



Cartagena de Indias, veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-40-001-2016-00181-01
Demandante	LUIS FERNANDO BURGOS CUADRADO
Demandado	COLPENSIONES
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>RELIQUIDACIÓN PENSIONAL – IBL y factores salariales de trabajadores de Inpec se rigen por el Decreto 2090 de 2003 y Ley 100 de 1993.</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, contra la sentencia del 11 de agosto de 2017, proferida por el Juzgado Décimo Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por el señor LUIS FERNANDO BURGOS CUADRADO, por conducto de apoderada judicial.

2.2. Demandado

La acción está dirigida en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

2.1. La demanda¹.

A través de apoderada judicial constituida para el efecto, LUIS FERNANDO BURGOS CUADRADO instauró demanda de nulidad y restablecimiento en

¹ Folios 1-13 Cdo 1



contra de COLPENSIONES, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

2.2. Pretensiones

"1.- Que se declare nula la Resolución GNR 307201 de 7 de octubre de 2015, proferida por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES por medio (Sic) se niega la reliquidación de la PENSIÓN DE JUBILACIÓN, solicitada con el fin de que se tuviera en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, según lo contemplado en el Decreto – Ley 3135 de 1.968 y Ley 33 de 1.985.

2.- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, y en aplicación a los precedentes jurisprudenciales sobre la materia (Art. 10 y 102 del C.P.A.C.A), se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a dictar un nuevo Acto Administrativo por medio del cual se reconozca la RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN, teniendo en cuenta lo contemplado en el Decreto – Ley 3135 de 1.968 y en la Ley 33 de 1.985 y por lo tanto se liquide la pensión con base en el 75% del promedio de los factores de (Sic) salariales devengados durante sus último año de servicios, esto es, que además de lo devengado por concepto de asignación básica, también deben tenerse en cuenta la (Sic), los gastos de representación y la prima técnica, los dominicales y feriados, las horas extras, los auxilios de alimentación de transporte, la prima de navidad, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios, los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibidos por un término no inferior a ciento ochenta días en el último años de servicio, los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978, la prima de vacaciones, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna en días de descanso obligatorio, las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecuibilidad del art. 38 del decreto 3130 de 1968, durante sus último año de servicios.

3.- Que se ordene pagar a expensas LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y en favor de mi representada, las diferencias resultantes por concepto de mesadas atrasadas causadas entre la fecha de sus status pensional, la inclusión en nómina y cumplimiento de la Sentencia que así lo ordene.

4.- Que la demandada se obligue a dar cumplimiento a la Sentencia en los términos establecidos en el Artículo 192 del (C.P.A.C.A.), igualmente se reconozcan intereses contemplados en los artículos 188 y 193 del Ibídem.

5.- Como tales diferencias pensionales no han sido pagadas oportunamente por la entidad demandada, solicito se condene a esta al pago de la INDEXACIÓN, o corrección monetaria que existe por haber transcurrido un tiempo a través del cual el valor que debería haberse cancelado no tiene en el momento de su pago el mismo





valor intrínseco que tenía ser solucionada dicha obligación, es decir, se efectúen los ajustes de valor de que trata el Art. 193 del (C.P.A.C.A) y demás normas concordantes."

2.3. Hechos

El señor Luis Fernando Burgos Cuadrado, laboró como dragoneante al servicio del Instituto Nacional y Carcelario y Penitenciario – Inpec -, desde el 19 de mayo de 1989 hasta el 4 de agosto de 2013.

Que el demandante nació el 14 de julio de 1967 y cumplió su status pensional el 20 de mayo de 2009; sin embargo, solo acreditó el retiro definitivo del servicio el 5 de agosto de 2013.

Que Colpensiones mediante Resolución GNR 293985 del 6 de noviembre de 2013, reconoce pensión de vejez en cuantía de \$ 1.118.000 m/cte, sin tener en cuenta su condición de trabajador cobijado por un régimen especial de pensiones por desempeñar actividades de alto riesgo, es decir, no le incluyó la totalidad de los factores salariales devengados durante su último año de servicio, comprendido entre septiembre de 2012 a agosto de 2013.

Seguido, indica la parte demandante que en cuanto al monto para liquidar la pensión solo se tuvo en cuenta el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años de servicio anteriores al retiro definitivo del servicio oficial. Por tanto, el 19 de junio de 2015 solicitó ante COLPENSIONES que le fueran aplicados los principios de inescindibilidad de la ley, de favorabilidad y de derechos adquiridos para que se diera cumplimiento a lo indicado en la Ley 33 de 1985.

