



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CORDOBA
SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrada Ponente: *Dra. Diva María Cabrales Solano.*

Montería, dieciocho (18) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Medio de Control.	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación.	23.001.23.33.000.2016.00284.00
Demandante.	Gustavo Alonso Arrieta Machado.
Demandado.	COLPENSIONES.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Sin observarse vicio de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a proferir por escrito Sentencia de Primera Instancia dentro del Medio de Control identificado en el pórtico de la presente.

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda, sus hechos y pretensiones.

El señor demandante por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho solicita del Tribunal que se sirva declarar la nulidad de los siguientes Actos Administrativos:

- La nulidad parcial de la Resolución N° GNR 233007 del 12 de septiembre de 2013 expedida por el COLPENSIONES y mediante la cual se reconoció la demandante su emolumento pensional con base en el régimen especial de pensiones previsto en el parágrafo transitorio 5° del Acto Legislativo 01 de 2005, Decreto 2090 de 2003, Ley 32 de 1986 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, empero, al momento de liquidar la prestación pensional abandonó la norma que simuló aplicar y solo incluyó en el IBL tres factores salariales establecidos en la Ley 100 de 1993, en donde, además, contrario a la fecha de retiro del servicio que el demandante le prestaba al INPEC -31 de diciembre de 2011- estableció de manera irregular como fecha efectiva para empezar a pagar las mesadas pensionales el día 1° de septiembre de 2013, dejando de solventar las mesadas causadas a partir del 1° de enero de 2012 al 30 de agosto de 2013.
- Que se declare la existencia del Acto ficto o presunto negativo adoptado frente al recurso de reposición presentado frente a la Resolución N° GNR 233007 del 12 de septiembre de 2013.
- Que se declare la nulidad del Acto Ficto o presunto negativo adoptado frente al recurso de reposición presentado contra la Resolución N° GNR 233007 del 12 de septiembre de 2013.

- Que se declare la existencia del Acto Ficto o presunto negativo adoptado frente al recurso de apelación presentado en forma subsidiaria frente al recurso de reposición contra la Resolución N° GNR 233007 del 12 de septiembre de 2013.
- Que se declare la nulidad del Acto Ficto o presunto negativo adoptado frente al recurso de apelación presentado en forma subsidiaria frente al recurso de reposición contra la Resolución N° GNR 233007 del 12 de septiembre de 2013.
- Que se declare que la fecha de retiro del servicio público que le prestaba al INPEC el señor demandante, fue a partir del 1° de enero de 2012 de acuerdo con la Resolución de Retiro N° 005582 del 13 de diciembre de 2011 expedida por el INPEC, tal como de manera explícita lo reconoce la entidad pública y no el día 1 de septiembre de 2013 como de forma irregular lo señaló la demandada en la Resolución N° GNR del 12 de septiembre de 2013.

En consecuencia, de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho pretende la parte actora que se condene a COLPENSIONES a reliquidar la pensión del señor Gustavo Alonso Arrieta Machado en cuantía del 75% de todos los factores salariales devengados durante su último año de servicios, de acuerdo con los factores salariales establecidos de manera meramente enunciativa en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 por ser beneficiario del régimen de transición especial establecido para los miembros del INPEC, efectiva ese el 1° de enero de 2012, ordenando aplicar los reajustes del artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo, que se condene a la COLPENSIONES al reconocimiento y pago de las diferencias prestacionales que resulten de la correcta liquidación de la pensión de jubilación del demandante, en razón de lo que ha venido pagando la demandada COLPENSIONES y lo que se reconozca en la Sentencia, causados desde el 1° de enero de 2012, debidamente indexadas de acuerdo con el IPC, hasta cuando se reconozca y efectué el pago y los reajustes en los porcentajes establecidos por el Gobierno Nacional. De igual modo, que se ordene a COLPENSIONES a pagar al demandante las mesadas causadas desde el 1° de enero de 2012 fecha del retiro del servicio del señor Arrieta Machado, hasta el día 30 de agosto de 2013, debidamente indexadas de acuerdo con el IPC, hasta cuando se reconozca y efectué el pago y los reajustes en los porcentajes establecidos por el Gobierno Nacional.

