleado de la Aeronáutica Civil, quien desempeñaba una actividad de alto riesgo y que solamente acreditaba 500 semanas de cotización a 28 de julio de 2003 y no las condiciones del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Las consideraciones en relación con ese punto fueron las siguientes:

“Esta norma ha sido analizada por la jurisprudencia de esta Corporación, para señalar que acreditar 500 semanas de cotización en actividades de alto riesgo para la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, concede el derecho a acceder a la prestación en los términos de la norma inmediatamente anterior, esto es, el Decreto 1835 de 1994, y lo que debe entenderse del párrafo del artículo 5 del Decreto 2090 de 2003 es que la intención del legislador fue la de adicionar este requisito en armonía con el régimen general de pensiones.

Igualmente, interpretó que el exigir, adicionalmente, estar cobijado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resulta desproporcionado y más gravoso cuando el servidor aspira al reconocimiento en los términos del Decreto 1835 de 1994, por cuanto conllevan una situación más desventajosa en virtud del tránsito legislativo. Adicionalmente, destacó que la finalidad de un régimen de transición consiste en que el legislador defina un sistema de protección para que los cambios producidos por un cambio en la normatividad no afecten a quienes, pese a no haber adquirido el derecho a la pensión porque les falta reunir todos los requisitos, sí tiene una expectativa legítima de adquirir el derecho.

Así las cosas, se ha entendido que como el artículo 6 del Decreto 2090 de 2003 establece unos supuestos para la transición de un régimen especial y al mismo tiempo para un régimen general, se debe dar la interpretación que más favorezca al servidor, es decir, la que permite la aplicación preferente de la regla de transición que le posibilite el reconocimiento de su pensión especial de vejez, con fundamento en el principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, para lo cual se destaca

⁵ C.E., Sec. Segunda. Sent. 3287-2013, jun. 12/2014. M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

C.E., Sec. Segunda. Sent. 2555-13, abr. 22/2015. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁶ C.E. Sec. Segunda. Sent. 85001-23-33-000-2015-00020-01, oct. 21/2019. M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

el siguiente aparte de la mencionada sentencia C-663 de 2007: «en el hipotético caso en que en una situación concreta un trabajador se vea amparado por ambos regímenes de transición, el de la Ley 100 y el del Decreto 2090 de 2003-, lo cierto es que al existir dos normas vigentes y aplicables para una misma situación, debe prevalecer a la luz de la Constitución aquel régimen que resulte más favorable y benéfico para el trabajador involucrado, por tratarse de disposiciones pensionales.».

De esta manera, cuando resulta más favorable, se ha optado por dar aplicación al primer inciso del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003 cuando se acreditan 500 semanas de cotización en actividades de alto riesgo al 28 de julio de 2003, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003 (...)”⁷

Así mismo, debe destacarse que la Sala de Consulta y Servicio Civil de Consejo de Estado al resolver un conflicto negativo de competencias entre COLPENSIONES y la UGPP relacionados con el reconocimiento pensional de un miembro del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, en auto de 9 de julio de 2019, consideró que “La historia normativa y el mandato contenido en el Acto Legislativo 01 de 2005, párrafo transitorio 5º del artículo 1º, permiten concluir que el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, artículo 36, no aplicó ni aplica al personal de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional vinculado con anterioridad al 28 de julio de 2003”⁸.

Teniendo en cuenta lo anterior, la sala colige que para ser beneficiarios de la transición prevista en el artículo 6º del Decreto 2090 de 2003, basta con acreditar las 500 semanas de cotización en actividad de alto riesgo a 28 de julio de 2003, habida cuenta que en virtud del principio de favorabilidad, el requisito adicional previsto en su párrafo, esto es, tener 35 años para las mujeres y 40 años para los hombres o 15 años de servicios –inc. 2º, art. 36 L. 100/1993–, debe inaplicarse, como quiera que esa condición contraviene la finalidad de los regímenes especiales, que no es otra que establecer mejores beneficios que los previstos en normas generales.

