



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Tel. 8240802. Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, veinticuatro (24) de agosto de 2020

EXPEDIENTE: 19-001-33-33-008-2018-00198-00
ACTOR: FLOVER GERMAN GIRON BURBANO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES
M. CONTROL. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA núm. 153

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda.

El señor FLOVER GERMAN GIRON BURBANO identificado con la C. C. nro. 76.334.066, a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, formuló demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, entidad que a partir de ahora denominaremos COLPENSIONES, pretendiendo la declaratoria de nulidad de los actos administrativos a través de los cuales le fue reconocida la pensión de vejez y resueltas en forma negativa las solicitudes posteriores de reliquidación de la prestación, por cuanto en su concepto, no fueron incluidos en estos la totalidad de los factores de salario que aquél percibió en el año anterior al retiro del servicio.

Pretende el actor, a título de restablecimiento del derecho, se ordene la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores devengados durante el año preliminar a la fecha de retiro, y que se paguen las sumas adeudadas debidamente indexadas, e intereses moratorios causados por el no pago oportuno de la prestación.

Como base fáctica de las pretensiones, se indicó en la demanda que el actor cumple con los requisitos legales para ser amparado por el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, y que una vez verificado su estatus jurídico, COLPENSIONES reconoció y ordenó el pago, en su favor, de una pensión de vejez, en efecto, atendiendo lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 y al amparo de la Ley 32 de 1986 como miembro del cuerpo de custodia, empero, para efectos de la liquidación de la prestación tuvo en cuenta lo establecido en la Ley 100 de 1993, posición que se mantuvo tanto al decidirse la primera solicitud de reconocimiento pensional, como en los actos administrativos posteriores que resolvieron la vía administrativa por él impulsada tendiente a lograr la reliquidación pensional.

Sentencia NREDE núm. 153 de 24 de agosto de 2020
EXPEDIENTE: 19-001-33-33-008-2018-00198-00
DEMANDANTE: FLOVER GERMAN GIRON BURBANO
DEMANDADO: COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Como normas violadas se invocaron los artículos 2, 13, 25 y 28 de la Constitución Política. Artículo 21 del Código sustantivo del trabajo y las leyes 4 de 1966, 52 y 153 de 1887, 33 y 62 de 1985, 32 de 1986, decretos 1045 de 1978, 3135 y 1848 de 1968, 1158 de 1994 y 2090 de 2003, artículo 6.

En el concepto de violación, se argumentó que los actos demandados se encuentran viciados de nulidad por el hecho de quebrantar los preceptos constitucionales y legales anotados, por cuanto al aplicarlos de forma indebida se desatiende el concepto de salario, y se quebrantan derechos fundamentales y los principios de favorabilidad laboral, la condición más beneficiosa para el trabajador, la inescindibilidad de la norma y el amparo de los derechos adquiridos.

1.2.- La oposición por parte de COLPENSIONES.-

Asistida de mandataria judicial, COLPENSIONES contestó la demanda, en primer lugar, exponiendo la naturaleza jurídica y la representación legal de la misma, y luego aclaró que la prestación pensional fue reconocida al señor FLOVER GERMAN GIRON BURBANO conforme al IBL establecido en la ley 100 de 1993, ya que al no contemplar la Ley 32 de 1986 una forma para liquidar la prestación, se decide aplicar el artículo 21 de la citada Ley 100 de 1993, en función de los principios de unidad y progresividad.

Por lo anterior, se opuso a las pretensiones elevadas, formulando como excepciones las denominadas: inexistencia de la obligación, carencia del derecho y cobro de lo no debido; improcedencia de la indexación y la innominada.

1.3.- Recuento procesal.

La demanda fue presentada el 16 de julio de 2018 y admitida mediante auto interlocutorio núm. 692 del 23 de julio de ese mismo año, procediendo a su debida notificación.

