



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D. C., dos (2) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 23001 23 33 000 2016 00445 01 (3423-2018)
Demandante: Gustavo Javier Jiménez Sampayo
Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

Temas: Reliquidación pensional. Régimen de los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Penitenciaria Nacional y del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC)

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2017 y adicionada el 18 de enero de 2018, por el Tribunal Administrativo de Córdoba, Sala Cuarta de Decisión, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Gustavo Javier Jiménez Sampayo, mediante apoderado, formuló demanda en orden a que se declare la nulidad de las siguientes Resoluciones: i) GNR 350747 del 6 de noviembre de 2015; ii) GNR 14912 del 19 de enero de 2016; y iii) VPB 18515 del 21 de abril de 2016, mediante las cuales Colpensiones le negó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez con el régimen especial de los funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC).



Radicado: 23001 23 33 000 2016 00445 01 (3423-2018)
Demandante: Gustavo Javier Jiménez Sampayo

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó i) reconocer la pensión reclamada, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, esto es, la asignación básica (sueldo y sobresueldo), la bonificación por servicios prestados, las primas de navidad, de vacaciones, de servicios y de riesgo, la bonificación especial por recreación, los subsidios de alimentación y de unidad familiar, los viáticos, y el auxilio de transporte; ii) pagar la diferencia que surja entre el declaración anterior y lo que se venía pagando como consecuencia de un reconocimiento previo; iii) realizar los ajustes de valor conforme al índice de precios al consumidor; iv) dar cumplimiento a la sentencia dentro de los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011; y v) condenar en costas y agencias en derecho.

1.1.2. Hechos

Como hechos relevantes, el apoderado del demandante señaló los siguientes:

- i) El señor Gustavo Javier Jiménez Sampayo prestó sus servicios por más de 20 años como servidor público en el cargo de dragoneante del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), esto es, desde el 6 de abril de 1990 hasta el 30 de junio de 2014.
- ii) Mediante la Resolución GNR 81515 del 19 de marzo de 2015, Colpensiones reconoció y ordenó el pago a favor del demandante de una pensión de jubilación.
- iii) El 3 de agosto de 2015, el actor solicitó a la entidad demandada, la reliquidación de su pensión de jubilación acorde al régimen especial de pensiones previsto en la constitución y la ley para los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC, con fundamento en lo establecido en el párrafo transitorio 5.º del Acto Legislativo 01 de 2005. Sin embargo, a través de los actos demandados, Colpensiones negó la solicitud anterior, con fundamento en que el demandante no cumple con los requisitos del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.



Radicado: 23001 23 33 000 2016 00445 01 (3423-2018)
Demandante: Gustavo Javier Jiménez Sampayo

iv) Mediante la Circular 000027 del 12 de junio de 2013, el INPEC ordenó el pago y los descuentos retroactivos de los salarios y demás prestaciones legales desde el año 1994 para la cotización de todos los factores salariales devengados por los funcionarios del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, beneficiarios del contenido normativo del párrafo transitorio 5.º del Acto Legislativo 01 de 2005, los Decretos 1950 de 2005, 2090 de 2003, 407 de 1994, y 1835 de 1994. Es decir, que las cotizaciones por concepto de la reliquidación que se pretende ya fueron pagadas por el demandante y el empleador.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales, se señalaron los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 58, 93, 94 y 2017 de la Constitución Política; párrafo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2005; 16 de la Declaración Americana de Derechos de la Persona; 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 1, numeral 2 del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado por la Ley 54 de 1962; 96 y 114 de la Ley 32 de 1986; 172, numeral 6 de la Ley 65 de 1993; 3 y 40 de la Ley 48 de 1993; 8, 115, 117, 168, 184 y 185 del Decreto Ley 407 de 1994; 45 del Decreto 1045 de 1978; 4 de la Ley 4.ª de 1966; 1, inciso 2.º de la Ley 33 de 1985; 1 y 4, inciso 2.º del Decreto 1835 de 1994; 11, 140 y 289 de la Ley 100 de 1993; 2 de la Ley 1437 de 2011; 9, 11, 14, 19, 20, 21 y 127 del Código Sustantivo del Trabajo; 10, 14, 27 y 28 del Código Civil, subrogado por la Ley 57 de 1887; 114 y 115 de la Ley 1395 de 2010; 8 de la Ley 71 de 1988; la Ley 5.ª de 1969; y los Decretos 1743 de 1996, 2090 de 2003 y 1950 de 2005.

Al desarrollar el concepto de violación, el apoderado del demandante expuso los siguientes argumentos:¹

i) El régimen especial de pensiones de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC fue elevado a rango

¹ Folios 1 a 61.



Radicado: 23001 23 33 000 2016 00445 01 (3423-2018)
Demandante: Gustavo Javier Jiménez Sampayo

constitucional mediante la expedición del párrafo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, en el cual solo se exige que el interesado haya ingresado antes de la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, para acceder a la prestación en los términos de la Ley 32 de 1986.

ii) El régimen especial al que se alude en nada tiene que ver con la transición prevista para el régimen general de pensiones establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Así, en atención a que el demandante ingresó al INPEC el 6 de abril de 1990, es beneficiario de la prestación reclamada.

iii) Comoquiera que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC están exceptuados del régimen general pensional de los servidores públicos, por virtud de lo dispuesto en el artículo 1, inciso 2.º de la Ley 33 de 1985, debe acudirse a las previsiones del artículo 4 de la Ley 4.ª de 1966, según la cual, la liquidación debe realizarse con el 75 % del promedio mensual de los factores devengados en el último año de servicio. Empero, como aquella norma no señala cuáles factores deben tenerse en consideración, corresponde recurrir al contenido normativo del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y no al establecido en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

iv) Si bien la prima de riesgo no está enlistada dentro de la norma señalada con anterioridad como factor para la liquidación de la pensión, ello no obsta para que se incluya, toda vez que el pago de estas sumas no tiene causa distinta a la del servicio que prestó el funcionario, lo que lo constituye en factor salarial. En igual sentido concluyó el Consejo de Estado en sentencia del 23 de septiembre de 2010.²

1.2. Contestación de la demanda

Colpensiones, por intermedio de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones,³ con fundamento en que no es procedente la liquidación de la pensión en la forma solicitada, esto es, con el 75 % de lo devengado en el último año de servicio y

² Citó la sentencia proferida dentro del proceso con radicado 47001 23 31 000 2003 00376 01 (1201-08), M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

³ Folios 182 a 195.