4.3. Liquidación de las pensiones bajo el régimen de la Ley 32 de 1986

Volviendo al régimen pensional de los funcionarios del INPEC beneficiarios de la Ley 32 de 1986, es necesario establecer su forma de liquidación, como quiera que el artículo 96 de la norma en cita, respecto al porcentaje o monto, los factores y en general las condiciones con las cuales debe determinarse el ingreso base de liquidación, nada dijo.

Frente a ese punto, debe señalarse que esta sala viene acogiendo el criterio expuesto por el Consejo de Estado en sentencia de 20 de octubre de 2014⁹, en donde consideró que atendiendo la remisión prevista en el artículo 184¹⁰ del Decreto 407 de 1994¹¹, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria

⁷ C.E., Sec. Segunda. Sent. 76001-23-31-000-2011-01522-01, feb. 28/2020. M.P. William Hernández Gómez.

⁸ C.E., S. de Consulta. Auto 11001030600020190004300, jul. 09/2019. M.P. Germán Alberto Bula Escobar.

⁹ C.E., Sec. Segunda. Sent. 760012331000201001420-01, oct. 20/2014. M.P. Alfonso Vargas Rincón.

¹⁰ “ARTÍCULO 184. NORMAS SUBSIDIARIAS. En los aspectos no previstos en este Decreto o en los reglamentarios, a los empleados del Instituto se les aplicarán las normas vigentes para los servidores públicos nacionales.”

¹¹ “Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario”

nacional, para efectos del ingreso base de liquidación, se les tenía en cuenta los factores enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Misma tesis que expuso en sentencia de 25 de abril de 2019, en donde al analizar la situación pensional de un empleado del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, vinculado con anterioridad al 21 de febrero de 1994 –fecha en entrada en vigencia del Decreto 407/1994–, consideró:

"39. Ahora bien, tratando que la Ley 32 de 1986 no contempló los factores a tener en cuenta para su liquidación, se debe atender a la remisión de los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, que señalan que en los aspectos no previstos en ellas, se aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales. Sin embargo, la norma vigente para los empleados del orden nacional a que aluden los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, es la Ley 33 de 1985, canon que no aplica a los servidores cobijados por un régimen especial, dada la exclusión expresa consagrada en el artículo 1º inciso 2º y por tanto, en cuanto a los factores es necesario acudir al Decreto 1045 de 1978.

40. Bajo estos supuestos, para determinar qué factores deben tenerse en cuenta para liquidar la pensión de jubilación del señor Hende Rincón debe acudirse a lo contemplado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 que a su tenor señala:

«ART. 45.— De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá 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;
 - l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
 - ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968».¹²
- (Resaltado fuera de texto)

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, se puede asegurar que al personal del INPEC beneficiado con el régimen de transición del Decreto 2090 de 2003 le resultan aplicables las disposiciones de la Ley 32 de 1986 en materia pensional y para efectos de establecer el ingreso base de liquidación las disposiciones aplicables a los empleados del orden nacional contenidas en el Decreto 1045 de 1978.

Ahora bien, la misma corporación en sentencia de 27 de septiembre de 2018, analizó el régimen prestacional de los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia

¹² C.E., Sec. Segunda. Sent. 11001032500020160075900, abr. 25/2019. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

penitenciaria nacional vinculados con anterioridad al 21 de febrero de 1994¹³, contenido en el Decreto 446 de 24 de febrero de 1994¹⁴, precisando que en materia pensional no les debe incluir en el ingreso base de liquidación, la prima de instalación y alojamiento, prima de capacitación, prima de clima, prima extracarcelaria, prima de seguridad, prima de riesgo, prima de vigilantes instructores y el subsidio familiar por unidad familiar, en atención a que constituyen factor salarial. La decisión en cita indicó:

"Se tiene entonces que las personas que prestan sus servicios al INPEC, entre los que se encuentran los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia de la Penitenciaría Nacional, gozan del carácter de empleados públicos, porque así lo estipula expresamente, tanto la Ley 32 de 1986 en su artículo 3 como el Decreto 407 de 1994 en el artículo 8.

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

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

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

(...)