Surtidos los traslados de la demanda y de las excepciones propuestas, mediante auto del 9 de septiembre de 2019 se programó la audiencia inicial para el 23 de julio de 2020, sin embargo, consecuencia de los ajustes normativos procesales derivados del estado de emergencia económica, social y ecológica declarado por el gobierno nacional, y atemperados a lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, por catalogarse este asunto como de puro derecho y obrar material probatorio suficiente para definir el litigio, mediante auto del 1° de julio se dispuso correr traslado de alegatos, cuyo término feneció el 22 de julio de 2020.

1.3.1.- Los alegatos de conclusión y el concepto del Ministerio Público.

A esta instancia del juicio, la parte actora puso de manifiesto que con fundamento en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, el derecho a la pensión con 20 años de servicios, sin tener en cuenta la edad, no señaló la cuantía de la pensión ni los factores que la componen, por lo que a su juicio resulta procedente acudir a otras disposiciones, como el artículo 4° de la Ley 4ª de 1966, que dispuso que a partir de su vigencia, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de las entidades de derecho público, se liquidarán y pagarán tomando como base el 75 % del promedio mensual obtenido en el último año de servicios, ello por cuanto en materia que esa normativa especial regula, no son aplicables disposiciones de tipo general, como lo establece el inciso 2° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 o la Ley 100 de

Sentencia NREDE núm. 153 de 24 de agosto de 2020
EXPEDIENTE: 19-001-33-33-008-2018-00198-00
DEMANDANTE: FLOVER GERMAN GIRON BURBANO
DEMANDADO: COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

1993, por lo que la prestación a que refiere el presente asunto debe liquidarse conforme a esa normativa especial, que corresponde al 75 % de lo devengado en el último año de servicio, al no estar cobijados por el régimen de transición de la Ley 100, sino por norma especial.

Por su parte, la defensa de la entidad accionada reiteró los argumentos y excepciones propuestos al contestar la demanda, insistiendo en que el accionante cumplía con los requisitos para ser cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pero ante la omisión normativa de La Ley 32 de 1986 respecto a la forma de liquidación de la prestaciones, 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 1993, en consecuencia, la única forma legalmente aplicable para liquidar la prestación deprecada es el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo ha considerado el Consejo de Estado en sentencia del 28 de agosto de 2018.

El Ministerio Público no emitió concepto dentro del presente asunto.

2.- CONSIDERACIONES.

2.1.- Presupuestos procesales de competencia y caducidad del medio de control.

Por la naturaleza del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la fecha de presentación de la demanda y el lugar de prestación del servicio del actor, este Juzgado es competente para conocer de este asunto en primera instancia, conforme a lo previsto en los artículos 140, 155 numeral 6 y 156 numeral 6 de la Ley 1437 de 2011.

El artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 establece la oportunidad para presentar la demanda, y tratándose del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el numeral 2.d., expresa que se deberá instaurar dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo. Empero, igualmente el mismo articulado establece que la demanda puede ser presentada en cualquier tiempo, cuando se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas, aspecto que ha sido abordado en la jurisprudencia del Consejo de Estado¹.

De acuerdo con lo expuesto, es dable concluir que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho impulsado por el señor Flover German Girón Burbano no ha caducado, atendiendo que la demanda busca la reliquidación de una prestación periódica, como lo es la pensión de vejez a él reconocida.

2.2.- Problema jurídico.

El problema jurídico se centrará en determinar si los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho, o si, por el contrario, le asiste razón al señor FLOVER GERMAN GIRON BURBANO en cuanto a que estos se encuentran viciados de nulidad por el hecho de no reconocer la reliquidación de la pensión de

¹ CONSEJO DE ESTADO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A" – C. P.: JAIME MORENO GARCÍA – sentencia del 12 de octubre de 2006 -Radicación N° 73001- 23-315- 000- 2001- 02277-01 No. Interno: 4145-05 P3.

Sentencia NREDE núm. 153 de 24 de agosto de 2020
EXPEDIENTE: 19-001-33-33-008-2018-00198-00
DEMANDANTE: FLOVER GERMAN GIRON BURBANO
DEMANDADO: COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

vejez a él reconocida, incluyendo todos los factores de salario devengados en el último año de servicios.

2.3.- Tesis.