El sustento factico del Medio de Control se contrae sucintamente en lo siguiente: El señor demandante Gustavo Arrieta Machado ingresó al servicio del INPEC como Dragoneante el 17 de noviembre de 1987, cumpliendo los 20 años de servicio el 17 de noviembre del año 2007 y por tanto en dicha fecha se causó e ingresó a su patrimonio el derecho a una pensión de jubilación.

Se prosigue indicando en la fundamentación del libelo que el extinto ISS mediante Resolución N° 12923 del 12 de abril de 2011, le reconoció al demandante una pensión de vejez como beneficiario del régimen especial de los miembros del INPEC.

Posteriormente, COLPENSIONES mediante Resolución N° GNR 233007 del 12 de septiembre de 2013, le reconoció al demandante y ordenó en favor del mismo el pago de la pensión de jubilación, reconociendo dicho emolumento con base en el régimen especial de las pensiones previsto en el párrafo transitorio 5° del Acto Legislativo 01 de 2005, Decreto 2090 de 2003, Ley 32 de 1986 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, empero, al momento de liquidar la prestación pensional abandonó la norma que simuló aplicar y solo incluyó en el IBL tres factores salariales establecidos en la Ley 100 de 1993.

Precisa el libelo que, con la expedición de la Resolución antedicha, la demandada COLPENSIONES estableció de forma irregular como fecha efectiva de disfrute de las mesadas pensionales para el demandante, el día 1° de septiembre de 2013, fecha disímil a la verdadera fecha de retiro del INPEC del señor demandante, la cual fue aceptada por dicha entidad a partir del 1 de enero de 2012, razón por la cual a partir de esa fecha debió reconocerse y hacerse efectivo el derecho a las mesadas pensionales, con ello, la demandante dejó de pagar las mesadas causadas a partir del 1 de enero de enero de 2012 hasta el 30 de agosto de 2013. Ante dichas situaciones el señor demandante presentó recurso de reposición y en subsidio apelación sin que la fecha de presentación de la demanda, COLPENSIONES se hubiese pronunciado frente a ellos.

Finalmente precisa la demanda que al haber reconocido la entidad demandada que el señor Gustavo Arrieta Machado era beneficiario del régimen especial de pensiones que regula el Acto Legislativo 01 de 2005 párrafo 5° transitorio, Ley 32 de 1986, Decreto 2090 de 2003 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, normas que regulan el régimen especial de pensiones de alto riesgo preceptuado para los miembros del INPEC, debió aplicar dicho régimen en su integridad y no escindirlo, no obstante, al momento de liquidar dicha pensión solo tuvo en cuenta para efectos del IBL 3 factores salariales, sin que se aplicara materialmente los factores a los que hace relación el contenido normativo del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

En lo que es propio a las normas violadas y el concepto de su violación se indica en la demanda que los Actos Administrativos expresos y fictos aquí acusados de nulidad son contrarios a las siguientes normas: A los artículos 1,2,4,6,13, 25, 29, 48, 53, 58 de la Constitución Nacional, párrafo transitorio número 5 del Acto Legislativo 01 de 2005, A los artículos 96 y 114 de la Ley 32 de 1986, al artículo 172 numeral 6 de la Ley 65 de 1993, a los artículos 8, 115, 117, 168, 185 y 185 del Decreto Ley 407 de 1994, al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, al artículo 4 de la Ley 4° de 1966, al Decreto 1743 de 1966, la Ley 5 de 1969, los artículos 11, 140 y 289 de la Ley 100 de 1993.

En el concepto de la violación el vocero judicial del señor demandante formula los siguientes cargos que sustentan su petitorio anulatorio: I) Violación Directa de la Ley por error de derecho, II) Violación Directa por la interpretación errónea de la constitución y la Ley, III) Falta de aplicación de las normas constitucionales y legales y IV) Falsa motivación.

