



Demandante: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional
y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP–
Demandado: Tribunal Administrativo de Bolívar y otro
Radicado: 11001-03-15-000-2023-00736-00

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

MAGISTRADA PONENTE: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., tres (3) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación: 11001-03-15-000-2023-00736-00
Demandante: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
Demandados: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR Y OTRO
Tema: Tutela contra providencia judicial.

AUTO ADMISORIO NIEGA MEDIDA CAUTELAR

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud de amparo

1. Con escrito recibido en el despacho ponente el 14 de febrero de 2023¹, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP–, actuando a través de representante judicial, presentó acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Bolívar y Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, con el fin de que sean amparados sus derechos fundamentales al “*al Debido Proceso y Acceso a la Administración de Justicia en conexidad con el principio de Sostenibilidad Financiera del Sistema Pensional*”.

2. La parte accionante consideró vulneradas dichas garantías constitucionales, con ocasión de la sentencia del 12 de mayo de 2022, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual confirmó la providencia del 19 de marzo de 2021 del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda. Lo anterior, en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado por el señor Silvino Sánchez Bonilla, con radicado N.º 13001-33-33-002-2019-00124-01.

3. Solicitó el amparo de sus garantías fundamentales y, en consecuencia, reclamó lo siguiente:

¹ La tutela fue presentada el 13 de febrero de 2023 por correo electrónico.



“(...) a. Se DEJE sin efectos las sentencias proferidas por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA Y EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR del 19 de marzo de 2021 y del 12 de mayo de 2022 dentro del proceso contencioso administrativo No. 13001-33-33-002- 2019-00124-00.

b. Se ORDENE al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, dictar nueva sentencia ajustada a derecho, esto es, revocando la sentencia del 19 de marzo de 2021 proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA para en su lugar negar las pretensiones tendientes a que se efectúe la reliquidación de la pensión de vejez con base en el promedio salarial devengado durante el último año de servicios, cuando lo que en derecho corresponde es que se efectúe sobre el promedio de los salarios cotizados durante los 10 años anteriores al reconocimiento pensional, tal como lo dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

(...).”

1.3. Solicitud de medida provisional

4. Además de lo anterior, en el libelo introductorio la accionante solicitó como medida provisional:

“(...) se SUSPENDA la ejecución de las sentencias del 19 de marzo de 2021 y del 12 de mayo de 2022, de acuerdo con los argumentos expuesto en la demanda. La anterior solicitud se presenta entre tanto se resuelve esta acción tutelar, ello para proteger el Erario evitando pagar valores que a futuro serán de difícil recuperación, en virtud del principio de buena fe.”

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

5. El Consejo de Estado es competente para conocer de la demanda presentada por la UGPP, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 86 de la Constitución Política, 37 del Decreto Ley 2591 de 1991 y el numeral 7° del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1° del Decreto 333 de 2021. Lo anterior, por cuanto la acción de tutela se dirige contra el Tribunal Administrativo de Bolívar por tanto, debe aplicarse el numeral 5° de la referida norma.

6. Igualmente, este despacho como integrante de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, es competente para pronunciarse sobre la admisión de la demanda de tutela, en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 del Código General del Proceso, aplicable al trámite del vocativo de la referencia por la remisión establecida en el artículo 2.2.3.1.1.3. del Decreto 1069 de 2015.



2.2. Caso concreto

7. Revisado el expediente, se observa que la entidad accionante solicitó como medida provisional que se suspendan, de manera inmediata, los efectos de la sentencia del 12 de mayo de 2022, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, por medio de la cual se confirmó la providencia del 19 de marzo de 2021 del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda y ordenó la reliquidación de la pensión mensual vitalicia de vejez del señor Silvano Sánchez Bonilla, teniendo en cuenta el 75% del salario promedio mensual obtenido desde el 1° de junio de 2006 hasta el 30 de junio de 2007, con la inclusión de la asignación básica mensual y las doceavas partes de la remuneración servicios prestados y la prima de servicios, con efectos a partir que se demostrara el retiro definitivo del servicio.

8. El artículo 7° del Decreto Ley 2591 de 1991 señala que, desde el momento de la presentación de la solicitud, el Juez que conoce de la acción de tutela, si expresamente lo considera necesario y urgente para proteger derechos fundamentales, puede suspender la actuación en concreto que, a juicio de la parte actora ocasiona la vulneración del derecho fundamental invocado. Así mismo, debe apreciarse fácilmente que existe una amenaza o vulneración de un derecho fundamental en razón a ella y además se debe advertir serias posibilidades de que finalmente se acceda a la protección constitucional solicitada.

9. No obstante lo anterior, al aplicar estos presupuestos jurídicos al caso concreto, con fundamento en la valoración de las razones expuestas en la demanda de tutela y en los medios de convicción que se aportaron por la accionante con el escrito tutelar, el despacho advierte que la medida provisional solicitada en sede de tutela no resulta necesaria ni urgente para garantizar el objeto del proceso y el derecho fundamental que subyace en el mismo, toda vez que no se encuentra acreditada, hasta este momento procesal, una situación de vulneración o indefensión que constituya un perjuicio irremediable o un peligro inminente para la parte actora.

10. Lo anterior en cuanto, *prima facie*, se observa que:

i) La decisión judicial demandada no contiene un error manifiesto que contradiga el orden jurídico.

ii) No existe una amenaza o vulneración que se materialice en contra de los derechos fundamentales de la entidad actora, toda vez que, hasta este momento procesal, no aparecen manifiestos los defectos argüidos por la entidad actora y que atenten contra la razonabilidad de las providencias atacadas, pues el fallo controvertido fue producto de una decisión adoptada en el trámite de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en el que se consideró que se debía confirmar parcialmente la decisión



del *a quo*, que accedió a las pretensiones de la demanda, debido a que se corroboró que al demandante le asistía derecho para que se reliquidara su pensión incluyendo todos los factores devengados en el último año de servicios y previstos en el Decreto 1045 de 1978. Lo anterior, en consonancia con la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 del Consejo de Estado.²

iii) No se advierte la existencia de un perjuicio irremediable que amerite la intervención del juez constitucional ya que el referido medio de control, de conformidad con el artículo 138 del CPACA, fue instituido, precisamente, con el fin de que toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica pueda solicitar que se nulite el acto administrativo y se le restablezca su derecho. En tal sentido, la nulidad procederá si el juez de la causa advierte que se configuró alguna de las causales plasmadas en el inciso segundo del artículo 137 de la mentada Ley, situación que aconteció en el caso.

11. En virtud de lo expuesto y al no contar este Juez Constitucional con algún medio de convicción que le permita establecer una relación de causalidad entre la decisión judicial controvertida y la supuesta vulneración irreparable de los derechos alegados por la entidad actora, resulta abiertamente improcedente ordenar el decreto de una medida provisional que implique la suspensión de una providencia, que en principio goza de presunción de legalidad.

12. En tal sentido, el término de diez días para proferir sentencia de primera instancia en sede de tutela conduce a que, al no encontrarse acreditado un perjuicio irremediable que ocasione una grave afectación a los derechos fundamentales, la parte actora deberá atenerse a la decisión que adopte el juez constitucional, sin que se vean comprometidas las garantías que invocó.

13. En conclusión, el Despacho considera que la medida provisional solicitada no resulta necesaria, puesto que no se arrimó alguna prueba que acredite que en este momento procesal exista una situación evidente de vulneración, que esté afectando las garantías de la entidad actora, aunado a que tampoco se advierte, *prima facie*, una situación de vulneración o indefensión que constituya un perjuicio irremediable.

14. En ese orden de ideas, el despacho se abstendrá de decretar la medida provisional solicitada.

² Consejo de Estado, sentencia del 28.08.2018. Rad. 52001-23-33-000-2012-00143-01. M.P. César Palomino Cortés.



2.3. Admisión de la demanda

15. Por reunir los requisitos exigidos por el artículo 14 del Decreto Ley 2591 de 1991 y de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por los Decretos 1983 de 2017 y 333 de 2021, se dispone:

PRIMERO: NEGAR la solicitud de medida provisional solicitada, por lo expuesto.

SEGUNDO: ADMITIR la demanda incoada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP–, en ejercicio de la acción de tutela.

TERCERO: NOTIFICAR la existencia de la presente acción a los magistrados del Tribunal Administrativo de Bolívar y al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, como autoridades judiciales accionadas, para que dentro del término de tres (3) días, contados a partir de la fecha de su recibo, se refieran a sus fundamentos, alleguen las pruebas y rindan los informes que consideren pertinentes.

CUARTO: VINCULAR en calidad de terceros con interés jurídico legítimo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto Ley 2591 de 1991, al señor Silvino Sánchez Bonilla, quien fue parte del proceso ordinario. Lo anterior, para que, si lo consideran pertinente, en el término de tres (3) días, contados a partir de la fecha de su recibo, intervenga en la actuación, por cuanto existe la posibilidad de resultar afectado con la decisión que se adopte.

QUINTO: REQUERIR al Tribunal Administrativo de Bolívar y al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, para que alleguen copia íntegra digital del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado N.º 13001-33-33-002-2019-00124-01, dentro del término de dos (2) días, contados a partir de la fecha de notificación del presente auto.

ADVERTIR que, de no cumplirse con el requerimiento, se utilizarán por este despacho las potestades correccionales, que le confiere el artículo 44 de la Ley 1564 de 2012.

SEXTO: REQUERIR al Tribunal Administrativo de Bolívar y al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, para que publiquen en sus respectivas páginas *web* copia digital de la demanda de tutela, de los anexos que la acompañan y de esta providencia, con el fin de que cualquier persona que tenga interés conozca de los referidos documentos y pueda intervenir en el trámite constitucional de la referencia.

SÉPTIMO: TENER como pruebas, con el valor legal que les corresponda, los documentos relacionados y allegados con la demanda.



Demandante: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional
y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP–
Demandado: Tribunal Administrativo de Bolívar y otro
Radicado: 11001-03-15-000-2023-00736-00

OCTAVO: NOTIFICAR a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en los términos y para los efectos previstos en el artículo 610 del Código General del Proceso.

NOVENO: RECONOCER PERSONERÍA para actuar, al abogado *Javier Andrés Sosa Pérez*, en calidad de representante legal de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP–, como consta en las Resoluciones de nombramiento N°. 681 del 29 de julio de 2020 y de delegación de funciones N°. 18 de 2021, obrantes en el expediente digital.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

1100.01.04

Bogotá D.C., 10 de February de 2023

Honorables Magistrados

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

CALLE 12 No. 7 - 65 PALACIO DE JUSTICIA

secgeneral@consejodeestado.gov.co

TELÉFONOS: 3506700 EXT. 2114 - 35707119

BOGOTÁ D.C.

Radicado: 202311000693231



Ref.: Acción de Tutela

Accionante: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP

Accionados: JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA Y EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Vinculado: SILVINO SÁNCHEZ BONILLA C.C. 4058899

Asunto: DEMANDA DE TUTELA

Entidad: CAJANAL

JAVIER ANDRÉS SOSA PEREZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.792.308 de Bogotá, y tarjeta profesional No. 154.673 del C. S. de la J., en mi calidad de Subdirector de Defensa Judicial Pensional y actuando en representación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, como consta en las Resoluciones de Nombramiento N°681 del 29 de julio de 2020 y de delegación de funciones No. 18 de 2021, acudo ante su Honorable Despacho con el fin interponer ACCIÓN DE TUTELA en contra del JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA Y EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, con ocasión de las sentencias del 19 de marzo de 2021 y del 12 de mayo de 2022, para que se amparen los derechos constitucionales fundamentales al Debido Proceso y Acceso a la Administración de Justicia en conexidad con el principio de Sostenibilidad Financiera del Sistema Pensional vulnerados a esta entidad, por parte de los referidos Despachos al condenar a la UGPP a efectuar la reliquidación de la pensión de jubilación sobre el 75% del salario promedio mensual percibido por el señor SILVINO SÁNCHEZ BONILLA durante el último año de servicio, lo que genera:

a.- Una evidente **VÍA DE HECHO** en consideración de los siguientes aspectos:

- Los despachos accionados ordenan reliquidar la pensión del señor SÁNCHEZ BONILLA sobre el 75% del salario promedio mensual obtenido desde el 1º de junio de 2006 hasta el 30 de junio de 2007 (último año de servicios), con la inclusión de la asignación básica mensual y las doceavas partes de la remuneración de servicios prestados y la prima de servicios, para lo cual expuso como fundamento jurídico la Ley 32 de 1986 en que atañe al requisito del tiempo de servicios para acceder al reconocimiento pensional, el artículo 4 de la Ley 4 de 1966 en lo que corresponde al cálculo de la prestación sobre el 75% del promedio salarial mensual obtenido en el último año de servicios y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 para determinar los factores salariales que serían incluidos en la liquidación.
- El párrafo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2005 de manera expresa señaló que los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional que se hubieran vinculado con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto 2090 de 2003 se

pensionarían con el régimen contenido en la Ley 32 de 1986. Este aspecto fue ratificado en el artículo 1 del Decreto 1950 de 2005.

- El señor SILVINO SÁNCHEZ BONILLA adquirió el estatus de pensionado el 2 de diciembre del 2000, en consecuencia, le era aplicable el régimen contenido en la Ley 32 de 1986 que disponía que 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.

Con respecto a la tasa de remplazo para efectos de liquidar la prestación se debía tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 4 de 1966 que señala que el porcentaje de liquidación será del 75%, no obstante, teniendo en cuenta que para la fecha en que el señor SANCHEZ BONILLA adquiere el estatus de pensionado ya se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, es decir, que la prestación del señor SANCHEZ BONILLA formaba parte del Sistema General de Pensiones, el cálculo del IBL se debía efectuar de acuerdo a lo consagrado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que señala que la liquidación de la prestación pensional se efectuará sobre 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 y, en consecuencia, los factores salariales a tener en cuenta dentro de la liquidación sería los estipulados en el Decreto 1158 de 1994.

- Los despachos accionados omiten tener en cuenta que el señor SILVINO SÁNCHEZ BONILLA, a pesar de que tenía derecho al reconocimiento pensional bajo el régimen de la Ley 32 de 1986, en lo que atañe al IBL no era procedente aplicar los criterios de dicho régimen, por las siguientes razones:

- i. Para la época en la que el señor SÁNCHEZ BONILLA adquiere el estatus de pensionado (2 de diciembre de 2000), el Sistema General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 se encontraba vigente, es decir, su prestación formaba parte de ese sistema, con mayor razón por que el Decreto 691 de 1994 disponía de forma expresa la incorporación de los servidores públicos al sistema.
- ii. El régimen consagrado en la Ley 32 de 1992, en el cual se da observancia al artículo 4 de la Ley 4 de 1966 en lo que atañe a la tasa de remplazo del 75% y a la liquidación sobre el promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios, NO prevé que la liquidación de la prestación pensional se haga con base en los factores efectivamente COTIZADOS al sistema pensional, es decir, que exista una correlación entre lo que se cotiza al sistema y el monto de la pensión.
- iii. Por su parte, el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, prevé que para calcular el Ingreso Base de Liquidación se deben tener en cuenta el promedio de los salarios **cotizados efectivamente al sistema pensional.**

Así las cosas, si bien el régimen aplicable al señor SILVINO SÁNCHEZ BONILLA es el contenido en la Ley 32 de 1986, en lo que corresponde a cálculo de la liquidación de la prestación (IBL) debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, toda vez que esta última norma prevé que

la prestación pensional debe corresponder con la realidad de las cotizaciones efectuadas durante la vida laboral del afiliado. A su vez, y por unidad de materia, los factores salariales que se deben aplicar serán los contenidos en el Decreto 1159 de 1994 que modifica el Decreto 691 de 1994, norma a través de la cual se incorporaban a los servidores públicos al Sistema General de Pensiones.

b.- Un **ABUSO DEL DERECHO** en razón a que:

- Las decisiones judiciales controvertidas en esta acción de tutela constituyen un abuso de derecho en tanto se están otorgando al señor SANCHEZ BONILLA el derecho a que la pensión de vejez sea reliquidada con base en el salario promedio mensual del devengado durante el último año de servicios, teniendo como fundamento el artículo 4 de la Ley 4 de 1966 y desconociendo que en razón a que el interesado había adquirido el derecho bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993 y que su prestación formaba parte del Sistema General de Pensiones, el cálculo del IBL se debía realizar con base en el artículo 21 ibidem, es decir, 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, en observancia a los factores salariales contenidos en el Decreto 1159 de 1994.

De esta manera, al darse aplicación a la norma equivocada, en lo que atañe al cálculo del IBL, se está generando un beneficio desproporcionado al señor SANCHEZ BONILLA que riñe con el ordenamiento jurídico, lo cual genera una afectación a los recursos del Sistema General de Pensiones, como a continuación se expone.

c- Una **GRAVE AFECTACIÓN AL ERARIO**, debido a que cumplir los fallos judiciales tiene las siguientes consecuencias:

- El reconocimiento de la reliquidación de la pensión bajo los criterios fijados por los despachos accionados, es decir, con el cálculo del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios tiene como resultado que la mesada pensional para el año 2007 corresponda a la suma de **\$1.035.733**, cuando lo que en derecho corresponde es que se liquide con base en el promedio de los salarios **cotizados** durante los último 10 años de servicios, lo cual para el año 2007 corresponde a una mesada equivalente a **\$917.868**.
- Se deberá asumir el pago de un retroactivo pensional equivalente a la suma de **\$48.945.160**.
- Se relacionan a su despacho las mesadas pensionales de cada una de las vigencias en la cual se evidencia las diferencias monetarias que debe asumir la UGPP en cada escenario:

PERIODO DE PAGO	VIGENCIA	VALOR AJUSTADO A DERECHO	VALOR MESADA FALLO	DIF. MESADA ORDINARIA
01/07/2007	ANTERIOR	\$ 917.868	\$ 1.035.733	\$ 117.865
01/12/2008	ANTERIOR	\$ 970.095	\$ 1.094.666	\$ 124.572
01/01/2009	ANTERIOR	\$ 1.044.501	\$ 1.178.627	\$ 134.126
01/01/2010	ANTERIOR	\$ 1.065.391	\$ 1.202.200	\$ 136.809
01/01/2011	ANTERIOR	\$ 1.099.164	\$ 1.240.309	\$ 141.146
01/01/2012	ANTERIOR	\$ 1.140.163	\$ 1.286.573	\$ 146.410
01/01/2013	ANTERIOR	\$ 1.167.983	\$ 1.317.965	\$ 149.983

01/01/2014	ANTERIOR	\$ 1.190.642	\$ 1.343.534	\$ 152.892
01/01/2015	ANTERIOR	\$ 1.234.219	\$ 1.392.707	\$ 158.488
01/01/2016	ANTERIOR	\$ 1.317.776	\$ 1.486.993	\$ 169.218
01/01/2017	ANTERIOR	\$ 1.393.548	\$ 1.572.496	\$ 178.948
01/01/2018	ANTERIOR	\$ 1.450.544	\$ 1.636.811	\$ 186.267
01/01/2019	ANTERIOR	\$ 1.496.671	\$ 1.688.861	\$ 192.190
01/01/2020	ANTERIOR	\$ 1.553.545	\$ 1.753.038	\$ 199.493
01/01/2021	ANTERIOR	\$ 1.578.557	\$ 1.781.262	\$ 202.705
01/01/2022	ACTUAL	\$ 1.667.272	\$ 1.881.369	\$ 214.097

Bajo este grave contexto es que la Unidad requiere de la intervención URGENTE del juez de tutela para evitar el detrimento al Sistema con el pago mes a mes de unas sumas de dinero a las que no se tiene derecho, permitiéndonos solicitar que en este caso se **DEJEN SIN EFECTOS** las decisiones contenidas en las sentencias del 19 de marzo de 2021 y del 12 de mayo de 2022 proferidas por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA Y EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, por ser contrarias a derecho.