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

Al contrario, **no constituyen factor salarial: la prima de instalación y alojamiento**, según lo señala el artículo 5; **la prima de capacitación**, como lo establece el artículo 6; **la prima de clima**, según lo determina el artículo 8; **la prima extracarcelaria**, como lo dispone el artículo 9; **la prima de seguridad**, según lo ordena el artículo 10; **la prima de riesgo**, como lo manda el artículo 11; **la prima de vigilantes instructores**, según lo señala el artículo 12; y **el subsidio familiar**, como lo preceptúa el artículo 15.(...)"¹⁵
(Subrayado fuera de texto)

En esas condiciones, la sala concluye que al personal del INPEC se les debe liquidar la pensión conforme los factores enlistados en el artículo 45 de la Ley 1045 de 1978 que son iguales a los contenidos en el Decreto 446 de 1994, los cuales no

¹³ Fecha de entrada en vigencia del Decreto 407 de 1994.

¹⁴ "por el cual se establece el régimen prestacional de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y carcelario, Inpec"

¹⁵ C.E., Sec. Segunda. Sent. 27001-23-31-000-2011-00242-01(1344-14), sep. 27/2018. M.P. Gabriel Valbuena Hernández.

determina la prima de instalación y alojamiento, prima de capacitación, prima de clima, prima extracarcelaria, prima de seguridad, prima de riesgo, prima de vigilantes instructores y el subsidio familiar por unidad familiar.

5. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

- Cédula de ciudadanía del señor **Luis Rolando Gómez Gutiérrez** en la cual se indica que nació el **29 de octubre de 1971** (fl. 37).
- Certificación de información laboral expedida el 1º de julio de 2015, en la cual se indica que el actor laboró en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC desde el **18 de diciembre de 1992** hasta el **31 de enero de 2015**, teniendo como último cargo el de dragoneante (fl. 32).
- Resolución No. 000214 de 26 de enero de 2015, en la cual el Director General de INPEC acepta la renuncia presentada por el actor con efectividad a partir del 1º de febrero de 2015 (fl. 7).
- **Resolución No. GNR 352109 de 12 de diciembre de 2013**, por medio de la cual la Administradora Colombiana de Pensiones reconoció pensión de vejez al demandante. En esa oportunidad se indicó que era beneficiario del artículo 96 de la Ley 32 de 1986 pues de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005, a la fecha de su entrada en vigencia, se encontraba vinculado al cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria. Se indicó que adquirió el estatus pensional el 4 de julio de 2013 y por lo tanto, ordenó la liquidación de esa prestación con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios. En ese acto se indicó que el señor **Gómez Gutiérrez** había adquirido el estatus pensional el **17 de enero de 2003**, sin embargo, su pago quedó supeditado a la acreditación del retiro efectivo del servicio (fls. 5 – 6).
- **Resolución No. GNR 138400 de 11 de mayo de 2016**, en donde la entidad demandada reliquidó la pensión del actor por nuevos tiempos cotizados, sin embargo, en relación con los factores a tener en cuenta, señaló que de acuerdo a los lineamientos de la sentencia SU-230 de 2015 que acogió el criterio expuesto en la C-258 de 2013, las reglas para calcular el IBL de los beneficiarios que adquieren el estatus pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, es que debe incluirse lo cotizado durante los últimos 10 años o el tiempo que le faltare siempre, teniendo en cuenta los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994 (fl. 12 – 14).
- Recurso de reposición y en subsidio apelación interpuesto por el demandante en contra de la Resolución No. GNR 138400 de 11 de mayo de 2016, por considerar que de conformidad con lo señalado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 debían incluirse todos los factores devengados en el último año de servicios (fls. 15 – 18).