Censura la parte demandante como fundamentación central de los cargos propuestos que la demandada COLPENSIONES al momento de entrar a liquidar la prestación pensional del señor demandante, argumentó *“Equivaldrá al 75% del promedio de los salarios devengados dentro del último año de servicios, teniendo en cuenta todos los factores salariales consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978”*, sin embargo, al momento de establecer materialmente el IBL de la prestación, abandonó dicha normatividad y constituyó un IBL por valor de \$1.482.164.00, para liquidarla con un valor de \$1.111.623.00, el que se corresponde con solo tres factores salariales devengados por el demandante durante su último año de servicios (Asignación básica, sobresueldo y bonificación por servicios prestados) y no con los que de forma enunciativa relaciona el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Concluye entonces la parte actora que COLPENSIONES escindió el régimen especial que le asiste al señor Arrieta Machado, pues lo que en verdad y a su juicio hizo dicha entidad fue aplicar el régimen general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios.

II. TRAMITE IMPARTIDO

El negocio fue repartido originalmente al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Montería, el cual mediante auto adiado del dieciséis (16) de junio de 2016 declaró su falta de competencia para conocer del asunto en razón de la cuantía, disponiendo por consiguiente la remisión del expediente a este Tribunal para que asumiera el conocimiento del mismo.

Aclarados los puntos relativos a la estimación razonada de la cuantía, la Sala Tercera de esta Corporación por auto del cinco (5) de septiembre de 2017 dispuso avocar el conocimiento del asunto y ordenar las notificaciones y traslados de rigor

2.1 Contestación de la demanda.

Agotado el traslado inicial la demandada **COLPENSIONES** procedió a contestar la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones bajo los argumentos que a continuación se sintetizan.

Precisa el escrito de contestación que el extinto ISS mediante Resolución N° 12923 del 12 de abril de 2011, reconoció pensión de vejez al demandante en cuantía de \$674.100 para el 2011 y se dejó en suspenso el ingreso a nomina hasta que no se acreditara el retiro definitivo del servicio. Posteriormente COLPENSIONES mediante Resolución N° GNR 233007 del 12 de septiembre de 2013 reconoció al demandante una pensión de jubilación.

Así mismo, se indica en el escrito de contestación que de acuerdo con el literal c del punto IV de la Circular Interna 15 del 22 de junio de 2015, respecto de las reglas para el reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo, tratándose de

régimen especial del INPEC estableció “Se establece que en lo previsto para la pensión de vejez establecida en esta normatividad deberán aplicarse las normas generales contenidas en la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, razón por la cual esta pensión se liquidará conforme a lo establecido en el artículo 21 L. 100/93. ii. Artículo 34L. 100/93- artículo 10L. 797/03”.

Precisa además la defensa de COLPENSIONES que la Sala Plena de la Corte Constitucional concluyó que el IBL, no es un aspecto de la transición y por lo tanto son las reglas contenidas en el Régimen General, las que deben aplicarse para establecer el monto de la pensión con independencia del régimen especial al que se pertenezca.

Finalmente, la parte demandada invoca las siguientes excepciones de fondo: **I) Inexistencia de las obligaciones reclamadas**, al estimar que COLPENSIONES actuó siempre conforme a derecho, no existiendo valores a favor de la actora ni obligaciones pendientes por reclamar. Recalca en dicho medio exceptivo que si bien el párrafo transitorio N°4 del Acto Legislativo 01 de 2005, es claro en el sentido de haber determinado que si bien se dejó un margen para los beneficiarios del régimen de transición en las condiciones señaladas en el aquel, no es menos cierto que textualmente se indicó que los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás que desarrollen dicho régimen. **II) Improcedencia para reliquidar la pensión de jubilación**, al estimar que mediante la Resolución N° GNR N° 233007 de 2013 COLPENSIONES le reconoció al actor una pensión de jubilación con un IBL de 1.482.164 aplicando una tasa de reemplazo del 75% arrojando un valor de 1.111.623, efectiva desde el 1° de septiembre de 2013, de manera pues que la mencionada Resolución fue concebida bajo los parámetros legales que regulan la materia, como lo es la Ley 33 de 1985, al cual aplicó un IBL del 75%, en virtud del principio de favorabilidad. **III) Prescripción**, se declare la prescripción de las mesadas pensionales, incrementos, intereses, etc., que se hubieren causado.