I. DEL LITIS CONSORCIO NECESARIO

Es pertinente señalar que a esta acción constitucional debe ser vinculado el señor SILVINO SÁNCHEZ BONILLA, a quien las resultas de esta actuación le pueden afectar, debiendo ser partícipe de la relación jurídica substancial que acá se discute.

II. USO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACION Y DE LAS COMUNICACIONES

De conformidad con la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 por medio del cual se establece la vigencia permanente del Decreto 806 de 2020, en su artículo 2º se consagra que se podrán utilizar las tecnologías de la información y de las comunicaciones, cuando se disponga de los medios de manera idónea, en la gestión y trámite de los procesos judiciales y asuntos en curso, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia. Así mismo se indica que se utilizarán los medios tecnológicos, para todas las actuaciones, audiencias y diligencias y se permitirá a los sujetos procesales actuar en los procesos o trámites a través de los medios digitales disponibles, evitando exigir y cumplir formalidades presenciales o similares, que no sean estrictamente necesarias. Por tanto, las actuaciones no requerirán de firmas manuscritas o digitales, presentaciones personales o autenticaciones adicionales, ni incorporarse o presentarse en medios físicos.

Por otra parte, el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 14 señala que las solicitudes de acciones de tutela, se caracterizará por su informalidad sin perjuicio de su claridad y cumplimiento de los demás requisitos exigidos para este caso, de las tutelas contra providencia judicial, por lo que de la norma especial se desprende que no es un requisito que las demandas de tutelas deban tener la presentación personal de su apoderada judicial.

Conforme a lo anterior, de manera respetuosa solicito a su Honorable Despacho se tramite la presente acción de tutela que contra decisión judicial incoamos y que se envía a través de correo electrónico y sin la ritualidad de presentación personal, acogiéndonos, como ya se expuso, a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de Junio de 2022 por medio del cual se establece la vigencia permanente del Decreto 806 de 2020 que exonera de ese requisito ante la imperiosidad de cumplir con el requisito de inmediatez a fin que se protejan los derechos fundamentales afectados a esta Entidad, al patrimonio del Estado y al sistema de financiación pensional.

III. HECHOS

1. El señor SILVINO SÁNCHEZ BONILLA nació el 22 de mayo de 1959.
2. El último cargo desempeñado fue el de DRAGONEANTE GRADO 11 y prestó sus servicios al Estado, en el INPEC, desde el 3 de diciembre de 1980 hasta el de 30 de junio de 2007.
3. Adquirió el estatus el 2 de diciembre de 2000 al cumplir 20 años de servicio.
4. El señor SILVINO SÁNCHEZ BONILLA solicitó el 22 de diciembre de 2005 a la extinta CAJANAL el reconocimiento de una pensión de vejez en los términos de la Ley 32 de 1986, Decreto 2090 de 2003 y de la Ley 100 de 1993.
5. La extinta CAJANAL mediante la Resolución No. 30105 del 29 de junio de 2006, negó la anterior solicitud para la cual el interesado presentó tiempos de servicio del 03 de diciembre de 1980 al 11 de abril de 2005; toda vez que no reunió los requisitos del Decreto 2090 de 2003.
6. Con Resolución No. 16862 del 02 de mayo de 2007, CAJANAL resuelve recurso de reposición interpuesto contra la anterior resolución. De conformidad con el artículo 10 y 96 de la Ley 32 de 1986, parágrafo 5° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005 y teniendo en cuenta que el peticionario ingresó al INPEC antes de la vigencia del decreto 2090 de 2003 y cuenta con más de 20 años de servicio, fue procedente reconocer una pensión de vejez efectiva a partir del 01 de enero de 2005, condicionada a demostrar retiro definitivo del servicio para su disfrute; con el 75% sobre el salario promedio del último año de servicios (entre el 01 de enero de 2004 y el 30 de diciembre de 2004), con los factores contemplados en el Decreto 1158 de 1994. Revocando la resolución recurrida.
7. Posteriormente, con la Resolución 32327 del 15 de julio de 2008, CAJANAL reliquidó la prestación con el 75% sobre el salario promedio de 6 años 8 meses 2 días, entre el 29 de octubre de 2000 y el 30 de junio de 2007, incluyendo los factores de asignación básica, bonificación servicios prestados, sobresueldo y prima de riesgo; en cuantía de \$917.868.82, efectiva a partir del 1 de julio de 2007, condicionada a retiro definitivo del servicio.
8. Inconforme con la decisión adoptada por la administración, el señor SILVINO SÁNCHEZ BONILLA acude a la jurisdicción contenciosa administrativa con la finalidad de que se declare la nulidad de la Resolución 32327 del 15 de julio de 2008 y en su lugar se ordene la reliquidación de la pensión de vejez, teniendo en cuenta el promedio de los salarios percibidos durante el último año de servicios.
9. Mediante el fallo del 19 de marzo de 2021 el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA accede a las pretensiones de la demanda, y DECLARA la nulidad parcial de la Resolución No. 32327 de fecha 15 de Julio de 2008 proferida por la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL CAJANAL, y a título de restablecimiento del derecho, ORDENAR a la NACIÓN — UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y DE CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL - UGPP, reliquidar la pensión mensual vitalicia de vejez del señor SILVANO SANCHEZ BONILLA, teniendo en cuenta el 75% del salario promedio mensual obtenido desde el 1° de junio de 2006 hasta el 30 de junio de

2007, con la inclusión de la asignación básica mensual y las doceavas partes de la remuneración servicios prestados y la prima de servicios, y con efectos a partir que se demuestre el retiro definitivo del servicio.

10. La anterior decisión fue recurrida por la UGPP, y a través de la sentencia del 12 de mayo de 2022 proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR se confirmó la sentencia del 19 de marzo de 2021.
11. El anterior fallo quedó ejecutoriado el 14 de octubre de 2022.
12. Se indica a su despacho que la obligación impuesta a la UGPP, en virtud de la sucesión de la extinta CAJANAL, permite que sea esta Unidad sea la encargada de cumplir las sentencias controvertidas, advirtiéndose que aún no se ha realizado el reajuste ordenado por los despachos por ser abiertamente ilegal y contrario a derecho y del cual debía operar la figura de la compartibilidad.

IV. NATURALEZA DE LA UGPP

La UGPP, fue creada en virtud de la Ley 1151 de 2007, como una entidad del orden nacional con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio independiente, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuyo objeto está el de reconocer y administrar los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del orden nacional causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como el de aquellos servidores públicos que hayan cumplido el tiempo de servicio requerido por la ley para acceder a su reconocimiento y se hubieren retirado o desafiliado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin cumplir el requisito de edad señalado, con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras. De igual manera, le corresponderá la administración de los derechos y prestaciones que reconocieron las mencionadas administradoras y los que reconozca la Unidad.

Bajo este contexto la UGPP, es la entidad competente para incoar la presente acción constitucional, en aras de que sean protegidos los derechos fundamentales deprecados que generan afectación al erario de la Nación.

V. ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES QUE PONGAN FIN A UN PROCESO

Como quiera que en el presente caso se atacan decisiones judiciales dictadas en un proceso contencioso administrativo y acorde con lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-590 de 2005 se deben cumplir unos requisitos generales y otros específicos para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, motivo por el cual ésta Unidad se permite señalarlos y emitir pronunciamiento frente a cada uno de ellos con el fin de que su despacho declare la **procedencia** de esta acción de tutela protegiendo los derechos fundamentales de esta Entidad y, como consecuencia, se dejen sin efecto las sentencias judiciales del 19 de marzo de 2021 y del 12 de mayo de 2022, por las siguientes razones:

1.- REQUISITOS GENERALES PARA ESTABLECER LA PROCEDENCIA DE LA PRESENTE ACCIÓN:

Conforme lo dispuso la Corte Constitucional en sentencia C-590 del ocho (8) de junio de dos mil cinco (2005), señaló, entre otros, los siguientes requisitos generales de procedencia y de procedibilidad contra providencias judiciales que para el caso concreto son los siguientes:

a. QUE LA CUESTIÓN QUE SE DISCUTE TENGA RELEVANCIA CONSTITUCIONAL.

La presente acción de tutela adquiere relevancia constitucional, en cuanto se discute la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración, pero además se ha generado una ostensible vía de hecho con lo cual se atenta contra la Carta Política y los fines propios del Estado Social de Derecho, con ocasión de las decisiones adoptadas por el **JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA Y EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** el 19 de marzo de 2021 y del 12 de mayo de 2022, respectivamente, con las cuales se ordenó reliquidar la pensión de vejez del señor SILVINO SÁNCHEZ BONILLA con base en el promedio de los salarios percibidos durante **el último año de servicios**, desconociendo que la prestación se causó bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, que hace parte y se paga con los recursos del Sistema General de Pensiones, por lo que, en lo que atañe al IBL, se debió dar observancia al artículo 21 ibidem, en el cual se determina que la prestación debe ser liquidada con base en el promedio de los salarios sobre los que se hubiera **cotizado** durante los últimos 10 años de servicios, aspecto que generó que la pensión del interesado se viera incrementada y así esta entidad deba asumir las diferencias que a juicio de los despachos accionados dejaron de pagarse al señor SANCHEZ BONILLA, así como el incremento de las mesadas que serán pagadas a futuro.

De esta manera, existe relevancia constitucional en razón a que con las decisiones judiciales objeto de controversia se está poniendo en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, pasando por alto una de las obligaciones que la Constitución Política, en su artículo 48, impone al estado colombiano, esto es garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema. Como consecuencia de ello hace que esta acción constitucional de amparo tenga plena relevancia constitucional que requiere la intervención URGENTE del juez constitucional a fin de que se salvaguarde en debida forma dicho derecho fundamental.

b. QUE NO EXISTA OTRO MEDIO DE DEFENSA EFICAZ E INMEDIATO QUE PERMITA PRECAVER LA OCURRENCIA DE UN PERJUICIO IRREMEDIABLE

- FRENTE AL AGOTAMIENTO DE LOS MEDIOS ORDINARIOS DE DEFENSA JUDICIAL

Para el caso que hoy se pone de presente ante esa Corporación se observa que esta causal de procedencia de la acción constitucional para la UGPP está acreditada, ya que, en contra de la sentencia del 19 de marzo de 2021 proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, fue interpuesto el recurso de apelación, el cual fue resuelto por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, mediante la sentencia del 12 de mayo de 2022.

- FRENTE AL AGOTAMIENTO DE LOS MEDIOS EXTRAORDINARIO DE DEFENSA JUDICIAL

Es del caso indicar que con respecto al recurso de casación este no era procedente, con ocasión de la cuantía del proceso laboral ordinario, debido a que las pretensiones ni la condena superan los 120 SMLMV a que hace referencia el artículo 86 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

De otra parte, ante la grave irregularidad que se da en detrimento del Erario, por la orden de reliquidar la pensión de vejez del señor SÁNCHEZ BONILLA con base en el promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios y no con base en los últimos 10 años de servicio, se debe asumir el pago de la diferencia de valores resultante entre la mesada que se venía pagando y la que reliquidaron

los despachos accionados y que aumentó su valor, tal como se expuso en el acápite del perjuicio irremediable, debiendo asumir además el pago de un retroactivo que asciende a la suma de \$48.945.160, aspectos que nos permite acudir a esta vía excepcional como el medio principal, pertinente y eficaz para evitar dicho pago al cual no se tiene derecho, derivado de una errada interpretación de las normas que regulan la procedencia del reajuste de pensión de jubilación.

Así las cosas, es claro que ante la gravedad de la orden judicial hoy controvertida la Unidad puede utilizar la facultad extraordinaria otorgada por el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y la sentencia SU 427 de 2016, esto es, acudir a la acción de tutela como el medio principal para proteger el Erario, aun cuando exista otro medio de defensa, pues como se ha establecido, la UGPP busca en este caso evitar pagar unas sumas de dinero superiores a las cuales el causante no tiene derecho.

Así mismo debe indicarse al H. Magistrado que ante la seria irregularidad descrita, el recurso extraordinario de revisión NO es **el medio eficaz** para evitar la consumación del perjuicio irremediable que se ocasiona al erario y el sistema pensional, porque no admite medidas provisionales, generándose que aun cuando se interponga se debe cumplir las órdenes judiciales del 19 de marzo de 2021 y del 12 de mayo de 2022, esto es, reliquidar la prestación pensional con base en criterios jurídicos que no le son aplicables y que benefician de forma desproporcionada al señor SILVINO SÁNCHEZ BONILLA. En razón a lo anterior la acción de tutela resulta el medio principal para proteger el Erario, aun cuando exista otro medio de defensa, por ser éste también un derecho fundamental como así lo ha reconocido, entre otros, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del **26 de febrero de 2020, en la acción de tutela Rad. 11001020500020200023300** donde señaló:

*“(...) Recuérdese que el **patrimonio público**, a pesar de no encontrarse enlistado en el título I de la Constitución Política de Colombia, **sí es un derecho fundamental**, como quiera que sin él fuese imposible la realización de los fines del Estado y la garantía de los derechos sociales y colectivos de los ciudadanos.*

En efecto, los derechos fundamentales no son solo aquellos que aparecen al principio de la Constitución o reconocidos expresamente como tales, pues a lo largo del texto constitucional, se incluyen otros que también tienen ese carácter, tal es el caso del derecho a la salud o a la integridad del patrimonio público, caracterizados por su protección directa y posibilidad de reivindicación.

Precisamente, el patrimonio público es uno de esos derechos que sin estar reconocido expresamente como fundamental, tiene tal carácter, en cuanto de él pende el desarrollo de los cometidos estatales y, más aún, de la supervivencia de la organización política. De allí que la protección de su integridad, como bien de todos y cada uno, constituye una obligación y un compromiso ciudadano de insoslayable observancia. (...)”
(Negrilla fuera del texto).

Conforme a lo anterior y como quiera que esta Unidad invoca la presente tutela para proteger el Patrimonio Público, permitiéndonos acudir, en forma excepcional a la protección constitucional, como así lo ha permitido la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia **T 494 de 2018** donde en protección del Sistema se faculta acudir en forma directa a este tipo de acciones bajo los siguientes términos:

*“(...) Como consecuencia del abuso del derecho evidenciado, es necesario tener en cuenta que se impuso el pago de prestaciones económicas a cargo del erario cuya ejecución afecta el patrimonio público. **De esta manera, la acción de tutela se constituye en el mecanismo idóneo para evitar la configuración de un***

perjuicio irremediable que afecte directamente las finanzas del Estado. A esta conclusión se llega en el presente asunto, si se tiene en cuenta la repercusión que traería el hecho de revocar la sentencia de tutela revisada para declararla improcedente y exigir que la UGPP ejerza el recurso extraordinario de revisión: En este evento, tendría que expedirse un nuevo acto administrativo que reconozca a la señora (...) una mesada pensional (...), hasta tanto se cumpla el trámite del recurso, o se acuda nuevamente, por vía de tutela al juez constitucional, época para la cual ya se habrían pagado importantes mesadas que, si bien no resultan tan cuantiosos los incrementos como en otros casos analizados por esta Corte, es evidente que afectan notoriamente las finanzas del Estado, dado que estos dineros que se giren a la beneficiaria durante todo este tiempo resultarían irrecuperables, puesto que se adquieren bajo un justo título en aplicación al principio de buena fe, contenido en los artículos 58 y 83 de la Constitución Política (...)" Negrilla de la Unidad

- FRENTE AL PERJUICIO IRREMEDIABLE

Ahora bien, frente a la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales la Corte Constitucional en varias de sus sentencias ha señalado que el perjuicio irremediable se configura cuando:

"dadas las circunstancias del caso en particular se constate que el (...) iii) daño es cierto e inminente, esto es, que no se debe a conjeturas o especulaciones, sino que se halla sustentado en la apreciación razonable de hechos reales y apremiantes; iv) que involucra gravedad, desde el punto de vista de su incontrastable trascendencia y de la naturaleza del derecho fundamental que lesionaría; y v) de urgente atención, en el sentido de que sea necesario e inaplazable precaverlo o mitigarlo, evitando que se consume una lesión antijurídica de connotación irreparable".

Bajo este contexto, la Unidad, está buscando con esta tutela la protección del Erario y del Sistema Pensional que se ve afectado con la orden impartida por JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA Y EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR que hoy genera el perjuicio irremediable del que trata la Corte Constitucional como requisito de procedencia de este tipo de actuaciones configurado así:

- El **DAÑO** se ocasionó con las órdenes emitidas por los despachos accionados dentro del proceso contencioso administrativo No. 13001-33-33-002-2019-00124-00 en donde:
 - Los despachos accionados ordenan reliquidar la pensión del señor SÁNCHEZ BONILLA sobre el 75% del salario promedio mensual obtenido en el último año de servicios, incluyendo los factores contenidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, desconociendo que, en razón a que el interesado acreditó el estatus de pensionado bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993 y su prestación formaba parte del Sistema General de Pensiones, la liquidación de la prestación (IBL) se debía calcular sobre los salarios cotizados al sistema durante los últimos 10 años y con los factores salariales a los que hace referencia el Decreto 1158 de 1994.
- En cuanto a la **GRAVEDAD** del perjuicio, este se concreta en que a hoy la UGPP deba pagar:
 - Una mesada pensional que, de acuerdo a las órdenes judiciales controvertidas, para el año 2022, es equivalente a la suma de **\$1.881.369**, sin embargo, el valor que se debería pagar y que se encuentra ajustado a derecho, es la suma de **\$1.667.272**, es decir, que para el año 2022 existe una diferencia de **\$214.097**, valores de más que se deben pagar al señor SÁNCHEZ BONILLA de forma vitalicia.

- o Además, dicha diferencia debe ser asumida desde el año 2007, en este sentido, por concepto de retroactivo se debe asumir el pago de **\$48.945.160.**

Situaciones que hacen que el perjuicio sea cierto e inminente.