El Despacho no accederá a las súplicas de la demanda, considerando que tanto el acto administrativo que reconoció la prestación pensional en favor del señor FLOVER GERMAN GIRON BURBANO como los que negaron la reliquidación de la misma, se encuentran ajustados a la legalidad.

2.4.- Razones de la decisión.

2.4.1- Marco jurídico.

Como fuentes del derecho para proferir esta sentencia se tendrán en cuenta: el artículo 48 de la Constitución Política y las leyes 32 de 1986 y 100 de 1993.

Y las reglas jurisprudenciales contenidas en los siguientes pronunciamientos:

- Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 28 de agosto de 2018, expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01, medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en Liquidación, en la cual en forma unificada la Corporación sentó las reglas de interpretación que debe darse al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que consagra el régimen de transición en materia pensional.
- Sentencias C- 258 de 2013, SU- 230 de 2015 y SU- 395 de 2017 de la Corte Constitucional.

2.5.- Razones de la decisión.

PRIMERA.- Lo probado en el proceso.

- El señor FLOVER GERMAN nació el 25 de octubre de 1972.
- A través de las resoluciones GNR 13417 del 21 de enero de 2015 y GNR 172806 del 11 de junio de 2015 COLPENSIONES negó al actor el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por falta de cumplimiento de requisitos legalmente previstos.
- Posteriormente, al resolver un recurso de reposición interpuesto por el actor y por acreditar el cumplimiento de los requisitos legales (1.060 semanas cotizadas y 42 años de edad), mediante la resolución nro. GNR- 283368 del 16 de septiembre de 2015 COLPENSIONES reconoció y ordenó pagar a favor del actor la pensión de vejez, quedando en suspenso su ingreso en nómina hasta tanto se verificara el retiro del servicio del mismo. Para tal fin, se tuvo en cuenta lo dispuesto en las sentencias C- 288 de 2013 y SU- 230 de 2015, de la Corte Constitucional, y el Acto Legislativo 01 de 2005, y el IBL correspondiente al 75 % del promedio de lo

devengado o cotizado durante los diez últimos años, cobijado por el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, y los factores de salario previstos en el Decreto 1158 de 1994.

- Luego, con la resolución nro. GNR 78393 del 15 de marzo de 2016 COLPENSIONES reliquidó la pensión reconocida al accionante, con una mesada pensional de \$ 1.329.716, bajo los mismos argumentos jurídicos en que se basó el reconocimiento pensional.
- Mediante la resolución GNR 191557 del 29 de junio de 2016 nuevamente COLPENSIONES reliquida la mesada pensional reconocida al señor GIRON BURBADO, en \$ 1.348.142 bajo los mismos argumentos jurídicos en que se basó el reconocimiento pensional.
- Mediante resolución GNR 241895 del 18 de agosto de 2016 se reliquida su mesada pensional en \$ 1.348.142 y se ordena la inclusión en nómina del actor, con fecha de efectividad de 1° de mayo de 2016 con una tasa de reemplazo de 75 % bajo las previsiones de las leyes 32 de 1986, 100 de 1993 y Acto Legislativo 01 de 2005.
- Mediante resolución SUB 212414 del 29 de septiembre de 2017 COLPENSIONES negó la reliquidación de la mesada pensional del actor por cuanto al realizar el estudio de la prestación con los últimos 10 años de servicio, esta no generaba valores a favor del solicitante. Además, para el año 2018 el actor percibía un monto superior al que arrojó el último estudio realizado por COLPENSIONES. Este acto administrativo fue confirmado con las resoluciones SUB 6561 del 15 de enero de 2018 y DIR 4455 del 28 de febrero de 2018 al resolver, en su orden, los recursos de reposición y apelación por el accionante interpuestos. Se insistió en que para obtener el IBL se debe dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y los factores de salario previstos en los artículos 18 y 19 de esta última, y en el Decreto 1158 de 1994.
- Durante el último año de prestación del servicio (1° de mayo de 2015 al 30 de abril 2016) el actor devengó los siguientes factores de salario: asignación básica mensual, prima de riesgo, subsidio unidad familiar, bonificación por recreación y remuneración por servicios prestados.
- El citado demandante laboró al servicio oficial desde el 4 de abril de 1994 y hasta el 30 de abril de 2016, pues la renuncia le fue aceptada a través de la resolución nro. 397 del 1° de febrero de 2016, a partir del 1° de mayo de ese año.

