



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA
SALA PRIMERA DE DECISIÓN**

Magistrado ponente Pedro Olivella Solano

Montería, cinco (05) de noviembre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Acción	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación	23.001.33.33.001.2017.00294.01
Demandante	Efraín Villegas Contreras
Demandado	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales - UGPP

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el día 16 de julio de 2019 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Montería, que negó las pretensiones de la demanda; previos los siguientes acápites:

I. ANTECEDENTES

1.- La Demanda

El señor Efraín Villegas Contreras presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho donde solicitó que se declare nulidad parcial de la Resolución 030685 del 29 de diciembre de 1998 expedida por la extinta Cajanal y la nulidad de las Resoluciones RDP 0002106 del 24 de enero de 2017 y RDP 013810 de 31 de marzo de 2017, mediante las cuales negó la reliquidación de pensión. Solicitó que se ordene a la UGPP a realizar la reliquidación de la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores devengados el último año laborado, en cuantía de \$550.536, con retroactividad desde el 31 de diciembre de 1998 y la respectiva indexación.

El sustento factico se sustrae en que el demandante laboró en el INPEC desde el 20 de febrero de 1978 hasta el 30 de diciembre de 1998, es decir 20 años, 9 meses y 10 días.

En el **concepto de violación**, expresó que se viola el mandato legal que impone la Ley 32 de 1986, pues al momento de liquidar la pensión la UGPP desconoce todos los factores salariales establecidos en las normas, tales como el artículo 185 del Decreto 407 de 1994 y los artículos 2, 3, 4, 11, 13,14 y 15 del Decreto 446 de 1994.

2.- Contestación de la demanda

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda. Realizó un estudio de la situación particular del demandante donde estipulo que nació el 26 de marzo de 1949, que el último cargo desempeñado fue el de dragoneante, que prestó sus servicios al Estado en el INPEC desde el 20 de febrero de 1978 hasta el 30 de marzo de 1998, adquiriendo el status jurídico de pensionado el 19 de febrero de 1998, en consecuencia su situación pensional se encuentra regulada por un régimen especial consagrado en el Decreto 407 de 1994, el cual en su artículo 168 dispuso que los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria que al momento de su entrada en vigencia

estuvieran activos en el servicio, conservarían el derecho a percibir la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986.

Así mismo manifestó que, es cierto que la entidad erró al momento de efectuar la liquidación reconocida, ya que aplicó lo estatuido en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100/93 y con base en los factores salariales contenidos en el Decreto 1158/94, sin que dichas normas le fueran aplicables el caso del causante dado el carácter especial del régimen que lo cobija, sin embargo dicho error no debe ser entendido como una vulneración de los derechos, dado que en todo caso, el accionante no devengó la totalidad de los factores salariales que pretende sean incluidos, lo que da cuenta de ello las certificaciones salariales obrantes en su cuaderno administrativo.

3.- Sentencia apelada

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Montería, en sentencia de 16 de julio de 2019 (fls. 85-88 C.1), negó las pretensiones de la demanda. Se refirió al régimen de los servidores públicos que laboran en actividades de alto riesgo y concluyó que el demandante laboró en el INPEC desde el 21 de febrero de 1995 hasta el 31 de marzo de 2017, lo que indefectiblemente lo ubica dentro del grupo de servidores públicos que gozan del régimen pensional contemplado en la Ley 32 de 1986, tal y como le fue reconocido al momento de ser estudiada su pensión. Así mismo, consideró el juez de instancia que puede evidenciarse que las normas que le fueron aplicadas para efecto de la liquidación de su pensión, son las que efectivamente señala la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado para el caso de los regímenes especiales, lo que sin duda permite concluir que los actos administrativos demandados fueron expedidos sin infracción de las normas aplicables.

4.- Recurso de apelación

La parte demandante apeló la sentencia y manifestó su inconformidad con la tesis adoptada por el *A quo*. Alegó que ,os jueces dentro de su competencia y autonomía deben estudiar cada caso en particular conforme a las normas aplicables que como en el presente proceso, el actor pertenece a un régimen especial, respecto del cual ya se ha pronunciado tanto la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, y en una sola línea han determinado que el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100/93 no es aplicable a los Miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacional. Seguidamente hizo mención a varias jurisprudencias que tratan el tema bajo estudio, se refirió al principio de confianza legítima, el cual considera se vulnera con la decisión de primera instancia toda vez que el actor tenía unas expectativas ciertas sobre su derecho pensional, por ello solicitó se revoque la sentencia apelada y se acceda a las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES

1.- Asunto a resolver

En este caso el asunto a resolver es determinar el régimen pensional aplicable al demandante y si tiene derecho a la reliquidación de su pensión teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Resuelto lo anterior corresponde decidir si los actos demandados están o no viciados de nulidad por desconocer normas superiores en que debía fundarse y si procede algún tipo de restablecimiento del derecho.