Que mediante Resolución GNR 307201 de 7 de octubre de 2015, COLPENSIONES negó la reliquidación de la pensión de jubilación del actor. Ante lo anterior, indicó que no se interpusieron los recursos de ley.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Constitución Política art. 1, 2, 3, 13, 25, 48 y 53
- Ley 33 de 1985
- Ley 62 de 1985
- Decreto 3135 de 1968, art. 27
- Código Sustantivo del Trabajo, art. 130 – 5
- Decreto 1950 de 1973, art. 79



- Decreto 1045 de 1978

2.4.1. Concepto de la violación

Expone el demandante que su pensión de vejez ya se consolidó bajo el imperio del régimen anterior a la Ley 33 de 1985, cuando ya se habían cumplido más de 20 años de servicio, por lo que se debía aplicar el régimen de transición previsto en la ley y aplicar en su totalidad las normas anteriores que contemplan la obligación de liquidar la pensión con base en la totalidad de los factores salariales devengados durante su último año de servicio.

Por lo anterior, Colpensiones tenía que reliquidar su pensión de vejez, respetando los derechos adquiridos con anterioridad a la vigencia de la Ley 33 de 1985, esto es, según lo previsto en el artículo 4º de la Ley 4 de 1966, modificado en el literal b del artículo 17 de la Ley 6 de 1945, además de los Decretos 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969 y 1045 de 1978, los cuales establecen los factores salariales y que la pensión se liquidará con base en el 75% del promedio del salario devengado el último año.

2.5. Contestación de Colpensiones²

Por medio de escrito del 26 de enero de 2017, la apoderada de la entidad accionada, contestó la demanda, manifestando que se opone a las pretensiones de la misma, por lo cual solicita que se nieguen las mismas.

Afirma, que el demandante pretende la reliquidación de la pensión de vejez conforme a la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio; que efectivamente reconoció pensión de vejez al actor mediante Resolución GNR 293985 del 6 de noviembre de 2013, pero en términos de la Ley 32 de 1986, teniendo en cuenta 1223 semanas y un IBL de \$1.491.544 aplicando una tasa de reemplazo de 75%, con cuantía de \$1.118.658.

Señala que el demandante nació el 14 de julio 1967 y que al 1º de abril de 1994 contaba con 26 años de edad y 4 años y 10 meses de servicio (250 semanas), lo que indica que no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, por no cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 36 de la misma, por tanto, no era procedente realizar el estudio de la reliquidación de la pensión de vejez conforme a la Ley 33 de 1985.

² Folios 72-75 Cuaderno 1.





III. – SENTENCIA IMPUGNADA³

Por medio de providencia del 11 de agosto de 2017, la Juez Quince Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, dándole la razón a la parte demandante e indicando que no era beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, por tanto, la norma aplicada para efectos de calcular el monto de la pensión de jubilación es la normatividad anterior especial, la Ley 32 de 1986 y el Decreto 1045 de 1978, y estimó que la demandada no había realizado la liquidación de la pensión del actor de acuerdo con todos los factores salariales que devengaba durante el último año de servicios.

Por lo anterior, la A quo declaró la nulidad parcial de la Resolución GNR 293985 de 06 de noviembre de 2013, en lo que tiene que ver con los factores salariales; y la nulidad de la Resolución GNR 307201 de 07 de octubre de 2015, mediante la cual se niega la reliquidación de la pensión al demandante. Ordenando la reliquidación de la pensión con todos los factores salariales, incluyendo la prima de riesgo, bonificación por recreación y subsidio de unidad familiar.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁴

Por medio de escrito del 17 de agosto de 2017, la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, manifestando que verificados los antecedentes administrativos se evidenció que mediante Resolución GNR 293985 del 06 de noviembre de 2013, Colpensiones reconoció a favor del demandante pensión de vejez en los términos de la Ley 32 de 1986, teniendo en cuenta 1,223 semanas y un IBL de \$1.491,544 aplicando una tasa de remplazo de 75%.

Arguye que, el actor no es beneficiario del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, ya que no cumple con ninguno de los requisitos establecido en el artículo 36 de dicha ley, por lo que no es procedente realizar el estudio de reliquidación de la pensión de vejez conforme a la ley 33 de 1985, además porque, no es el régimen aplicable al demandante por ser funcionario vinculado al Inpec, señalando como norma aplicable el Decreto 1045 de 1978.

³ Ver folio 105 vto – 118 Cuaderno 1.

⁴ Folios 144- 145 Cuaderno 1



En cuanto al IBL, cita la sentencia SU-230 de 2015, la cual señaló que *"...el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación"*.