SEGUNDA.- La falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos.

Ahora bien, el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 establece como una de las causales de nulidad de los actos administrativos, la falsa motivación.

Sentencia NREDE núm. 153 de 24 de agosto de 2020
EXPEDIENTE: 19-001-33-33-008-2018-00198-00
DEMANDANTE: FLOVER GERMAN GIRON BURBANO
DEMANDADO: COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

"Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió..."

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 8 de febrero de 2009, expediente 15298, Consejera Ponente Dra. María Inés Ortiz Barbosa, dijo:

"(...) Sobre esta causal de anulación la Sala ha precisado que es el vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por la Administración al tomar la decisión, sean contrarias a la realidad.

La causa o motivo de los actos administrativos (elemento causal) se conforma de los fundamentos de hecho y de derecho que son los que determinan la decisión que la Administración adopta, así cuando existe falsa motivación, se entiende que la sustentación fáctica en que se apoya no corresponde a la realidad".

TERCERA.- La normatividad que rige la pensión de jubilación de los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC.

Sea lo primero precisar que el Legislador expidió el Régimen de Seguridad Social Integral contenido en la Ley 100 de 1993, en cuyo artículo 273 dispuso que el Gobierno Nacional podría incorporar a los servidores públicos a dicho régimen.

Fue así como el Gobierno nacional mediante el Decreto 691 de 1994, dispuso:

"Artículo 1º. INCORPORACIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS. Incorpórase al Sistema general de Pensiones Previsto en la Ley 100 de 1993 a los siguientes servidores públicos:

a). Los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, departamental, municipal o distrital, así como los de sus entidades descentralizadas; (...)"

Así, conforme el Decreto 2160 de 1992, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, es un establecimiento público adscrito al Ministerio de Justicia, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, es decir, que es una entidad descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional.

Del contexto legal citado en precedencia, es viable colegir que mediante el Decreto 691 de 1994 los servidores públicos del INPEC, fueron incorporados al Sistema General de Pensiones regulado en la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de abril de 1994, dado que ellos no fueron excluidos de su aplicación, según se desprende de la lectura del artículo 279 de dicha norma, por contera, a los servidores del INPEC les aplica el mencionado sistema general de pensiones.

Dicha Ley 100 de 1993, que reguló el Sistema de Seguridad Social Integral con el propósito de lograr mayor cobertura, además, derogó las normas que le fueran contrarias.

Sentencia NREDE núm. 153 de 24 de agosto de 2020
EXPEDIENTE: 19-001-33-33-008-2018-00198-00
DEMANDANTE: FLOVER GERMAN GIRON BURBANO
DEMANDADO: COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

El artículo 33 *ejusdem* modificó los requisitos para acceder a la pensión de vejez en los siguientes términos: i) tener 55 años de edad si es mujer, o 60 años si es hombre; y haber cotizado un mínimo de 1000 semanas en cualquier tiempo:

"Artículo 33. Requisitos para obtener la pensión de vejez. Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

- 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o sesenta (60) años de edad si es hombre.*
- 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1.000) semanas en cualquier tiempo".*

La Ley 797 de 2003 "Por la cual se reforman 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" modificó en algunos aspectos la Ley 100 de 1993, y respecto al tema que nos ocupa, en su artículo 9° dispuso que el artículo 33 de tal normativa sería modificado, y en consecuencia, incrementaría a 57 años para las mujeres y a 62 para los hombres la edad para acceder a esta prestación. En el mismo sentido, el número de semanas cotizadas varió, puesto que a partir del 1° de enero de 2005 aumentó en 50, y desde el 1° de enero de 2006 aumentó en 25 cada año hasta llegar a 1.300 en el 2015. Veamos:

"Artículo 9°. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

- 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.*
- 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015".*

El artículo 140 de la Ley 100 de 1993 dispuso que al Gobierno Nacional le correspondía expedir el régimen pensional 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. En dicha norma se consideró como actividades de alto riesgo "aquellas que cumplen algunos sectores tales como el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacional Penitenciaria. Todo sin desconocer derechos adquiridos".