- La solicitud de protección de los derechos fundamentales es de **URGENTE** atención si se tiene en cuenta que el cumplimiento de las decisiones controvertidas genera que mes a mes, y de forma vitalicia, se pague una prestación con un reajuste que ya se había efectuado y que como consecuencia de ello se le genere un retroactivo lo que hace que en la presente tutela se requiera su INTERVENCIÓN para dejar sin efectos ese perjuicio y así proteger el Erario.

Debe advertirse a su despacho que la Unidad incoa esta acción con fundamento en las funciones otorgadas por la Constitución Política de 1991 en cabeza de las Entidades Públicas, en especial aquellas que administran recursos del Estado, de proteger dichos recursos con los cuales se pagarán las pensiones no solo de los que actualmente ostentan este derecho sino de aquellos que están pendientes por su reconocimiento y que se ven afectados con órdenes irregulares contrarias a derecho, como la que se da en el presente caso, motivo por el cual se incoa esta acción constitucional con el fin de que su estrado judicial analice la situación de fondo y se acceda a lo pretendido por la Unidad.

c. QUE SE CUMPLA EL REQUISITO DE LA INMEDIATEZ, ES DECIR, QUE LA TUTELA SE HUBIERE INTERPUESTO EN UN TÉRMINO RAZONABLE Y PROPORCIONADO A PARTIR DEL HECHO QUE ORIGINÓ LA VULNERACIÓN.

Al respecto, la Jurisprudencia constitucional ha establecido que el ejercicio de la acción de amparo debe realizarse, de manera general, dentro de un término razonable para su procedibilidad que, en principio, es de seis (6) meses contados a partir desde la data del hecho generador. Al respecto, en sentencia T 357 de 2014 la Corte Constitucional esbozó:

“En virtud de la naturaleza de protección inmediata que reviste la acción de tutela, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que si bien no existe un plazo determinado por el legislador, la esencia misma del amparo conlleva a concebir su ejecución dentro de un plazo razonable que exponga el apremio del accionante. En esta medida, esta Corte ha establecido un término de seis meses como plazo razonable para este análisis, aunque el mismo no es absoluto debido que a que debe tenerse en cuenta las condiciones de particularidad, vulnerabilidad y especificidad de cada caso”.

En consideración a lo anterior, este requisito se encuentra superado en razón a que las sentencias que hoy se controvierten en esta acción de tutela, quedaron ejecutoriadas el **14 de octubre de 2022**, lo que hace que entre esta fecha y la presentación de la tutela no hubieren trascurrido los 6 meses que la Corporación constitucional ha determinado como plazo máximo para incoar este tipo de actuaciones constitucionales.

d. CUANDO SE PRESENTE UNA IRREGULARIDAD PROCESAL

Para el caso en concreto es evidente la adecuación de esta exigencia, como quiera que en el desarrollo del proceso contencioso administrativo No. 13001-33-33-002-2019-00124-00 se desconocieron parcialmente las normas que debían aplicarse al caso, esto es el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 (IBL 10 últimos años) y el Decreto 1158 de 1994 (factores salariales), sin embargo, en su lugar, se aplicaron la Ley 4 de 1966 (liquidación con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicio) y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (factores salariales), lo que genera que se deba pagar una mesada superior a la que se venía pagando al señor

SILVINO SÁNCHEZ BONILLA, que para el año 2022 representa una diferencia mensual de **\$214.097**, valores que de forma vitalicia se deben asumir, pero además, un retroactivo por la suma de **\$48.945.160**.

Situaciones que nos permite acudir al juez de tutela para que, en protección del Erario, acceda a DEJAR SIN EFECTOS las sentencias del 19 de marzo de 2021 y del 12 de mayo de 2022.

e. LA PARTE ACCIONANTE DEBE IDENTIFICAR LOS HECHOS QUE GENERARON LA VULNERACIÓN DE SUS DERECHOS FUNDAMENTALES

Tal situación se encuentra claramente narrada en el acápite que recibe el mismo nombre y se resumen en la vía de hecho en que incurrió el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA Y EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR al ordenar reliquidar la pensión de vejez del señor SILVINO SÁNCHEZ BONILLA teniendo en cuenta el promedio de salarios devengados durante el último años de servicios y con los factores salariales señalados en el Decreto 1045 de 1978, cuando lo que en derecho corresponde en el caso del señor SANCHEZ BONILLA, es que su prestación fuera liquidada sobre los salarios cotizados al sistema durante los últimos 10 años de servicios y con base en los factores salariales consagrados en el Decreto 1158 de 1994 , situación que genera que hoy podamos solicitar a su despacho dejar sin efectos las decisiones del 19 de marzo de 2021 y del 12 de mayo de 2022, por ser irregulares y contrarias al ordenamiento jurídico lo que a su vez genera un grave detrimento del patrimonio del Estado por el pago de la prestación mes a mes como de su retroactivo al que no se tiene derecho.

f. QUE NO SE TRATE DE SENTENCIAS DE TUTELA, PORQUE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES NO PUEDE PROLONGARSE DE MANERA INDEFINIDA

La vulneración de derechos fundamentales sometida a estudio proviene de las decisiones dictadas por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA Y EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, dentro del proceso contencioso administrativo No. 13001-33-33-002-2019-00124-00, lo que hace que este requisito esté superado.

2.- ADECUACIÓN DE REQUISITOS ESPECIALES PARA ESTABLECER LA PROCEDIBILIDAD DE LA PRESENTE ACCIÓN

Ahora en lo que respecta a los requisitos de procedibilidad o especiales del amparo tutelar contra sentencias judiciales, la misma sentencia C-590 del 8 de junio de 2005, reiterada en la sentencia SU-198 de 11 de abril de 2013 de la Honorable Corte Constitucional, estableció:

“...Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

(...)

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales[10] o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado[11].

i. Violación directa de la Constitución. (...)"

Bajo este panorama es viable afirmar que, en el presente asunto, se configura las causales especiales de procedibilidad denominadas defectos: fáctico, material o sustantivo y desconocimiento del precedente jurisprudencial, tal como se pasan a desarrollar a continuación:

DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO

La Corte Constitucional en sentencia T-546 del 21 de julio de 2014. MP Gloria Stella Ortiz Delgado se refirió a este tipo de defecto así:

"(...)

Esta Corporación ha caracterizado este defecto como la existencia de una falencia o yerro en una providencia judicial, originada en el proceso de interpretación y aplicación de las disposiciones jurídicas al caso sometido al conocimiento del juez. Para que el defecto dé lugar a la procedencia de la acción de tutela, debe tratarse de una irregularidad de alta trascendencia, que lleve a la emisión de un fallo que obstaculice o lesione la efectividad de los derechos constitucionales.

(...)

Frente a la configuración de este defecto puede concluirse que, si bien es cierto, los jueces dentro de la esfera de sus competencias, cuentan con autonomía e independencia judicial para interpretar y aplicar las normas jurídicas, dicha facultad no es en ningún caso absoluta. Por tratarse de una atribución reglada, emanada de la función pública de administrar justicia, la misma se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido y, principalmente, por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho. (Negrilla por fuera del texto original)

10. *Para la Corte, la independencia y autonomía del juez al interpretar la legislación no son absolutas, pues el carácter normativo de la Constitución (artículo 4º C.P.), la obligación de dar eficacia a los derechos fundamentales (artículo 2º C.P.), la primacía de los derechos humanos, (artículo 5º C.P), el principio de legalidad contenido en el derecho fundamental al debido proceso (artículo 29) y la garantía al acceso a la administración de justicia (artículo 228 C.P) comportan la vinculación de todos los poderes y autoridades públicas a los cánones superiores, y activan la competencia del juez constitucional cuando los preceptos de la norma superior son amenazados o menoscabados por la autoridad judicial, al incurrir en una interpretación abiertamente impertinente".*

Bajo los anteriores presupuestos, la Corte ha señalado que una autoridad judicial puede incurrir en defecto sustantivo por interpretación irrazonable, en al menos dos hipótesis:

i).- Cuando le otorga a la disposición jurídica un sentido y alcance que ésta no tiene.

ii).- Y cuando le confiere a la disposición infraconstitucional una interpretación que en principio resulta formalmente posible a partir de las varias opciones que ofrece, pero que en realidad contraviene postulados de rango constitucional o conduce a resultados desproporcionados.

Previo a sustentar la existencia del defecto material y sustantivo, es del caso poner en contexto el marco jurídico aplicable a la pensión de vejez para los trabajadores del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional – INPEC.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

La Ley 32 de 1986, adoptó el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, definiendo su campo de aplicación en el artículo primero expresando que la misma regularía todo lo relativo al ingreso, formación, capacitación, ascensos, traslados, retiros, administración y régimen prestacional del citado personal.

En el artículo 10 de la citada norma, señala que el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional - INPEC, estaría compuesto por oficiales, suboficiales y guardianes, quienes dependen directamente del Comando de Vigilancia de la Dirección General de Prisiones. Y quienes partiendo de lo estipulado en el artículo 3 ibídem, son empleados públicos.

Por tanto, el régimen pensional aplicable para los empleados del INPEC depende de las labores o funciones que desarrollen, esto es, un régimen especial para los empleados que se encuentran expuestos a alto riesgo por hacer parte del cuerpo de custodia y vigilancia de la población carcelaria. En este sentido, el artículo 6 de la Ley 32 de 1986 dispuso:

“...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...”

Teniendo en consideración que la Ley 32 de 1986 no reguló lo atinente a la tasa de remplazo de la pensión a que hace referencia el artículo 96 ibídem, es dable acudir a los dispuesto por el artículo 4 de la Ley 4 de 1966, que dispuso lo siguiente:

“A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.”

Es del caso señalar que la expresión “del promedio mensual obtenido en el último año de servicios” no se ajusta a los criterios del nuevo Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, en tanto, no tiene en cuenta las cotizaciones efectivas que se hubieran realizado al sistema para que con base en ellas se pueda calcular el valor de la pensión, aspecto que sí fue previsto por el artículo 21 de la Ley 100, a saber:

*“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” (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

La Ley 100 de 1993 dispuso en su artículo 140 lo siguiente:

“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, a través del **Decreto 2090 de 2003**, expidió el régimen pensional para los trabajadores que desarrollas actividades de alto riesgo, determinando como una de ellas la actividad de custodia y vigilancia prestada por el personal del INPEC, a saber:

“...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...”*
(Negrilla fuera de texto)

El Acto Legislativo 01 de 2005, artículo 1, párrafo transitorio 5, dispuso que el régimen aplicable para los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria que hubieren ingresado con anterioridad de la entrada en vigor del Decreto 2090 de 2003, será el establecido en la Ley 32 de 1986:

*“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**”* Subrayado y negrilla fuera de texto)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA EXISTENCIA DEL DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO

De cara a la realidad procesal es claro que en el presente caso este defecto se configura con las decisiones judiciales del 19 de marzo de 2021 y del 12 de mayo de 2022, proferidas en el proceso contencioso administrativo No. 13001-33-33-002-2019-00124-00, en razón a que la decisión de reliquidar la pensión del señor SILVINO SÁNCHEZ BONILLA teniendo en cuenta el promedio de salarios devengados durante el último año de servicios, de conformidad con lo establecido por el artículo 4 de la Ley 4 de 1966, incluyendo los factores salariales relacionados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, no se ajusta al ordenamiento jurídico, en consideración de los siguientes aspectos:

1. El Acto Legislativo 01 de 2005 en el artículo 1, párrafo transitorio 5, dispuso que a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional que hayan ingresado con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto 2090 de 2003, les sería aplicable el régimen pensional anterior, contenido en la Ley 32 de 1986. Aspecto fue ratificado en el artículo 1 del Decreto 1950 de 2005.

2. En este sentido, debido a que el señor SILVINO SÁNCHEZ BONILLA adquirió el estatus pensional el 2 de diciembre de 2000, el régimen aplicable para efectos pensionales era el contenido en la Ley 32 de 1986, el cual contempla el derecho de adquirir una prestación pensional cuando se acrediten 20 años de servicios continuos o discontinuos sin tener en cuenta la edad.
3. Es del caso señalar que debido a que régimen de la Ley 32 de 1986 no contenía disposiciones que señalaran la tasa de remplazo (%) ni la forma de liquidarla, el artículo 4 de la Ley 4 de 1966 suple el vacío en lo que se refiere a la tasa de remplazo o porcentaje de liquidación, toda vez que dispone que el monto de la prestación será del 75%.
4. Ahora, si bien el artículo 4 ibidem señala que el monto de la prestación será del 75% del promedio obtenido **durante el último año de servicios**, debe tenerse presente que el señor SILVINO SÁNCHEZ BONILLA antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 aún no había acreditado el estatus de pensionado, estatus que adquirió sólo hasta el 2 de diciembre de 2000, es decir, que el derecho al reconocimiento de la pensión de vejez se causó bajo la vigencia del Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 y por lo tanto los recursos con los que se asume el pago de la prestación pensional provienen de este Sistema.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 140 de la Ley 100 de 1994 previó la expedición de un régimen para las actividades de alto riesgo de los servidores públicos, dentro de los cuales estaba incluido el cuerpo de custodia y vigilancia nacional penitenciaria. A su turno, el Decreto 691 de 1994 dispuso la incorporación de los servidores públicos al Sistema General de Pensiones y en su artículo 5 disponía que *“los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo para su salud se entienden incorporados al sistema general de pensiones”*. Si bien, el artículo 5 ibidem fue derogado posteriormente por el Decreto 2090 de 2003, este mantuvo vigencia hasta tanto el señor SILVINO SÁNCHEZ BONILLA adquirió el estatus de pensionado (2 de diciembre de 2000).

En este sentido, la liquidación de la pensión debe guardar correspondencia con los principios del Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, es decir, que si bien en el caso del señor SANCHEZ BONILLA la tasa de remplazo debe garantizarse en un 75%, tal como lo disponía el régimen anterior, con respecto al Ingreso Base de Liquidación era necesario dar observancia a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100, esto es, que para liquidar la pensión se debía tener en cuenta el promedio de los salarios cotizados durante los últimos 10 años por el afiliado.

5. Los despachos accionados desconocen que con la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 se genera un vacío normativo en lo que atañe al cuerpo de custodia y vigilancia nacional penitenciaria, toda vez que si bien la Ley 32 de 1986 contenía el régimen pensional para este personal, al momento en que se expide la Ley 100, en su artículo 140, se asignan competencias al Gobierno Nacional para que expida el régimen pensional de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, pero a su vez son incorporados al Sistema General de Pensiones (artículo 5 del Decreto 691 de 1994). Sin embargo, sólo 10 años después, con la expedición del Decreto 2090 de 2003, se fija el régimen de los trabajadores que desempeñan sus funciones en actividades de alto riesgo.

En este sentido, en el caso de los trabajadores del cuerpo de custodia y vigilancia nacional penitenciaria, en razón a los cambios normativos que se presentaron desde 1986 hasta el año 2003, terminan segmentados en tres grupos, y en cada uno de estos grupos existen condiciones diferenciales bajo

las cuales se pensiona el trabajador atendiendo principalmente a la fecha en que se adquiere el derecho, a saber:

PRIMER GRUPO

Este está conformado por aquellas personas que hubieran adquirido su estatus de pensionados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que tenían derecho a que la prestación pensional fuera reconocida en virtud del régimen contenido en la Ley 32 de 1986 y demás normas concordantes, es decir, que el tiempo de servicios (20 años), la tasa de remplazo (75%) y la liquidación sobre el **promedio mensual obtenido** durante el último año de servicios, serán tenidos exclusivamente en lo señalado por el régimen en mención.

SEGUNDO GRUPO

Está constituido por aquellas personas que adquirieron su estatus de pensionado después de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 y antes de la expedición del Decreto 2090 de 2003.

El primer aspecto para señalar de este grupo es que estaban cobijados bajo el nuevo Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, tal como lo había dispuesto el artículo 5 del Decreto 691 de 1994, sistema que se funda bajo los principios de universalidad, eficiencia, solidaridad, integralidad, unidad y participación, y que cuyo objetivo es que las prestaciones pensionales reflejen la realidad de la vida laboral del pensionado, es decir, que exista una correlación entre los aportes o cotizaciones al sistema y el monto de la pensión.

En este sentido, si bien para este SEGUNDO GRUPO le es aplicable el régimen contenido en la Ley 32 de 1986 y demás normas concordantes, en lo que atañe al cálculo del IBL y de la liquidación de los factores salariales, se debe dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en el régimen de la Ley 100, artículo 21, en concordancia con el Decreto 1158 de 1994.

Como se indicaba, el nuevo régimen pensional estaba cimentado sobre nuevos principios que buscaban que los recursos del sistema pudieran tener un mayor cubrimiento poblacional, lo que implicaba una gestión más responsable y eficiente de los recursos por parte del estado, por lo que el reconocimiento de las prestaciones se debería efectuar de conformidad con las cotizaciones que el trabajador había efectuado al sistema pensional durante su vida laboral.

Si se estudia el contenido del artículo 4 de la Ley 4 de 1966, al momento de determinar la forma de liquidar la prestación, este señala que la pensiones *"se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) **del promedio mensual** obtenido en el último año de servicios"* (Subrayado y negrilla fuera de texto). De esta manera es evidente que el artículo 4 ibidem riñe con los principios rectores del Sistema General de Pensiones, en tanto, señala que la liquidación se toma con base en lo devengado mensualmente, pero no existe una garantía de que los devengado haya sido cotizado al sistema. En este sentido, para efectos de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, para aquellas pensiones que se pagan con sus recursos, en los casos de que el personal del cuerpo de custodia y vigilancia nacional penitenciaria hubiere adquirido el estatus de pensionado durante la vigencia de la Ley 100 de 1993 y antes de la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, debe darse observancia estricta a la forma de calcular el IBL contenido en el artículo 21 Ley 100 de 1993, en concordancia con los factores salariales fijados en el Decreto 1158 de 1994, normas que garantizan de manera expresa que el promedio de los salarios a

tener en cuenta dentro de la liquidación, deben ser los que fueron cotizados al sistema pensional, a saber:

*“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” (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

Así las cosas, el SEGUNDO GRUPO, del que hace parte el señor SILVINO SÁNCHEZ BONILLA está compuesto por aquellas personas que causaron su derecho pensional bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993 y antes de la vigencia del Decreto 2090 de 2003 y a quienes los criterios para reconocer la pensión serán los siguientes:

Tiempo de servicios: 20 años (Ley 32 de 1986)

Tasa de remplazo: 75% (Ley 4 de 1966)

Cálculo del IBL: con base en 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. (Artículo 21 Ley 100 de 1993)

Factores salariales: los contenidos en el Decreto 1158 de 1994

TERCER GRUPO

El cual está conformado por aquellos trabajadores que adquirieron su derecho bajo la vigencia del Decreto 2090 del 2003, siempre que no estuvieran cobijados por el régimen de transición al que hace referencia del Decreto ibidem, caso en el cual serán beneficiarios de las condiciones pensionales contenidas en las normas anteriores que regulaban la actividad de alto riesgo.