Por último, indicó que no se evidencia que el actor haya hecho uso del agotamiento de los recursos de ley, siendo esto un requisito de procedibilidad.

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por acta del 28 de noviembre de 2017⁵ se repartió el proceso entre los Magistrados que integran el Tribunal Administrativo de Bolívar, correspondiéndole a este Despacho, por lo que, mediante providencia del 6 de abril de 2018⁶, se dispuso la admisión de la apelación en este Tribunal; y, con auto del 6 de julio de 2018⁷, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante⁸: La parte accionante, presentó su escrito de alegatos el 13 de julio de 2018, solicitando confirmar el fallo de primera instancia, puesto que la demandada no logró desvirtuar las pretensiones de la demanda.

6.2. Alegatos de la parte demandada⁹: Esta entidad, presentó su escrito el 10 de julio de 2018, solicitando que se revoque la decisión de primera instancia y ratificándose en los argumentos del recurso y la contestación de la demanda.

6.3. Concepto del Ministerio Público: No presentó concepto.

⁵ Folio 4 Cuaderno 2ª Instancia

⁶ Folio 6 y vto Cuaderno 2ª Instancia

⁷ Folio 10 Cuaderno 2ª Instancia

⁸ Folios 14 - 15 Cuaderno 2ª Instancia

⁹ Folios 13 Cuaderno 2ª Instancia



VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

7.2. Competencia.

El Tribunal es competente para conocer en primera instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

7.3. Acto administrativo demandado.

Resolución GNR 307201 de 7 de octubre de 2015¹⁰, proferida por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por medio del cual se negó la reliquidación de la pensión de vejez solicitada por el demandante.

7.4 Problema jurídico.

Teniendo en cuenta el acto administrativo acusado, el problema jurídico dentro del *sub lite* se centra en determinar si:

¿Es procedente dentro del presente asunto decretar la nulidad parcial de la Resolución GNR293985 de 06 noviembre de 2013, por medio de la cual le fue reconocida pensión de vejez al demandante?

¿Para efectos de la reliquidación pensional pretendida, al actor se le debe aplicar el IBL teniendo en cuenta los factores salariales conforme a la Ley 33 de 1985, o en su defecto, le es aplicable otra normatividad?

¹⁰ Ver folios 22-26 Cuaderno 1



7.5. Tesis de la Sala

En ese sentido, se revocará la sentencia apelada, por cuanto:

(i) En el numeral segundo se decretó la nulidad parcial de la Resolución GNR 293985 de fecha 06 de noviembre de 2013 "*Por la cual se reconoce y ordena el pago de un pensión mensual vitalicia de VEJEZ*", a favor del señor Luis Fernando Burgos Cuadrado; siendo que dicha resolución no es objeto de pretensión de nulidad dentro del presente asunto.

(ii) En dicha sentencia, se declaró, entre otros, la nulidad de la Resolución GNR 307201 del 07 de octubre de 2015 mediante la cual se negó la reliquidación de pensión al actor (acto acusado dentro del presente asunto), y se ordenó reliquidar la pensión de vejez reconocida al señor LUIS FERNANDO BURGOS CUADRADO; cuando se considera que el actor no tiene derecho a la reliquidación pretendida, porque se le concedió la misma sin tener los requisitos para ella.

La anterior tesis se sustenta en los argumentos que se exponen a continuación y para solventar el mérito del *sub examine*, se hará alusión a los temas alegados en el proceso, a saber: (i) marco normativo y jurisprudencial del régimen pensional de los empleados del INPEC; (ii) Jurisprudencia sobre aplicación del régimen de transición a los trabajadores del INPEC; (ii) el caso concreto y (iii) conclusión.

7.6 Marco Normativo y Jurisprudencial

La Sala tendrá en cuenta las siguientes reglas:

7.6.1 Características del régimen pensional de los empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC -.

Mediante Ley 32 de 1986 se adoptó el Estatuto Orgánico del cuerpo de vigilancia y custodia que les fue aplicado al personal vinculado al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- regulando allí su régimen prestacional; en ese sentido, en su artículo 96 dispuso los requisitos para acceder a la pensión de vejez, señalando lo siguiente:



13001-33-40-015-2016-00181-01

"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."

De tal manera, la Ley 32 de 1986, constituía un régimen especial de pensiones que permitía obtener la pensión de vejez, sólo con el hecho de tener 20 años de trabajo carcelario sin tener en cuenta la edad.

Por su parte, el artículo 114 ibídem dispuso:

"ARTÍCULO 114. NORMAS SUBSIDIARIAS. En los aspectos no previstos en esta Ley o en sus decretos reglamentarios, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, se les aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales. (...)"