Radicado: 23001 23 33 000 2016 00445 01 (3423-2018)
Demandante: Gustavo Javier Jiménez Sampayo

con la inclusión de todos los factores salariales, ya que se debe dar aplicación a las reglas previstas en las Sentencias SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016, proferidas por la Corte Constitucional, según las cuales, el IBL se debe calcular conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Córdoba, Sala Cuarta de Decisión, mediante sentencia proferida el 28 de septiembre de 2017 y adicionada el 18 de enero de 2018, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Para tal efecto, se pronunció en estos términos:⁴

i) Se demostró que el señor Jiménez Sampayo trabajó al servicio del INPEC del 6 de abril de 1990 al 30 de junio de 2014, es decir, por más de 24 años. Por esta razón, Colpensiones le reconoció una pensión de jubilación, efectiva a partir del 1.º de julio de 2014, para lo cual aplicó lo dispuesto en la Ley 32 de 1986, por ser beneficiario del régimen de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional; sin embargo, en la determinación del IBL, aplicó los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994, de acuerdo con lo señalado en el inciso 3.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

ii) Comoquiera que la Ley 32 de 1986 no contempló la forma en la que se debe determinar del monto pensional y tampoco los factores a tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión, de acuerdo con la remisión prevista en los artículos 114 *ibidem* y 184 del Decreto 407 de 1994, es pasible acudir, en lo no regulado, a lo consagrado en el artículo 4 de la Ley 4.^a de 1966, y en lo referente a los factores salariales, a lo preceptuado en el Decreto 1045 de 1978.

iii) El Consejo de Estado ha sostenido que para la obtener el IBL, no sólo deben tenerse en cuenta los factores taxativamente relacionados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, sino otros conceptos que haya devengado el trabajador durante el último año de servicio, comoquiera que los factores descritos en este artículo lo son por vía

⁴ Folios 221 a 229 y 259 a 260.



Radicado: 23001 23 33 000 2016 00445 01 (3423-2018)
Demandante: Gustavo Javier Jiménez Sampayo

enunciativa, mas no taxativa. Así se desprende de la sentencia proferida el 9 de julio de 2009,⁵ que al analizar la interpretación que debía otorgarse a ese artículo, señaló que dichos factores «deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación».⁶ En similar sentido se pronunció mediante las sentencias de unificación del 4 de agosto de 2010⁷ y 24 de noviembre de 2016.⁸

iv) En el último año de servicio, esto es, del 1.º de julio de 2013 al 30 de junio de 2014, el demandante devengó los siguientes emolumentos: el sueldo básico, las primas de riesgo, de navidad, de servicios y de vacaciones; los subsidios de alimentación y de unidad familiar; el auxilio de transporte, la bonificación por recreación y viáticos. Se desestima la solicitud de inclusión de la bonificación por servicios prestados puesto que no obra prueba de que dicho factor haya sido percibido durante el periodo reconocido.

v) En consecuencia, la entidad debe reliquidar la prestación con la inclusión del sueldo básico, la prima de riesgo, el subsidio de alimentación, el auxilio de transporte, los viáticos, las primas de vacaciones y de navidad en una doceava parte. Sin embargo, se deben excluir los conceptos bonificación por recreación y subsidio de unidad familiar por no ser factores salariales. Se advierte que el hecho de no haberse realizado los respectivos aportes no es impedimento para incluir los factores salariales que se hayan devengado durante el último año de servicio; pues, «lo procedente es ordenar el descuento respectivo de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal».

vi) De acuerdo con los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, no hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción trienal propuesta

⁵ Se refirió a la sentencia con radicado interno 0208-2007, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Actor: Jorge Hernández Vásquez.

⁶ Citó la sentencia del 7 de noviembre de 2013, identificada con el número de radicado 68001 23 31 000 2010 000831 01, M.P. Gabriel Valbuena Hernández.

⁷ Aludió a la sentencia proferida dentro del proceso con radicado interno 0112-09, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila

⁸ Indicó que se trataba de la sentencia del 24 de noviembre de 2016, radicado 11001 03 25 000 2013 01341 00(3413-13). M.P. Gabriel Valbuena Hernández.



Radicado: 23001 23 33 000 2016 00445 01 (3423-2018)
Demandante: Gustavo Javier Jiménez Sampayo

por Colpensiones, teniendo en cuenta que el derecho se hizo exigible a partir de la expedición del acto administrativo de reconocimiento pensional, esto es, la Resolución 81515 de 19 de marzo de 2015; que el 3 de agosto de 2015, el actor presentó la reclamación administrativa, con lo que se produjo la interrupción del término prescriptivo por un lapso de 3 años; y que conforme al acta de reparto la demanda fue presentada el 12 de septiembre de 2016.

1.4. Los recursos de apelación

1.4.1. El señor Gustavo Javier Jiménez Sampayo, por conducto de apoderado, interpuso recurso de apelación⁹ con fundamento en que dentro de las certificaciones expedidas por el INPEC, se observa que al demandante sí se le pagó la bonificación por servicios prestados para el mes de abril de 2014, de suerte que se encuentra acreditado que sí la percibió durante el último año de servicio.

1.4.2. Colpensiones, por conducto de apoderado, interpuso recurso de apelación¹⁰ y lo sustentó así:

i) La pensión fue reconocida en aplicación de la Ley 32 de 1986, esto es, el régimen especial del INPEC, y la liquidación se efectuó en aplicación de los artículos 18, 19 y 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994. Por esta razón, los actos demandados se encuentran ajustados a derecho y no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda.

ii) El párrafo transitorio 4 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005 señala que el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no podrá excederse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para los trabajadores que al 1.º de abril de 1994 tengan 40 años de edad, si son hombres y tengan 750 semanas de cotización a la entrada en vigencia de dicho acto, esto es, el 25 de julio de 2005; empero, el demandante no colmó tal requisito.