2.2 Audiencia Inicial.

El 18 de septiembre de 2018 la señora Magistrada Sustanciadora instaló y celebró la Audiencia Inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, en la referida vista pública se realizó el saneamiento del proceso, sin que se dictara medida de saneamiento alguna, en cuanto a las excepciones previas la señora Magistrada dispuso diferir al fondo del asunto el estudio de la excepción de prescripción por estar estrechamente ligada a la decisión de fondo, se fijó el litigio determinándose el problema jurídico a resolver, se dictó el auto de pruebas¹ y finalmente se fijó fecha para la Audiencia de Pruebas.

¹ El auto de pruebas comprende la Admisión de las pruebas aportadas con la demanda y contestación y el decreto de pruebas oficioso o a solicitud de parte.

2.3 Audiencia de Pruebas.

En fecha del 19 de noviembre de 2018 se celebró la Audiencia de Pruebas consagrada en el artículo 181 del CPACA, practicándose las pruebas ordenadas en la Audiencia Inicial, siendo estas de orden documental. Así mismo y por considerarse innecesaria la realización de la Audiencia de Alegaciones y Juzgamiento la Magistrada Sustanciadora dispuso que las partes presentaran por escrito sus alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes, tiempo en el cual el señor Agente del Ministerio Público podía emitir su concepto si a bien lo estimaba.

III. ALEGACIONES CONCLUSIVAS Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Se sintetizan en este acápite los alegatos conclusivos de la parte demandante, en tanto, la parte demandada y el señor Agente del Ministerio Público se abstuvieron de intervenir en esta etapa procesal.

3.1 Alegaciones conclusivas de la parte demandante.

De la basta argumentación conclusiva presentada por la parte actora consistente básicamente en contenidos normativos y pronunciamientos jurisprudenciales transcritos bajo su más real literalidad, se extraen las siguientes conclusiones a modo de alegato final:

- Que el verdadero régimen de transición previsto para los miembros del INPEC es el establecido en el parágrafo 5° transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005 que remite a la entrada en vigencia del Decreto N° 2090 del 26 de julio de 2003 y para quienes cumplan con dicho presupuesto la aplicación cierta y directa del régimen establecido en la Ley 32 de 1986 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.
- Que el demandante goza de dicho régimen y por tanto su pensión debió ser liquidada bajo tales parámetros y por tanto es acreedor del derecho a la reliquidación con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante su último año de servicio enlistados en el Decreto 1045 de 1978 en su artículo 45.
- Con todo solicita se acceda a las pretensiones de la demanda.

IV. CONSIDERACIONES

4.1 Competencia.

Este Tribunal Contencioso Administrativo de Córdoba- Sala Tercera de Decisión es competente para conocer del presente Medio de Control en primera instancia según lo normado en el numeral 2do del Artículo 152 del CPACA². Se subsumen en el presente asunto los factores territorial y cuantía a fin de otorgar competencia a la Corporación.

²ARTÍCULO 152. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

4.2 Problema Jurídico.

De acuerdo con la fijación del litigio planteada en la Audiencia Inicial el problema jurídico en el asunto *sub examine* se contrae en determinar si hay lugar a declarar la nulidad del Acto Administrativo contenido en la Resolución N° GNR 233007 del 12 de septiembre de 2013 y los Actos fictos frente al recurso de reposición y apelación interpuestos en contra de dicha resolución y en consecuencia de ello, determinar si al señor demandante le asiste el derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación con base en el 75% del promedio mensual de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, por ser beneficiario del régimen pensional especial contenido en la Ley 32 de 1986 en concordancia con el Decreto 1045 de 1978. Adicionalmente se deberá establecerse la fecha a partir de la cual se hizo exigible el derecho al disfrute de la mesada pensional y concretamente, si es a partir del 1° de enero de 2012 o si es a partir del 1° de septiembre de 2013.

4.3 Marco Normativo y jurisprudencial aplicable al caso.

Se condensan en este acápite los preceptos legales y pronunciamientos jurisprudenciales que han de dar basamento a la decisión que en el *sub examine* adoptará el Tribunal.

El artículo 48 de la Constitución Política Nacional, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, dispone que la seguridad social es un servicio público obligatorio, que se prestará bajo la coordinación y control del Estado, en atención a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; que además es un derecho irrenunciable. Así mismo, dispone que el Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del sistema pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley, y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo; y se establece, además, que por ningún motivo podrá dejar de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada pensional de las pensiones reconocidas conforme a derecho.