Así las cosas, en el caso del señor SILVINO SÁNCHEZ BONILLA resulta evidente el derecho que tenía al reconocimiento del derecho pensional, no obstante, no eran aplicables todos los criterios que regían antes de la Ley 100 de 1993, en razón a que su prestación se causó bajo el nuevo Sistema General de Pensiones, por lo que el cálculo del IBL se debía efectuar con base en el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, tal como lo dispuso el artículo 21 Ley 100 de 1993, en concordancia con los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994.

De esta manera, se demuestra a su despacho la configuración de defecto material o sustantivo, en razón a que los despachos accionados dieron aplicación a disposiciones normativas que resultaban más favorables al señor SILVINO SÁNCHEZ BONILLA, pero que no correspondían a aquellas que eran aplicables a su caso, para la fecha en que se causó el derecho. En este sentido, no era dable que los despachos accionados ordenaran la reliquidación de la pensión de vejez del señor SANCHEZ BONILLA con base en los salarios devengados en el último año de servicios y no, como en derecho correspondía, con base a los salarios COTIZADOS durante los últimos diez (10) años de servicios por parte del trabajador, con observancia a los factores enunciados en el Decreto 1158 de 1994.

VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

La Corte Constitucional ha definido este defecto así:

“...no puede desconocerse que la administración de justicia, en general, es una instancia estatal de aplicación del derecho, que en cumplimiento de su rol debe atenerse a la Constitución y a la ley y que todo su obrar debe dirigirse, entre

otras cosas, a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, incluidos, obviamente, los derechos fundamentales. Si esto es así, lo obvio es que las sentencias judiciales se asuman como supuestos específicos de aplicación del derecho y que se reconozca su legitimidad en tanto ámbitos de realización de fines estatales y, en particular, de la garantía de los derechos constitucionales.

En cuanto a lo segundo, no debe perderse de vista que el derecho, desde la modernidad política, es la alternativa de legitimación del poder público y que tal carácter se mantiene a condición de que resulte un instrumento idóneo para decidir, de manera definitiva, las controversias que lleguen a suscitarse pues sólo de esa forma es posible definir el alcance de los derechos y crear las condiciones necesarias para su adecuado disfrute. De allí el valor de cosa juzgada de que se rodean las sentencias judiciales y la inmutabilidad e intangibilidad inherentes a tales pronunciamientos, pues de no ser así, esto es, de generarse una situación de permanente incertidumbre en cuanto a la forma como se han de decidir las controversias, nadie sabría el alcance de sus derechos y de sus obligaciones correlativas y todos los conflictos serían susceptibles de dilatarse indefinidamente. Es decir, el cuestionamiento de la validez de cualquier sentencia judicial resquebrajaría el principio de seguridad jurídica y desnudaría la insuficiencia del derecho como instrumento de civilidad.”

Para el caso que se pone de presente este defecto se ha configurado en cabeza del JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA Y EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, al haber ordenado efectuar la reliquidación de la pensión de vejez del señor SILVINO SÁNCHEZ BONILLA incluyendo el promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 4 de 1966, desconociendo que para la fecha que el señor SANCHEZ BONILLA adquirió el estatus de pensionado ya regía el Sistema General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, del cual forma parte la prestación pensional del interesado y el cual está fundamentado en una serie de principios que buscan hacer el sistema más eficiente en la administración de los recursos, para asimismo alcanza una mayor cobertura. Es por ello, que la Ley 100 en su artículo 21, corrige el error de los anteriores regímenes, y dispone que las pensiones deben ser el reflejo de las cotizaciones que ha realizado el empleado durante su vida laboral, en este sentido, se equivocan los despachos accionados al omitir dar aplicación al artículo 21 ibidem para efectos de calcular el IBL de la pensión del señor SANCHEZ BONILLA, debiendo calcularse sobre el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años de servicios que hubieren sido efectivamente cotizados.

De esta manera, en este caso se constituye el defecto por violación directa a la constitución en razón a que los despachos accionados desconocen la obligación que tiene el estado colombiano de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, disposición aplicable a los jueces de la república, quienes con sus decisiones, en los casos de no se ajustan al ordenamiento jurídico, pueden generar una afectación a los recursos públicos en beneficio de los pensionados sin que existan razones jurídicas para el reconocimiento de una prerrogativa.

Al respecto el inciso 6 del artículo 48 de la Constitución Política señala la obligación al estado Colombiano de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, obligación que contiene implícitamente el mandato de adoptar decisiones en derecho en materia de reconocimientos pensionales, evitando aplicar normas que no correspondan a la realidad jurídica del pensionado y que pueden hacer más beneficioso su derecho, sin justificación jurídica, en desmedro de los recursos públicos. Al respecto, señala la norma constitucional:

“El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la

*ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.”
(Subrayado y negrilla fuera de texto)*

Así las cosas, las decisiones del 19 de marzo de 2021 y del 12 de mayo de 2022 adoptadas por los despachos accionados incurrir en el defecto de violación directa a la constitución debido a que fueron adoptada con fundamento en una norma que no le era aplicable al señor SILVINO SÁNCHEZ BONILLA, pero que además reñía con los principios del Sistema General de Pensiones, esto en razón a que al ordenar liquidar la pensión con base en una norma que solo tiene en cuenta los salarios devengados en el último año de servicios, sin siquiera validar la cotizaciones efectivas al sistema pensional, genera que el pensionado adquiera una prestación mucho más alta, que si esta hubiera sido liquidada con base en el promedio de salarios efectivamente cotizados durante los últimos 10 años de servicios, aspecto que hace que exista una diferencia de la mesada pensional por valor de \$214.097, monto adicional que se debe asumir la UGPP mes a mes de forma vitalicia, incluyendo además el pago de una retroactivo pensional por la suma de \$48.945.160.

EL ABUSO PALMARIO DEL DERECHO

La Corte Constitucional se ha pronunciado con respecto a esta situación excepcional de procedencia de la acción de tutela desde el año 2013 hasta el 2018, entre otras, en la sentencia C- 258 de 2013 en los siguientes términos:

*(...) En términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue.
(...)*

En este orden de ideas, el juez y la administración tienen el deber de evitar que se interpreten los textos legales de manera que se cometa fraude a los principios del sistema. Recuerda la Corte que, para ese menester se tendrá en cuenta, de manera preponderante, la dimensión objetiva de los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, de manera que no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación dcxxe la ley que, a la luz de lo establecido en esta sentencia, resulta contrario a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación. En materia pensional con frecuencia se presentan situaciones de abuso del derecho, que se encuadran dentro de esta segunda hipótesis, que dan lugar al reconocimiento de pensiones con ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario, que generan un desequilibrio manifiesto del principio de igualdad, y fruto de un aprovechamiento de las interpretaciones que las autoridades judiciales y administrativas han hecho de las normas. Esto suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral, y por el contrario, representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva. Ello en aprovechamiento de las tesis de

algunas corporaciones judiciales sobre las reglas de la transición y del Ingreso Base de Liquidación. (...)

Para que se configure el fraude a la ley y el abuso del derecho no se requiere la existencia de una intención o culpa, basta que se produzca un resultado manifiestamente desproporcionado contrario a las finalidades previstas por el ordenamiento para una disposición o institución jurídica. (Subrayas y negrillas fuera de texto)

La anterior posición fue reiterada en las sentencias SU 631 de 2017, T- 034 de 2018, T- 039 de 2018, a las cuales nos remitimos íntegramente para que sean aplicadas a este caso, donde en forma clara la Corte determinó que lo que se entiende por abuso del derecho, no es la realización de conductas ilícitas por parte del interesado o administrador de justicia sino la interpretación errónea de la norma con la finalidad de favorecer al pensionado con un derecho al cual no debía acceder o que si bien era merecedor, no lo era en la forma como se reconoció en un fallo judicial.

Para el presente caso se configura el **ABUSO PALMARIO DEL DERECHO**, como circunstancia de procedencia excepcional de esta acción de tutela, en la grave omisión del JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA Y EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, al ordenar la reliquidación de la pensión de vejez del señor SILVINO SÁNCHEZ BONILLA incluyendo el promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 4 de 1966, desconociendo que para la fecha que el señor SANCHEZ BONILLA adquirió el estatus de pensionado ya regía el Sistema General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, del cual forma parte la prestación pensional del interesado y en el cual está fundamentado en una serie de principios que buscan hacer el sistema más eficiente en la administración de los recursos, para asimismo alcanza una mayor cobertura, Es por ello, que la Ley 100 en su artículo 21, corrige el error de los anteriores regímenes, y dispone que las pensiones deben ser el reflejo de las cotizaciones que ha realizado el empleado durante su vida laboral, en este sentido, se equivocan los despachos accionados al omitir dar aplicación al artículo 21 ibidem para efectos de calcular el IBL de la pensión del señor SANCHEZ BONILLA, debiendo calcularse sobre el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años de servicios que hubieren sido efectivamente cotizados.

Así las cosas, al ordenarse la reliquidación con base en los salarios devengados durante el último año de servicios la prestación para el año 2022 corresponde a la suma de **\$ 1.881.369** en comparación a la que en derecho corresponde al señor SANCHEZ BONILLA, es decir, liquidada con base el promedio de los salarios cotizados durante los últimos 10 años de servicios la cual correspondería a la suma de **\$ 1.667.272** para el año 2022, esto genera que se deba asumir el pago de una diferencia por valor de **\$ 214.097, mes a mes, además de un retroactivo pensional por la suma de \$48.945.160**, aspecto que evidentemente constituye un abuso del derecho, en tanto se está beneficiando de forma desproporcionada al señor SANCHEZ BONILLA con la reliquidación del valor de su pensión, aplicando un criterio jurídico que no le correspondía y que riñe claramente con los principios del Sistema General de Pensiones.

De esta manera, dar cumplimiento a las decisiones aquí controvertidas, genera un pago prestacional ilegítimo y con el cual se va afectar gravemente el Erario que es de donde provienen los dineros para el pago de las pensiones en Colombia, lo que hace que sea este medio excepcional, el mecanismo pertinente y eficaz para evitar este grave perjuicio al Sistema Pensional, por sumas de dinero por concepto de mesadas pensionales a las cuales no se tiene derecho, lo que hace que se violente flagrantemente nuestros derechos de estirpe fundamental que pasamos a explicar y que solicitamos sean protegidos por vía constitucional.

DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS

Conforme a las irregularidades expuestas, esta Unidad considera que, con las decisiones judiciales contenidas en las sentencias del 19 de marzo de 2021 y del 12 de mayo de 2022, proferidas por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA Y EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, se están violentando los siguientes derechos:

- DERECHO AL DEBIDO PROCESO:

El artículo 29 de la Constitución Política de 1991, dispone:

*“ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.”*

En este puntual aspecto la Honorable Corte Constitucional decantó respecto de este derecho en sentencia C-980 de 2010, que:

“el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos, “con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incursos en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción (...)el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del ius puniendi del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos”

Seguidamente el máximo Tribunal Constitucional, mediante sentencia C-012 de 2013, M.P: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, se pronunció así:

“El artículo 29 de la Constitución Política define el debido proceso como un derecho fundamental de aplicación inmediata aplicable a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Se halla relacionando íntimamente con el principio de legalidad, ya que la aplicación de normas preexistentes y decididas democráticamente, constituye un límite a la actuación administrativa que evita arbitrariedades por parte de las autoridades y protege los derechos de los ciudadanos en el marco de las actuaciones judiciales y administrativas. Específicamente, el debido proceso administrativo se consagra en los artículos 29, 6 y 209 de la C.P. Y la jurisprudencia lo ha definido como: “(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal” Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca “(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y la defensa de los administrados”. De este modo, el desconocimiento del debido proceso administrativo supone también la violación del derecho de acceso a la administración de justicia y trasgrede los principios de igualdad, imparcialidad, publicidad, moralidad y contradicción que gobiernan la actividad administrativa.”

De esta manera el derecho fundamental al Debido Proceso, prerrogativa de estirpe constitucional, configura uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho que, en estricto sentido, no permite a la administración de justicia, justificar el desconocimiento de las normas aplicables a un caso en concreto o la aplicación parcializada de las mismas, que desde ninguna óptica puede relegar a la Constitución, donde se le estaría confiriendo al ordenamiento superior una menor jerarquía.

La vulneración a este derecho se concretó debido a que por vía judicial se ordenó la reliquidación de la pensión de vejez del señor SILVINO SÁNCHEZ BONILLA incluyendo el promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 4 de 1966, desconociendo que para la fecha que el señor SANCHEZ BONILLA adquirió el estatus de pensionado ya regía el Sistema General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, del cual forma parte la prestación pensional del interesado y en el cual está fundamentado en una serie de principios que buscan hacer el sistema más eficiente en la administración de los recursos, para asimismo alcanza una mayor cobertura, Es por ello, que la Ley 100 en su artículo 21, corrige el error de los anteriores regímenes, y dispone que las pensiones deben ser el reflejo de las cotizaciones que ha realizado el empleado durante su vida laboral, en este sentido, se equivocan los despachos accionados al omitir dar aplicación al artículo 21 ibidem para efectos de calcular el IBL de la pensión del señor SANCHEZ BONILLA, debiendo calcularse sobre el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años de servicios que hubieren sido efectivamente cotizados.

- ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El artículo 229 de la Constitución Política de 1991, dispone:

“ARTICULO 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.”

A su vez la Corte Constitucional con relación a este derecho fundamental anotó en sentencia C-203 de 2011, M.P.: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, lo siguiente:

*“(…) Por lo que hace a su **contenido**, en esta decisión también se dijo que el derecho de acceso a la administración de justicia, no sólo debe ser entendido como “la posibilidad de poner en funcionamiento el aparato judicial mediante el ejercicio del ius postulandi”. También tiene que ser considerado como “la garantía de la igualdad procesal de las partes, la resolución de las peticiones y el examen razonado de los argumentos expuestos por quienes intervienen en el litigio, el análisis objetivo de las pruebas que obren en el proceso, bien sean las allegadas por las partes, ya las que el juez o magistrado en ejercicio de sus facultades legales decreta por considerarlas útiles para la verificación de los hechos que se controvierten, en aras de garantizar el interés público del proceso, así como la búsqueda de la verdad real, de suerte que pueda proclamarse la vigencia y realización de los derechos vulnerados. (...)”.*

En sentencia más reciente dicha Corporación se pronunció sobre este derecho en los siguientes términos:

“El derecho a la administración de justicia ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. Aquella prerrogativa de la que gozan las personas, naturales o jurídicas, de exigir justicia, impone a las autoridades públicas, como titulares del poder coercitivo del Estado y garantes de todos los derechos ciudadanos, distintas obligaciones para que dicho servicio público y

derecho sea real y efectivo. En general, las obligaciones que los estados tienen respecto de sus habitantes pueden dividirse en tres categorías, a saber: las obligaciones de respetar, de proteger y de realizar los derechos humanos. Con base en esta clasificación, a continuación, se determinará el contenido del derecho fundamental a la administración de justicia. En primer lugar, la obligación de respetar el derecho a la administración de justicia implica el compromiso del Estado de abstenerse de adoptar medidas que tengan por resultado impedir o dificultar el acceso a la justicia o su realización. Asimismo, conlleva el deber de inhibirse de tomar medidas discriminatorias, basadas en criterios tales como el género, la nacionalidad y la casta. En segundo lugar, la obligación de proteger requiere que el Estado adopte medidas para impedir que terceros interfieran u obstaculicen el acceso a la administración de justicia del titular del derecho. En tercer lugar, la obligación de realizar implica el deber del Estado de (i) facilitar las condiciones para el disfrute del derecho y, (ii) hacer efectivo el goce del derecho. Facilitar el derecho a la administración de justicia conlleva la adopción de normas y medidas que garanticen que todas las personas, sin distinción, tengan la posibilidad de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que la normativa proporciona para formular sus pretensiones.”

En primera medida debe señalarse el derecho al acceso administración de justicia no sólo se garantiza con la participación en el proceso judicial de las partes, sino que se garantiza también con la correcta aplicación del ordenamiento jurídico, de acuerdo con las normas y jurisprudencia que apliquen a la materia que es objeto del litigio.

De esta manera, la vulneración de este derecho se concretó al ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación del señor SILVINO SÁNCHEZ BONILLA aplicando el artículo 4 de la Ley 4 de 1966 en lo que atañe a la liquidación con base en los salarios devengados en el último año de servicios, omitiendo que la norma aplicable era la contenida en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 debiendo liquidar la prestación, si bien con una tasa del 75%, se debían tener en cuenta el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión. Debe tenerse en cuenta que el derecho al acceso a la justicia no solo se vulnera por la imposibilidad de acudir ante los estrados judiciales, sino que también se vulneran cuando los despachos adoptan decisiones que no armonizan con el ordenamiento jurídico, lo que hace que el acceso efectivo a la administración de justicia sea un derecho negado.

- DEL ERARIO

Otro derecho de estripe fundamental que se ve violentado por el actuar de los despachos judiciales accionados es la vulneración al Erario, consistente este en una lesión al patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que para nuestro caso particular, se presenta cuando los operadores Judiciales al revisar los derechos laborales, imparten órdenes en sus providencias de contenido económico- reconocimientos pensionales errados-, produciendo con esto un menoscabo al Erario o Patrimonio Público, como consecuencia del otorgamiento de derechos prestacionales sin la observancia a la protección de los principios rectores de la seguridad social en armonía con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política, pues la capacidad patrimonial del Estado no puede ser desbordada por órdenes judiciales que desatienden estas directrices.

Frente a la categoría de este derecho como *fundamental* la Corte Suprema de Justicia en la providencia del 26 de febrero de 2020, dentro del Rad. 11001020500020200023300, señaló:

1 Corte Constitucional. Sentencia T-283 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

*“(…) Recuérdese que el **patrimonio público**, a pesar de no encontrarse enlistado en el título I de la Constitución Política de Colombia, **sí es un derecho fundamental**, como quiera que sin él fuese imposible la realización de los fines del Estado y la garantía de los derechos sociales y colectivos de los ciudadanos.*

En efecto, los derechos fundamentales no son solo aquellos que aparecen al principio de la Constitución o reconocidos expresamente como tales, pues a lo largo del texto constitucional, se incluyen otros que también tienen ese carácter, tal es el caso del derecho a la salud o a la integridad del patrimonio público, caracterizados por su protección directa y posibilidad de reivindicación.

Precisamente, el patrimonio público es uno de esos derechos que sin estar reconocido expresamente como fundamental, tiene tal carácter, en cuanto de él pende el desarrollo de los cometidos estatales y, más aún, de la supervivencia de la organización política. De allí que la protección de su integridad, como bien de todos y cada uno, constituye una obligación y un compromiso ciudadano de insoslayable observancia. (...)” (Negrilla fuera del texto).