Y si bien en cumplimiento de esta disposición se expidió el Decreto 1835 de 1994, que reglamentó las actividades de alto riesgo de los servidores públicos, no incluyó dentro de estas las desarrolladas por los servidores del INPEC, por cuanto serían objeto de regulación especial. Por lo tanto, si bien el Decreto 1835 de 1994 se ocupó de regular las actividades de alto riesgo, no aplica para las que conciernen al INPEC.

Previamente, se había expedido el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993), en el cual 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 *Ibidem*),

Sentencia NREDE núm. 153 de 24 de agosto de 2020
EXPEDIENTE: 19-001-33-33-008-2018-00198-00
DEMANDANTE: FLOVER GERMAN GIRON BURBANO
DEMANDADO: COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

oportunidad en la que el legislador dejó expresamente consignado en el numeral 6 que las nuevas disposiciones no podían desmejorar los derechos y garantías de quienes para ese momento ya prestaban 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:

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

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, sin que ese derecho y sus garantías o condiciones pudieran ser desmejoradas, a la luz de lo preceptuado en el artículo 76 de la Ley 65 de 1993.

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

Empero, el referido artículo 168 del Decreto Ley 407 de 1994, fue derogado por el Decreto Ley 2090 de 2003, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en el numeral 2º del artículo 17 de la ley 797 de 2003, y definió las actividades de alto riesgo, así:

"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".

La citada norma, consagró un régimen de transición para las personas que laboran en actividades de alto riesgo, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 6o. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto

Sentencia NREDE núm. 153 de 24 de agosto de 2020
EXPEDIENTE: 19-001-33-33-008-2018-00198-00
DEMANDANTE: FLOVER GERMAN GIRON BURBANO
DEMANDADO: COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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”.

Adviértase que el artículo 6º del Decreto Ley 2090 de 2003 dispuso que para tener derecho a la pensión en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo, los empleados deben acreditar los siguientes requisitos: i.-) Haber efectuado cuando menos 500 semanas de cotización a la fecha de su entrada en vigencia (28 de julio de 2003). ii.-) que, para adquirir la pensión, es necesario cumplir el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 y, iii.-) En su parágrafo determinó que, para poder ejercer los derechos plasmados en dicho decreto, las personas que se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán además cumplir los requisitos previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003.

Del escenario antes referido, se desprende que las personas que cumplen los presupuestos citados, tanto en el artículo 6º del Decreto ley 2090 de 2003 (500 semanas de cotización al 28 de julio de 2003), como en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (acreditar al 1º de abril de 1994, 40 o 35 años de edad según sea hombre o mujer, o 15 años de servicios), tienen derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas (1.000) 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.

Entonces, como el Decreto 1835 de 1994 no reguló lo concerniente a las actividades del INPEC, es necesario remitirse a lo previsto en el Decreto 407 de 1994 que, se itera, es el que reglamentó el régimen de personal de esa dependencia, y en cuyo artículo 168 remitió, para efectos pensionales, a lo previsto en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, que reza:

"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”.

En resumen, como el Decreto 1835 de 1994 no se ocupó de regular la actividad en el INPEC como de alto riesgo, es necesario acudir a los términos previstos en el Decreto 407 de 1994, el cual a su turno dispuso que los servidores del INPEC tienen derecho a percibir la pensión de jubilación en los términos de la Ley 32 de 1986.

Por ende, el régimen pensional del INPEC, anterior al Decreto 2090 de 2003, es el Decreto 407 de 1994, que remitió a la fórmula pensional prevista en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986.