En primera medida conviene indicar que el Legislador Nacional mediante la Ley 32 de 1986 adoptó el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, norma que en su artículo 96 consagraba el derecho a un emolumento pensional bajo el siguiente tenor:

“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. “*

2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Posteriormente, en el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 estableció lo relativo a las actividades de alto riesgo de los servidores públicos, indicando lo siguiente:

“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”.

Posteriormente el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2090 de 2003, el cual derogó el Decreto 1835 de 1994, y se dispuso a definir las actividades de riesgos señalando las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores del sector, incluyendo al INPEC dentro de dichas actividades de riesgos y lo atinente al régimen de transición indicó:

“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.”*

Ahora bien, con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, se estableció lo siguiente respecto a los miembros del INPEC:

“Parágrafo transitorio 5o. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes”.

A manera de síntesis sobre este acápite el Tribunal procede a decantar el siguiente razonamiento: En 1986 el Legislador Nacional expidió la Ley 32 de ese mismo año por medio de la cual se adoptó el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Vigilancia y Custodia, el cual entre otras disposiciones reguló lo concerniente al régimen prestacional de los miembros del INPEC. El artículo 96 de la norma en comento reguló lo concerniente a la pensión de jubilación estableciendo para efectos de la misma, que tendrían derecho a gozar de una pensión de jubilación los miembros del INPEC que cumplieran 20 años de servicios continuos o discontinuos sin tener en cuenta la edad.

Posteriormente con la expedición de la Ley 100 de 1993 los miembros del INPEC no fueron incluidos dentro de los llamados regímenes exceptuados a los cuales solo fueron reservados entre otros el régimen especial de los docentes y de las fuerzas militares.

Luego, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 407 de 1994 a través del cual se estableció el régimen de personal del INPEC, Decreto que en su artículo 168 establecía lo relativo a la pensión de jubilación de los miembros de dicho cuerpo de custodia. La normativa anterior fue derogada posteriormente con la expedición del Decreto 2090 de 2003, el cual, si consagró un régimen de transición para los miembros del INPEC, consistente este, en que todos aquellos miembros del dicho cuerpo de seguridad a que a la fecha de entrada en vigencia de la precitada normativa tendrían derecho a gozar de una pensión en los términos de la Ley 32 de 1986. Debe precisar que en el año de 1994 el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1835 relativo a las actividades de alto riesgo dentro de las cuales valga aclarar no se incluyó a los miembros del INPEC.

Valga aclarar que el Decreto 1950 de 2006 dispuso que a partir de la vigencia del Decreto 2090 de 2003 a los miembros del INPEC se les aplicaría el régimen allí contemplado, exceptuándose a quienes hubiesen ingresado con anterioridad a su vigencia, para los cuales se les seguía aplicando la Ley 32 de 1986.

Ahora bien, el Legislador Nacional actuando como constituyente derivado expidió en el año 2005 el Acto Legislativo 01 de dicha anualidad por medio del cual se hicieron unas adiciones al artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, el párrafo transitorio 5° de dicha norma constitucional estableció un régimen de transición para los miembros del INPEC cuyo tenor literal es necesario reproducir a continuación: *“Parágrafo transitorio 5o. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes”.*

Así pues y como lo sustentó el H. Consejo de Estado en pronunciamiento del año 2012 emanado de la Subsección B la sana dialéctica del Acto Legislativo 01 de 2005 fue la de terminar con los regímenes exceptuados para mantener un único régimen de transición, saber el contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior no permite concluir sin mayores elucubraciones y luego de este cuento normativo que los miembros del INPEC que pretendan ser beneficiarios del régimen previsto en la Ley 32 de 1986 deberá cumplir con dos grandes requisitos I) Cumplir con los requisitos especiales previstos en el inciso 1° del artículo sexto del Decreto 2090 de 2003 y II) Cumplir todos los requisitos generales establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. De suerte que si el miembro del INPEC incumple cualquiera de estos requisitos su derecho pensional estará regido necesariamente por los artículos 4 y 5 del Decreto 2090 de 2003.

Hechas las anteriores precisiones pasa la Sala al estudio del caso concreto.