Posteriormente, se expidió el Decreto 407 de 1994 que de manera especial estableció el régimen de las personas que hacen parte del INPEC y específicamente en su artículo 168, señaló que, los miembros del grupo de vigilancia y custodia penitenciaria que a la fecha de su expedición (20 de febrero de 1994) se encontraran vinculados a la entidad, gozarían de una pensión en los mismos términos del artículo 96 de la Ley 32 de 1986, es decir, continuó con el régimen pensional especial que tenía el personal de custodia vinculado con anterioridad. Sin embargo, los que ingresaran con posterioridad se pensionaban con lo que fijara el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 por ser una actividad de alto riesgo, a saber:

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

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

PARAGRAFO 2º. El personal Administrativo del Instituto se regirá por las normas establecidas en la Ley 100 de 1993".



13001-33-40-015-2016-00181-01

En este sentido, puede indicarse que el Decreto 407 de 1994, fue expedido en el entendido de que regiría la Ley 100 de 1993, la cual entró en vigencia el 1º de abril de 1994, como se puede observar del parágrafo 1º del artículo 168 del mencionado decreto, que indica claramente que "Las personas que ingresen a partir de la vigencia de este decreto, al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelario 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".

Así, el artículo 140 de la Ley 100 de 1993, estableció: "(...) **Actividades de alto riesgo de los servidores públicos.** De conformidad con la Ley 4º 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. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Sin embargo, el Gobierno Nacional solamente hasta el año 2003 definió las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y modificó las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades, lo cual hizo por medio del Decreto 2090 de julio 26 de 2003, y en su artículo 3º dispuso lo atinente al régimen pensional, así:

"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 esta continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez (...)"

Y en su artículo 4º dispuso los requisitos para disponer dicha pensión:

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

1. Haber cumplido 55 años de edad.
2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9o de la Ley 797 de 2003.





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

En el artículo 11, se estableció la vigencia a partir de su publicación, derogando todas las normas que le fueran contrarias, en particular el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, los Decretos 1281, 1835, 1837 y el artículo 5° del Decreto 691 de 1994, el Decreto 1388 y el artículo 117 del Decreto 2150 de 1995 y el Decreto 1548 de 1998. Por lo anterior, el artículo 168 del Decreto 407 de 1994 fue derogado solo hasta el 28 de julio de 2003; cabe aclarar que esta norma en su artículo 8° siguió respetando los derechos adquiridos con la normatividad anterior.

Ahora bien, por medio del **Acto Legislativo 01 de 2005**, por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política, en su párrafo transitorio 5°, aclara la vigencia de los regímenes pensionales para los trabajadores del INPEC. Dicha norma, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, teniendo como punto de referencia la fecha de la entrada en vigencia de este último, indicó lo siguiente:

- A los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelario Nacional, que ingresaron en vigencia del Decreto 2090 de 2003, 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, por razón de los riesgos de su labor, se trata de lo dispuesto en la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes.

7.6.2. Jurisprudencia sobre aplicación del régimen de transición a los trabajadores del INPEC.

De acuerdo con la Sentencia C-651 del 14 de octubre de 2015 de la Corte Constitucional. En esa ocasión, se señaló:

" 16.4. En cuarto lugar, el artículo 6° del Decreto 2090 de 2003 regula el régimen de transición aplicable a los beneficiarios de la pensión de vejez por actividades de alto riesgo, y dice de modo expreso en su párrafo que "[p]ara 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



13001-33-40-015-2016-00181-01

18 de la Ley 797 de 2003". Es decir, que el Decreto considera como un presupuesto indispensable para la transición en este ámbito, la satisfacción de los requisitos comunes al régimen de prima media con prestación definida, previsto en el sistema general de pensiones. (...)

16.7. Finalmente, el Decreto 2090 de 2003 viene a establecer una regulación general para las pensiones de vejez de alto riesgo, y sustituye con una normatividad unificada la pluralidad de cuerpos sectoriales de normas que se referían a esta materia. Así, antes del Decreto 2090 de 2003 había una dispersión de disposiciones legales y reglamentarias que preveían las normas particulares a las que se sujetaban las pensiones de alto riesgo según el sector. Por lo mismo, el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003 deroga expresamente "el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, los Decretos 1281, 1835, 1837 y el artículo 5º del Decreto 691 de 1994, el Decreto 1388 y el artículo 117 del Decreto 2150 de 1995 y el Decreto 1548 de 1998", todos los cuales preveían normas sectoriales sobre pensiones de vejez por actividades de alto riesgo.¹¹ Esto indica entonces que se trata también de una normatividad no especial sino general. (...)