⁹ Folios 261 a 269.

¹⁰ Folios 242 a 244.



Radicado: 23001 23 33 000 2016 00445 01 (3423-2018)
Demandante: Gustavo Javier Jiménez Sampayo

iii) La Sala Plena de la Corte Constitucional concluyó que el IBL no es un aspecto de la transición y, por lo tanto, las reglas contenidas en el régimen general son las que deben aplicarse para establecer el monto pensional, con independencia del régimen especial al que pertenezca.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

1.5.1. El demandante

El señor Gustavo Javier Jiménez Sampayo, por conducto de apoderado, reafirmó lo sostenido en el libelo introductorio y en el recurso de alzada.¹¹

1.5.2. La demandada

Colpensiones guardó silencio, según se desprende de la constancia secretarial del 24 de mayo de 2019.¹²

1.6. El ministerio público

El agente delegado ante esta Sección no rindió concepto.¹³

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

De conformidad con los argumentos expuestos en los escritos de apelación,¹⁴ se circunscribe a establecer si el señor Gustavo Javier Jiménez Sampayo tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación, en su condición de ex servidor del INPEC, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

2.2. Marco normativo

¹¹ Folios 293 a 324.

¹² Folio 330.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Pues así lo establece el artículo 328 de la Ley 1564 de 2012.



Radicado: 23001 23 33 000 2016 00445 01 (3423-2018)
Demandante: Gustavo Javier Jiménez Sampayo

2.2.1. Régimen pensional de los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Penitenciaría Nacional y del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario

De conformidad con lo previsto en el artículo 48 de la Constitución Política de 1991, el Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993 ha sido aplicado a todos los habitantes del territorio nacional, conservando los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos «conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general».¹⁵

Sin embargo, en su artículo 140 dispuso que «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». Al respecto, esta Sala recientemente señaló que, con fundamento en esta norma, era evidente que las disposiciones contenidas en la Ley 100 «no se les aplican a los trabajadores comprendidos en esa clasificación».¹⁶

Ahora bien, el Gobierno nacional expidió el Decreto 407 de 1994, por el cual estableció el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, en cuyo artículo 168 preceptuó lo siguiente:

Artículo 168. Pensión de jubilación. [Derogado por el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003] 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

¹⁵ Artículo 11 de la Ley 100 de 1993.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 21 de mayo de 2020, radicado 20001-23-39-000-2015-00434-01(4589-18), M.P. Gabriel Valbuena Hernández.



Radicado: 23001 23 33 000 2016 00445 01 (3423-2018)
Demandante: Gustavo Javier Jiménez Sampayo

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.

Parágrafo 2º. El personal Administrativo del Instituto se regirá por las normas establecidas en la Ley 100 de 1993. [Resalta la Sala].

Respecto de los trabajadores que hacen parte de ese cuerpo, el artículo 126 del citado decreto señaló que «[e]l Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional está compuesto por Oficiales, Suboficiales, Dragoneantes, Alumnos y los Bachilleres Auxiliares que presten el servicio militar en la Institución».

En consecuencia, corresponde analizar la Ley 32 de 1986,¹⁷ que definió que «[e]l Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional es un organismo armado, de carácter civil y permanente al servicio del Ministerio de Justicia e integrado por personal uniformado». Además, el artículo 96 de esta norma dispuso que «[l]os 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 la edad**».

Posteriormente, el presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias otorgadas en el numeral 2.º del artículo 17¹⁸ de la Ley 797 de 2003, que reformó «algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales», expidió el Decreto 2090 de 2003, «Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones,

¹⁷ «Por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia».

¹⁸ «**Artículo 17. Facultades extraordinarias.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese por seis (6) meses al Presidente de la República de facultades extraordinarias para: [...]

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



Radicado: 23001 23 33 000 2016 00445 01 (3423-2018)
Demandante: Gustavo Javier Jiménez Sampayo

requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades». ¹⁹ Esta norma, en lo pertinente, preceptúa:

Artículo 1º. Definición y campo de aplicación. El presente decreto se aplica a todos los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, entendiéndose por actividades de alto riesgo aquellas en las cuales la labor desempeñada implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo.

Artículo 2º. Actividades de alto riesgo para la salud del trabajador. Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:
[...]

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

Artículo 3º. Pensiones especiales de vejez. Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.

Artículo 4º. Condiciones y requisitos para tener derecho a la pensión especial de vejez. La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:

1. Haber cumplido 55 años de edad.

2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9o de la Ley 797 de 2003^[20].

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

Artículo 5º. Monto de la cotización especial. El monto de la cotización especial para las actividades de alto riesgo es el previsto en la Ley 100 de 1993, más diez (10) puntos adicionales a cargo del empleador.

De la disposición trascrita se concluye que la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de internos del INPEC y de otros establecimientos carcelarios tiene

¹⁹ Publicado en diario oficial 45262 de 28 de julio de 2003.

²⁰ «Haber cotizado 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».



Radicado: 23001 23 33 000 2016 00445 01 (3423-2018)
Demandante: Gustavo Javier Jiménez Sampayo

el carácter de alto riesgo; por tanto, dichos servidores públicos gozan del régimen pensional establecido por el aludido Decreto 2090 de 2003.

Sin embargo, esta disposición estableció un régimen de transición consistente en que quienes a 28 de julio de 2003 hubieren cotizado al menos 500 semanas, tendrían derecho a que una vez cumplidas 1000 semanas cotizadas,²¹ la pensión de jubilación les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo. Esto señala la norma:

Artículo 6. Régimen de transición. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible>²² 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.

De la revisión de la norma transcrita se tiene que exige i) 500 semanas de cotización especial, ii) el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión; y iii) el cumplimiento de las condiciones reguladas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para acceder al régimen pensional de alto riesgo. Sobre cada requisito en particular se advierte lo siguiente:

i) En relación con las 500 semanas de cotización especial a que alude la norma, esta Corporación,²³ en concordancia con lo señalado por la Corte Constitucional, ha señalado que la interpretación más favorable a los trabajadores «es aquella que les permite acreditar el número de semanas de cotización para mantenerse en el régimen de transición, con las semanas cotizadas en los diferentes regímenes previos donde

²¹ Artículo 9º de la Ley 797 de 2003. «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».