Y para zanjar la discusión sobre el régimen aplicable, el parágrafo 5º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005 señaló el régimen de transición especial, no sin antes

Sentencia NREDE núm. 153 de 24 de agosto de 2020
EXPEDIENTE: 19-001-33-33-008-2018-00198-00
DEMANDANTE: FLOVER GERMAN GIRON BURBANO
DEMANDADO: COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

advertir que, con todo, los servidores del INPEC fueron incorporados al Sistema General de Seguridad Social, como se dijo en líneas anteriores.

En efecto, dicho Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución, en el párrafo transitorio 5º, consagró:

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

De acuerdo con la norma constitucional, la pauta determinante para que el integrante del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC esté cobijado por la Ley 32 de 1986 o el Decreto 2090 de 2003, es la fecha de la vinculación del servicio en la entidad; esto es, antes o después del 28 de julio de 2003, fecha en que entró a regir el decreto en comento.

Obsérvese entonces, que, aquellos servidores del INPEC que ingresaron a laborar antes del 28 de julio de 2003, se gobiernan por las condiciones previstas en la Ley 32 de 1986, que se traduce en el requisito de los 20 años de servicio laborado, sin miramiento de la edad; y es precisamente esto lo que constituye las garantías que no deben desmejorarse a tales trabajadores.

Finalmente, en criterio de esta jueza, las normas relacionadas deben leerse como un todo y no en forma aislada, en razón a que es claro que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 no excluyó de su aplicación a los servidores del INPEC, sino que fueron incorporados a este Sistema General de Pensiones a través del Decreto 691 de 1994, a partir del 1º de abril de 1994.

CUARTA.- Juicio de legalidad de los actos administrativos enjuiciados.

Descendiendo al caso en estudio, está acreditado que el accionante es beneficiario del régimen pensional previsto en la Ley 32 de 1986, según el párrafo 5 transitorio del acto legislativo 01 de 2005, debido a su actividad y fecha de ingreso al servicio, aspecto que no ha sido objeto de discusión por los sujetos procesales en sedes administrativa y jurisdiccional, no obstante, para efectos de obtener el ingreso base de liquidación, la entidad demandada tuvo en cuenta lo dispuesto en el régimen general de pensiones, es decir, una tasa de reemplazo del promedio de cotización durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento pensional, lo que constituye precisamente el punto de inconformidad de la demanda.

De acuerdo con lo indicado en precedencia, este Despacho limitará la materia del debate en torno a los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la prestación del actor GIRON BURBANO teniendo en cuenta que, como se ha advertido, la norma aplicada por COLPENSIONES al citado demandante en el momento del reconocimiento de su pensión de vejez, fue la Ley 32 de 1986, y la misma en ninguno de sus artículos contempló la forma de liquidación de la prestación como tampoco los factores que deben ser tenidos en cuenta para determinar el ingreso base de

Sentencia NREDE núm. 153 de 24 de agosto de 2020
EXPEDIENTE: 19-001-33-33-008-2018-00198-00
DEMANDANTE: FLOVER GERMAN GIRON BURBANO
DEMANDADO: COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

liquidación, de ahí la necesidad de analizar la normatividad nacional vigente al momento en que el demandante adquirió su estatus de pensionado, pues 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”*.

Frente a este aspecto, reiteramos que, la Ley 100 de 1993 derogó las normas anteriores que le fueran contrarias, salvo para quienes, a la vigencia de esta, cumplieran con alguno de los requisitos para hallarse en régimen de transición de su artículo 36.

De este modo, conforme al acervo probatorio, se ha logrado determinar que el demandante nació el 25 de octubre de 1972, es decir que, al 1º de abril de 1994, fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993 para los servidores públicos del orden nacional, tenía 20 años de edad, y de igual forma se observa que, aquel ingresó a trabajar en el INPEC el 4 de abril de 1994, ya encontrándose vigente la citada ley, cuyo artículo 279 no excluyó de su aplicación a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC, sino que, a través del Decreto 691 de 1994 fueron incorporados al Sistema General de Pensiones, a partir del 1º de abril de 1994, de ahí que, este sistema vigente llenaría los vacíos que pudiera tener la norma especial.