18. La consagración de reglas pensionales específicas para actividades de alto riesgo obedece entonces más a la necesidad de hacer ajustes puntuales a las reglas dentro del sistema general - para que la regulación se adapte justamente a la realidad que debe proteger - que a la voluntad de crear en paralelo un completo sistema o régimen normativo distinto e independiente de los ya existentes, gobernado por instituciones, principios y autoridades propias y diferenciables de las que conforman el sistema general de pensiones. Lo cual es además explicable, pues las actividades de alto riesgo definidas en el Decreto 2090 de 2003 son aquellas que, según los considerandos de este último, "generan por su propia naturaleza la disminución de la expectativa de vida saludable del trabajador, independiente de las condiciones en las cuales se efectúe el trabajo".¹² Para enfrentar esta realidad, y garantizar una pensión acorde con la

¹¹ El artículo 168 del Decreto 407 de 1994 se refería a las pensiones especiales de vejez por alto riesgo de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional; el Decreto 1281 de 1994 trataba, en su capítulo II, de las pensiones de los periodistas; el Decreto 1835 de 1994 reglamentaba las pensiones de alto riesgo para servidores públicos; el Decreto 1837 de 1994 reglamenta el artículo 11 del Decreto 1281 del mismo año, el cual se refiere a una pensión especial de vejez para periodistas; el artículo 6º del Decreto 691 de 1994 regula lo atinente a las pensiones de alto riesgo de los servidores públicos, en el contexto de su vinculación al sistema general de pensiones; el Decreto 1388 de 1994 reglamenta las pensiones de los periodistas; el artículo 117 del Decreto 2150 de 1995 se refería a las pensiones reguladas por el Decreto 1281 de 1994, es decir, a las especiales de vejez para periodistas; el Decreto 1548 de 1998 reglamentaba también el Decreto 1281 de 1994, sobre pensiones de periodistas.

¹² El artículo 2º del Decreto menciona como de alto riesgo las actividades desarrolladas en trabajos de minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos, o en trabajos que acarreen exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles por las normas técnicas de salud ocupacional, o que supongan exposición a radiaciones ionizantes. Por realizar actividades de ese tipo, que aparejan una reducción de





dignidad humana, no es necesario crear un nuevo marco normativo totalmente independiente, al margen de los regímenes de prima media con prestación definida y de ahorro individual con solidaridad, sino hacer ajustes razonables a las normas generales, que fue lo que hizo el legislador extraordinario en el Decreto con fuerza de ley 2090 de 2003.

19. En consecuencia, la Corte encuentra que el Decreto ley 2090 de 2003 no contempla un régimen especial o exceptuado. Ahora bien, resta entonces por definir si, más allá de esta conclusión, las reglas sobre pensiones especiales de alto riesgo fueron eliminadas, de forma inmediata o con efecto diferido, por el artículo 48 de la Constitución Política y sus reformas. (...)"

7.7. Caso concreto.

7.7.1 Hechos relevantes probados.

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- COLPENSIONES a través de Resolución GNR 293985 del 6 de noviembre de 2013 concedió pensión de vejez al señor LUIS FERNANDO BURGOS CUADRADO con una mesada pensional de \$1.118.658 para el año 2014. (Fls. 16 al 20 del Cdno 1)
- El Actor solicitó la reliquidación de la pensión de vejez el 19 de junio de 2015 y COLPENSIONES mediante Resolución GNR 307201 del 7 de octubre de 2015 negó lo solicitado. (Pg. 22-26)
- El Actor prestó sus servicios desde el 19 de mayo de 1989 hasta el 4 de agosto de 2003, tal como consta en los certificados de información laboral, 1 -2 y 3 (Fls. 27-41 Cdno 1)
- Certificación de valores pagados expedidos por el INPEC desde el año 1994, hasta el año 2013 (Fls. 42-46).
- Cédula de ciudadanía del demandante (Fl. 47)
- CD de antecedentes administrativos (Fl. 84)

las expectativas de vida saludable, se ofrece la posibilidad de pensionarse con menos años de edad, pero con iguales o superiores semanas de cotización, liquidadas como unidades de contribución con cuantías superiores.



7.7.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

En el caso que ocupa a la Sala, el actor pretende la reliquidación de su pensión, señalando que el monto de su mesada debió tomarse incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, es decir, con la prima técnica, gastos de representación, los dominicales y feriados, horas extras, el auxilio de alimentación, transporte, bonificación de servicios, prima de servicios, prima de vacaciones; ello, de acuerdo a lo estipulado en la Ley 33 de 1985.