Bajo este contexto y comoquiera que la Unidad busca proteger el Erario es por lo que en este caso se está violentando gravemente este derecho con la orden de reliquidar la pensión del señor SILVINO SÁNCHEZ BONILLA, bajo los criterios fijados por los despachos accionados, es decir, con el cálculo del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios lo cual tiene como resultado que la mesada pensional para el año 2007 corresponda a la suma de **\$1.035.733**, cuando lo que en derecho corresponde es que se liquide con base en el promedio de los salarios cotizados durante los último 10 años de servicios, lo cual para el año 2007 corresponde a una mesada equivalente a **\$917.868**, además se deberá asumir el pago de un retroactivo pensional equivalente a la suma de **\$48.945. 160**.

Situaciones graves permiten a esta entidad solicitar la protección del erario hoy catalogado como derecho fundamental y de esta forma evitar el pago de esas sumas de dinero que deben ser sacadas del Sistema Pensional.

Así las cosas, los derechos fundamentales anteriormente descritos se encuentran transgredidos con las decisiones del 19 de marzo de 2021 y del 12 de mayo de 2022 proferidas por JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA Y EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, las cuales solicitamos sean dejadas sin efectos por ser contrarias a derecho.

LOS FALLOS PROFERIDOS POR LA AUTORIDAD JUDICIAL PRESENTAN UN FRAUDE A LA LEY

El precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional decanta que se presenta fraude a la ley en el preciso momento en que las normas son inaplicadas o aplicadas con una interpretación diferente al sentido del ordenamiento jurídico, situación que ocurre en el presente caso al pasar por alto, los estrados judiciales accionados, los requisitos legales y las posiciones jurisprudenciales para acceder al reajuste de la pensión de jubilación, lo que hizo que se otorgara un derecho sin sustento jurídico configurándose así la causal de fraude a la ley.

Al respecto se pronunció el alto tribunal constitucional al aplicar el concepto de fraude a la ley en la Sentencia SU-1122 de 2001, indicando que:

“En estas circunstancias, se puede hablar de un fraude a la ley (o fraude al derecho), por cuanto se aprovecha las opciones hermenéuticas que se desprenden de una regla, para fines o resultados no queridos (en tanto que incompatibles) por el ordenamiento jurídico. No se trata de un acto ilegal o ilícito en la medida en que no existe regla que prohíba el resultado hermenéutico. La calificación de fraude, entonces, tiene por objeto permitir que se corrija este fenómeno, a pesar de no ser típico. En este orden de ideas, el juez y la administración tienen el deber de evitar que se interpreten los textos legales de manera que se cometa fraude a los principios del sistema.

Así mismo la reciente y pluricitada sentencia C-258 de 2013, dispuso:

“(…) quien actúa en fraude a la ley, ejecuta actos que guardan fidelidad al texto de la norma o que se desprenden de una interpretación en apariencia razonable de ella, pero que en realidad eluden el sentido de las disposiciones y conducen a resultados que desbordan la naturaleza y finalidades de la respectiva institución jurídica.

Tales actos pueden o no tener lugar por la voluntad del agente. Por ello el fraude a la ley no debe confundirse con el fraude susceptible de sanción penal o de otra naturaleza. En su dimensión objetiva, el fraude a la ley únicamente requiere que exista un aprovechamiento de las opciones hermenéuticas que se desprenden de una regla, para hacerla producir resultados incompatibles con el ordenamiento jurídico apreciado en su conjunto.” (Subraya fuera de texto)

En este sentido, se configura la existencia de un fraude a la ley al haber ordenado efectuar la reliquidación de la pensión de vejez del señor SILVINO SÁNCHEZ BONILLA incluyendo el promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 4 de 1966, desconociendo que para la fecha que el señor SANCHEZ BONILLA adquirió el estatus de pensionado ya regía el Sistema General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, del cual forma parte la prestación pensional del interesado y en el cual está fundamentado en una serie de principios que buscan hacer el sistema más eficiente en la administración de los recursos, para asimismo alcanza una mayor cobertura. Es por ello, que la Ley 100 en su artículo 21, corrige el error de los anteriores regímenes, y dispone que las pensiones deben ser el reflejo de las cotizaciones que ha realizado el empleado durante su vida laboral, en este sentido, se equivocan los despachos accionados al omitir dar aplicación al artículo 21 ibidem para efectos de calcular el IBL de la pensión del señor SANCHEZ BONILLA, debiendo calcularse sobre el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años de servicios que hubieren sido efectivamente cotizados.

LAS ÓRDENES IMPARTIDAS AFECTAN GRAVEMENTE LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA PENSIONAL

Ahora bien, de conformidad con el caso sub examine, se debe tener en cuenta que al darse estricto cumplimiento a las decisiones adoptadas por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA y EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR del 19 de marzo de 2021 y del 12 de mayo de 2022, respectivamente, están generando un perjuicio irremediable a las arcas del Estado al tener que asumir una mesada pensional en un mayor valor al que en derecho le corresponde al señor SÁNCHEZ BONILLA, generando de manera irregular el pago de un retroactivo, lo que hace que esta acción constitucional sea el medio pertinente y eficaz para poner fin a la vulneración de los derechos fundamentales con el fin de proteger los recursos del Sistema Pensional, de donde provienen los dineros para pagar las pensiones administradas por la nómina de pensionados de la UGPP, pues ellos son con cargo a la cuenta del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional - FOPEP, afectando consecuentemente la sostenibilidad financiera del sistema que debe ser garantizada por el Estado de conformidad con el mandato constitucional contenido en el Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el artículo 48 del C.P.:

“El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas”

De acuerdo a este precepto constitucional, el Estado como garante de la sostenibilidad financiera debe realizar las acciones necesarias que así lo permitan, es por ello que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y

Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP en calidad de ente gubernamental encargado misionalmente de administrar la nómina de pensionados de fondos o cajas administradoras de pensiones que están en liquidación, debe velar porque la sostenibilidad se mantenga, coligiéndose con esto, el inicio de las acciones necesarias para que se suspendan aquellos pagos que reportan alguna contradicción con el ordenamiento jurídico pensional, como es la situación que se da en el presente caso, en el que se ordena un nuevo reajuste de la pensión de jubilación sin que se tenga derecho a ello, lo que hoy está generando un detrimento al patrimonio, al respecto la H. Corte Constitucional expresó en la ya citada jurisprudencia:

“Finalmente, es importante resaltar que la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones fue una preocupación transversal a la reforma. Ella motivó la unificación de las reglas y la eliminación de beneficios desproporcionados. El establecimiento expreso de que el Estado debe garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional y de que las leyes futuras deben guiarse por este criterio, además buscó prevenir la práctica de creación de beneficios pensionales desproporcionados con cargo a los aportes de las generaciones venideras. Ese criterio –del que ya se venía hablando desde antes de la reforma constitucional–, en conjunto con principios constitucionales de la seguridad social como la universalidad y la solidaridad, ha entendido la Corte, justifica importantes medidas tales como la obligatoriedad de la afiliación al Sistema General de Pensiones², la limitación temporal del régimen de transición y la posibilidad de variar algunas de las reglas aplicables a sus beneficiarios³, y el establecimiento de requisitos estrictos para el retorno al régimen de prima media en el caso de personas próximas a reunir los requisitos para pensionarse⁴”

Por las anteriores razones, es claro que la orden de reliquidación a favor del señor SILVINO SÁNCHEZ BONILLA por parte del JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA Y EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, va en contra del principio constitucional de Sostenibilidad Financiera del Sistema si se tiene en cuenta que:

- Dicho principio propende porque el monto prestacional que se reconozca respete las normas que rigen ese reconocimiento.
- Se desconoce igualmente los principios generales de la seguridad social, los cuales son determinados por el texto de la Ley 100 de 1993, en los cuales menciona el de universalidad, eficiencia y solidaridad, dejando de lado el último de éstos, mucho más cuando nos encontramos ante el régimen de Prima Media con Prestación Definida, en el cual los aportes de los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública, en donde los recursos provenientes del Erario se dirigen a financiar, no las pensiones de los más pobres, sino las mesadas más altas del sistema, en las cuales la financiación subsidiada por el Estado está entre el 42% y el 72% de las pensiones actualmente reconocidas.

Así las cosas, es evidente la vulneración flagrante que se aplica al sistema pensional con reconocimientos errados como estos donde se otorga un derecho pensional superior al que realmente se tiene derecho desconociéndose la normativa y lo probado en el proceso judicial hace que hoy se esté impactando el

2. Ver sentencias C-1089 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis, y T-138 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo. De esta última, se destaca el siguiente aparte: “Tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el régimen de ahorro individual con solidaridad, esa irrenunciabilidad de la pensión de vejez, y más precisamente de las figuras alternativas de la indemnización sustitutiva o la devolución de aportes, tiene otra finalidad relacionada con la sostenibilidad financiera del sistema, que también es un propósito constitucional explícito. De permitirse la renuncia a estos derechos en casos individuales, se empezaría a desmoronar gradualmente el delicado diseño técnico, financiero y actuarial del sistema, que presupone un tiempo suficiente de aportes, y unos requisitos de edad mínimos, de tal manera que, en promedio, sea dable pagar pensiones en forma que no se imponga una carga excesiva sobre el sistema que pondría en riesgo los derechos pensionales de la gran mayoría de quienes a él contribuyen. La renuncia voluntaria a la pensión de vejez implicaría, por ejemplo, la desaparición de la obligación de cotizar al sistema, con grave riesgo para el fondo común y solidario en que se basa el sistema de prima media, y también para la satisfacción de las garantías ofrecidas por el sistema de ahorro individual, el cual, por lo demás, también tiene un componente solidario que depende de la disciplina en los aportes.”

3. Ver Sentencia C-242 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

4. Ver Sentencia T-489 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

patrimonio público y se afecte la sostenibilidad financiera del sistema, por lo tanto el medio para su protección es la acción de tutela con la finalidad de que se dejen sin efectos las decisiones del 19 de marzo de 2021 y del 12 de mayo de 2022.

VI. CONCLUSIONES AL CASO CONCRETO

Conforme a lo expuesto anteriormente es pertinente *CONCLUIR* que la presente acción constitucional es procedente por cuanto:

1.- La presente acción constitucional es procedente por cuanto lo que aquí se discute es de evidente **relevancia constitucional**, en la medida que la controversia versa sobre la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia de la UGPP y sobre la protección de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General en materia pensional, así como los del Estado.

2.- Frente al requisito de **subsidiariedad** es pertinente señalar que si bien procede el recurso extraordinario de revisión no es menos cierto que ese medio sea el pertinente y eficaz para finalizar el perjuicio irremediable que se genera en este caso por el reajuste de la pensión de vejez al cual no se tiene derecho y junto con ello el pago de un retroactivo, lo que hace que la Unidad pueda utilizar la facultad conferida en la sentencia SU 427 de 2016, para acudir de manera preferente y directa a la acción de tutela en protección de Erario que se está afectando por un reconocimiento evidentemente ilegítimo y más cuando en ese medio de defensa NO procede la suspensión de las sentencias que buscamos dejar sin efectos por su irregularidad.

3.- El requisito de **inmediatez** se encuentra acreditado en razón a que las sentencias que se controvierten quedaron en firme el 14 de octubre de 2022 lo que hace que a la data de presentación de esta tutela no hubieren transcurrido los 6 meses que se indica como oportunos para solicitar la protección constitucional.

4.- La presente tutela no se dirige contra sentencias dictadas en procesos de tutela sino contra decisiones judiciales proferidas dentro de un proceso contencioso administrativo lo que permite señalar que este requisito también esté superado.

5.- Los jueces de instancia incurrieron en los defectos material o sustantivo y violación directa a la constitución al haber dado aplicación al artículo 4 Ley 4 de 1966 en lo que corresponde a la liquidación de la prestación pensional con base en el promedio salarial obtenido durante el último año de servicios, cuando lo que en derecho corresponde, es que la liquidación de la prestación (IBL) se efectúe de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, en razón a que para la fecha en que el señor SILVINO SÁNCHEZ BONILLA adquiere el estatus de pensionado, ya se encontraba vinculado al Sistema General de Pensiones y en este sentido, los reconocimientos pensionales que se realicen bajo este sistema, deben dar observancia a los principios generales y las prestaciones deben liquidarse de conformidad con los criterios establecidos en Ley 100, para así dar garantía de sostenibilidad financiera del sistema.

VII. MEDIDA PROVISIONAL

Conforme a la situación que hoy se pone de presente ante su despacho, solicitamos de manera respetuosa se SUSPENDA la ejecución de las sentencias del 19 de marzo de 2021 y del 12 de mayo de 2022, de acuerdo con los argumentos expuesto en la demanda. La anterior solicitud se presenta entre tanto se resuelve esta acción tutelar, ello para proteger el Erario evitando pagar valores que a futuro serán de difícil recuperación, en virtud del principio de buena fe.

VIII. PRETENSIONES

PRIMERO. AMPARAR los derechos fundamentales deprecados por la UGPP, vulnerados por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA Y EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, y que se traducen en un evidente detrimento del erario que se genera con la orden de reliquidación de una pensión de vejez bajo criterios jurídicos que no le son aplicables al señor SILVINO SÁNCHEZ BONILLA.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior:

- a. Se **DEJE** sin efectos las sentencias proferidas por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA Y EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR del 19 de marzo de 2021 y del 12 de mayo de 2022 dentro del proceso contencioso administrativo No. 13001-33-33-002-2019-00124-00.
- b. Se **ORDENE** al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, dictar nueva sentencia ajustada a derecho, esto es, revocando la sentencia del 19 de marzo de 2021 proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA para en su lugar negar las pretensiones tendientes a que se efectúe la reliquidación de la pensión de vejez con base en el promedio salarial devengado durante el último año de servicios, cuando lo que en derecho corresponde es que se efectúe sobre el promedio de los salarios cotizados durante los 10 años anteriores al reconocimiento pensional, tal como lo dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

• SUBSIDIARIAS

En caso de que esa H. Magistratura no acceda a lo anterior en razón a no estar superado el requisito de subsidiariedad solicitamos:

PRIMERO. Sean amparados **TRANSITORIAMENTE** los derechos fundamentales de la UGPP vulnerados por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA Y EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior se **SUSPENDA** de manera transitoria y hasta tanto se resuelva el recurso extraordinario de revisión que se iniciaría en virtud de su orden tutelar, en contra de las sentencias del 19 de marzo de 2021 y del 12 de mayo de 2022 proferidas dentro del proceso ordinario laboral radicado N° 13001-33-33-002-2019-00124-00.

IX. ANEXOS

1. Sentencia del 19 de marzo de 2021 proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
2. Sentencia del 12 de mayo de 2022 proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR.
3. Datos de contacto.
4. Resolución de Nombramiento N° 681 del 29 de julio de 2020.
5. Copia de la Resolución de Delegación N° 018 del 12 de enero de 2021.

X. JURAMENTO

Manifiesto, Honorable Magistrado, bajo la gravedad del juramento, que no he interpuesto otra acción de Tutela por los mismos hechos y derechos aquí relacionados, ni contra la misma autoridad.

XI. NOTIFICACIONES

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, en la Avenida Carrera 68 No 13-37, de la ciudad de Bogotá D.C., Correo Electrónico - defensajudicial@ugpp.gov.co.

Al JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA en la dirección de correo electrónico: admin02cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co

Al **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** en la dirección de correo electrónico: stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co

Se indica a su despacho que una vez verificados los sistemas de información de esta entidad no se evidencian registros de la dirección de notificaciones del señor SILVINO SÁNCHEZ BONILLA, no obstante, se observa que el señor JULIAN ELIAS CURE PEREZ actuó como su apoderado dentro del proceso contencioso administrativo No. 13001-33-33-002-2019-00124-00 quien registra los siguientes datos de contacto:

En la calle 12B No. 7 - 80, Oficina 635 en la ciudad de Bogotá D.C., Teléfono 2829500.

Cordialmente,

Ubicacion_Firma_Digital_noBorrar

JAVIER ANDRÉS SOSA PEREZ

Subdirector de Defensa Judicial Pensional
Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y
Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP

Anexos: Los allí determinados

Elaboró: Cristian Niño

Revisó: David Díaz

Serie: ACCIONES CONSTITUCIONALES

Subserie: ACCIONES DE TUTELA



[Handwritten mark]

Señores
JUZGADO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
(REPARTO).

E. S. D.

REF: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO EN CONTRA DE LA RESOLUCION 32327 DE JULIO 15 DE 2008 PROFERIDA POR LA CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL E.I.C.E. - CAJANAL-, ENTIDAD REMPLAZADA POR LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL - UGPP -
ACTOR: SILVANO SANCHEZ BONILLA

JUAN ELÍAS CURE PÉREZ, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado con C.C.19.183.851 de Bogotá, abogado portador de la T.P. 93.251 del consejo superior de la judicatura, respetuosamente manifiesto a ese despacho que, en nombre y representación del señor **SILVANO SANCHEZ BONILLA**, identificado con cédula de ciudadanía 4.058.899, de conformidad con el poder legalmente otorgado, llevo ante esa Honorable Corporación, en ejercicio de **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** consagrada en el artículo 138 del C.P.A.C.A, contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL -UGPP-** adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, representada legalmente por la Doctora **GLORIA INES CORTES ARANGO** o quien haga sus veces, surtido con citación de la agencia del ministerio público, previos los trámites procedimentales del caso, a efectos de que por el proceso ordinario previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y mediante sentencia favorable que haga tránsito a cosa juzgada, se hagan las siguientes

I.- DECLARACIONES Y CONDENAS:

PRIMERO.- Que se declare la **NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO RESOLUCION 32327 DE JULIO 15 DE 2008 PROFERIDA POR LA CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL E.I.C.E. -CAJANAL-, ENTIDAD REMPLAZADA POR LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION**

PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP - que reliquida la pensión de mi representado, desconociendo en ella derechos que tiene mi representado por pertenecer a régimen de excepción en pensión.

SEGUNDO.- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y, a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO declarar que mi mandante tiene derecho a que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL –UGPP- liquide y reliquide la pensión de vejez con la inclusión de los factores salariales como son: **SUELDO BASICO, SOBRESUELDO, REMUNERACION POR TRABAJO DOMINICAL O FESTIVO, REMUNERACION POR SERVICIOS PRESTADOS, SUBSIDIO ALIMENTACION, SUBSIDIO UNIDAD FAMILIAR, SUELDO DE VACACIONES, PRIMA DE VACACIONES, SUBSIDIO ALIMENTACION, AUXILIO DE TRANSPORTE, PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA RIESGO, BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN, PRIME SEMESTRAL, Y PRIMA DE SERVICIOS,** entre otros, de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985.

TERCERO.- Condenar a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL –UGPP- para que sobre las mesadas adeudadas a mi mandante se le indexe el valor de dichas sumas de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor como lo establece el artículo 187 del C.P.A.C.A, desde que se originó la obligación hasta la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia.

CUARTO.- Si no se da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A, la entidad demandada liquidará los intereses moratorios hasta que le dé cabal cumplimiento a la sentencia que le puso fin al proceso, conforme lo prevé el mismo artículo del C.P.A.C.A.