164

- **Resolución No. GNR 245206 de 19 de agosto de 2016** en donde COLPENSIONES modifica la **Resolución No. GNR 138400 de 11 de mayo de 2016** en el sentido de reliquidar la pensión del demandante aumentando su cuantía, pero manteniendo el monto del 75% y el IBL previsto en la Ley 100 de 1993, en atención a lo señalado en la Circular interna No. 16 de 6 de agosto de 2015 de la Vicepresidencia Jurídica y Secretaría General en el cual se indica que de acuerdo con las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, el IBL para los que adquieren el estatus pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, es el previsto en su artículo 21 con la inclusión de los factores cotizados enlistados en el Decreto 1158 de 1994 (fls. 20 – 25).
- **Resolución No. VPB 42325 de 24 de noviembre de 2016**, por medio de la cual la entidad desata el recurso de apelación interpuesto por el actor en contra de la **Resolución No. GNR 138400 de 11 de mayo de 2016** modificada por la **Resolución No. GNR 245206 de 19 de agosto de 2016**, confirmando esta última en todas y cada una de sus partes (fls. 27 – 31).
- Certificado de salarios expedido por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, que da cuenta de los factores devengados por el demandante en el último año de servicios comprendido entre el 1º de febrero de 2013 y el 31 de enero de 2014, tales como asignación básica, dominicales o festivos, bonificación por servicios, prima de riesgo, subsidio de alimentación, subsidio unidad familiar, auxilio de transporte, bonificación por recreación, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios (fls. 33 – 34).

6. CASO CONCRETO

6.1. De la reliquidación de la pensión

En el caso en concreto, está demostrado que el demandante nació el **29 de octubre de 1971** y prestó sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, desde el **18 de diciembre de 1992** hasta el **31 de enero de 2015**, como empleado público, pues ocupó el cargo de Dragoneante. De igual forma se encuentra demostrado que adquirió el estatus de pensionado el **17 de enero de 2003**¹⁶ y en consecuencia COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez conforme los requisitos del artículo 96 de la Ley 32 de 1986 pero en relación con el IBL tuvo en cuenta las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y los factores del Decreto 1158 de 1994, pues así se advierte de las **Resoluciones Nos. GNR 138400 de 11 de mayo de 2016, GNR 245206 de 19 de agosto de 2016 y VPB 42325 de 24 de noviembre de 2016**.

Teniendo en cuenta el marco jurídico expuesto en esta sentencia, la sala considera que los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional tienen derecho a que se les reconozca la pensión conforme los lineamientos del artículo 96 de la Ley 32 de 1986 –20 años de servicios continuos o discontinuos, sin importar la edad– siempre y cuando a la fecha de entrada en

¹⁶ Teniendo en cuenta los tiempos certificados por COLPENSIONES: Del 18/12/1992 al 30/06/2009 y del 01/08/2009 al 31/01/2015.

vigencia del Decreto 2090 de 2003 –28 de julio de 2003– acrediten 500 semanas de cotización en actividades “calificadas como de alto riesgo –art. 6–, pues según las decisiones del Consejo de Estado¹⁷, el párrafo del artículo 6º de esa disposición no puede aplicarse a los regímenes especiales, en la medida que resulta desproporcionado y contrario a la finalidad de tales pensiones especial, la cual no es otra que establecer requisitos más favorables en comparaciones de quienes son beneficiarios del régimen general de pensiones.

Debe aclararse, que si bien las decisiones citadas no tienen coincidencia fáctica en cuanto a que no se trata de miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria, lo cierto es que en esas decisiones se hace un análisis acerca de la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en relación con los empleados que realizan actividades de alto riesgo –como es el caso del actor– que tienen la posibilidad de que se les aplique la norma anterior al Decreto 2090 de 2003.

En esas condiciones, se encuentra demostrado que a **28 de julio de 2003**, el señor **Luis Rolando Gómez Gutiérrez** contaba con más de 545 semanas de cotización, como quiera que a esa fecha acreditaba 10 años, 7 meses y 10 días de labores en el INPEC, luego entonces, esa situación lo hace beneficiario de la Ley 32 de 1986, como en efecto lo reconoció la entidad demandada en los actos acusados.

El juez de primera instancia accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en ese sentido ordenó la reliquidación de la pensión pero excluyó la prima de riesgo, subsidio familiar y bonificación por recreación. La sentencia fue apelada por la partes, pues el demandante solicita la inclusión de esas prestaciones y COLPENSIONES considera que debe aplicarse el IBL previsto en la Ley 100 de 1993 y tener en cuenta los factores del Decreto 1158 de 1994.