7.7.2.1 Sobre la declaración de nulidad parcial de la Resolución GNR 293985 de 06 de noviembre de 2013 “Por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de VEJEZ”.

El A quo en la sentencia declaró la nulidad parcial de la Resolución GNR 293985 de 06 de noviembre de 2013, pero sólo en lo que tiene que ver con los factores salariales. Así mismo decreta la nulidad de la Resolución GNR 307201 de 07 de octubre de 2015, mediante la COLPENSIONES niega la reliquidación de la pensión al demandante, ordenando la reliquidación de la pensión con todos los factores salariales; sin modificar su régimen pensional.

Este Tribunal considera que, a la juez de primera instancia no le era dable realizar un estudio sobre la legalidad de la Resolución GNR 293985 de 06 de noviembre de 2013 (siendo que no es el acto administrativo cuestionado dentro del presente asunto), debiendo centrar su análisis sobre la legalidad o no de la Resolución GNR 307201 de 07 de octubre de 2015, mediante la cual se negó al demandante la reliquidación de su pensión de vejez, atacada por el actor por considerarla no ajustada al ordenamiento jurídico ante el desconocimiento de todos los factores devengados por el actor en el último año de servicio y que no fueron tenidos en cuenta por el demandado al momento del reconocimiento de la pensión por vejez.

Se resalta que, dentro del caso bajo estudio, no se avizora inconformidad de ninguna de las partes contendientes, respecto a la Resolución GNR 293985 de 06 de noviembre de 2013, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de la pensión de vejez del señor Luis Fernando Burgos Cuadrado; pues el recurrente en su recurso sostiene que los actos acusados son legales; y se reitera que, en la demanda no se pretende la nulidad de dicha resolución de



reconocimiento de vejez. Es por ello, que la Sala revocará la decisión adoptada por la juez de primera instancia atinente a la declaratoria de nulidad de dicha resolución.

7.7.2.2 Sobre el ingreso base para liquidar la pensión de vejez del demandante.

Siendo que, en este punto, el problema jurídico está encaminado a determinar cuál es el ingreso base para liquidar la pensión del señor Luis Burgos, se hace necesario establecer si para ello se debía tener en cuenta la normatividad anterior o si por el contrario, era aplicable lo establecido en el régimen general previsto en la Ley 100 de 1993.

Pues bien, se encuentra acreditado en el expediente que, el demandante se desempeñó como dragoneante en el INPEC desde el año 1989, lo que indica que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), tenía menos de 4 años de estar trabajando; así mismo, se constata que el actor en ese momento tenía la edad de 26 años, pues nació el 14 de julio de 1967.

Para la Sala, el actor no es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, porque no tenía ni la edad, ni el tiempo de servicio exigido en dicha norma; por lo cual, para efectos del reconocimiento de su pensión no se puede aplicar la normatividad anterior para servidores públicos.

Ahora, para el año 2012, fecha en que el actor solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez, éste contaba con 45 años de edad, encontrándose vigente el Decreto 2090 del año 2003, que consagró en su artículo 6º un régimen de transición para los trabajadores de alto riesgo, incluido los del Inpec, así:

"(...) 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,



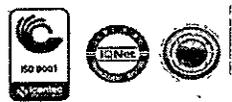
los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003."

Conforme a lo dispuesto en el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, a los trabajadores del Inpec vinculados antes de la expedición del Decreto anterior, se les permitía la aplicación de las normas que regían para ese momento; dichas normas eran el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, el cual establecía que los funcionarios que pertenecían al Inpec con anterioridad a la vigencia de dicha norma, esto es, a 20 de febrero de 1994, se pensionarían con lo reglamentado en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, es decir, con 20 años de servicios sin consideración de edad.

Es de anotar que el actor cumplió con el primero de los requisitos establecidos en la norma transcrita en precedencia, puesto que tenía más de 500 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, es decir, al 26 de julio de 2003; puesto que, tenía para esa fecha 14 años de servicio. No obstante, de manera adicional debía cumplir otro requisito exigido por la norma, atinente al número de semanas requeridas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, reformado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003; que para el año 2012, fecha en que solicita la pensión era el de haber cotizado 1.225 semanas; y él demostró tener cotizado hasta el 31 de mayo de 2013, 1.223 semanas; según se encuentra plasmado en la Resolución GNR293985 de 06 de noviembre de 2013, por medio de la cual se reconoce la pensión al actor.

Así las cosas, a juicio de esta Sala, al demandante no le era posible obtener la pensión en el año 2013, puesto que le faltaban unas semanas de cotización para llegar al mínimo de semanas requeridas por el Decreto 2090 de 2003, y así poder aplicarle el régimen anterior que no era otro que la Ley 32 de 1983, que le permitía jubilarse con 20 años de servicios sin importar la edad.