QUINTO.- Se condene también a la demandada a título de restablecimiento del derecho a pagar a mi poderdante los INTERESES DE MORA causados por el injusto retardo en el pago del valor real de su pensión de jubilación, según lo dispuesto en el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

SEXTO.- Ordenar a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL –UGPP- a que dé cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

SEPTIMO.- Que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

II.- HECHOS U OMISIONES:

PRIMERO.- Mi representado prestó sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- , desde el 3 de diciembre de 1980 hasta el 19 de junio de 2007, es decir laboró por VEINTISEIS (26) AÑOS Y SEIS (6) MESES APROXIMADAMENTE.

SEGUNDO.- Mediante Resolución No 16862 del 2 de mayo de 2007, CAJANAL hoy la –UGPP-, le reconoció a mi poderdante la pensión de vejez en cuantía (\$693.449,75), efectiva a partir del 1 de enero de 2005, así mismo en la mencionada resolución reconoció que para el reconocimiento de pensión le es aplicable EL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005.

TERCERO.- Por Resolución No 32327 de julio 15 de 2008, CAJANAL hoy la –UGPP-, reliquido la pensión del señor **SILVANO SANCHEZ BONILLA**, elevando la cuantía de la misma a la suma de (\$917.868.82) efectiva a partir de julio 1 de 2007; así mismo en la mencionada resolución vuelve a reconocer que para el reconocimiento de pensión le es aplicable la Ley 32 de 1986, y que para la liquidación se debe acudir a la norma general que para el caso en mención es la Ley 33 de 1985 y adicionalmente a la Ley 100 de 1993 y su Decreto reglamentario 1058 de 1994.

CUARTO.- La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP-** al reconocer que a mi representado para el reconocimiento de pensión le es aplicable la Ley 32 de 1986, e igualmente reconocer que dicha Ley no señala la forma de liquidar la misma y que por lo tanto se debe acudir a la norma general que para el caso en mención es la Ley 33 de 1985, desconoció que esta última Ley establece en su "Artículo 1º - El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) **tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio**" (Negrillas fuera de texto).

III.- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN:

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL -UGPP-** (Antes CAJANAL) al proferir las resoluciones acusadas, desconoció y violó el contenido de las siguientes normas, dejando de aplicar algunas e aplicando indebidamente otras:

A
22

PRIMERO.- APLICACIÓN PARCIAL DEL ACTO LEGISLATIVO 001 DE 2005, ARTICULO 1º, PARAGRAFO TRANSITORIO 5º EL CUAL DISPONE.

"(...)

*"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**" (Negrillas y subrayado fuera de texto); así mismo en la mencionada resolución CAJANAL reconoce que para la liquidación de la pensión se debe acudir a la norma general y que para el caso en mención es la Ley 33 de 1985.*

El Artículo 96 de la Ley 32 de 1986 señala: PENSION DE JUBILACION. 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.

A mi representado CAJANAL hoy la UGPP le reconoció la pensión de jubilación a los 20 años de servicios sin tener en cuenta la edad, pero le liquidó la pensión con base en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, particularmente el Decreto 1158 de 1994.

SEGUNDO.- FALTA DE APLICACION DE LA LEY 33 DE 1985, ARTICULO 1º, DECRETO 3135 DE 1968, ARTICULO 27 Y DECRETO 1848 DE 1969, ARTICULO 73.

Por encontrarse mi representado incurso como lo reconoce CAJANAL en el régimen pensional de la Ley 32 de 1986, y del mismo modo la demandada reconoce que en razón a que la mencionada Ley no señala la forma de liquidar la pensión para dicho efecto se debe acudir a la norma general que para el caso en mención es la Ley 33 de 1985, esta última norma fue violada por la entidad demandada por no aplicación de la misma, por lo siguiente:

"ARTICULO 1.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, tendrá

5
B

a derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) del salario promedio que sirvió de aportes durante el último año de servicios." (Negritas y subrayado fuera del texto).

Sin embargo, si bien es cierto la Ley 32 de 1982, no estableció que factores debían haberse tenido en cuenta para efectos de liquidar las pensiones a esta clase de funcionarios del INPEC (con Régimen Especial), también lo es, que por disposición del artículo 114 del Decreto 407 de 1994, remite a las normas Generales para los Servidores Públicos, vigentes antes de la Ley 100/93, y que por el *principio de la favorabilidad*, se deberá aplicar la más favorable al actor, ella se encuentran descritas en los Decretos 3135/68; 1848/69 y 1045/78, siendo la más beneficiada o favorable, las dos (2) primera, en la que se establece, que:

Decreto 3135/68, artículo 27 sostiene:

*Art. 27. **Pensión de jubilación o vejez.** El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.*

El Decreto 1848/69 el Artículo 73 reglamenta:

*Art. 73. **CUANTIA DE LA PENSION:** El valor de la pensión mensual vitalicia de Jubilación será el equivalente al setenta y cinco (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicio por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin. (Negrilla fuera de texto).*

Sobre la liquidación de las pensiones regidas por regimenes especial me permito traer a colación el CONCEPTO DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

DEL HONORABLE CONSEJO DE ESTADO, NUMERO 433 DE 1992, CON PONENCIA DEL DOCTOR HUMBERTO MORA OSEJO, en respuesta a una consulta elevada por el señor Ministro de trabajo y Seguridad social en el sentido que si para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación a quienes gozan de regimenes especiales, les son aplicables los factores señalados en el inciso 2 del artículo 3º de la ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la ley 62 de 1985 y que si se efectúan aportes sobre factores diferentes a los establecidos en los artículos anteriores, se pueden tomar éstos como factores salariales para liquidación de pensión, respondió:

"(...)

"1º. Las pensiones de jubilación regidas por leyes especiales, no pueden liquidarse con fundamento en los factores prescritos por el artículo 3º, inciso 2 de la ley 33 de 1985 porque no les es aplicable.

2º. Las pensiones regidas por leyes especiales se deben liquidar exclusivamente con fundamento en ellas. Cada uno de estos estatutos tiene carácter especial y prevaleciente.

3º. Las pensiones reguladas por leyes especiales se liquidan con fundamento, no en los aportes, sino en la remuneración que es TODO lo que percibe el empleado o trabajador, directa o indirectamente, por causa de su relación laboral". (Negrillas fuera de texto original).

TERCERO.- APLICACIÓN INDEBIDA LEY 100 DE 1993, DECRETOS 1158 DE 1994.

Al estar mi poderdante cobijado por el EL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005 en el cual en su artículo 1 párrafo transitorio 5º dispone ""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", y que teniendo en cuenta que la Ley 32 de 1986 no señala la forma de liquidar la misma y por lo tanto tal como lo reconoce CAJANAL en las resoluciones en cuestión se debe acudir a la norma general que para el caso en mención es la Ley 33 de 1985, se tiene que para efectos de su liquidación, reliquidación y monto de la misma no deben aplicársele los factores salariales contenidos en el decreto 1158 de 1994 que modifiko el decreto 691 de 1994, pues

7
05

allí se regulo el salario mensual base para calcular cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos incorporado al mismo, y mi protegido no estaba incorporado en el sistema, por el contrario, se encontraba en el régimen de la Ley 32 de 1986.

Así lo ha establecido en reciente sentencia el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 8 de marzo de 2001, expediente 1525-00, consejero ponente doctor Alberto Arango Mantilla, sección segunda, subsección "A", cuando en uno de sus apartes expresa:

"Ahora, en manera alguna es de recibo la afirmación de la entidad demandada al considerar que de efectuarse la reliquidación, se debe acudir a las previsiones de los artículos 21 de la ley 100 de 1993, 6º y 46 del decreto 692 de 1994 y 1º del decreto 1158 de 1994 que modificó el artículo 6º del decreto 691 de 1994.

"Lo anterior por cuanto el artículo 21 de la ley 100 de 1993 y el 46 del decreto reglamentario 692 de 1994 determinaron el ingreso base de liquidación para las pensiones previstas en la ley, es decir el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual, a términos del artículo 12 de la ley, fijándolo en el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado el afiliado los 10 años anteriores el reconocimiento de la pensión o en todo el tiempo si fuere inferior para el caso de pensiones de sobrevivencia o invalidez. No resultaría esta norma a tener en cuenta por cuanto la pensión de jubilación reconocida al actor no fue ninguna de la previstas en la ley 100 de 1993 sino en el régimen anterior, protegido por el régimen de transición"

"Y tampoco podría aplicarse para la reliquidación lo previsto en el decreto 1158 de 1994, artículo 1º, que modificó el artículo 6º del decreto reglamentario 691 de 1994, pues allí se reguló el salario mensual base para calcular cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, y el actor no estaba incorporado al sistema, por el contrario, se encontraba en los supuestos del régimen de transición". (Resaltado fuera de texto).

Es claro, conforme lo define el Honorable Consejo de Estado en la sentencia en comento, que a mi poderdante no podían aplicarles los factores salariales contenidos en el decreto 1158 de 1994, ya que el no se encontraba incorporado al nuevo sistema general de pensiones de la ley 100 de 1993, sino que se encontraba en el régimen de la Ley 32 de 1985.

CUARTO.- VIOLACION DEL ARTÍCULO 2 DE LA LEY 4 DE 1992 POR FALTA

7

DE APLICACIÓN.- De conformidad con la ley 4 de Mayo 18 de 1992 mediante la cual se señalan las normas , objetivos y criterios que debe observar el gobierno nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del congreso nacional y de la fuerza pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 19 literales e y f de la constitución política, ordena el artículo 2 lo siguiente:

... "Artículo 2.- Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

- a. El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales."*

IV.- PRUEBAS:

Solicito se tengan como pruebas documentales las siguientes:

1. Copia simple de la resolución 16862 de mayo 2 de 2007 por medio de la cual la CAJANAL reconoce y ordena el pago de una pensión de vejez a mi representado.
2. Fotocopia Derecho Petición a CAJANAL solicitando reliquidación pensión, hecho registrado en resolución 32327 de julio 4 de 2008.
3. Copia simple de la resolución 32327 de julio 15 de 2008 por medio del cual la CAJANAL reliquida pensión de vejez de mi representada.
4. Original certificado de información laboral de mi representado fechado julio 14 de 2015
5. Original del certificado de tiempo de servicios y último lugar geográfico donde laboró mi representado expedido por el Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Magangue – Bolívar, fechado octubre 4 de 2014.
6. Certificación de valores pagados a mi representado correspondientes a los años 1994 a 2007 expedidos por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC"
7. Fotocopia de la cedula de ciudadanía.
8. Poder para actuar.

V.- ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA:

Para efectos de lo dispuesto en el artículo 162 del C.P.A.C.A, numeral 6, procedo de la siguiente manera:

9

SUELDO BASICO	\$9.151.220,00
REMUNERACION TRABAJO DOMINICAL O FESTIVO	\$4.037.602,00
REMUNERACION POR SERVICIOS PRESTADOS	\$350.896,00
PRIMA RIESGO	\$2.583.297,00
SUBSIDIO ALIMENTACION	\$416.964,00
SUB. UNID. FAM	\$602.769,30
AUXILIO TRANSPORTE	\$591.000,00
BONIFICACION RECREACION	\$77.140,53
PRIMA VACACIONES	\$2.014.160,80
PRIMA NAVIDAD	\$2.014.859,75
PRIMA SERVICIOS	\$613.063,00
GRAN TOTAL	\$21.839.909,38

El valor estimado de la pensión será de: \$21.839.909,38 X 0.0625= **\$1.364.994** la cual será efectiva a partir del julio 1 de 2007.

El valor estimado de la pensión efectiva a partir del julio 1 de 2007 es de \$1.364.994 por lo tanto la estimación razonada de la cuantía para la presente demanda debidamente indexada con el IPC anual correspondiente, se determina conforme a la siguiente operación aritmética:

IPC	PERIODO	V. RELIQUIDADADO	V. RECONOCIDO	DIFERENCIA	TOTAL
4,85%	Ene/06 - Dic/06	1.364.994	917.869	447.125	
4,48%	Ene/07 - Dic/07	1.431.196	962.386	468.811	
5,69%	Ene/08 - Dic/08	1.495.314	1.005.501	489.813	
7,67%	Ene/09 - Dic/09	1.580.397	1.062.714	517.684	
2,00%	Ene/10 - Dic/10	1.701.614	1.144.224	557.390	
3,17%	Ene/11 - Dic/11	1.735.646	1.167.108	568.538	
3,73%	Ene/12 - Dic/12	1.790.666	1.204.105	586.560	
2,44%	Ene/13 - Dic/13	1.857.458	1.249.019	608.439	
1,94%	Ene/14 - Jun/14	1.902.780	1.279.495	623.285	8.725.991
3,66%	Ene/15 - Dic/15	1.939.694	1.304.317	635.377	8.895.275
6,77%	Ene/16 - Dic/16	2.010.686	1.352.055	658.632	9.220.842
5,75%	<u>Ene/17 - Dic/17</u>	<u>2.146.810</u>	<u>1.443.589</u>	<u>703.221</u>	<u>9.845.094</u>
4,09%	<u>Ene /18 a Dic/18</u>	<u>2.234.614</u>	<u>1.502.631</u>	<u>731.983</u>	<u>10.237.094</u>

9

20
10

3.18%	Ene/19 a Abr/19	2.305881	1.550.414	755.467	3.0210868
-------	--------------------	----------	-----------	---------	-----------

TOATL MESADAS ULTIMOS TRES (3) AÑOS \$32.324.898

TOTAL MESADAS ADEUDAS TRES (3) ULTIMOS AÑOS \$32.324.898 .

En consecuencia se estima la cuantía en TREINTA Y DOS MILLONES TRECIENTOS VEINTICUATRO MIL OCHOCIENTO NOVENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$32.324.899.) M/ CTE.

VI.- COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO:

Los juzgados administrativos de Cartagena son los competentes para conocer del proceso en primera instancia, por la naturaleza de la acción, en razón del territorio por ser Magangué - Bolívar el último lugar donde se prestaron los servicios (C.P.A.C.A art. 156), y por la cuantía que se deriva de aquella (C.P.A.C.A Art. 157).

El procedimiento que debe seguirse es el contemplado en el Título V, artículo 179 y s.s. del C.P.A.C.A.

RÉGIMEN ESPECIAL.- Igualmente mi representado por encontrarse incurso a lo dispuesto por el ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005 el cual le reconoce el régimen especial de la Ley 32 de 1986, es la jurisdicción de lo contencioso administrativa la competente.

Con respecto a la jurisdicción y competencia la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia de fecha treinta (30) de abril de dos mil tres (2003), Exp. No. 0581-02, Actor: Dolores Maria (Lola) de la Cruz de Pastrana, Magistrado Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante, dijo:

"(...)

"Así las cosas, los conflictos jurídicos sobre prestaciones sociales de los empleados públicos cobijados por el régimen de transición de pensiones, en criterio de la Sala, están excluidos de la competencia de la jurisdicción ordinaria pues de ellos conoce el juez natural competente según la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controvierten, sin que ello tenga porqué originar conflictos de jurisdicciones entre la ordinaria y la contenciosa administrativa."

VII.- FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Además de las disposiciones citadas, invoco los artículos 138, 161 numeral 2, 162 y 163 del C.P.A.C.A y preceptos concordantes.

VIII.- OPORTUNIDAD DE LA ACCIÓN:

La presente ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se ejerce de conformidad con lo establecido en el artículo 164 literal c) del C.P.A.C.A: La demanda deberá ser presentada: - *En cualquier tiempo, cuando: "... Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe"*

Igualmente conformé a la reinterpretación que el Honorable CONSEJO DE ESTADO le ha dado al artículo 136 numeral 2, del CCA modificado por la Ley 446 de 1998, los actos administrativos que niegan prestaciones periódicas no están sujetos a las reglas que sobre caducidad establece el artículo 136 del C.C.A , numeral 2.

En efecto expresa esa Corporación en sentencia del 12 de febrero de 2009, Sección 2ª, Subsección A, C.CP Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado 68001 23-15-000-2000-01794 81971-06), actor Elvira Capacho de Martínez, demandado Ministerio de Educación Nacional, ratificando la sentencia del 2 de octubre de 2008 dentro del Expediente No. 0363-08, que *" bajo una interpretación constitucional y razonable de la norma en mención, dado el carácter irrenunciable e imprescriptible de los derechos pensionales y en atención al carácter fundamental de los derechos vinculados a las controversias concernientes a los extremos esenciales de la seguridad social, los actos que niegan prestaciones periódicas no se encuentran sujetos a la regla de caducidad que impone su demanda dentro de los cuatro meses siguientes a su publicación, notificación, comunicación o ejecución, razón por la que en el sub examine no existe óbice para el examen de las Resoluciones acusadas aun cuando su demanda se surtió dos años después de la notificación a la parte interesada"*.

IX.- AGOTAMIENTO DE LA VÍA GUBERNATIVA:

El artículo 87 del C.P.A.C.A establece que los actos administrativos quedaran en firme, cuando no proceda ningún recurso, cuando los recursos interpuestos se hayan decidido o desde el día siguiente al vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos (Negrillas y subrayado fuera del texto)

(...)

Igualmente en el Título III del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que trata sobre EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, CAPITULO VI, que hace referencia a los RECURSOS, en su artículo 76, inciso 4 establece:

"(...)

"Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios". (Negrillas fuera de texto).

Por tal motivo conforme a las disposiciones antes transcrita, en el presente caso quedó agotada la vía gubernativa, teniendo en cuenta que la resolución que se impugna con el presente escrito quedó en firme por no interponerse recurso de reposición, el cual no es obligatorio, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 76 del C.P.A.C.A, y en consecuencia poder acceder ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

X. PROCEDIBILIDAD.

El artículo 161 del C.P.A.C.A establece que la presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de los requisitos previos en los siguientes casos:

1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad y restablecimiento del derecho (...). (Negrillas y subrayado fuera del texto)

Sin embargo, en el presente caso no se acudió a la conciliación extrajudicial consagrada en la ley 1285 del 22 de enero de 2009 en consideración a lo siguiente:

El "**ARTÍCULO 13** determina: Apruébese como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:

"Artículo 42A. Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, **cuando los asuntos sean conciliables**, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial." (Negrillas fuera de texto)

Al respecto el Honorable Consejo de Estado en sentencia del **once (11) de marzo de dos mil diez (2010)**, radicación número: 25000-23-25-000-2009-00130-01(1563-09), señaló:

"(...)

"De la norma transcrita, se advierte que la conciliación extrajudicial únicamente se exige como requisito de procedibilidad cuando el asunto que se pretende controvertir en sede jurisdiccional, tenga el carácter de conciliable. No obstante

ello, la norma no señaló las pautas o criterios que le permitieran al juez identificar la naturaleza de los asuntos que eventualmente pueden someterse al trámite de la conciliación extrajudicial”.