²² En sentencia C-663 de 29 de agosto de 2007, la Corte Constitucional, declaró este artículo exequible condicionalmente "...en el entendido que para el cómputo de las 500 semanas, también se podrán acreditar semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiere sido calificada jurídicamente como de alto riesgo".

²³ Véanse entre otras, las sentencias del 12 de junio de 2014 proferida dentro del proceso 05001 23 31 000 2012 00100 01 (3287-2013), M.P. Bertha Lucía Ramírez De Páez; y del 22 de abril de 2015 proferida dentro del proceso 25000 23 25 000 2011 00807 01 (2555-13), M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.



Radicado: 23001 23 33 000 2016 00445 01 (3423-2018)
Demandante: Gustavo Javier Jiménez Sampayo

tales cotizaciones hayan sido jurídicamente calificadas como de alto riesgo, **así tales cotizaciones no tuvieren el carácter de “especiales” al momento de entrar a regir el Decreto 2090 de 2003**». [Resalta la Sala].

ii) Sobre el segundo requisito, según el cual se debe atender lo dispuesto en el numeral 2.º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con la interpretación que ha realizado esta Corporación y la Corte Constitucional de la norma, el aludido requisito equivale a 1000 semanas de cotización bajo el entendido de que es condición necesaria para ser beneficiario del régimen de transición y no como un requisito para acceder al derecho pensional. Así se ha señalado:²⁴

La Sala debe precisar que la hermenéutica del inciso primero del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003 en el que se fijan los requisitos o condiciones del régimen de transición especial para actividades de alto riesgo, permite señalar: i) que son beneficiarios del régimen de transición especial quienes a 28 de julio de 2003, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003²⁵, hubieren cotizado cuando menos 500 semanas en cualquier actividad que haya sido calificada jurídicamente como de alto riesgo; ii) estas personas deben cumplir con “*el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión*”, esto es, un mínimo de 1000 semanas, como lo establece el numeral 2 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003. **Este mínimo de 1000 semanas de cotización debe entenderse como requisito necesario para ser beneficiario de la transición y no como un requisito para acceder al derecho pensional**; iii) una vez cumplido el número mínimo de mil semanas de cotización, tendrán el derecho a que la pensión les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo, que para el caso de los servidores públicos es el Decreto 1835 de 1994, artículo 6º. [Resalta la Sala].

iii) En cuanto al último requisito, esto es, el cumplimiento de las condiciones reguladas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esta Corporación ha sostenido lo siguiente:²⁶

En criterio de la Sala, entender a partir de la literalidad de la norma que el régimen especial de transición en pensiones de alto riesgo señalado en el artículo 6 del Decreto 2090 de 2003, además del requisito de las 500 semanas de cotización especial, exige para el caso del demandante el cumplimiento adicional de los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, **resulta desproporcionado y más gravoso, pues el señor [...] cumple con el requisito especial de las 500 semanas, y aspira a un reconocimiento pensional bajo las condiciones establecidas en el artículo 6º del Decreto 1835 de 1994**.

Acogiendo en esta oportunidad el criterio interpretativo ya expresado en asuntos similares al presente, debe señalar la Sala que **las exigencias adicionales a las que se refiere el**

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 29 de junio de 2017, radicado 08001 23 33 000 2012 00082 01 (0391-14), M.P. César Palomino Cortés.

²⁵ Publicación en el Diario Oficial 45.262

²⁶ Véanse entre otras, las sentencias del 12 de junio de 2014 proferida dentro del proceso 05001 23 31 000 2012 00100 01 (3287-2013), M.P. Bertha Lucía Ramírez De Páez; y del 22 de abril de 2015 proferida dentro del proceso 25000 23 25 000 2011 00807 01 (2555-13), M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.



Radicado: 23001 23 33 000 2016 00445 01 (3423-2018)
Demandante: Gustavo Javier Jiménez Sampayo

parágrafo del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003 colocan en una situación desventajosa, en virtud del tránsito legislativo, al demandante que se encontraba próximo a cumplir los requisitos para obtener la pensión de vejez en las condiciones previstas en el artículo 6 del Decreto 1835 de 1994.

La finalidad de un régimen de transición consiste en que el legislador establezca un sistema de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho.

“Los regímenes de transición, en consecuencia, (i) recaen sobre expectativas legítimas de los asociados y no sobre derechos adquiridos; (ii) su fundamento es el de salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior y (iii) su propósito es el de evitar que la subrogación, derogación o modificación del régimen anterior, impacte excesivamente las aspiraciones válidas de los asociados, especialmente si existe la posibilidad de minimizar esa incidencia y de armonizar las expectativas ciudadanas y los cambios legislativos a través de un régimen de transición”²⁷

La norma en mención exige a los beneficiarios del régimen de transición en ella establecido cumplir, además de los requisitos especiales, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Al respecto, como quiera que la disposición jurídica establece requisitos para la transición de un régimen pensional especial y a su vez requisitos para ser beneficiario del régimen de transición general, **la interpretación que más favorece al demandante es la que permite, ante dos normas concurrentes, la aplicación preferente de la regla de transición que le posibilite el reconocimiento de su pensión especial de vejez.**

[...]

Y, frente a la coexistencia del régimen de transición previsto en el Decreto 2090 de 2003 y el que establece la Ley 100 de 1993 señaló que “El régimen de transición previsto en el Decreto 2090 de 2003 resulta ser un régimen de transición distinto al de la Ley 100 de 1993, lo cual plantea cuestiones atinentes a la aplicación del régimen más favorable al trabajador...En ese orden de ideas, 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”.

Luego entonces, por ser más favorable frente a las expectativas pensionales del demandante quien estaba próximo a cumplir con los requisitos para acceder al derecho en las condiciones descritas en el Decreto 1835 de 1994, y en virtud del principio de inescindibilidad de la norma frente a una disposición en la que se fijan requisitos de un régimen de transición de naturaleza especial y a la vez los previstos en el régimen de transición dispuesto en la Ley 100 de 1993, **para la Sala la fuente que debe aplicarse en el caso particular es el inciso primero del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003, y entender que el actor es beneficiario del régimen especial de transición por haber acreditado 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.** [Resalta la Sala].