Ahora bien, siendo que el apelante sostiene que los actos acusados son legales, en cuanto en ellos se incluyeron todos los factores salariales a los que tenía derecho el demandante, que son los señalados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, no siendo aplicable la Ley 33 de 1985, porque el demandante no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993. Para la Sala, es de recibo el hecho que, al actor no se le puede aplicar la Ley 33 de 1985, por dos razones:





(i) Porque el inciso segundo del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 excluyó de esta aplicación a los que tuvieran un régimen especial de pensión, como lo eran los trabajadores del Inpec, y,

(ii) en segundo lugar, debido a que, como lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia C-651 de 2015, el Decreto 2090 de 2003 no estableció un régimen especial de pensiones, sino un trato especial para las personas que realizaran una actividad de alto riesgo en salud, la cual incluyó a los trabajadores del Inpec, pero que los sometió al régimen general de pensiones, contenido en la Ley 100 de 1993, con unos requisitos especiales, no derogando para ellos la aplicación del artículo 36 del mismo estatuto.

En ese sentido, se tiene sentado que el IBL previsto en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, no hacen parte de la transición allí dispuesta, es decir, que las personas que cumplieran los requisitos dispuestos en el artículo 36 *ibídem*, se pensionarían con el tiempo, edad y monto (tasa de reemplazo) de la normatividad anterior, incluso los de regímenes especiales, como así lo dejó plasmado la sentencia T- 109 de 2019 de la Corte Constitucional; empero, para este caso, como se anotó anteriormente, el demandante no era beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y fue pensionado bajo la transición establecida en las normas Decreto 407 de 1994 y 2090 de 2003, aplicándosele la norma anterior, Ley 32 de 1986, en el año 2013, es decir que, muy a pesar de no tratarse del tema de la transición consagrada en el artículo 36 de la Ley 100 *ibídem*, el IBL aplicable para esta situación seguía siendo el de la Ley 100 de 1993. De tal manera que, si el IBL previsto en la Ley 100 de 1993 cobija a los beneficiarios del régimen de transición de dicha ley, con mayor razón, debe tenerse en cuenta para los casos en que la persona se pensiona en vigencia de la Ley 100 de 1993, como ocurre con el demandante.

7.7.2.2.1 Sobre los factores salariales.

En lo tocante a los factores salariales devengados en el último año de servicio del demandante, conforme con las certificaciones aportadas al proceso, visibles a folio 42-48, el señor LUIS FERNANDO BURGOS CUADRADO, percibió además de la asignación básica, lo siguiente: i) una prima de riesgo; ii) subsidio de alimentación; iii) subsidio de unidad familiar; iv) auxilio de transporte, v) bonificación por recreación, vi) prima de vacaciones, vii) prima de navidad y viii) prima de servicio.



Al revisar la Sala los factores salariales sobre los cuales se le realizaron al actor aportes al sistema de pensiones, se verifica con el formato 3 (B) de certificación de salario mes a mes para Liquidar Pensiones del Régimen de Prima Media, militante a folios 29-40 del expediente, los siguientes: i) asignación básica mensual, ii) remuneración por trabajo dominical o festivos y iii) remuneración por servicios prestados.

Se aprecia que en la Resolución GNR 307201 del 2015, al actor sólo se le tuvieron en cuenta para la liquidación de su pensión: la asignación básica y recargos devengados en el último año de servicio¹³. Lo anterior, indica a esta Judicatura que, al señor LUIS FERNANDO BURGOS CUADRADO, no se le tuvo en cuenta todos los factores salariales que en realidad devengaba, y que según el Decreto 1158 de 1994, le correspondían ser incluidos, tales como: **a) asignación básica, b) remuneración por dominicales y festivos, c) bonificación por servicios.**

Por lo anterior, no es de recibo para la Sala, que el juez de primera instancia haya ordenado incluir, la *prima de riesgo, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios y auxilio de transporte*; con fundamento en el Decreto 1045 de 1978 como erróneamente lo determinó la demandada al momento de conceder la pensión.

Aclara la Sala que, el régimen de los factores salariales aplicados al demandante en el acto administrativo que le reconoció su pensión de jubilación no fue objeto de debate y sobre lo cual no es dable surtir modificación alguna por esta Corporación, toda vez que, el IBL aplicable al aquí demandante es el contenido en la Ley 100 de 1993, exactamente lo que concierne a los factores cotizados durante los 10 últimos años de servicio, factores que están señalados en el Decreto 1158 de 1994.