Al respecto, advierte la sala que de acuerdo con el contenido del artículo 114 de la Ley 32 de 1986, que remite en los aspectos no regulados a las disposiciones del régimen general aplicable a los empleados públicos del orden nacional, para calcular el IBL, se debe tener en cuenta los factores contenidos en el Decreto 1045 de 1978, habida cuenta que si bien para la fecha de ingreso del actor al INPEC se encontraba vigente la Ley 33 de 1985, esa norma en el inciso 2º del artículo 1º excluyó de su aplicación a los beneficiarios de un régimen especial de pensiones.

Luego entonces, contrario a lo señalado por la entidad demandada, el demandante tiene derecho a que se reliquide su prestación con el 75% de los factores salariales previstos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, siempre que los haya devengado en el último año de servicios comprendido, entre el **1º de febrero de 2014** y el **31 de enero de 2015**.

Así las cosas, resulta pertinente tener en cuenta cuales fueron los factores reconocidos por la entidad demandada al momento de realizar el reconocimiento

¹⁷ C.E., Sec. Segunda. Sent. 76001-23-31-000-2011-01522-01, feb. 28/2020. M.P. William Hernández Gómez.
C.E. Sec. Segunda. Sent. 85001-23-33-000-2015-00020-01, oct. 21/2019. M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

pensional, así como también los certificados por la entidad pública en la que laboró el demandante y finalmente, que emolumentos fueron incluidos por la juez de primera instancia. En efecto, se advierte:

Artículo 45 Decreto 1045 de 1978:	Resolución No. GNR 245206 de 19 de agosto de 2016 incluyó los cotizados según el Decreto 1158 de 1994:	Certificado de salarios, demandante devengó:	Factores incluidos por el juez de primera instancia:
1. Asignación básica mensual 2. Gastos de representación y la prima técnica; 3. Dominicales y feriados ; 4. Horas extras; 5. Auxilios de alimentación y transporte ; 6. Prima de Navidad ; 7. Bonificación por servicios prestados ; 8. Prima de servicios ; 9. 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; 10. Incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978; 11. Prima de vacaciones ; 12. Valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; 13. Primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968.	1. asignación básica 2. gastos de representación 3. prima técnica, cuando sea factor de salario 4. primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario 5. Remuneración por trabajo dominical o festivo 6. Remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna; 7. Bonificación por servicios prestados;	1. Asignación básica 2. Prima de riesgo 3. Dominicales y festivos 4. Subsidio de alimentación 5. Auxilio de transporte 6. Bonificación por servicios 7. Subsidio unidad familiar 8. Prima de navidad 9. Prima de vacaciones 10. Prima de servicios 11. Bonificación por recreación	1. Asignación básica 2. Dominicales y festivos 3. Subsidio de alimentación 4. Auxilio de transporte 5. 1/12 de la Bonificación por servicios prestados 6. 1/12 prima de vacaciones 7. 1/12 prima de navidad 8. 1/12 prima de servicios

En esas condiciones, la pensión de vejez del demandante debe ser reliquidada con el 75% de los factores salariales señalados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, devengados entre el **1º de febrero de 2014** y el **31 de enero de 2015** –último año de servicio–, esto es, con la inclusión de la **asignación básica, trabajo dominical y festivo, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, la 1/12 bonificación por servicios, 1/12 prima de vacaciones, 1/12 prima de navidad y 1/12 prima de servicios**, ordenando el pago de las diferencias desde el **1º de febrero de 2015** como quiera que el acto por medio del cual se hizo efectiva la pensión tuvo lugar el **11 de mayo de 2016** –Resolución No. GNR 138400 de 11 de

mayo de 2016– y la demanda presentada el **13 de agosto de 2017**. Luego entonces, tal y como lo señaló el aquo, no se configuró la prescripción trienal prevista en los artículos 41, 102 y 151 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

No hay lugar la inclusión de la **prima de riesgo** y el **subsidio por unidad familiar**, toda vez que si bien los devengó en el último año de servicios, a consideración de la sala, estas prestaciones no pueden constituir factor salarial, en la medida que no se encuentra enlistadas en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma que según sentencia de 25 de abril de 2019¹⁸ proferida por el Consejo de Estado, debe tenerse en cuenta para estimar al IBL de las pensiones de los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional beneficiados por la Ley 32 de 1986.

Adicionalmente, conforme lo señalado en los artículos 11¹⁹ y 15²⁰ del Decreto 446 de 1994, que regulan el reconocimiento y pago de la prima de riesgo y subsidio familiar respectivamente, por mandato expreso del legislador, estas prestaciones no constituyen factor salarial. Lo anterior fue expuesto por el Consejo de Estado en decisión de 27 de septiembre de 2018 cuando en relación con esa disposición –D. 446/1994– fue claro en señalar que “**no constituyen factor salarial**: la prima de instalación y alojamiento, según lo señala el artículo 5; la prima de capacitación, como lo establece el artículo 6; la prima de clima, según lo determina el artículo 8; la prima extracarcelaria, como lo dispone el artículo 9; la prima de seguridad, según lo ordena el artículo 10; **la prima de riesgo**, como lo manda el artículo 11; la prima de vigilantes instructores, según lo señala el artículo 12; y **el subsidio familiar**, como lo preceptúa el artículo 15”²¹.

Finalmente, en cuanto a la **bonificación por recreación**, esta no constituye retribución directa de los servicios prestados y adicionalmente desde su creación a través del artículo 3 del Decreto 451 de 1984, se determinó que no constituye factor salarial para ningún efecto legal. Del mismo modo, la **prima de unidad familiar** corresponde a un subsidio familiar que no ostenta carácter de factor salarial de conformidad con lo previsto en el artículo 15 del Decreto 446 de 1994.

6.2. Conclusión

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en este fallo, la sala modificará el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia apelada, indicando que el último año de servicios el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2014 y el 31 de enero de 2015. De igual forma en ese numeral, se ordenará realizar las deducciones con destino a las entidades de previsión social que se encontraban

¹⁸ C.E., Sec. Segunda. Sent. 211001032500020160075900, abr. 25/2019. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁹ Artículo 11.PRIMA DE RIESGO. Los Directores y Subdirectores de establecimiento carcelario y el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho a una prima de riesgo sin carácter salarial, en los porcentajes que fije el Gobierno Nacional, que no podrá ser inferior al actualmente vigente.

²⁰ Artículo 15.SUBSIDIO FAMILIAR. De conformidad con las normas legales vigentes que regulan el pago del subsidio familiar, los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho, a partir del 1º de enero de 1995, al pago de un siete por ciento (7%) adicional por tal concepto, sin constituir factor salarial, el cual se pagará por unidad familiar, con cargo al presupuesto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec.

²¹ C.E., Sec. Segunda. Sent. 27001-23-31-000-2011-00242-01(1344-14), sep. 27/2018. M.P. Gabriel Valbuena Hernández.

previstas en la Ley 4 de 1966²², el Decreto 1743 de 1966²³, el Decreto 1848 de 1969²⁴ y la Ley 62 de 1985²⁵ por toda la vida laboral, precisando a su vez que conforme lo ha señalado por el Consejo de Estado²⁶, estos descuentos serán traídos a valor presente.

Por otra parte, se reconocerá personería para actuar a la Dra. Linda Catalina Vargas Gil, identificada con C.C. 1.026.267.367 de Bogotá, abogada titular de la T.P. 221.643 del C.S. de la J., para que represente los intereses, en calidad de apoderada sustituta, de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

7. CONDENA EN COSTAS

En cuanto a la condena en costas, es del caso precisar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A el cual señala que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, se tiene que de conformidad con el artículo 361 del C.G.P, estas se componen de la totalidad de i) las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y ii) por las agencias en derecho.

Teniendo en cuenta que el recurso de apelación presentado por las partes no prosperó para ninguno, la sala se abstendrá de condenar en costas en segunda instancia.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN E, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

²² Art. 2º.- Los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión Social, cotizarán con destino a la misma así: a) Con la tercera parte del primer sueldo y de todo aumento, como cuota de afiliación, y **b) Con el cinco por ciento (5%) del salario correspondiente a cada mes.**

²³ Art. 2º. Todos los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión, aportarán como cuota de afiliación la tercera parte del primer sueldo o salario y la misma proporción de todo aumento e éstos. Por concepto de cuotas periódicas, el aporte es del cinco por ciento (5%) del valor del salario correspondiente a cada mes. Estos aportes se causan a partir del veintitrés (23) de abril de mil novecientos sesenta y seis (1966)."

²⁴ Art. 94º.- Deducciones permitidas. Quedan autorizados los habilitados, cajeros y pagadores, para deducir de los salarios las sumas destinadas a lo siguiente: a) A cuotas sindicales, conforme a los trámites legales respectivos; b) **A los aportes para la entidad de previsión social a la cual esté afiliado el empleado oficial;** c) A cubrir deudas y aportes a cooperativas de las cuales sea socio el empleado oficial, dentro de los límites legales; d) A satisfacer el valor de sanciones pecuniarias impuestas al empleado oficial, con sujeción a los procedimientos que regulen esta especie de sanción disciplinaria, y e) A cubrir deudas de consumo contraídas con almacenes y servicios de las cajas de subsidio familiar, en la proporción establecida para las cooperativas."

²⁵ Ley 62 de 1985, Artículo 1.- Artículo 1º. **"Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión."**

²⁶ C.E., Sec. Segunda, Sent. 25000-23-25-000-2012-00914-01, feb. 19/2015. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren: "A la actora se le deberá en tal caso descontar el porcentaje que legalmente le corresponda asumir, y **cobrársele a las instituciones empleadoras el monto que les atañe por los mismos. Y en ambas situaciones, previo al descuento o al cobro, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, en virtud de la modificación que introdujo el Acto Legislativo 01 de 2005 al artículo 48 Superior, dichos montos deberán ser traídos a valor presente a través de la operación que realice un actuario que designe la parte pasiva para ello, de lo contrario se estarían recuperando valores que han perdido su capacidad adquisitiva, con lo cual, en vez de fortalecer se pronunciaría aún más el problema financiero pensional**". (Se destaca)

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR numeral 2º de la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2018 por el Juzgado Dieciséis Administrativo del Circuito, en el sentido de señalar lo siguiente:

“SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reliquidar y pagar en forma indexada la pensión del señor LUIS ROLANDO GÓMEZ GUTIÉRREZ, identificado con C.C. N° 79.565.718, de la siguiente manera: (i) que corresponda al 75% del promedio del sueldo y todo lo devengado durante el año anterior al retiro del servicio (comprendido **entre el 1º de febrero de 2014 al 31 de enero de 2015**), incluyendo en la base de liquidación, **asignación básica, trabajo dominical y festivo, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, la 1/12 bonificación por servicios, 1/12 prima de vacaciones, 1/12 prima de navidad y 1/12 prima de servicios**, con efectividad desde el 1º de febrero de 2015 y pagarle la diferencia de las respectivas mesadas, reajustando en adelante la pensión y sin perjuicio de los reajustes anuales de ley, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, sin prescripción de las mesadas, (ii) **sobre los factores cuya inclusión se ordena -siempre que no hubieren sido objeto de descuentos por aportes- deberán realizarse las deducciones por toda la vida laboral, debidamente indexados, de conformidad con las consideraciones realizadas en la parte motiva de esta providencia.**”

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo restante la sentencia apelada, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: Reconocer personería para actuar a la Dra. **Linda Catalina Vargas Gil**, identificada con C.C. 1.026.267.367 de Bogotá, abogada titular de la T.P. 221.643 del C.S. de la J., para que represente los intereses, en calidad de apoderada sustituta, de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

QUINTO: Una vez en firme, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las constancias secretariales correspondientes y en el sistema justicia XXI.

Esta providencia, fue estudiada y aprobada en sala de la fecha.

SEP 27 2017 3:20 PM

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE



PATRICIA VICTORIA MANJARRÉS BRAVO
Magistrada



RAMIRO IGNACIO DUEÑAS RUGNON
Magistrado



JAIME ALBERTO GALEANO GARZÓN
Magistrado