Del aparte transcrito se advierte que esta Sección ha encontrado desproporcionada la exigencia adicional de los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por lo tanto, ha entendido que la interpretación que más favorece al demandante es

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-663 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



Radicado: 23001 23 33 000 2016 00445 01 (3423-2018)
Demandante: Gustavo Javier Jiménez Sampayo

la que permite, ante dos normas concurrentes, la aplicación preferente de la regla de transición que le posibilite el reconocimiento de su pensión especial de vejez.

Finalmente, valga precisar que las decisiones que la Sección Segunda del Consejo de Estado ha proferido²⁸ desde el año 2015²⁹ aplican las condiciones o requisitos de acceso a los regímenes especiales de actividades por alto riesgo conforme los postulados establecidos en el artículo 6 del Decreto Ley 2090 de 2003, **sin las exigencias adicionales enunciadas en el párrafo de esa norma** (artículo 6 del Decreto 2090 de 2003), pues tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional en Sentencia C-663 de 2007,³⁰ «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**».

Además, basta con demostrar que la actividad considerada de alto riesgo se ejerció por dicha cantidad de semanas previo a la entrada en vigencia de la aludida norma, en cualquier tiempo, sin necesidad de probar que se realizaron «cotizaciones especiales», dada la declaratoria de exequibilidad condicionada de la norma que ordenó la Corte

²⁸ A excepción de las providencias identificadas con los radicados 25000 23 42 000 2013 04113 01 (2338-15) del 28 de octubre de 2016; 63001 23 33 000 2018 00155 01 (3320-19), del 6 de agosto de 2020; y 88001 23 33 000 2014 00006 01 (4678-14), del 22 de octubre de 2020.

²⁹ Al respecto consultar las siguientes providencias: i) de la Subsección A: **a.** 2017-04906-01 (5983-19) mayo de 2021; **b.** 2011-01522-01(4084-17), febrero de 2020; **c.** 2011-00900-01(2789-15) febrero de 2020; **d.** 2015-00353-01(3044-16) febrero de 2020; **e.** 2014-00174-01(2689-15) enero de 2020, M.P. William Hernández Gómez; **f.** 2013-00621-01(1713-14) marzo de 2020; **g.** 2017-03352-02(1641-19) julio de 2020; **h.** 2015-00434-01(4589-18) mayo de 2020, M.P. Gabriel Valbuena Hernández; **i.** 2012-00916-01(0213-16) junio de 2020; **j.** 2013-00022-01(1931-14) septiembre de 2020 M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas ii) de la Subsección B: **a.** 2014-01048-01(2471-15) julio de 2020; **b.** 2013-01723-01(4598-18) marzo de 2020; **c.** 2013-01418-01(2814-14) noviembre de 2020; **d.** 2013-00329-01(2790-14) noviembre de 2020; **e.** 2012-00033-01(0510-14) noviembre de 2020; **f.** 2013-00097-01(3180-14) noviembre de 2020; **g.** 2011-00431-01(1611-14) noviembre de 2020; **g.** 2009-01059-01(4770-13) octubre de 2020; **h.** 2015-04984-01(3270-17) mayo de 2021; **i.** 2013-03776-01(4057-15) junio de 2021; **j.** 2011-00470-01(1885-13) febrero de 2020; **k.** 2012-00082-01(0391-14) junio de 2017, M.P. César Palomino Cortés; **l.** 2017-00025-01(4414-17) octubre de 2020; **m.** 2015-05021-01(3562-17) octubre de 2020; **n.** 2016-00356-01(2735-17) septiembre de 2020; **ñ.** 2015-05313-01(3736-17) septiembre de 2020; **o.** 2013-00937-01(4328-17) agosto de 2020; **p.** 2012-00561-01(4923-15) agosto de 2020; **q.** 2011-01408-01(4144-17) agosto de 2020, **r.** 2016-00759-00(3482-16) abril de 2019, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez; **s.** 2015-04999-01(5735-18) septiembre de 2020; **t.** 2014-03056-01(0100-17) junio de 2020; **u.** 2013-90287-01(4214-15) octubre de 2019; **v.** 2013-00346-01(4956-14) junio de 2019; **w.** 2011-01096-01(1176-14) mayo de 2019, M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-663-07 del 29 de agosto de 2009, referencia expediente D-6603.



Radicado: 23001 23 33 000 2016 00445 01 (3423-2018)
Demandante: Gustavo Javier Jiménez Sampayo

Constitucional en Sentencia C-663 de 2007,³¹ según la cual, tal exigencia puede interpretarse como «semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiere sido calificada jurídicamente como de alto riesgo».

En consecuencia, se consideraba que para causar el derecho a la pensión bajo los parámetros del referido régimen de transición, se tendría que haber cumplido con los siguientes requisitos:

- i) Para el 28 de julio de 2003, fecha en que entró a regir el Decreto 2090 de 2003, el servidor contara con al menos 500 semanas de cotización en cualquier actividad que haya sido calificada legalmente como de alto riesgo, y;³²
- ii) En lo que atañe a las cotizaciones, debe cumplir con el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esto es, al menos con 1000 semanas. Este aspecto debe entenderse como requisito necesario para ser beneficiario de la transición.

Ahora bien, el artículo 2 del Decreto 1950 de 2005 dispuso que a partir de la entrada en vigencia del Decreto Ley 2090 de 2003, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo allí establecido. Empero, «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».

Por su parte, cabe recordar que el parágrafo 5 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, estableció lo siguiente:

³¹ «**Primero.**- Declarar EXEQUIBLE el artículo 6º del Decreto Ley 2090 de 2003, por los cargos de la demanda, en el entendido de que para el cómputo de las "500 semanas de cotización especial", se podrán acreditar las semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiere sido calificada jurídicamente como de alto riesgo.»

³² Ver sentencia del 11 de junio de 2020, radicado 25000 23 25 000 2012 00916 01 (0213-16), M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.