Como en el proceso quedó acreditado que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), el demandante solo tenía 26 años de edad, toda vez que nació el 14 de julio de 1967, y 4 años y 10 meses de servicio (250 semanas), pues ingresó al Instituto Nacional Penitenciario el 19 de mayo de 1989, las normas aplicables al reconocimiento de su pensión eran las establecidas en el Decreto 2090 de 2003.

¹³ CD visible a folio 84 del expediente y último párrafo del folio 24.



La entidad demandada reconoció la pensión del actor en aplicación de la Ley 32 de 1986 y la liquidó teniendo en cuenta lo devengado en el último año de servicio, incluyendo todos los factores salariales consagrados en el artículo 45 de Decreto 1045 de 1978.

De acuerdo con lo anterior, el ingreso base de cotización aplicable al accionante no corresponde al promedio de los factores salariales previstos en el Decreto 1045 de 1978 aplicado por COLPENSIONES al reconocer su pensión, ya que no estuvo cobijado por el régimen de transición de los funcionarios del cuerpo de custodia y vigilancia a que se refiere el Decreto 2090 de 2003, pues el ingreso base de liquidación de los empleados de dicho cuerpo que no cumplieron con los requisitos previstos en este último decreto para ser beneficiarios del régimen de transición (y ese es el caso del accionante), se reitera, es el previsto en la Ley 100 de 1993; y de acuerdo con los artículos 21 y 36 de dicha norma, el IBL del accionante estaría integrado únicamente con los factores salariales sobre los cuales hubiera cotizado a pensiones durante los últimos 10 años de servicio.

Todo ello sobre la base de que el accionante tuviere en realidad derecho a obtener su pensión de jubilación, lo cual es discutible en su caso, dado que el reconocimiento pensional se le hizo teniendo en cuenta una edad y tiempo de servicio, en aplicación de un régimen distinto al que legalmente le resultaba aplicable.

En suma, la Sala denegará las pretensiones de la demanda por las razones anotadas; y se abstendrá de enjuiciar la legalidad de los actos de reconocimiento pensional demandados por cargos distintos a los que se formularon en su contra y atendiendo consideraciones distintas a las que sirvieron de marco a la litis, que eventualmente conducirían a desmejorar su situación jurídica, lo que ciertamente no se persigue con la demanda.

Por lo anterior, se revocará los numerales primero, segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto del fallo apelado, proferido por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante los cuales se accedió a las pretensiones de la demanda, relacionados con la reliquidación pensional y, en su lugar, se denegaran las mismas.





13001-33-40-015-2016-00181-01

Por último, frente al fundamento de que no se agotó la vía administrativa, dicho argumento debió ser expuesto en la contestación de la demanda, para ser resuelto en la audiencia inicial; si ello no fue así, el proceso quedó saneado y por ende no hay lugar a un pronunciamiento en esta instancia procesal sobre dicho supuesto de hecho, ya que realizar dicho análisis en esta etapa procesal, vulneraría el principio de preclusión o eventualidad.

7.8. Conclusión

En resumen, se revocará la sentencia apelada, toda vez que, en su numeral segundo se decretó la nulidad parcial de la Resolución GNR 293985 de fecha 06 de noviembre de 2013 "*Por la cual se reconoce y ordena el pago de un pensión mensual vitalicia de VEJEZ*", a favor del señor Luis Fernando Burgos Cuadrado; siendo que dicha resolución no es objeto de pretensión de nulidad dentro del presente asunto. Así mismo, en la sentencia de primera instancia se declaró la nulidad de la Resolución GNR 307201 del 07 de octubre de 2015¹⁴, ordenando reliquidar la pensión de vejez reconocida al señor LUIS FERNANDO BURGOS CUADRADO; siendo que, conforme a lo ya explicado, el actor no tiene derecho a la reliquidación pretendida.

VIII.- COSTAS

Teniendo en cuenta que nos encontramos frente a la prosperidad parcial del recurso de, esta Corporación se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, conforme a lo establecido en los artículos 188 del CPACA y del 365 -366 del CGP.

IX.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha diez (10) de agosto de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Décimo Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena de Indias, y, en su lugar, se niegan las

¹⁴ Acto acusado dentro del presente asunto, mediante el cual se negó la reliquidación de pensión al actor.





pretensiones de la demanda. Lo anterior, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Abstenerse de condenar en costas en esta instancia, conforme a lo establecido en los artículos 188 del CPACA y del 365 -366 del CGP.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **REMITIR** el expediente al Juzgado de origen, para los efectos legales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 42 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE



