



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN

Popayán, Cinco (5) de Octubre de dos mil veinte (2020)

EXPEDIENTE: 190013333006 2019 00037 00
DEMANDANTE: EDGAR ORLANDO BENAVIDES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA No. 154

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹

Procede el Juzgado a decidir la demanda que a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promueve el señor EDGAR ORLANDO BENAVIDES GUERRERO identificado con C.C. No. 76.325.338, actuando en nombre propio por intermedio de apoderada judicial, en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, tendiente a que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. SUB 239504 del 11 de septiembre de 2018, mediante la cual se reconoció una pensión de vejez especial vitalicia por actividad de alto riesgo al señor EDGAR ORLANDO BENAVIDES GUERRERO, donde el IBL fue el resultado del promedio de los salarios o rentas durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión.
- Resolución No. SUB 279117 de octubre 25 de 2018, mediante la cual se resuelve recurso de reposición a la anterior resolución, negando la liquidación de pensión teniendo en cuenta como IBL las cotizaciones del último año de servicio, al igual que la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial.

En consecuencia de lo anterior, señala que los factores salariales que se deben tener en cuenta como ingreso base de liquidación, corresponde a las normas anteriores a la Ley 33 de 1985, es decir la Ley 4 de 1966 y el Decreto 3135 de 1968, equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio, tales

¹ Folios 1-10 Cuaderno Principal 1.

| | |
|-------------------|--|
| EXPEDIENTE: | 190013333006 2019 0037 00 |
| DEMANDANTE: | EDGAR ORLANDO BENAVIDES GUERRERO |
| DEMANDADO: | COLPENSIONES |
| MEDIO DE CONTROL: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

como prima de riesgo, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por recreación, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, bonificación por servicios y prima de seguridad, hasta el día de retiro.

Así mismo solicita se condene al pago de intereses moratorios y la indexación si a ello hubiere lugar; se condene al reajuste conforme al IPC y se dé cumplimiento a la sentencia.

1.1. Hechos que sirven de fundamento

Como fundamento fáctico de las pretensiones, la apoderada judicial de la parte actora expuso en síntesis, lo siguiente:

Señala que el señor EDGAR ORLANDO BENAVIDES GUERRERO, presta sus servicios de manera continua en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC desde el pasado 14 de agosto de 1997, es decir que a la fecha lleva un total de 21 años y 6 meses, siendo su cargo el de Dragoneante grado 11 y código 4114.

Refiere que por haber consolidado el derecho a la pensión de vejez especial vitalicia de jubilación, radicó solicitud de reconocimiento ante Colpensiones, entidad que por medio de Resolución No. SUB 239504 de 11 de septiembre de 2018, reconoció una pensión de vejez especial por actividad de alto riesgo, liquidando conforme a lo contemplado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, el ingreso base de liquidación fue el resultado del promedio de los salarios o rentas sobre los cuales se cotizó durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión.

Manifiesta que Colpensiones negó lo pretendido con el argumento de que a los funcionarios del INPEC les es aplicable el acto legislativo 01 de 2005 por lo que las prestaciones serían liquidadas tomando en consideración las reglas fijadas por la Ley 100 de 1993.

1.2. Normas violadas y concepto de violación

El apoderado de la parte demandante señaló como normas violadas:

- Artículo 96 Ley 32 de 1986, artículo 168 del Decreto 407 de 1994, artículo 140 de la Ley 100 de 1993, Decreto 2090 del 26 de julio de 2003 y Acto Legislativo 01 de 2005.

Como concepto de violación, en síntesis expuso:

Señala que EDGAR ORLANDO BENAVIDES GUERRERO, es empleado del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC, bajo el grado de Dragoneante y por lo tanto pertenece al cuerpo de custodia y vigilancia, y de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1° de la Ley 33 de 1985. Está exceptuado del régimen pensional general de que trata la Ley 100 de 1993, por gozar de un régimen especial consagrado en la Ley 32 de 1986, que en el artículo 96 precisa que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrán derecho a gozar

EXPEDIENTE: 190013333006 2019 0037 00
DEMANDANTE: EDGAR ORLANDO BENAVIDES GUERRERO
DEMANDADO: COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

de la pensión de jubilación al cumplir veinte años de servicios, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional sin tener en cuenta su edad.

Frente a los factores salariales, para efectos del monto de la pensión del régimen especial bajo estudio, deben aplicarse las normas anteriores a la Ley 33 de 1985, es decir, la Ley 4 de 1966 y el Decreto 3135 de 1968 que señalan que el empleado público tendría derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación, equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio, lo cual fue reiterado en el Decreto 1848 de 1969.

Señala que de acuerdo a la jurisprudencia, la prima de riesgo contemplada en el artículo 11 del Decreto 446 de 1994, constituye factor salarial para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación de los empleados del INPEC.

2. Contestación de la demanda

2.1. De la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

Mediante auto interlocutorio No. 031 del 22 de enero de 2020, se declaró extemporánea la contestación de la demanda presentada por Colpensiones.

3. Relación de etapas surtidas

La demanda se presentó el día 25 de febrero de 2019²; luego de ser corregida, fue admitida mediante auto interlocutorio No. 587 del 12 de abril de 2019³, debidamente notificada⁴ y se cumplió con las ritualidades propias del proceso que de conformidad con el Decreto Legislativo 806 de 2002, así, mediante auto interlocutorio No. 686 del 10 de septiembre de 2020⁵, se adecuó el trámite del proceso; se corrió traslado de los documentos aportados al igual que el traslado para presentar alegatos de conclusión.

4. Los alegatos de conclusión

4.1. De la parte demandante⁶

Dentro del término oportuno, la apoderada de la parte demandante presentó los siguientes alegatos de conclusión:

Considera que los actos demandados no incluyeron en el IBL, todos los factores salariales devengados en forma continua y permanente por parte del señor EDGAR ORLANDO BENAVIDES GUERRERO, durante todo el tiempo que laboró para el INPEC, bajo el cargo de dragoneante del Cuerpo de Custodia y Vigilancia.

² Folio 65 Cuaderno Principal.

³ Folios 74-75 Cuaderno Principal

⁴ Folio 76 Cuaderno Principal

⁵ Folio 15 Exp. Electrónico.

⁶ Folio 20 Exp. Electrónico.

EXPEDIENTE: 190013333006 2019 0037 00
DEMANDANTE: EDGAR ORLANDO BENAVIDES GUERRERO
DEMANDADO: COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se sustentan los alegatos de conclusión en la omisión normativa de la Ley 32 de 1986 respecto a la forma de liquidación de las prestaciones, sería improcedente desconocer los principio de unidad y progresividad y más aún, la limitante contemplada en el Acto Legislativo 01 de 2005, respecto a la existencia de regímenes diferentes al contemplado en la Ley 100 de 1993, en consecuencia, la única forma legalmente aplicable para liquidar la prestación deprecada en la demanda es el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, el ingreso base liquidación de los últimos 10 años de servicio.

Señala que es aplicable el régimen especial de pensión establecido para los trabajadores del INPEC y por tanto la liquidación de su prestación debe tener en cuenta el 75% del promedio devengado en el último año de servicios, como lo estableció la Ley 4 de 1966, aplicando para ellos los factores salariales contemplados en el régimen general indicados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

De otro lado, indica que está probado con los comprobantes de nómina aportados el pago de prima de riesgo y sobresueldo, factores que de conformidad con el artículo 30 del Decreto No. 199 de 2014, si son factores constitutivos de salario. En consecuencia, el IBL de la pensión de jubilación del señor EDGAR ORLANDO BENAVIDES GUERRERO, deberá estar integrado por los siguientes conceptos: asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de riesgo, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y sobresueldo mensual.

De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones, de la condena impuesta se descuenta lo correspondiente a los factores salariales cuya inclusión se ordene y respecto de los cuales no se haya realizado la deducción legal.

Por lo expuesto, solicita acceder favorablemente a las pretensiones de la demanda.

4.2. De la parte demandada - Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES⁷

A través de apoderada judicial presentó los siguientes alegatos de conclusión:

Evidencia que al accionante se le reconoció una pensión de vejez de conformidad con lo establecido en la Ley 32 de 1986, que está dirigida a los funcionarios del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, que presten sus servicios en la Guardia Nacional y ejerzan dicha función por un término de 20 años continuos o discontinuos, pero en ninguno de sus apartes reseña la forma de liquidar la prestación.

Considera que sería improcedente desconocer los principios de unidad y progresividad y más aún, la limitante contemplada en el Acto Legislativo 01 de 2005, respecto a la existencia de regímenes diferentes al contemplado en la Ley 100 de

⁷ Folio 18 Exp. Electrónico.

| | |
|-------------------|--|
| EXPEDIENTE: | 190013333006 2019 0037 00 |
| DEMANDANTE: | EDGAR ORLANDO BENAVIDES GUERRERO |
| DEMANDADO: | COLPENSIONES |
| MEDIO DE CONTROL: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

1993, en consecuencia, la única forma de liquidar la prestación es el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Que para el caso concreto, COLPENSIONES tuvo en cuenta el promedio de lo devengado o cotizado durante los últimos 10 años de servicio debidamente actualizados con base en el Índice de Precios al Consumidor, esto es, de conformidad con lo prescrito por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios y no con lo señalado en normas anteriores.

Solicita al despacho se nieguen las pretensiones de la demanda, pues a su juicio no existe fundamento legal ni jurisprudencial que avale acceder a las mismas.

4.3. Concepto del Ministerio Público⁸

El Ministerio Público a través de la Procuraduría 73 Judicial Administrativa I, presentó el siguiente concepto:

Pone de presente la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, en el que definió si el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se aplica el régimen de transición establecido en las subreglas que precisó el Consejo de Estado.

Considera que el caso en comento se encuentra cobijado por las subreglas fijadas en la Sentencia de Unificación, por tanto, no es factible que su pensión sea liquidada con los factores salariales de su último año de servicios. Por lo tanto, solicita al despacho que se denieguen las pretensiones de la demanda y se declare que los actos administrativos se expidieron conforme a derecho.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Presupuestos procesales

1.1. Caducidad, procedibilidad del medio de control y competencia

En el presente caso se pretende la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida al señor EDGAR ORLANDO BENAVIDES, en consecuencia, por tratarse de una prestación de carácter periódica, el asunto no está sometido al término de caducidad de conformidad con lo establecido en el artículo 164 numeral 1º literal c) del CPACA.

De otro lado, teniendo en cuenta la naturaleza del medio de control, la cuantía y el último lugar en donde prestó sus servicios la demandante, según se desprende de los documentos anexos, este Juzgado es competente para conocer del presente asunto en primera instancia conforme lo prevé el numeral 2º del artículo 155 y numeral 3º del artículo 156 de la Ley 1437 de 2011.

⁸ Folios 17 Exp. Electrónico.

| | |
|-------------------|--|
| EXPEDIENTE: | 190013333006 2019 0037 00 |
| DEMANDANTE: | EDGAR ORLANDO BENAVIDES GUERRERO |
| DEMANDADO: | COLPENSIONES |
| MEDIO DE CONTROL: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

2. El problema jurídico

Le corresponde al Juzgado determinar cuál es el régimen aplicable para efectos de liquidación de la pensión de vejez del señor EDGAR ORLANDO BENAVIDES, teniendo en cuenta que se desempeñaba como Dragoneante del Instituto Nacional Penitenciario INPEC, e igualmente establecer la forma de liquidar el Ingreso Base de Liquidación.

3. Tesis del Despacho

Conforme a la normatividad y a la jurisprudencia aplicable al presente caso, la judicatura concluye que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, por ejercer una actividad de alto riesgo, le resulta aplicable las disposiciones de la Ley 32 de 1986 -régimen especial anterior a la Ley 100 de 1993, el cual estableció 20 años de servicio como único requisito pensional para los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia carcelaria del INPEC.

En cuanto al ingreso base de liquidación y el monto de la pensión, el actor es beneficiario de un régimen exceptuado, por lo que la accionada no podía acudir al régimen general señalado en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, sino a las normas aplicables a los empleados públicos con anterioridad al régimen general de seguridad social, es decir, las leyes 33 y 62 de 1985. No obstante, el inciso segundo del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 excluyó expresamente de su aplicación a los regímenes especiales.

En consecuencia, por disposición expresa del acto legislativo 01 de 2005, está beneficiado por un régimen especial de pensiones contenido en la Ley 32 de 1986, por lo que en materia de IBL se debe dar aplicación a lo dispuesto en el Decreto 1045 de 1978 y no a lo establecido en la ley 33 y 62 de 1985, de cuya aplicación está exceptuado el personal de Custodia y vigilancia del INPEC, es decir, se deben tener en cuenta los factores salariales devengados en el último año de servicios.

3.- Normativa que rige la pensión de los miembros de del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC

El Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC es un organismo integrado por personal uniformado, jerarquizado, con régimen y disciplina especiales, el cual tiene como función garantizar la seguridad al interior de los Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios.

Las labores especiales de riesgo desempeñadas por los guardias del INPEC originaron que fueran expresamente excluidos de la aplicación de la Ley 33 de 1985.

En atención a lo anterior, se expidió la Ley 32 de 1986, denominada Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia al servicio de las penitenciarias, norma que reguló todo lo relativo "al ingreso, formación, capacitación, ascensos, traslados, retiros, administración y régimen prestacional del personal de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional".

| | |
|-------------------|--|
| EXPEDIENTE: | 190013333006 2019 0037 00 |
| DEMANDANTE: | EDGAR ORLANDO BENAVIDES GUERRERO |
| DEMANDADO: | COLPENSIONES |
| MEDIO DE CONTROL: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

Para la adquisición de la pensión de jubilación de estos servidores, la norma en comento impuso como requisitos los siguientes:

“Artículo 96. Pensión de jubilación. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta su edad”.

Es claro entonces que la Ley 32 de 1986 creó un régimen especial a favor de los integrantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, el cual es benéfico pues exige como único requisito para la adquisición de la pensión de vejez haber cumplido 20 años de servicio a cualquier edad.

Posteriormente, fue expedido el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993), y allí se otorgaron facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para dictar normas con fuerza de ley, entre otros aspectos, sobre régimen salarial, prestacional y pensional del personal de seguridad al servicio del INPEC (artículo 176 ibídem), oportunidad en la que el legislador dejó expresamente consignado en el numeral 6 ibídem que las nuevas disposiciones no podían desmejorar los derechos y garantías de quienes para ese momento ya presentaban sus servicios al INPEC.

En desarrollo de las referidas facultades extraordinarias, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 407 de 1994, norma que en su artículo 168 estableció lo siguiente:

“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.

(...)

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.

(...)”.

Conforme a la norma en cita, los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC que para el 21 de febrero de 1994 (fecha de entrada en vigencia del Decreto 407 de 1994), se encontraran prestando sus servicios al INPEC tendrían derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986.

| | |
|-------------------|--|
| EXPEDIENTE: | 190013333006 2019 0037 00 |
| DEMANDANTE: | EDGAR ORLANDO BENAVIDES GUERRERO |
| DEMANDADO: | COLPENSIONES |
| MEDIO DE CONTROL: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

Por el contrario, a quienes ingresaron a laborar como guardias del INPEC con posterioridad al 21 de febrero de 1994, su pensión les será reconocida conforme a lo que dispusiera el Gobierno Nacional sobre la materia en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993.

El artículo 140 ibídem cataloga la actividad desarrollada por el Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC como de alto riesgo y dispone nuevamente que será el Gobierno Nacional quien debe expedir un régimen para este tipo de servidores, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos.

Entonces la intención del legislador con la expedición de la Ley 100 de 1993, no fue cobijar con las normas del Sistema General de Seguridad Social a los empleados públicos que desarrollan actividades de alto riesgo, sino por el contrario, fijar en cabeza del Gobierno Nacional la función de expedir un régimen más benéfico.

Sobre el particular, el Consejo de Estado en sentencia del 14 de junio de 2018, proferida dentro del proceso con número de radicación 11001-03-15-000-2017-02811-01 (AC), encontró ajustada a derecho la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, quien consideró que, para que a un empleado del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria del INPEC, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le fuera reconocida una pensión de jubilación con aplicación del régimen especial previsto en los artículos 96 de la Ley 32 de 1986 y 168 del Decreto 407 de 1994 debía acreditar las condiciones descritas en el artículo 36 de la citada Ley 100 de 1993, estas son, edad o tiempo de servicio. Criterio que también fue reiterado por el Consejo de Estado, sentencia del 22 de abril de 2010, donde sostuvo que el régimen especial previsto en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, solo resultaba aplicable a los servidores que acrediten las condiciones de edad y tiempo de servicios previstas por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De ahí que es necesario analizar la normatividad vigente al momento en que el demandante adquirió su estatus de pensionado, pues en el artículo 114 de la Ley 32 de 1986 dispuso que *“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, con el fin de aclarar que todos aquellos vinculados con anterioridad al 26 de julio de 2003 (fecha en que entró a regir el Decreto 2090 de 2003), tienen derecho a pensionarse con 20 años de servicio a cualquier edad conforme a la Ley 32 de 1986.

Es así como finalmente, el artículo 1º del Acto legislativo 01 de 2005 dispuso en lo pertinente:

“Parágrafo transitorio 5º. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2013, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y

EXPEDIENTE: 190013333006 2019 0037 00
DEMANDANTE: EDGAR ORLANDO BENAVIDES GUERRERO
DEMANDADO: COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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”.

Del recuento normativo analizado se desprende que, si bien el Decreto Reglamentario 2090 de 2003 estableció un régimen de transición especial, el Acto Legislativo 01 de 2005, que es una norma constitucional especial de superior jerarquía, lo dejó sin efecto al establecer que el único requisito para ser beneficiario de las normas pensionales establecidas en la Ley 32 de 1968 es estar vinculado antes del 28 de julio de 2003 (fecha en la que empezó a regir el Decreto 2090 de 2003).

Sobre los regímenes de transición aplicables a cierto grupo de pensionados, la Corte Constitucional desde la sentencia C-258 de 2013 se pronunció sobre el régimen de transición de los Congresistas y Magistrados de Altas Cortes, para señalar que *existe una desproporción manifiesta entre algunas pensiones reconocidas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 cuando, además, (iii) existe falta absoluta de correspondencia entre el valor de la pensión y las cotizaciones, lo cual conduce a que dicha desproporción excesiva sea (iv) financiada con recursos públicos mediante un subsidio muy elevado. Esto es, además, (v) incompatible con el principio de Estado Social de Derecho, puesto que, si bien los subsidios en regímenes especiales no son per se contrarios a dicho principio fundamental, sí lo son los subsidios carentes de relación con el nivel de ingresos y la dedicación al servicio público del beneficiario del elevado subsidio.*

Además, La Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015, fijó como regla de interpretación que el ingreso base de liquidación aplicable a los beneficiarios del régimen de transición previsto en el régimen de Ley 100 de 1993, debe ser el previsto en el régimen anterior al cual estuvieran afiliados los cotizantes, dentro de los conceptos de sostenibilidad financiera, solidaridad, equidad y justicia del sistema de pensiones.

En tanto el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, el 4 de agosto de 2010⁹ indicó que para liquidar la pensión de vejez dentro del régimen de transición de ley 100 de 1993, el IBL correspondía a la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de prestación del servicio.

Cabe anotar que la posición antes mencionada fue reiterada por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 25 de febrero de 2016¹⁰; no obstante, se dejó sin efectos en un fallo de tutela de segunda instancia emitido el 17 de diciembre de 2016, por la Sección Quinta del Consejo de Estado.

⁹ Consejo de Estado, Consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda. Expediente: 25000234200020130154101, Referencia: 4683-2013. Actor: ROSA ERNESTINA AGUDELO RINCÓN. Consejero ponente: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE.

En cumplimiento de la orden emanada en sede de tutela por parte de la Sección Quinta, la Sección Segunda, en sentencia del 9 de febrero de 2017, aunque acató la decisión impuesta por el Juez Constitucional y denegó la pretensión de reliquidación pensional, reiteró los presupuestos que rigen el régimen de transición para, una vez más sentar su postura respecto del principio de inescindibilidad.

La Sección Quinta varió de posición nuevamente acogiendo los postulados de la Sección Segunda^{11 12}.

Esta última, Sección Segunda, en su Subsección A¹³, expone nuevamente las razones que llevan a reiterar las sentencias de unificación proferidas el 4 de agosto de 2010 y el 25 de febrero de 2016, por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Sin embargo, debe aclararse que en reciente sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01, se fijó como regla general que el régimen de transición de la Ley 100, mantuvo vigentes los requisitos de las normas anteriores solo en cuanto a edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas, y el monto, pero en cuanto al IBL, expuso que el mismo se rige por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y prevé además dos subreglas.

La **primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el período para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

La **segunda subregla** -la cual se encuentra sustentada en el artículo 1º de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho- consiste en que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición, **son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.**

¹¹ Sentencia de marzo veintitrés (23) de dos mil diecisiete (2017), radicación 11001-03-15-000-2016-03366-01, actor: MARTHA NELLY BENAVIDES NOGUERA, demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO Y OTROS.

¹² Sentencia de marzo veintitrés (23) de dos mil diecisiete (2017), radicación 11001-03-15-000-2016-03366-01, actor: MARTHA NELLY BENAVIDES NOGUERA, demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO Y OTROS.

¹³ Sentencia del 5 de abril de 2017, radicación 1560-14.

| | |
|-------------------|--|
| EXPEDIENTE: | 190013333006 2019 0037 00 |
| DEMANDANTE: | EDGAR ORLANDO BENAVIDES GUERRERO |
| DEMANDADO: | COLPENSIONES |
| MEDIO DE CONTROL: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

Adicionalmente, El Consejo de Estado en sentencia de unificación **SUJ-014 -CE-S2 - 2019 del 25 de abril de 2019**, publicada el 15 de mayo de 2019, cambió la forma de liquidar las pensiones de jubilación reconocidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud de la Ley 91 de 1989 y la Ley 33 de 1985. De acuerdo con las reglas fijadas por este alto Tribunal la pensión jubilación de los docentes vinculados con el antiguo escalafón (Decreto 2277 de 1979) con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se deben liquidar con los factores salariales sobre los que haya cotizado al sistema pensional en el año anterior al estatus pensional o al retiro del servicio para la reliquidación

Bajo este orden de ideas, y en virtud de lo dispuesto por el Consejo de Estado, así como por el mandato del artículo 237-1 Superior y la sentencia C-816 de 2011, siguiendo la línea de interpretación de las altas Cortes que indica que tanto en el régimen general de ley 100 de 1993, como en los regímenes exceptuados y/o especiales, precisamente por su carácter de vinculante y obligatorio, considera el despacho que es viable extrapolar las consideraciones antes dichas al caso que hoy nos ocupan para considerar que si bien es cierto al demandante le aplica lo dispuesto en el Decreto 1045 de 1978, es del caso acreditarse que efectivamente se haya cotizado sobre los factores salariales que se pretende se reliquide la pensión.

4. Caso concreto

Lo probado en el proceso:

- Obra copia de una certificación expedida por la Subdirectora de Talento Humano del INPEC, de fecha 26 de septiembre de 2017, donde consta que el señor EDGAR ORLANDO BENAVIDES, labora en el instituto desde el 14 de agosto de 1997 y desempeña el cargo de Dragoneante.
- Mediante Resolución DPE 1392 del 3 de abril de 2019, se resolvió un trámite de prestaciones económicas indicando que la pensión se liquida según lo previene el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, no procede la IBL sobre las cotizaciones del último año de servicios, siendo aplicable el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que IBL, corresponde al promedio de los 10 años anteriores con una tasa de reemplazo del 75%. En ese orden, se modificó la Resolución No. SUB 279117 del 25 de octubre de 2018 que modificó la Resolución No. SUB 239504 del 11 de septiembre de 2018, en el sentido de reliquidar una pensión especial de vejez por desempeño de actividad de alto riesgo.
- Mediante Resolución No. 000675 del 12 de marzo de 2019, la Dirección General del INPEC aceptó la renuncia presentada por el señor EDGAR ORLANDO BENAVIDES GUERRERO, a partir del 1º de abril de 2019.
- Mediante Resolución SUB 239504 del 11 de septiembre de 2018, la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, reconoció una pensión de vejez especial por actividad de alto riesgo a favor del señor BENAVIDES GUERRERO EDGAR ORLANDO, quien nació el 4 de enero de 1977 y

EXPEDIENTE: 190013333006 2019 0037 00
DEMANDANTE: EDGAR ORLANDO BENAVIDES GUERRERO
DEMANDADO: COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

que para esa fecha contaba 41 años de edad, desempeñando el cargo de Dragoneante desde el 14 de agosto de 1997.

Sostuvo que no era posible reliquidar la prestación económica, conforme al último año de servicios por cuanto el ingreso base de liquidación no fue objeto de transición y para la liquidación del mismo debe darse aplicación a lo establecido por la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003.

- Mediante Resolución SUB 279117 del 25 de octubre de 2018, se modificó la Resolución SUB 239504 del 11 de septiembre de 2018 y en consecuencia se reliquidó una pensión especial de vejez por desempeño de actividad de alto riesgo a favor del señor EDGAR ORLANDO BENAVIDES, estableciéndose que el peticionario cumplía con los requisitos para acceder a la pensión especial INPEC Ley 32 de 1986, con fecha de status 29 de septiembre de 2017, equivalente al 75%.
- Obra copia de un reporte de factores salariales devengados mes a mes desde el año 2016 y 2017, certificando la asignación básica mensual y remuneración por servicios prestados, bajo el Decreto 1158 de 1994.

Pretende la parte demandante el reconocimiento de la pensión de vejez, teniendo en cuenta el IBL del último año de servicios y en consecuencia, se ordene a Colpensiones, a reliquidar y pagar la pensión de jubilación con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios, tales como prima de riesgo, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por recreación, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, bonificación por servicios y prima de seguridad, aplicando normas anteriores a la Ley 33 de 1985, es decir, la Ley 4 de 1966 y el Decreto 3135 de 1968.

Como quedó acreditado en el acápite de lo probado en el proceso, mediante Resolución SUB 239504 del 11 de septiembre de 2018, proferida por la entidad accionada, le fue reconocida al actor una pensión de vejez, donde se consignó el día 29 de septiembre de 2017 como fecha de adquisición del estatus de pensionado, al contar con 20 años de servicio.

Por tratarse de una actividad de alto riesgo, al actor le resultan aplicables las disposiciones de la Ley 32 de 1986, régimen especial anterior a la Ley 100 de 1993, la que como se dijo, estableció 20 años de servicio como único requisito pensional para los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia carcelaria del INPEC.

Ahora bien, para determinar el ingreso base de liquidación y el monto de la pensión, por remisión expresa del artículo 114 de la Ley 32 de 1986, debe acudir a las normas aplicables a los empleados públicos. Es decir, teniendo en cuenta que el actor es beneficiario de un régimen exceptuado, para el cálculo del monto de la pensión la entidad accionada no podía acudir al régimen general señalado en el Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, sino a las normas aplicables a los empleados públicos con anterioridad al régimen general de seguridad social, en principio las Leyes 33 y 62 de 1985.

No obstante, el inciso segundo del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 excluyó expresamente de su aplicación a los regímenes especiales.

En el presente caso, según el acto de reconocimiento de la pensión de vejez, para obtener el ingreso base de cotización, se toman los factores salariales establecidos en los artículos 18 y 19 de la Ley 100 de 1993 y artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, a través del cual se fijó el salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, señalando que estaría integrado por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) La bonificación por servicios prestados.

Es así como el demandante está exceptuado de la aplicación de la Ley 100 de 1993, por disposición expresa del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que no le son aplicables las normas del IBL del Decreto 1158 de 1994.

Entonces los servidores que quedaron amparados por el Decreto 1045 de 1978, como en el caso del accionante, se tendrán en cuenta los factores salariales devengados conforme esta norma que fueron devengados en el último año de prestación del servicio comprendido entre el 31 de marzo de 2018 y el 31 de marzo de 2019, con los factores salariales devengados en este periodo y que fueron certificados por la entidad.

Para la determinación de los factores salariales, es aplicable el contenido del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, que sobre el particular establece:

ARTICULO 45. *DE LOS FACTORES DE SALARIO POR LA LIQUIDACION DE CESANTIA Y PENSIONES. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:*

- a. *La asignación básica mensual;*
- b. *Los gastos de representación y la prima técnica;*
- c. *Los dominicales y feriados;*
- d. *Las horas extras;*

| | |
|-------------------|--|
| EXPEDIENTE: | 190013333006 2019 0037 00 |
| DEMANDANTE: | EDGAR ORLANDO BENAVIDES GUERRERO |
| DEMANDADO: | COLPENSIONES |
| MEDIO DE CONTROL: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

e. *Los auxilios de alimentación y transporte;*

f. *La prima de Navidad;*

g. *La bonificación por servicios prestados;*

h. *La prima de servicios;*

i. *Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*

j. *Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;*

k. *La prima de vacaciones;*

l. *El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*

ll. *Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968.*

En el expediente administrativo aportado por Colpensiones únicamente obra un reporte de salarios devengados mes a mes para el año 2016-2017, de conformidad con el Decreto 1158 de 1994, que certifica la asignación básica mensual y remuneración por servicios prestados, que se encuentra incluida en la lista de los factores de salario para liquidación de pensión según el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

En cuanto al sobresueldo a pesar de no estar contemplados dentro del Decreto 1045 de 1978, es un factor salarial especial para los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC conforme a lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 446 de 1994, sin embargo, solo será procedente su reconocimiento para la reliquidación de la pensión, en el evento que hubiere cotizado sobre este factor. Sin embargo, no se encontró que sobre el mismo hubiese efectuado cotización.

Respecto de la prima de riesgo el artículo 11 del citado Decreto establece que dicha prima no tiene carácter salarial, por lo que no es posible acceder a tal pedimento.

Por tanto teniendo en cuenta que en el plenario se probó que cotizó sobre la asignación básica y la remuneración por servicios prestados que hacen parte del decreto 1045 de 1978, siguiendo las subreglas en las sentencias renombradas en forma precedentes, se tiene que el monto de la pensión, el IBL es una manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones, en ese orden, al tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado aportes, no afecta

| | |
|-------------------|--|
| EXPEDIENTE: | 190013333006 2019 0037 00 |
| DEMANDANTE: | EDGAR ORLANDO BENAVIDES GUERRERO |
| DEMANDADO: | COLPENSIONES |
| MEDIO DE CONTROL: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia. Adicionalmente, se respeta la debida correspondencia en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y se asegura la viabilidad financiera del sistema.

En conclusión, el Despacho considera que debe declararse la nulidad de los actos demandados, toda vez que el reconocimiento de la pensión se liquidó según lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de los 10 años anteriores con una tasa de reemplazo del 75% y no conforme al régimen especial al cual pertenece el actor, establecido en la Ley 32 de 1986; por lo que estos empleados quedaron amparados en el Decreto 1045 de 1978, siendo del caso ordenar el reajuste de la pensión sobre los factores salariales devengados en el último año de servicios comprendido entre el 31 de marzo de 2018 y el 31 de marzo de 2019, esto es únicamente, frente a la remuneración por servicios prestados que no fue incluida en los actos administrativos demandados; factor que se encuentra en la lista del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, es decir que fue certificado por COLPENSIONES.

4.1.- De la prescripción

En el presente caso el acto de reconocimiento de la pensión de vejez a favor del actor es de fecha 11 de septiembre de 2018, según Resolución SUB 239504. Teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 125 de febrero de 2019, se tiene que han transcurrido más de tres años, por lo que no opera la prescripción en el caso concreto.

5.- De la condena en costas:

Según lo previsto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia deberá disponer "sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil". A su vez, el artículo 365 del CGP señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

En este caso, LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, fue vencida en juicio, por lo cual se le condenará en costas según las preceptivas antes mencionadas. Para tales efectos se dispondrá que por Secretaría se liquiden las costas y agencias en derecho según lo dispuesto en el artículo 366 del CGP. Las agencias en derecho se tasan en el 0,5% por ciento de las pretensiones que se acceden en la sentencia.

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYAN, administrando Justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

III.- RESUELVE:

EXPEDIENTE: 190013333006 2019 0037 00
DEMANDANTE: EDGAR ORLANDO BENAVIDES GUERRERO
DEMANDADO: COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

PRIMERO. -DECLARAR parcialmente nula parcialmente la Resolución No. SUB 239504 del 11 de septiembre de 2018, por medio de la cual se reconoció una pensión de vejez especial por actividad de alto riesgo y la nulidad de la Resolución SUB 279117 del 25 de octubre de 2018, por medio de la cual se reliquidó una pensión especial de vejez por desempeño de alto riesgo, según los argumentos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. - Como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho, ordenar a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a reliquidar y pagar las diferencias que resulten de reliquidar la pensión de vejez del señor EDGAR ORLANDO BENAVIDES GUERRERO identificado con C.C. No. 76.325.338, incluyendo en ésta además de la asignación básica; la remuneración por servicios prestados, que enlista el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, que fue devengado y certificado por el actor y sobre el cual efectuó cotizaciones al Sistema de Seguridad Social, durante el último año de servicios comprendido entre el 31 de marzo de 2018 y el 31 de marzo de 2019.

TERCERO. -Las sumas que se liquiden a favor del accionante, serán actualizadas, mes a mes por cada mesada pensional por tratarse de pagos sucesivos, conforme al artículo 187 del C.P.A.C. A. aplicando la siguiente fórmula jurisprudencial:

$$R = Rh \times \frac{\text{I.P.C. (Final)}}{\text{I.P.C. (Inicial)}}$$

CUARTO. -Declarar que no ha operado el fenómeno de la prescripción.

QUINTO. -Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO. -Condenar en costas a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a favor del parte demandante beneficiario de la condena. Por Secretaría liquidar las costas y agencias en derecho.

SÉPTIMO. - Dar cumplimiento a los artículos 187 a 195 del C.P.A.C.A. Administrativo.

OCTAVO. -Por Secretaría liquídense los gastos del proceso, y devuélvase el remanente de la suma que se ordenó cancelar por concepto de gastos ordinarios del proceso si la hubiere, dejando las constancias de rigor y una vez ejecutoriada para su cumplimiento. La Secretaría remitirá los oficios correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,

MARÍA CLAUDIA VARONA ORTIZ

EXPEDIENTE: 190013333006 2019 0037 00
DEMANDANTE: EDGAR ORLANDO BENAVIDES GUERRERO
DEMANDADO: COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Firmado Por:

**MARIA CLAUDIA VARONA ORTIZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 006 ADMINISTRATIVO POPAYAN**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

366fef3a3a0f7495b8cc13835b99b100ae769a6121dc159d60842c47ade69a4

Documento generado en 05/10/2020 10:22:36 a.m.