4.4 Análisis y conclusiones.

Para evacuar en el debido orden el problema jurídico planteado, el estudio que realizará el Tribunal en este acápite se compondrá de dos partes: I) Determinar si al demandante le asiste el derecho a la reliquidación pensional y II) Determinar la fecha a partir de la cual se hizo exigible el derecho al disfrute de la mesada pensional por parte del señor Arrieta Machado concretamente, si es a partir del 1° de enero de 2012 o si es a partir del 1° de septiembre de 2013. A ello procede la Sala, como pasa a sustentarse.

4.4.1 Del Derecho a la reliquidación pretendido.

Lo primero que debe decantarse es el que al señor demandante en principio se le aplicarían las disposiciones de la Ley 32 de 1986, en tanto y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, dicha norma gobierna el régimen pensional de los funcionarios del INPEC que hubiesen ingresado a dicho Instituto con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2093 del 2003, situación que se acredita al plenario pues el señor Gustavo Arrieta Macho ingreso al servicio del INPEC el 17 de noviembre de 1987 como consta el certificado de información laboral visible a folio 62 el expediente.

Conforme a ello están acreditadas al expediente las siguientes situaciones:

- 1. Edad del demandante:** El señor Arrieta Machado nació según es visible en copia del documento de identidad el 25 de junio de 1966 (folio 61)
- 2. Tiempo de servicio:** El señor Arrieta Machado cumplió sus 20 años de servicio en favor del INPEC el 17 de noviembre del año 2007 y se desvinculó de dicha entidad mediante renuncia al cargo de Dragoneante Código 4114 Grado 11 a partir del 1° de enero de 2012 como consta en la Resolución N° 005582 del 13 de diciembre de

2011 suscrita por el señor Brigadier General Gustavo Adolfo Ricaurte Tapia. (Folio 85).

3. **Factores devengados:** En el expediente consta que durante el último año de servicios el señor Arrieta Machado percibió los siguientes factores salariales: **Asignación Básica, sobresueldo, prima de riesgo, subsidio familiar, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de alimentación, derecho a transporte y pasajes, prima de navidad y bonificación especial.**
4. **Factores reconocidos:** La demandada COLPENSIONES en el Acto de Reconocimiento pensional calculó el IBL de la siguiente manera: $IBL: 1,482,164 \times 75.00 = \$ 1,111,623$, lo que luego de realizar la operación aritmética correspondiente se entiende que fueron tenidos en cuenta los siguientes factores salariales: **Asignación básica, sobresueldo y bonificación por servicios prestados.**

Así las cosas y como se explicó al inicio está acreditado que el demandante se vinculó al INPEC el 17 de noviembre de 1987, es decir, ingresó con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003.

De igual forma, quedó demostrado que para la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, el 28 de julio de 2003, el demandado cumplía con las 500 semanas de cotización exigidas por el artículo 6 de dicha norma, pues según los certificados de tiempo laborado para esa fecha sumaba más de 15 años de servicio en favor del INPEC.

No obstante, lo anterior no se probó que el señor Arrieta Machado, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003³, cumpliera con algunos de los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario del régimen de transición de dicho Decreto y que por tanto su pensión debiera ser gobernada por la Ley 32 de 1986.

Lo anterior tiene basamento en el siguiente razonamiento: El señor Arrieta Machado nació el 25 de junio de 1966, es decir, que para el 1° de abril de 1994 fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, contaba con 27 años de edad, menos de los 40 años exigidos y solo sumaba algo más de 6 años de trabajo, según los documentos de la foliatura.

Así pues y como se dejó expuesto en los párrafos que preceden, para que a un empleado del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le fuera reconocida una pensión de jubilación con aplicación del régimen especial previsto en los artículos 96 de la Ley 32 de 1986 y 168 del Decreto 407 de 1994, debía acreditar una de

³ **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

las condiciones descritas en el inciso 2° del artículo 36 del Sistema General de Seguridad Social, cuales son: edad o tiempo de servicios.

En consecuencia, para este Tribunal el señor demandante en el momento en el que le fue reconocida la pensión de vejez no reunía los requisitos para acceder a esta prestación social ya que para esa fecha no cumplía con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición del Decreto 2090 de 2003, pues no se encontraba en ninguno de los supuestos de hecho previstos para este fin en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en lo relativo a la edad, o el tiempo de servicios. En ese mismo sentido estima el Tribunal que las normas que en verdad regulan el derecho pensional del Demandante son los artículos 4 y 5 del Decreto 2090 de 2003.