Sin embargo, debe decirse que el artículo 53 de la Constitución Política es la preceptiva que autoriza la conciliación o transacción sobre los derechos de carácter laboral. En efecto, por intermedio de la citada cláusula constitucional, el constituyente de 1991 le atribuyó al Congreso de la República el deber de expedir el estatuto del trabajo teniendo en cuenta, entre otros aspectos, unos principios mínimos fundamentales de carácter laboral, la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos contenidos en las normas laborales y las facultades para conciliar y transigir sobre derechos inciertos y discutibles. (Subrayados fuera de texto)

“(...) Es indispensable no perder de vista que son materia de conciliación, derechos que tengan el carácter de “inciertos y discutibles” estos son los autorizados por el artículo 53 de la Carta Política, y a los que hace referencia la Ley Estatutaria al establecer dicho requisito “... cuando los asuntos sean conciliables...”

“Cuando una persona considera que ha causado el derecho a la pensión, por cumplir los requisitos señalados en la ley, las partes involucradas en la eventual controversia judicial, no están en posibilidad jurídica de conciliar tal derecho. Él, como se sabe, es de carácter imprescriptible e irrenunciable, las condiciones para su reconocimiento están señaladas en la ley y ella no puede ser objeto de negociación por ninguno de los extremos, por ser de orden público.

“La anterior, es la razón de ser del condicionamiento señalado en la ley, para exigir la conciliación extrajudicial, como requisito de procedibilidad del contencioso administrativo laboral “...cuando los asuntos sean conciliables...” de lo contrario el legislador no hubiera consignado dicha frase.

“(...)”

“Insiste la Sala en que para la exigencia del requisito de procedibilidad en examen, el juez en materia contencioso administrativa debe observar extremo cuidado con “los derechos ciertos y discutibles” susceptibles de conciliación en materia laboral, puesto que la mayoría de ellos son irrenunciables e imprescriptibles y para sus destinatarios son fundamentales, como sucede con el derecho a la pensión. De ahí que el rechazo de la demanda por ese motivo implica el observar especial responsabilidad en la actividad judicial. (...)”

“De acuerdo con la norma transcrita, y las consideraciones que anteceden, la conciliación y la transacción como mecanismos alternativos para la solución de conflictos sólo resultan admisibles en las controversias que giran en torno a derechos inciertos y discutibles razón por la cual, no resulta procedente exigir

como requisito de procedibilidad la conciliación extrajudicial, prevista en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, si lo que se quiere discutir, como en este caso, es la legalidad de una prestación pensional dado su carácter de derecho irrenunciable, cierto e indiscutible". (Negrillas y subrayados fuera de texto).

XI.- PARTES Y SUS REPRESENTANTES:

Serán partes en el presente proceso, **DEMANDANTE: SILVINO SANCHEZ BONILLA**, identificado con la cédula de ciudadanía número 4.058.899, quien obra en nombre propio, representado judicialmente por el suscrito abogado; y **DEMANDADA: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-** representada por Dra. GLORIA INES CORTES ARANGO o por quien haga sus veces. Actuará igualmente el señor representante del Ministerio Público quien intervendrá en interés del orden jurídico.

XII.- ANEXOS:

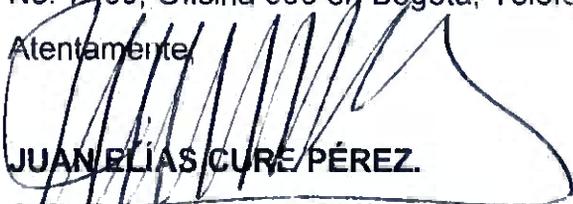
Adjunto original del poder otorgado legalmente para el efecto; los documentos relacionados en el acápite de las pruebas y ejemplares de la demanda con sus anexos, con destino al traslado a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL - UGPP**, al Procurador Delegado y al Archivo del Juzgado.

XIII.- DOMICILIO Y NOTIFICACIONES:

La demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**, representada por la Doctora GLORIA INES CORTES ARANGO o quien haga sus veces, recibirá notificaciones en sus oficinas ubicadas en la Calle 19 No. 68ª -18 en la ciudad de Bogotá. Teléfono 4926090, correo electrónico: notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co

El suscrito apoderado las recibirá en la secretaría del Juzgado o en la calle 12B No. 7-80, Oficina 635 en Bogotá, Teléfono 2829500,.

Atentamente,



JUAN ELIAS CURE PÉREZ.

C.C. No. 19.183.851 de Bogotá.

T.P. No. 93.251 del C.S de la J.



Cartagena de Indias D. T. y C., doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-002-2019-00124-01
Demandante	Silvino Sánchez Bonilla
Demandado	U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)
Tema	Reliquidación pensión de jubilación / IBL en el régimen de transición pensional – determinación / factores salariales que deben hacer parte del IBL / Régimen aplicable a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional
Magistrado ponente	Jean Paul Vásquez Gómez

II.- PRONUNCIAMIENTO

1. La Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Bolívar¹ resuelve el recurso de apelación presentado por la parte demandada, en contra de la Sentencia de 19 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

Contenido: 3.1. Posición de la parte demandante; 3.2. Posición de la parte demandada; 3.3. Sentencia de primera instancia; y, 3.4. Recurso de apelación y trámite de segunda instancia

3.1. Posición de la parte demandante

2. El 31 de mayo de 2019², el señor Silvino Sánchez Bonilla, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (en adelante, UGPP), con el fin de que se reliquide su pensión de vejez con la inclusión de la totalidad de los factores salariales percibidos, en los términos del artículo 33 de 1985.

3. En la demanda se formularon las siguientes **pretensiones**³:

“PRIMERO. - Que se declare la nulidad del acto administrativo Resolución No. 32327 de fecha 15 de Julio de 2008 proferida por la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL CAJANAL, entidad reemplazada por la UGPP, y por medio del cual se reliquida la pensión del demandante desconociendo los derechos de este a pertenecer a un régimen de excepción en pensión.

SEGUNDO. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se declare que el demandante tiene derecho a que la UGPP liquide y reliquide la pensión de vejez, con la inclusión de los factores salariales como son: SUELDO BÁSICO, SOBRESUELDO, REMUNERACIÓN POR TRABAJO DOMINICAL O FESTIVO, REMUNERACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS, SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN, SUBSIDIO UNIDAD FAMILIAR, SUELDO DE VACACIONES, AUXILIO DE TRANSPORTE, PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA DE RIESGO, BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN, PRIMA SEMESTRAL Y PRIMA DE SERVICIOS, entre otros, de conformidad con lo establecido en la ley 33 de 1985.

TERCERO. - Condenar a la demandada UGPP para que, sobre las mesadas adeudadas al actor, se le indexe el valor de dichas sumas de conformidad con el IPC conforme al art. 187 del CPACA, desde que se originó la obligación hasta la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia.

CUARTO. -Que la demandada UGPP, pague al demandante los intereses de mora causados por el injusto retardo en el pago del valor al de su pensión de jubilación.”

¹ Esta decisión se toma mediante Sala virtual en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521, expedido el 19 de marzo de 2020 por el Consejo Superior de la Judicatura.

² Folios 1 – 2. Archivo “01ExpedientePrimerainstancia”.

³ Folio 7. Archivo “01ExpedientePrimerainstancia”.





Medio de control	Nullidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-002-2019-00124-01
Accionante	Silvino Sánchez Bonilla
Accionado	U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Decisión	Reliquidación pensión de jubilación / IBL en el régimen de transición pensional – determinación / factores sal que deben hacer parte del IBL
Página	Página 2 de 12

4. La parte accionante narró, en síntesis, los siguientes **hechos relevantes**⁴:
5. **(1)** Laboró en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, al servicio del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (en adelante, INPEC), desde el 3 de diciembre de 1980 hasta el 19 de junio de 2007.
6. **(2)** Que la extinta Caja Nacional de Previsión Social (en adelante, CAJANAL) le reconoció pensión de vejez, efectiva a partir del 1 de enero de 2005.
7. **(3)** La citada prestación fue reliquidada por la UGPP mediante Resolución No. 32327 de 15 de julio de 2008 con una tasa de reemplazo del 75% del Ingreso Base de Liquidación (en adelante, IBL) de lo devengado o cotizado durante los últimos 6 años, bajo los parámetros de la Ley 32 de 1986 y el Decreto 1158 de 1994.
8. Para sustentar los cargos de nulidad, como **concepto de la violación**⁵, en resumen, señaló que los actos acusados se profirieron con desconocimiento de las normas en que debió fundarse.

3.2. Posición de la parte demandada

9. En su contestación, la **UGPP**⁶ solicitó que se denegaran las pretensiones de la demanda, argumentando en síntesis que: **(1)** el demandante prestó sus servicios como guardián del INPEC, labor especial que se excluyó de la aplicación de la Ley 33 de 1985, siendo aplicable la Ley 32 de 1986; **(2)** que el IBL de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 se determina a partir de lo dispuesto en los artículos 21 y 36 de la Ley 100, y no el régimen pensional anterior; y, **(3)** concluyó a partir de la Sentencia C – 258 de 2013, que solo es posible incluir en el IBL pensional los factores salariales sobre los cuales se cotizó, contenidos en el Decreto 1158 de 1994.

3.3. Sentencia de primera instancia

10. Mediante **Sentencia de 19 de marzo de 2021**⁷, el Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena, concedió las pretensiones de la demanda con fundamento en las siguientes razones: **(1)** el demandante es beneficiario del régimen de especial de que trata el Decreto 2090 de 2003, en concordancia con el párrafo transitorio 5º del artículo 1 del Acto legislativo 01 de 2005; **(2)** que no le resulta aplicable el precedente contenido en la Sentencia SU – 230 de 2015, respecto de la interpretación que debe otorgarse al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; **(3)** para el reconocimiento de la pensión del actor resultan aplicables la Ley 32 de 1986 y los Decretos 407 de 1941 y 1045 de 1978, artículo 45; y, por tal razón, **(4)** le asiste derecho a que su pensión sea nuevamente reliquidada con los factores de asignación básica, bonificación servicios prestados y prima servicios devengados en el último año de servicios acreditado, esto es, del 1º de junio de 2006 al 30 de junio de 2007.

⁴ Folio 3. Archivo "01ExpedientePrimerainstancia".

⁵ Folios 3 - 8. Archivo "01ExpedientePrimerainstancia".

⁶ Folios 48 - 55. Archivo "01ExpedientePrimerainstancia".

⁷ Folios 114 - 133. Archivo "01ExpedientePrimerainstancia".





Medio de control	Nullidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-002-2019-00124-01
Accionante	Silvino Sánchez Bonilla
Accionado	U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Decisión	Reliquidación pensión de jubilación / IBL en el régimen de transición pensional – determinación / factores sal que deben hacer parte del IBL
Página	Página 3 de 12

3.4. Recurso de apelación y trámite de segunda instancia

11. El 10 de abril de 2021⁸, la parte demandada presentó **recurso de apelación** contra la sentencia de primera instancia, argumentando que: **(1)** el Consejo de Estado manifestó, que para el reconocimiento prestacional solo se deben incluir los factores en las liquidaciones para el reconocimiento de la pensión de vejez; **(2)** sería un contrasentido incluir factores salariales que no fueron objeto de descuentos para pensión, máxime cuando nuestro sistema jurídico estableció la pensión a partir de los aportes a pensión que efectivamente realicen los afiliados; y, **(3)** la liquidación pensional de quien hoy demanda se realizó incluyendo los factores salariales a que tenía derecho en su momento, según lo establecido en la norma.

12. El recurso interpuesto se concedió mediante providencia de 12 de octubre de 2021⁹, y se **admitió** por esta Corporación con Auto de 26 de noviembre de 2021¹⁰. Las partes, demandante y demandada no presentaron alegatos de conclusión y el Agente del Ministerio Público guardó silencio¹¹.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

13. Revisado el expediente, se observa que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios procesales que acarren nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la impugnación presentada.

V.- CONSIDERACIONES

Contenido: 5.1. Competencia; 5.2. problema jurídico de instancia; 5.3. Tesis de la Sala; 5.4. Metodología y estructura de la decisión; 5.5. Marco normativo y jurisprudencial aplicables; 5.6. Caso concreto; análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo; y 5.7. De la condena en costas.

5.1. Competencia

14. Esta Corporación es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto en este proceso de doble instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA, el cual dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las Sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

5.2. Problema jurídico de instancia

15. La Sala concluyó que el **problema jurídico** en esta instancia se restringe a determinar si, para calcular el IBL de la pensión del demandante se debe atender a los criterios señalados por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-230 de 2015; y por tanto, sólo se deben tener en cuenta los factores contemplados en el Decreto 1158 de 1994, por ser estos sobre los cuales se realizan las cotizaciones al Sistema General de Pensiones.

⁸ Folios 136 – 144. Archivo "01ExpedientePrimerainstancia".

⁹ Folios 198 - 200. Archivo "01ExpedientePrimerainstancia".

¹⁰ Archivo "04AutoAdmite".

¹¹ El recurso fue interpuesto en vigencia de la Ley 2080 de 2021, razón por la que, los sujetos procesales podrían dentro del término de ejecutoria del auto que admitió el recurso, pronunciarse en relación con la apelación formulada. Asimismo, las partes podrían pedir pruebas atendiendo a lo dispuesto en el artículo 212 del CPACA, el Ministerio Público podría emitir concepto hasta antes de que ingrese el proceso al despacho para sentencia.





Medio de control	Nullidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-002-2019-00124-01
Accionante	Silvino Sánchez Bonilla
Accionado	U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Decisión	Reliquidación pensión de jubilación / IBL en el régimen de transición pensional – determinación / factores sal que deben hacer parte del IBL
Página	Página 4 de 12

16. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 de la Ley 1564 de 2012 (en adelante, CGP), en virtud del cual, el pronunciamiento de la Sala se debe limitar a los argumentos expuestos por el apelante.

5.3. Tesis de la Sala

17. La Sala confirmará la sentencia apelada y sostendrá la tesis de que, el régimen especial en materia pensional aplicable al presente caso no contempló los factores a tener en cuenta para su liquidación, razón por la cual se debe atender a la remisión de los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, señalando que, en los aspectos no previstos en ellas, se aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales.

18. Sin embargo, la norma vigente para los empleados del orden nacional de que tratan los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, es la Ley 33 de 1985, norma que no aplica a los servidores cobijados por un régimen especial, dada la exclusión expresa consagrada en el inciso 2 del artículo 1 y, por tanto, en cuanto a los factores debe acudir al Decreto 1045 de 1978.

5.4. Metodología y estructura de la decisión

19. Para resolver el problema jurídico planteado y la fundamentación de la tesis antes citada, la Sala analizará las normas y jurisprudencia aplicables (5.5.) y, posteriormente, a partir de pruebas aportadas al proceso, examinará el caso concreto (5.6.).

5.5. Marco normativo y jurisprudencial aplicables

5.5.1. Régimen pensional de los miembros del Cuerpo de Vigilancia y Custodia del INPEC.

20. Antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, la norma vigente para los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional era la Ley 32 de 1986¹², que en su artículo 96 consagró el derecho a percibir pensión de jubilación, para los empleados del INPEC que completaran 20 años de servicio sin tener en cuenta la edad¹³.

21. El Decreto 691 de 1994, expedido debido a lo dispuesto en el artículo 273¹⁴ de la Ley 100 de 1993 incorporó entre otros, a los "servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo para su salud"¹⁵ al sistema general de pensiones, pero les serían aplicables las condiciones especiales aplicables a cada caso.

¹² Por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia

¹³ «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.»

¹⁴ El artículo 273 estableció que el Gobierno Nacional "podrá incorporar, respetando los derechos adquiridos, a los servidores públicos, aun a los congresistas, al sistema general de pensiones y al sistema general de seguridad social en salud"

¹⁵ Artículo 5. Derogado por el art. 11 del Decreto Nacional 2090 de 2003.





Medio de control	Nullidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-002-2019-00124-01
Accionante	Silvino Sánchez Bonilla
Accionado	U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Decisión	Reliquidación pensión de jubilación / IBL en el régimen de transición pensional – determinación / factores sal que deben hacer parte del IBL
Página	Página 5 de 12

22. A su vez, el **Decreto 407¹⁶ del 20 de febrero de 1994¹⁷**, expedido con base en las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 172.6¹⁸ de la Ley 65 de 1995¹⁹ clasificó en su artículo 78 el personal del INPEC en dos categorías: **(a)** Personal administrativo, y **(b)** Personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional.

23. Por su parte, en el artículo 168²⁰ precisó que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, siempre y cuando su vinculación fuere antes de la entrada en vigencia de dicho Decreto (21 de febrero de 1994), y previó que quienes ingresaran al INPEC después de esa fecha, le sería aplicable lo dispuesto en el artículo 140 de la citada Ley 100 sobre actividades de alto riesgo de los servidores públicos²¹.

24. Luego se expidió el **Decreto 2090 de 2003**, que derogó el Decreto. 407 de 1994. La nueva disposición estableció en su artículo 7.2 que se considera actividad de alto riesgo aquella “del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria”; además, en su artículo 4 estableció como requisitos para tener derecho a la pensión especial de vejez:

¹⁶ 1. Haber cumplido 55 años de edad.

² 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.

25. La liquidación de la pensión de los trabajadores beneficiarios de este régimen especial, de conformidad con lo señalado en el artículo 7 ibídem se regularía según lo previsto en las normas generales contenidas en la Ley 100 de 1993, 797 de 2003 y sus decretos reglamentarios.

26. Igualmente, el Decreto 2090 de 2003, en su artículo 6 consagró un régimen de transición, de la siguiente forma:

“Artículo 6º. Régimen de transición. Quiénes 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 2003²².”

(Negrilla fuera de texto)

¹⁶ “Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario”

¹⁷ Entró a regir el 21 de febrero del mismo año

¹⁸ ARTICULO 172. FACULTADES EXTRAORDINARIAS. De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese de precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República, por el término de seis (6) meses contados a partir de la fecha de la promulgación del presente Código, para dictar normas con fuerza de ley sobre las siguientes materias: (...) 6. Régimen salarial, prestacional y pensional, que no podrá desmejorar los derechos y garantías vigentes de los actuales servidores.

¹⁹ Código Penitenciario y Carcelario

²⁰ “Artículo 168. 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.

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

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

²¹ “De conformidad con la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expedirá el régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos.”

²² Artículo 18 de la Ley 707 de 2003, declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1056-03 de 11 de noviembre de 2003





Medio de control	Nullidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-002-2019-00124-01
Accionante	Silvino Sánchez Bonilla
Accionado	U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Decisión	Reliquidación pensión de jubilación / IBL en el régimen de transición pensional – determinación / factores sal que deben hacer parte del IBL
Página	Página 6 de 12

27. De la norma en cita se concluye que para tener derecho al régimen de transición allí consagrado se debe cumplir dos requisitos: **(i)** que el servidor haya cotizado por lo menos 500 semanas en actividades de alto riesgo y luego de cumplir con el número mínimo de semanas previstas en la Ley 797 de 2003²³ y que adicionalmente **(ii)** cumpla con los requisitos exigidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que igualmente contempla el régimen de transición, esto es, tener 35 años de edad si es mujer y 40 si se es hombre y/o 15 años de servicio.