2.- Normatividad que rige la pensión de jubilación 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 jerarquizado, con régimen especial, el cual tiene como función garantizar la seguridad al interior de los Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios que, debido a sus labores especiales de riesgo se originó que fueran excluidos de la aplicación de la Ley 33 de 1985¹.

En atención a lo anterior, se expidió la Ley 32 de 1986² que reguló todo lo relativo a *“ingreso, formación, capacitación, ascensos, traslados, retiros, administración y régimen prestacional del personal de Custodia y Vigilancia penitenciaria Nacional”* y para la adquisición de la pensión de jubilación de estos servidores, 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.

Es claro entonces 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 benéfico, ya que exige como único requisito para la adquisición de la pensión de vejez, haber cumplido 20 años de servicio a cualquier edad.

Posteriormente, fue expedida la Ley 65 de 1993³ la cual otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para dictar normas con fuerza de Ley, entre otros aspectos, sobre el régimen salarial, prestacional y pensional del personal de seguridad al servicio del INPEC, consignando también que las nuevas disposiciones no podían desmejorar los derechos y garantías de quienes para ese momento ya prestaban sus servicios a dicha entidad⁴. En razón a ello, el Gobierno expidió el Decreto 407 de 1994⁵ que en su artículo 168 estableció:

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.

Conforme a la norma transcrita, los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC que para la fecha de entrada en vigencia del Decreto 407 de 1994, esto es, 21 de febrero de 1994, se encontraran prestando sus servicios, tendrían derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en la Ley 32 de 1986.

Así mismo el Decreto 446 de 1994, establece el régimen prestacional de los servidores públicos del INPEC, otorgando 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**

¹ La Ley 33 de 1985 inciso 2, artículo 1, estipuló que al régimen pensional general que consagra, no quedan sujetos los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente ni aquellos que legalmente disfruten de un régimen especial de pensiones.

² Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia al servicio de las penitenciarias.

³ Por medio de la cual se creó el Código Penitenciario y Carcelario.

⁴ Artículo 172 numeral 6, de la Ley 65 de 1993 “Código Penitenciario y Carcelario”.

⁵ Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

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, estipuló la norma en comento 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 extracarceraria**, 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.

De otro lado es menester advertir que la Ley 100 de 1993, en su artículo 140, cataloga la actividad desarrollada por el Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC como de alto riesgo y dispone 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, por lo que al hacer una interpretación armónica de los artículos 139 y 140 de la mencionada ley, se colige que la intención del legislador no fue cobijar con las normas del sistema General de Seguridad Social a los empleados públicos que desarrollen actividades de alto riesgo, sino por el contrario, fijar en cabeza del Gobierno Nacional la función de expedir un régimen más benéfico.

3.- Análisis y conclusiones del caso concreto

En el expediente se encuentra acreditado que el demandante nació el 26 de marzo de 1949⁶, que laboró al servicio del Estado en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC- desde el 20 de febrero de 1978 hasta el 30 de diciembre de 1998⁷ y le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución 030685 de 29 de diciembre de 1998⁸ donde se aplicó el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 4 años, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93, incluyendo en su IBL la asignación básica y la bonificación por servicios prestados.

Ahora bien, como quedó acreditado en el acápite anterior, la situación particular del actor, por tratarse de una actividad de alto riesgo, le resultan aplicables las disposiciones de la Ley 32/86, que como se dijo, estableció 20 años de servicio como único requisito pensional para los miembros del INPEC, y para determinar el IBL y el monto de la pensión, por remisión expresa del artículo 114 ibídem, debe acudir a las normas aplicables a los empleados públicos.

Establecido lo anterior y partiendo desde el punto que el actor es beneficiario de un régimen exceptuado, para el cálculo del monto de la pensión de jubilación, la entidad accionada no podía acudir al régimen general señalado en la Ley 100/93 sino a las normas aplicables a los empleados públicos con anterioridad al régimen general de seguridad social, que en principio sería las Leyes 33 y 62 de 1985, pero como se anotó en precedencia, el inciso segundo del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 excluyó expresamente de su aplicación a los regímenes especiales.

⁶ Folio 10 del expediente

⁷ Folio 23 del expediente “Certificado de Información Laboral”

⁸ Ver resolución de reconocimiento de pensión visible a folio 11-14 del expediente

Por lo anterior, sin necesidad de mayores elucubraciones, se considera que la pensión de jubilación del demandante se rige por lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 4 de 1966⁹ en cuanto a la tasa de reemplazo del 75% y, para la determinación de los factores salariales es aplicable el contenido del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, que dispone:

ARTÍCULO 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 tuvieron 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.

Así las cosas, está probado en el expediente que el demandante devengó el último año de servicios comprendido entre el 29 de diciembre de 1997 al 30 de diciembre de 1998 los siguientes factores: **i)** asignación básica; **ii)** sobresueldo; **iii)** prima de riesgo; **iv)** subsidio familiar; **v)** subsidio de alimentación; **vi)** subsidio de transporte; **vii)** prima de navidad; **viii)** bonificación por servicios prestados; **ix)** prima de servicios; **x)** prima de vacaciones; y **xi)** bonificación de recreación¹⁰.

Es del caso anotar que, en cuanto al sobresueldo, a pesar de no estar contemplado dentro del Decreto 1045/78, es un factor salarial especial para los empleados del INPEC conforme a lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 446 de 1994. Respecto a la prima de riesgo, se reitera lo expuesto en sentencia de revisión del Consejo de Estado de 25 de abril de 2019, radicado N° 2016-759, que manifestó que no debe ser computada para la liquidación pensional, como quiera que la normativa no lo estableció como factor salarial.

Por todo lo anterior, se impone revocar en su totalidad la sentencia de primera instancia y en consecuencia se ordenará a la entidad demandada a efectuar la reliquidación de la pensión del señor Efraín Antonio Villegas Contreras, teniendo en cuenta los factores devengados el último año de servicio, de conformidad con los Decretos 1045/78 y 446/94, esto es, con inclusión de la asignación básica, sobresueldo, subsidio de alimentación, subsidio de transporte, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, prima de servicios y prima de vacaciones.

⁹ ARTÍCULO 4º.- A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

¹⁰ Ver certificados de factores salariales visibles a folios 27-28 del expediente

Las sumas a que resulte condenada la accionada deberán ser ajustadas al valor, en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., y de acuerdo con la fórmula sentada para estos eventos por el Consejo de Estado:

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

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma adeudada a la parte demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final del IPC certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el IPC vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

3.- Condena en costas

Conforme el artículo 188 del C.P.A.C.A. se procede a verificar si hay lugar a condenar en costas en el caso concreto. En este punto, reitera la Sala el criterio previamente adoptado, bajo el entendido que conforme el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P. “*solo habrá lugar a condenar en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*”.

En el subjuice no existe evidencia alguna de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte vencida en el proceso, razón por la cual no se fijaran costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, a través de su Sala Primera de Decisión, el Tribunal Administrativo de Córdoba administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 16 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Montería, que denegó las pretensiones de la demanda, y en su lugar **CONCEDER PARCIALMENTE** las mismas, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, se declara la nulidad parcial de la Resolución N° 030685 de 29 de diciembre de 1998, mediante la cual se reconoció y ordenó pagar pensión de jubilación al demandante; y a **título de restablecimiento del derecho**, se ordenará a la U.G.P.P. reliquidar la pensión de jubilación del señor Efraín Antonio Villegas Contreras, teniendo en cuenta además de los factores ya incluidos, los denominados “sobresueldo, subsidio de alimentación, subsidio de transporte, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones.

TERCERO: Efectuado el anterior ajuste de valor, **Ordénese** a la entidad demandada a reconocer y pagar las diferencias que resultaren entre la mesada pensional inicialmente concedida al actor y las que ha debido pagar como consecuencia del restablecimiento aquí ordenado, aplicando a la diferencia obtenida la actualización de conformidad con la siguiente fórmula:

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

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma adeudada a la parte demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final del IPC certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia,

por el IPC vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

CUARTO: Ordénese a la entidad demandada, dar cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en los artículos 192, 194 y 195 del C.P.A.C.A.

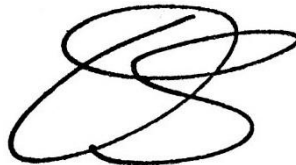
QUINTO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

COPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia de que la anterior providencia que revocó la sentencia de 16 de julio de 2019 expedida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Montería, fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión virtual de la fecha.

Los magistrados,



PEDRO OLIVELLA SOLANO



DIVA MARÍA CABRALES SOLANO



NADIA PATRICIA BENÍTEZ VEGA
Magistrada