Radicado: 23001 23 33 000 2016 00445 01 (3423-2018)
Demandante: Gustavo Javier Jiménez Sampayo

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

[...]

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. [Resalta la Sala].

Así las cosas, basta con acreditar que la vinculación del servidor del INPEC se hubiese dado con anterioridad al 28 de julio de 2003 –por ser fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003– para que tenga derecho a las prerrogativas señaladas en la Ley 32 de 1986.

Es preciso señalar que las pensiones que gozan de un régimen especial no se rigen por las disposiciones previstas en las Leyes 33 y 62 de 1985, por lo tanto, a la pensión de jubilación reconocida a los empleados del INPEC, bajo los requisitos de la Ley 32 de 1986 y 407 de 1994, no les es aplicable dicha normativa. Así lo dispone el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 a saber:

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

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

Esta Sala de Subsección, **en el marco normativo** de la sentencia de 22 de octubre de 2020, se refirió al régimen pensional de los empleados del INPEC, en los siguientes términos:³³

Pese a que en el anterior recuento quedó claro que los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC tienen derecho a la pensión al cumplir con el tiempo de servicio en los términos del artículo 96 de la Ley 32 de 1986, nada se estableció en relación con la forma de liquidar la misma, por lo que se debe tener en cuenta que en el artículo 114 ibidem se determinó que en los aspectos no previstos en la ley, se aplican las normas vigentes para los empleados públicos nacionales, lo cual fue reiterado en el artículo 184 del Decreto 407 de 1994.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 22 de octubre de 2020, radicado N.º 88001-23-33-000-2014-00006-01(4678-14).



Radicado: 23001 23 33 000 2016 00445 01 (3423-2018)
Demandante: Gustavo Javier Jiménez Sampayo

De acuerdo con ese marco, debe tenerse en cuenta las disposiciones del régimen general, concretamente la Ley 4 de 1966, en cuyo artículo 4 se estableció:

«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».

Con respecto a los factores que constituyen salario para la liquidación de la pensión de jubilación de que trata la Ley 32 de 1986, esta Subsección, en sentencia del 27 de septiembre de 2018³⁴ sostuvo que serían los dispuestos en el Decreto 446 de 1994, es decir: la prima de navidad (art. 2), la prima de vacaciones (art. 3), la prima de servicios (art. 4), los pasajes y gastos de transporte (art. 7), subsidio de transporte (art. 13), subsidio de alimentación (art. 14), sobresueldo (art. 17). Por el contrario, no constituyen factor salarial: la prima de instalación y alojamiento (art. 5), la prima de capacitación (art. 6), la prima de clima (art. 8), la prima extracarcelaria (art. 11), la prima de vigilantes instructores (art. 12) y el subsidio familiar (art. 15).

De acuerdo con lo anterior, debido a que en el régimen específico del INPEC no se estableció la forma en la que se debe liquidar la pensión, esta Sala concluye que, para quienes son beneficiarios de la Ley 32 de 1986, el derecho pensional se debe liquidar con el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios con los factores establecidos en el Decreto 446 de 1994. [Resalta la Sala]

2.3. Hechos probados

De conformidad con el acervo probatorio, que obra dentro el proceso, se establece lo siguiente:

2.3.1. Sobre la edad y la relación laboral del demandante

El 9 de agosto de 1967, nació el señor Gustavo Javier Jiménez Sampayo, tal y como se advierte en la copia de su cédula de ciudadanía.³⁵

Desde el 6 de abril de 1990 hasta el 30 de junio de 2014, el actor prestó sus servicios al INPEC en el cargo de dragoneante, según hizo constar el subdirector operativo (E) de la entidad.³⁶

El 12 de junio de 2013, el INPEC emitió la Circular 000027, por la cual ordenó realizar los descuentos y aportes pensionales de los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, beneficiarios del contenido normativo del

³⁴ «Rad. 27001-23-31-000-2011-00242-01 (1344-2014). Demandante: José Arcenio Moreno. Demandados: Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) y Ministerio de la Protección Social.».

³⁵ Folio 63.

³⁶ Folio 64.



Radicado: 23001 23 33 000 2016 00445 01 (3423-2018)
Demandante: Gustavo Javier Jiménez Sampayo

parágrafo transitorio 5.º del Acto Legislativo 01 de 2005, conforme a los factores salariales previstos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.³⁷

Entre junio de 2013 y junio de 2014, el señor Jiménez Sampayo realizó cotizaciones por los factores de asignación básica y remuneración por servicios prestados, según hizo constar la coordinadora del Grupo de Tesorería del INPEC.³⁸

En los años 2013 y 2014, el actor devengó los siguientes factores: subsidios de alimentación y de unidad familiar, primas de riesgo, de vacaciones, de navidad y de servicios, bonificación por recreación, y auxilio de transporte, tal y como hizo constar el coordinador del Grupo de Tesorería del INPEC. En este documento se consignó lo siguiente:³⁹

Nota: Esta información fue tomada de las tablas salariales teniendo en cuenta que no reposa archivo alguno para verificar los datos sobre el ingreso base de cotización (IBC), se realizaron los descuentos de pensión (trabajador y empleador) de acuerdo a los porcentajes establecidos por ley para la correspondiente vigencia fiscal.

Nota: Según Circular No. 25 de 1994 de Cajanal, Decreto 1158 de 1994 y Acto Legislativo No. 01 de 2005, se toma como ingreso base de cotización (IBC): la asignación básica mensual, prima de antigüedad, sobresueldo, bonificación por servicios prestados, horas extras en horario nocturno y sueldo por vacaciones.

Nota: El Decreto 446 del 24 de febrero de 1994, establece que las primas de riesgo, subsidio de unidad familiar 7 %, clima, coordinación, capacitación, técnica y seguridad no constituyen factor salarial.

Nota: Sobre los factores devengados aquí certificados no se efectuaron descuentos ni se hicieron aportes del empleador ni del trabajador al sistema general de seguridad social en pensión ni en salud.

El 17 y el 24 de julio de 2015, la coordinadora del Grupo de Tesorería del INPEC certificó que al demandante se le reconocieron viáticos entre el 2 de julio de 2013 y el 9 de junio de 2014.⁴⁰

2.3.2. Sobre la reclamación de las prestaciones en litigio

El 6 de noviembre de 2015, a través de la Resolución GNR 350747, Colpensiones negó una solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación.⁴¹ Al respecto señaló que

³⁷ Folios 123 a 126.