Esto impone despachar de forma negativa las pretensiones de la demanda en lo que respecta a este aspecto.

4.4.2 fecha a partir de la cual se hizo exigible el derecho al disfrute de la mesada pensional.

No obstante, lo considerado en el acápite anterior y a fin de pronunciarse la Sala sobre el pleno del petitum de la parte actora se analizará en estas líneas la fecha a partir de la cual se hizo exigible el derecho al disfrute de la mesada pensional del señor Arrieta Machado, para ello debe estimarse en primera medida que el extinto ISS mediante Resolución N° 129923 del 12 de abril de 2011 reconoció al demandante una pensión de vejez, condicionada la misma a acreditar el retiro definitivo del servicio, situación que aconteció a partir del 1° de enero de 2012 como consta en la Resolución N° 005582 del 13 de diciembre de 2011 suscrita por el señor Brigadier General Gustavo Adolfo Ricaurte Tapia. (Folio 85), de suerte que, sin lugar a elucubración alguna, es esta la fecha a partir de la cual se hizo exigible el derecho al disfrute de la pensión por parte del señor Arrieta Machado.

Ahora bien, la Resolución de reconocimiento pensional a saber la GNR 233007 del 12 de septiembre de 2013 dispuso que el emolumento pensional sería pagadero a partir del 1° de septiembre de la dicha calenda, desconociéndose claramente la fecha efectiva del retiro del servicio.

Así las cosas, se declarará la nulidad parcial de la Resolución GNR 233007 del 12 de septiembre de 2013 y a título de restablecimiento del Derecho se ordenará a COLPENSIONES a pagar al demandante las mesadas causadas desde el 1° de enero de 2012 fecha del retiro del servicio, hasta el día 30 de agosto de 2013.

4.5 Síntesis de las Decisiones adoptar.

La Sala adoptara en el presente proveído las siguientes decisiones de acuerdo con las pretensiones elevadas por la parte actora: I) Se negarán las pretensiones tendientes a la reliquidación de la mesada pensional del señor Gustavo Alonso Arrieta Machado por las

razones antes esbozadas (No asistirle el régimen de transición), II) se declarará la nulidad parcial de la Resolución N° GNR 233007 en el entendido que, la que la fecha de retiro del servicio público que le prestaba al INPEC el señor demandante, fue a partir del 1° de enero de 2012 y III) Como medida de restablecimiento del derecho se ordenará a COLPENSIONES que pague al demandante las mesadas causadas desde el 1° de enero de 2012 fecha del retiro del servicio, hasta el día 30 de agosto de 2013.

V. 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 sub iudice no existe evidencia alguna de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte vencida en el proceso, en este caso la parte demandante, razón por la cual no se fijaran costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Córdoba, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: NIEGUENSE las pretensiones de la demanda pretensiones tendientes a lograr la reliquidación de la mesada pensional del señor Gustavo Alonso Arrieta Machado por las razones antes esbozadas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DECLARESE la nulidad parcial de la Resolución N° GNR 233007 en el entendido que, la que la fecha de retiro del servicio público que le prestaba al INPEC el señor demandante, fue a partir del 1° de enero de 2012, de acuerdo con las razones expuestas en la motivación.

TERCERO: En consecuencia, de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho **ORDENESE** a COLPENSIONES a pagar al demandante las mesadas causadas desde el 1° de enero de 2012 fecha del retiro del servicio, hasta el día 30 de agosto de 2013, según se expuso en la parte motiva de esta Sentencia.

CUARTO: SIN COSTAS según lo dicho

QUINTO: EJECUTORIDO este proveído **ARCHIVASE** el expediente previas las anotaciones a las que hubiere lugar.

Se deja constancia que la presente providencia fue estudiada, debatida y aprobada por la Sala de Decisión en sesión de la fecha.

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Los Honorables Magistrados,



DIVA MARÍA CABRALES SOLANO



GLADYS JOSEFINA ARTEAGA DÍAZ



PEDRO OLIVELLA SOLANO