En consecuencia, si bien le resulta aplicable al actor la Ley 32 de 1986, como esta no determinó un IBL, la pensión debe liquidarse conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que reza:

"ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, 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, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo”.

Y en cuanto a los factores de salario, debemos remitirnos a lo previsto en el Decreto 1158 de 1994², como en efecto ocurrió a través de los actos demandados.

De ahí que no sea posible afirmar que se presente una falsa motivación en la expedición de los actos que resolvieron las solicitudes de reliquidación pensional, lo que conlleva a la denegación de las pretensiones de la demanda.

Habida cuenta que la excepción de “improcedencia de la indexación” se encontraba supeditada al reconocimiento de la reliquidación pensional deprecada, por sustracción

² “ARTÍCULO 1º. El artículo 6º del Decreto 691 de 1994, quedará así:

“Base de cotización”. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido 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 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”.

Sentencia NREDE núm. 153 de 24 de agosto de 2020
EXPEDIENTE: 19-001-33-33-008-2018-00198-00
DEMANDANTE: FLOVER GERMAN GIRON BURBANO
DEMANDADO: COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

de materia no hay lugar a hacer un pronunciamiento al respecto, como también de la pretensión que sería consecuencia de la prosperidad de la pretensión principal, como lo es el reconocimiento y pago de intereses.

➤ El reconocimiento de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1991.

El artículo 141 de la Ley 100 de 1991 dispone el reconocimiento de intereses moratorios como consecuencia de la mora en el pago de las mesadas pensionales, intereses que han sido entendidos como una forma de conminar a la entidad encargada de pagar las mesadas pensionales de forma oportuna, una vez se reconoce la pensión, con la finalidad de proteger a los pensionados.

Bajo ese entendido, habrá lugar al reconocimiento de intereses moratorios en caso de mora en el pago de las pensiones y que tienen como origen el fenómeno laboral de la jubilación, la vejez, la enfermedad o la sustitución por causa de muerte, sin importar bajo la vigencia de qué normatividad se le reconoce su condición de pensionado, sin embargo, su reconocimiento solo resulta procedente cuando por parte de las entidades de seguridad social, se presenta una mora en el pago de las mesadas pensionales reconocidas a favor de los pensionados.

En tal sentido, no se acredita en el presente asunto, que la entidad demandada haya incurrido en mora en el pago de la pensión reconocida al señor FLOVER GERMAN GIRON BURBANO, por lo que no es posible acceder a esta pretensión.

3.- AGENCIAS EN DERECHO Y COSTAS DEL PROCESO.

Conforme el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso. Sin embargo, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte actora, a pesar de la no prosperidad de la demanda, dado que se trata del debate de un derecho pensional.

4.- DECISIÓN.

Por lo expuesto el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar probadas las excepciones de *"inexistencia de la obligación, carencia del derecho y cobro de lo no debido"*, formuladas por la entidad demandada, según lo expuesto.

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda, conforme lo señalado en esta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas, por la razón expuesta.

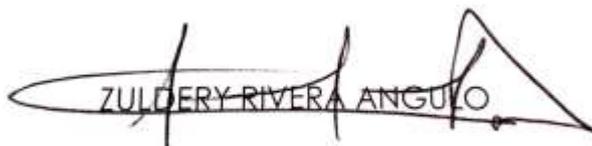
Sentencia NREDE núm. 153 de 24 de agosto de 2020
EXPEDIENTE: 19-001-33-33-008-2018-00198-00
DEMANDANTE: FLOVER GERMAN GIRON BURBANO
DEMANDADO: COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

CUARTO: Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo señalado en el artículo 295 del Código General del Proceso y el artículo 8 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020.

QUINTO: Archívese el expediente previa cancelación de su radicación, una vez cobre firmeza esta providencia. Por secretaría liquidense los gastos del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

La Jueza,



ZULDERY RIVERA ANGULO

Firmado Por:

**ZULDERY RIVERA ANGULO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 008 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:

154ed7d0853be4d3a9e55b6fea360b753ec7f9bf0cf1b644c5df184562ba06ff

Documento generado en 24/08/2020 12:43:32 p.m.