³⁸ Folios 74 y 75.

³⁹ Folio 82.

⁴⁰ Folios 85 a 98.

⁴¹ Folios 100 a 105.



Radicado: 23001 23 33 000 2016 00445 01 (3423-2018)
Demandante: Gustavo Javier Jiménez Sampayo

mediante la Resolución GNR 81515 del 19 de marzo de 2015, se reconoció una pensión de vejez al señor Jiménez Sampayo «a la luz de la Ley 32 de 1986 – PENSIÓN ESPECIAL INPEC, en cuya liquidación se tuvo en cuenta el promedio de lo devengado en el último año».

Empero, con ocasión de la expedición de la Sentencia SU-230 de 2015, proferida por la Corte Constitucional, Colpensiones emitió la Circular Interna 16 del 6 de agosto de 2015, por medio de la cual ratificó que «en tratándose de régimen (sic) especiales como Ley 32 de 1986, que se hayan reconocido a su vez con aplicación del régimen de transición – Ley 100/93-, sólo se les respeta por tal efecto, la densidad de semanas, edad mínima requerida para pensionarse y tasa de reemplazo, de suerte, que el IBL se atenderá a las reglas previstas en el art 21 y 36 *ibidem*, esto es, el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años de servicio o el tiempo que le hiciera falta».

En consecuencia, advirtió que reliquidada la prestación en tales términos, se disminuiría el valor de la mesada, de forma que no debía accederse a la solicitud del actor, en virtud del principio de favorabilidad.

El 19 de enero de 2016, mediante la Resolución GNR 14912, la demandada resolvió el recurso de reposición que el actor presentó en contra de la decisión anterior, en el sentido de confirmarla.⁴² Como fundamento de su decisión señaló que en la Sentencia SU-230 de 2015, la Corte Constitucional precisó el alcance de la regla consignada en la Sentencia C-258 de 2013, esto es, que el IBL consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debe ser aplicado para todos los regímenes pensionales. En consecuencia, no es procedente realizar el estudio de la prestación con base en los factores salariales del último año.

El 21 de abril de 2016, a través de la Resolución VPB 18515, Colpensiones confirmó la Resolución GNR 350747 del 6 de noviembre de 2015, con similares argumentos a los allí expuestos.⁴³

⁴² Folios 107 a 114.

⁴³ Folios 116 a 122.



Radicado: 23001 23 33 000 2016 00445 01 (3423-2018)
Demandante: Gustavo Javier Jiménez Sampayo

2.4. Caso concreto. Análisis de la Sala

Previo a abordar el análisis puesto a consideración de la Sala, es necesario precisar que en el *sub lite* no está en discusión el régimen pensional aplicable al actor, esto es, la Ley 32 de 1986 en los términos en que fue reconocido a través de los actos demandados, pues aquel no acudió a este medio de control para cuestionar la adecuación de ese régimen a su situación fáctica, sino a reclamar la reliquidación de la prestación.

Pues bien, tal y como se delimitó al establecer el problema jurídico, el estudio que a continuación se abordará, en los términos alegados en los recursos de apelación presentados por Colpensiones y el señor Jiménez Sampayo, gira en torno a posibilidad de reliquidar la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Sobre el particular, tal y como se expuso en líneas anteriores, de acuerdo con el artículo 140 de la Ley 100 de 1993, los empleados del INPEC, gozan de un régimen pensional especial por actividades de alto riesgo, que en el *sub lite* corresponde al previsto en los artículos 96 de la Ley 32 de 1986 y 168 del Decreto 407 de 1994.

En ese sentido, en lo que tiene que ver con el IBL de la pensión de jubilación del actor, por virtud de la remisión normativa prevista en el artículo 114 de la Ley 32 de 1986, reiterada en el artículo 184 del Decreto 407 de 1994, en los aspectos no previstos allí, debe acudir a lo regulado en las normas vigentes para los empleados públicos nacionales. De esta manera, el artículo 4 de la Ley 4.^a de 1966 señala que «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».⁴⁴

Así, al no estar en discusión que el demandante es beneficiario del régimen especial aludido, su pensión de jubilación debía liquidarse tomando una tasa de reemplazo del

⁴⁴ Este criterio fue expuesto por esta Subsección en el recuento normativo realizado en la sentencia de 22 de octubre de 2020, proferida dentro del proceso con radicado 88001 23 33 000 2014 00006 01(4678-14).



Radicado: 23001 23 33 000 2016 00445 01 (3423-2018)
Demandante: Gustavo Javier Jiménez Sampayo

75 % del promedio mensual obtenido en el último año de servicio, tal y como se dispuso en el acto de reconocimiento pensional.

En efecto, a través de la Resolución GNR 320878 del 26 de noviembre de 2013, Colpensiones consideró que la prestación del actor debía calcularse con el promedio de todos los factores devengados en el último año de servicio; sin embargo, advirtió que la liquidación se realizó «teniendo en cuenta el Ingreso Base de Liquidación, toda vez que dentro del cuaderno administrativo no obra certificado de salarios para el último año de servicio», esto es, tuvo en cuenta los conceptos de asignación básica y bonificación por servicios prestados. Además, a través de los siguientes actos administrativos, denegó las solicitudes de reliquidación con fundamento en que el IBL no forma parte de la transición prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En esta línea argumentativa, la Sala coincide con la decisión del *a quo* en el entendido de que la liquidación efectuada por la entidad demandada desconoce el régimen que le fue aplicado al señor Jiménez Sampayo, porque si bien tuvo en cuenta el período para la determinación de la prestación previsto en la Ley 4.^a de 1966, no incluyó todos los factores salariales previstos en el Decreto 446 de 1994.

En consecuencia, contrario a lo señalado por Colpensiones en su escrito de apelación, para la liquidación de la prestación no debía aplicarse los artículos 18, 19 y 21 de la Ley 100 de 1993, ni los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994, pues, tal y como se expuso en el marco normativo de esta decisión, con fundamento en el artículo 140 *ibidem*, las disposiciones contenidas en esa ley no se les destinan a los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Penitenciaria Nacional y del INPEC,⁴⁵ razón por la cual tampoco debe acudirse al límite temporal que impuso el parágrafo transitorio 4 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005 pues se dirige a los beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la aludida Ley 100.

Precisado lo anterior, debe señalarse que los factores salariales previstos en el Decreto 446 de 1994 son, las primas de navidad (artículo 2), de vacaciones (artículo 3), de

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 21 de mayo de 2020, radicado 20001-23-39-000-2015-00434-01(4589-18), M.P. Gabriel Valbuena Hernández.



Radicado: 23001 23 33 000 2016 00445 01 (3423-2018)
Demandante: Gustavo Javier Jiménez Sampayo

servicios (artículo 4), los pasajes y gastos de transporte (artículo 7), los subsidios de transporte (artículo 13), y de alimentación (artículo 14), y la bonificación por servicios prestados (artículo 18).⁴⁶ Valga señalar que de acuerdo con el Formato 3 Certificación de Salarios Mes a Mes expedido por la coordinadora del Grupo de Tesorería del INPEC,⁴⁷ el demandado **realizó cotizaciones por este último concepto**, por lo que se modificará la decisión apelada para ordenar su inclusión en la liquidación de la prestación.

Por el contrario, no constituyen factor salarial los siguientes: la prima de instalación y alojamiento (artículo 5), las primas de capacitación (artículo 6), de clima (artículo 8), extracarcelaria (artículo 9), de seguridad (artículo 10), de riesgo (artículo 11), y de vigilantes instructores (artículo 12), y el subsidio familiar (artículo 15).⁴⁸ Así las cosas, teniendo en cuenta que taxativamente fue establecido que la prima de riesgo **no constituye factor salarial** no podrá incluirse dentro de la reliquidación pretendida y, en tal sentido, también se modificará la sentencia recurrida.

Ahora bien, debe resaltarse que de conformidad con el Decreto 446 de 1994 tanto la bonificación por servicios prestados, como las primas de vacaciones, de servicio y de navidad, son de causación anual y, por ende, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación su inclusión para el cómputo de la pensión se da en una doceava ($1/12$) parte y no en un 100 % de lo devengado por tales conceptos.

Conviene precisar que si bien la jurisprudencia de esta Corporación ha dado aplicación a los factores salariales enlistados en el Decreto 1045 de 1978, también lo es que a partir de la vigencia del Decreto 446 de 1994, se fijó el régimen prestacional de los servidores públicos del INPEC y por ello esta Subsección ha acudido a esa normativa, a efectos de calcular el IBL, tal como se advierte en las sentencias del 27 de septiembre de 2018⁴⁹ y del 22 de octubre de 2020.⁵⁰

⁴⁶ Véase, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, marco normativo de la sentencia de 22 de octubre de 2020, radicado N.º 88001-23-33-000-2014-00006-01(4678-14).

⁴⁷ Folios 74 y 75.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 27 de septiembre de 2018, radicado 27001-23-31-000-2011-00242-01 (1344-2014).

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 22 de octubre de 2020, radicado N.º 88001-23-33-000-2014-00006-01(4678-14).



Radicado: 23001 23 33 000 2016 00445 01 (3423-2018)
Demandante: Gustavo Javier Jiménez Sampayo

En consecuencia, se impone modificar la sentencia apelada que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

2.5. De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016,⁵¹ respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo. El primero, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y el segundo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Asimismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas, que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Conforme a las anteriores reglas, y atendiendo lo dispuesto en el numeral 8.º del artículo 365 del Código General del Proceso,⁵² la Sala condenará en costas de segunda

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

⁵² «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».



Radicado: 23001 23 33 000 2016 00445 01 (3423-2018)
Demandante: Gustavo Javier Jiménez Sampayo

instancia a Colpensiones, teniendo en cuenta que el recurso de apelación que interpuso el actor fue resuelto en forma parcialmente favorable.

3. Conclusión

Con base en la preceptiva jurídica que gobierna la materia, en los derroteros jurisprudenciales trazados por el Consejo de Estado en casos de contornos análogos fáctica y jurídicamente al asunto que ahora es objeto de estudio y en el acervo probatorio, la Sala considera que el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación con el 75 % del promedio del último año de servicio y en ella deben incluirse los factores previstos en el Decreto 446 de 1994. De esta manera no corresponde incluir la prima de riesgo; empero, se acreditó que realizó aportes por concepto de bonificación por servicios y, en consecuencia, este emolumento sí debe ser incluido en la liquidación de la prestación. Por lo tanto, se modificará la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso - Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

Primero. Modificar el ordinal tercero de la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2017 y adicionada el 18 de enero de 2018, por el Tribunal Administrativo de Córdoba, Sala Cuarta de Decisión, en el proceso promovido por el señor Gustavo Javier Jiménez Sampayo contra la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), el cual quedará así:

Tercero: A título de restablecimiento del derecho, ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) a reliquidar la pensión reconocida al señor Gustavo Javier Jiménez Sampayo, para lo cual deberá tomar como base el setenta y cinco por ciento (75 %) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios, es decir, es decir, entre el 1.º de julio de 2013 y el 30 de junio de 2014 y con inclusión de los siguientes factores: sueldo básico, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, viáticos, primas de vacaciones, de navidad y de servicios en una doceava parte, y bonificación por servicios prestados, a partir del 1.º de julio de 2014.



Radicado: 23001 23 33 000 2016 00445 01 (3423-2018)
Demandante: Gustavo Javier Jiménez Sampayo

Segundo. Confirmar en lo demás la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2017 y adicionada el 18 de enero de 2018, por el Tribunal Administrativo de Córdoba, Sala Cuarta de Decisión, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en el proceso promovido por el señor Gustavo Javier Jiménez Sampayo contra la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. Condenar en costas de segunda instancia a Colpensiones, las cuales se deberán liquidar por el Tribunal Administrativo de Córdoba.

Devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones en el aplicativo Samai.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Firmado Electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Firmado Electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Firmado electrónicamente

(SLVA)

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.