28. Posteriormente, el **Decreto 1950 de 2005**²⁴ derogó el artículo 96 de la Ley 32 de 1986; y en su lugar estableció que, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicaría el régimen de alto riesgo contemplado en el Decreto 2090 de 2003, **salvo si su vinculación fue con anterioridad a la fecha de vigencia de ese Decreto.**

29. Dicha regla de transición fue consagrada en el parágrafo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005 que dispuso: *“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”* (Resaltado por la Sala).

30. Se concluye entonces, que la misma disposición Constitucional, estableció que los miembros de custodia y vigilancia del INPEC, **que hayan ingresado con anterioridad al 26 de julio de 2003** (entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003) **se les aplicará para el régimen pensional las disposiciones contenidas en la Ley 32 de 1986.**

31. Ahora bien, en torno a la forma en la cual se deben liquidar las pensiones de régimen especial del INPEC el Consejo de Estado indicó:

“El régimen especial aplicable a los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria no contempló los factores a tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión por lo que, por remisión de los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, debe aplicarse el régimen vigente para los empleados públicos del orden nacional.

El artículo 114 de la Ley 32 de 1986 dispone:

“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.”.

Esta preceptiva se mantuvo en el artículo 184 del Decreto 407 de 1994, con el siguiente tenor literal

“NORMAS SUBSIDIARIAS. En los aspectos no previstos en este Decreto o en los reglamentarios, a los empleados del Instituto se les aplicarán las normas vigentes para los servidores públicos nacionales.”.

El artículo 4 de la Ley 4 de 1966 ordena que la pensión de jubilación se liquida sobre todos los factores devengados en el último año de servicios. Su tenor literal es el siguiente:

“A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.”.

²³ Así lo entendió la Corte Constitucional en la sentencia C-663 de 2007, al analizar la exequibilidad del artículo sexto en cita y condicionar su contenido para que se entienda que “se podrán acreditar las semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiere sido calificada jurídicamente como de alto riesgo”.

²⁴ “Artículo 1º. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto-ley 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. Con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, esto es, el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes de conformidad con el Decreto-ley 407 de 1994 en concordancia con el artículo 1º del Decreto 1835 de 1994”.





Medio de control	Nullidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-002-2019-00124-01
Accionante	Silvino Sánchez Bonilla
Accionado	U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Decisión	Reliquidación pensión de jubilación / IBL en el régimen de transición pensional – determinación / factores sal que deben hacer parte del IBL
Página	Página 7 de 12

Empero como la citada norma no establece los factores de salario, para liquidar la pensión se aplicará en el sub lite lo preceptuado por el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, que señala los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar la pensión de jubilación.”²⁵

32. Así mismo sostuvo en sentencia del 28 de noviembre de 2019 que:

“Con respecto a los factores que constituyen salario para la liquidación de la pensión de jubilación de que trata la Ley 32 de 1986, la Subsección A de la Sección Segunda de la sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado señaló:

*En cuanto a los parámetros para la liquidación del derecho pensional, en un primer momento se acudió a los lineamientos de la Ley 32 de 1986, la que sin embargo, no enunciaba qué factores constituirían salario para la liquidación de la pensión de jubilación, acudiendo al régimen prestacional de los funcionarios públicos, Ley 33 de 1985, tampoco se encontró armonización sobre el tema teniendo en cuenta que el artículo 1º ibidem, excluye del régimen general al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional - INPEC. **Por lo tanto, ante la ausencia de norma expresa, se acudió a los presupuestos del Decreto 1045 de 1978 (...)***

*En consecuencia, 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 los factores que la componen, por lo que resulta procedente acudir a otras **disposiciones, como el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.**”²⁶*

33. Para la Sala, resulta oportuno precisar que la Sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018²⁷, tuvo por objeto interpretar y fijar el alcance del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, por lo que en principio no aplica cuando se analiza el régimen de transición de las actividades de alto riesgo derivado del acto legislativo 01 de 2005; sin embargo, es del caso observarla como quiera que instituyó una nueva subregla, esta es, que los factores a incluir en la base de cotización serán los taxativos que se enlistan en la normativa que establece el régimen pensional.

34. Con fundamento en el desarrollo legislativo y jurisprudencial realizado en líneas precedentes, se tiene que:

35. **(1)** La Ley 32 de 1986 fue un régimen pensional especial para los miembros del cuerpo de custodia del INPEC, frente al régimen general adoptado por la Ley 33 de 1985 para los servidores públicos;

36. **(2)** Que la especialidad de dicho régimen obedeció a los riesgos inherentes a la función de custodia y vigilancia de los internos en las cárceles y penitenciarías nacionales; y por lo mismo, el requisito para su causación se circunscribió a 20 años de servicios, continuos o discontinuos, en ejercicio de esa función;

37. **(3)** El régimen de personal, salarial, prestacional y pensional del INPEC adoptado por el Decreto Ley 407 de 1994, conservó la pensión especial en comento, expresamente para los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia mediante la remisión expresa que hizo el artículo 168 *ibidem*;

38. **(4)** Las reglas de transición establecidas en el Decreto 2090 de 2003 no le son aplicables a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC, toda vez que la transición de estos servidores públicos se rige por el Acto Legislativo 01 de 2005 parágrafo 5º y por el Decreto 1950 de 2005; y

²⁵ Sentencia del 27 de abril de 2006, radicado Interno 2849-04.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, CP: Julio Roberto Piza Rodríguez, sentencia de tutela del 28 de noviembre de 2019, radicación: 11001-03-15-000-2019-04283-00, actor: José Edgar Guacaneme.

²⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP: César Palomino Cortés, sentencia de 28 de agosto de 2018, radicación: 52001-23-33-000-2012-00143-01, actor: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro.





Medio de control	Nullidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-002-2019-00124-01
Accionante	Silvino Sánchez Bonilla
Accionado	U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Decisión	Reliquidación pensión de jubilación / IBL en el régimen de transición pensional – determinación / factores sal que deben hacer parte del IBL
Página	Página 8 de 12

39. **(5)** Le será aplicable la Ley 32 de 1986 a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC que hayan ingresado al servicio con anterioridad a la vigencia del Decreto 2090 de 2003 (26 de julio de 2003).

40. **(6)** El IBL de la pensión de dichos funcionarios se conformará con el 75% de los factores salariales devengados en el último año de servicios que estén enlistados en el Decreto 1045 de 1978.

5.6. Caso concreto

5.6.1. Pruebas recaudadas

41. De las pruebas recaudadas la Sala encuentra acreditado lo siguiente:

42. **(1)** El señor Silvio Sanchez Bonilla laboró al servicio del INPEC como Dragoneante del 3 de diciembre de 1980 al 30 de junio de 2007²⁸.

43. **(2)** Mediante Resolución No. 16862 del 2 de mayo de 2007²⁹, CAJANAL hoy la UGPP, al resolver un recurso de reposición, le reconoció al señor Silvino Sanchez Bonilla una pensión de vejez en cuantía de \$693.449,75, efectiva a partir del 1 de enero de 2005, con fundamento en la Ley 32 de 1986.

44. **(2.1.)** Como tasa de remplazo e IBL, la entidad reconoció un 75% del promedio de lo devengado o cotizado durante los últimos 10 años de servicio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta los factores salariales señalados por el Decreto 1158 de 1994.

45. **(3)** A través de Resolución No. 32327 de julio 15 de 2008, se reliquidó la pensión del señor Silvino Sanchez Bonilla, incluyendo como factor de liquidación la denominada prima de riesgo, efectiva a partir del 1º de julio de 2007, con fundamento en la Ley 32 de 1986 y el Decreto 2090 de 2003; para establecer dicho monto la entidad aplicó el 75% del promedio del salario devengado durante los últimos 10 años conforme el artículo 21 de la Ley 100 de 1993³⁰.

5.6.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico aplicable

46. En el caso bajo estudio, la entidad demandada manifestó que para determinar el IBL de la pensión del demandante debe darse aplicación a la Sentencia SU-230 de 2015 proferida por la Corte Constitucional, argumento que no es acogido por la Sala, toda vez que, como se indicó anteriormente el régimen especial del INPEC, no contempla la aplicación de la Ley 100 de 1993, razón por la cual no es procedente tener en cuenta pronunciamientos jurisprudenciales que hacen referencia al alcance del artículo 36 ibídem.

²⁸ Folio 30. Archivo "01ExpedientePrimerInstancia".

²⁹ Folios 19 – 21. Archivo "01ExpedientePrimerInstancia".

³⁰ Folios 22 – 29. Archivo "01ExpedientePrimerInstancia".



Medio de control	Nullidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-002-2019-00124-01
Accionante	Silvino Sánchez Bonilla
Accionado	U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Decisión	Reliquidación pensión de jubilación / IBL en el régimen de transición pensional – determinación / factores sal que deben hacer parte del IBL
Página	Página 9 de 12

47. No obstante, como la entidad discute en su apelación la manera como debe establecerse el IBL, la Sala verificará si la orden dictada en primera instancia se ajusta al régimen aplicable al demandante.

48. En el presente caso se demostró que el señor Sánchez Bonilla nació el 22 de mayo de 1959³¹ y prestó sus servicios al INPEC como Dragoneante por más de 26 años, entre el 3 de diciembre de 1980 al 30 de junio de 2007³².

49. Lo anterior indica que el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el parágrafo 5 transitorio del Acto legislativo 01 de 2005, y del artículo 1 del Decreto 1950 de 2005, toda vez que a la fecha de entrar en vigencia el Decreto 2090 de 2003 estaba vinculado al INPEC y cumplía funciones de vigilancia y custodia de internos.

50. En consecuencia, al demandante le asistía el derecho a pensionarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, es decir, *"...al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta su edad"*.

51. Ahora bien, es preciso señalar que en vista que el régimen especial en materia pensional aplicable al presente caso no contempló los factores a tener en cuenta para su liquidación, se debe atender a la remisión de los artículos 114³³ de la Ley 32 de 1986 y 184³⁴ del Decreto 407 de 1994, señalando que, en los aspectos no previstos en ellas, se aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales.

52. Sin embargo, la norma vigente para los empleados del orden nacional de que tratan los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, es la Ley 33 de 1985, norma que no aplica a los servidores cobijados por un régimen especial, dada la exclusión expresa consagrada en el inciso 2 del artículo 1 y, por tanto, en cuanto a los factores debe acudir al Decreto 1045 de 1978.

53. En consecuencia, la Sala considera que al demandante le asiste derecho a que se reliquide su pensión incluyendo todos los factores devengados en el último año de servicios y previstos en el Decreto 1045 de 1978, por lo que es del caso establecer si el Juez de primera instancia acertó en la forma en la cual ordenó el restablecimiento, así:

³¹ Folios 24 y 37. Archivo "01 Expediente Primera Instancia".

³² Folios 24 - 30. Archivo "01 Expediente Primera Instancia".

³³ 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.

³⁴ ARTÍCULO 184. NORMAS SUBSIDIARIAS. En los aspectos no previstos en este Decreto o en los reglamentarios, a los empleados del Instituto se les aplicarán las normas vigentes para los servidores públicos nacionales.



Medio de control Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado 13-001-33-33-002-2019-00124-01
Accionante Silvano Sánchez Bonilla
Accionado U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Decisión Reliquidación pensión de jubilación / IBL en el régimen de transición pensional – determinación / factores sal que deben hacer parte del IBL
Página Página 10 de 12

FACTORES DEL DECRETO 1045 DE 1978	FACTORES DEVENGADOS POR EL DEMANDANTE EN EL ÚLTIMO AÑO DE SERVICIO ³⁵	FACTORES RECONOCIDOS POR LA UGPP	FACTORES CONCEDIDOS POR EL A QUO
<ul style="list-style-type: none"> • La asignación básica; • Los auxilios de alimentación y transporte; • Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto ley 710 de 1978; • La prima de vacaciones; • La prima de servicios; • La prima de navidad; • Los gastos de representación y la prima técnica; • Los dominicales y feriados; • Las horas extras, • La bonificación por servicios prestados; • 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; • El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; • Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. 	<ul style="list-style-type: none"> • Asignación básica mensual. • Sobresueldo • Prima de riesgo • Subsidio por alimentación • Subsidio por unidad familiar • Auxilio de transporte • Bonificación por recreación • Prima de vacaciones • Prima de servicios • Prima de Navidad 	<ul style="list-style-type: none"> • Asignación básica mensual • Sobresueldo • Bonificación por servicios prestados • Prima de riesgo 	<ul style="list-style-type: none"> • Asignación básica mensual • Bonificación por servicios prestados • Prima de servicios.

54. Por lo expuesto se observa que la liquidación efectuada a la pensión del demandante en la Resolución No. 16862 de 2007, se tuvo en cuenta únicamente el sueldo básico devengado por el demandante, así como también el sobresueldo, la bonificación por servicios prestados y la prima de riesgo, omitiendo computar: **(i)** prima de vacaciones; **(ii)** prima de servicios; y, la **(iii)** prima de Navidad; las cuales percibió durante el último año de servicios y que en efecto constituyen factor salarial para ser incluida dentro de la liquidación de la base pensional, en los términos del Decreto 1045 de 1978.

³⁵ Certificación de valores pagados al demandante mes a mes desde el año 1994 hasta el mes de junio de 2007. Folios 32 - 36. Archivo "01ExpedientePrimerainstancia".





Medio de control	Nullidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-002-2019-00124-01
Accionante	Silvino Sánchez Bonilla
Accionado	U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Decisión	Reliquidación pensión de jubilación / IBL en el régimen de transición pensional – determinación / factores sal que deben hacer parte del IBL
Página	Página 11 de 12

55. Así las cosas, la Sala advierte dos cosas, la primera, que resultó acertada la decisión del Juez de primera de acceder a la reliquidación solicitada con la inclusión de los factores salariales percibidos durante el último año de servicios; y la segunda, que no obstante lo decidido omitió ordenar la inclusión de las primas de navidad y vacaciones.

56. Pese a lo anterior, teniendo en cuenta que la parte demandante no apeló la decisión de primera instancia, la Sala confirmará la decisión objeto de recurso, y se abstendrá de disponer el reconocimiento de dichos conceptos.

5.7. De la condena en costas

57. Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

58. En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación de la parte demandante en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, y teniendo en cuentas los siguientes factores: **(i)** el trámite del recurso, **(ii)** la naturaleza del proceso y **(iii)** la gestión de la parte demandada.

59. En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandante, las cuales deberán ser liquidadas por el Juzgado de primera instancia, atendiendo lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

VI.- DECISIÓN

60. En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 19 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual concedió las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **ENVIAR** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones en el Sistema de gestión SAMAI.





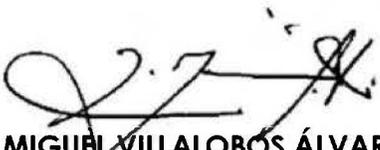
Medio de control	Nullidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-002-2019-00124-01
Accionante	Silvino Sánchez Bonilla
Accionado	U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Decisión	Reliquidación pensión de jubilación / IBL en el régimen de transición pensional – determinación / factores sal que deben hacer parte del IBL
Página	Página 12 de 12

TERCERO: CONDENAR en costas procesales en segunda instancia a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por el Juzgado de origen, dando aplicación a los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 006 de la fecha.


JUAN PAUL VASQUEZ GOMEZ
MAGISTRADO


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Magistrado


OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
Magistrado



Cartagena de Indias D. T. y C., Diez y nueve (19) de Marzo de dos mil veintiuno (2021)

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado:	13-001-33-33-002-2019-00124-00
Demandante:	SILVANO SANCHEZ BONILLA
Demandado:	NACION-UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL -UGPP
Tema	Reliquidación de pensión de vejez dragoneante INPC- régimen de transición. Nuevos factores a incluir
Sentencia No.	

1. PRONUNCIAMIENTO

Previo el agotamiento de las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este despacho a dictar sentencia anticipada de primera instancia, de acuerdo a lo establecido por el numeral 1 del art. 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020¹, dentro de la demanda formulada por el señor SILVANO SANCHEZ BONILLA, conducido por apoderado judicial contra la **NACIÓN – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y DE CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, con el fin que se declare la nulidad del acto administrativo Resolución No. 32327 de fecha 15 de Julio de 2008 proferida por la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL CAJANAL, entidad reemplazada por la UGPP, y por medio del cual se reliquida la pensión del demandante, desconociendo los derechos de este a pertenecer a un régimen de excepción en pensión.

2. ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA

2.1.1 Pretensiones

Estas son, en resumen, las intenciones de la demandante:

Que se declare la nulidad del acto administrativo Resolución No. 32327 de fecha 15 de Julio de 2008 proferida por la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL CAJANAL, entidad reemplazada por la UGPP, y por medio del cual se reliquida la pensión del demandante desconociendo los derechos de este a pertenecer a un régimen de excepción en pensión.

¹ Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.



SC5790-1-9





Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se declare que el demandante tiene derecho a que la UGPP liquide y reliquide la pensión de vejez, con la inclusión de los factores salariales como son: SUELDO BASICO, SOBRESUELDO, REMUNERACION POR TRABAJO DOMINICAL O FESTIVO, REMUNERACION POR SERVICIOS PRESTADOS, SUBSIDIO DE ALIMENTACION, SUBSIDIO UNIDAD FAMILIAR, SUELDO DE VACACIONES, AUXILIO DE TRANSPORTE, PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA DE RIESGO, BONIFICACION POR RECREACION, PRIMA SEMESTRAL Y PRIMA DE SERVICIOS, entre otros, de conformidad con lo establecido en la ley 33 de 1985.

Así mismo condenar a la demandada UGPP para que sobre las mesadas adeudadas al actor, se le indexe el valor de dichas sumas de conformidad con el IPC conforme al art. 187 del CPACA, desde que se originó la obligación hasta la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia.

Por último que la demandada UGPP, pague al demandante los intereses de mora causados por el injusto retardo en el pago del valor al de su pensión de jubilación. -

2.1.2. Hechos.

A continuación se resumen los fundamentos fácticos del *petitum*:

Manifiesta el apoderado del actor que este prestó sus servicios al INPEC desde el 3 de diciembre de 1980 hasta el 19 de junio de 2007, laborando un total de veinte y seis (26) años y seis (6) meses aproximadamente.

Menciona el togado, que mediante resolución No. 16862 del 2 de mayo de 2007, CAJANAL hoy la UGPP, le reconoció al actor la pensión de vejez en cuantía de (\$693.449,75), efectiva a partir del 1º de enero de 2005, así mismo en la mencionada resolución reconoció que para el reconocimiento de pensión le era aplicable el acto legislativo 01 de 2005.

Seguidamente asegura el apoderado del actor, que por resolución No. 32327 de julio 15 de 2008, CAJANAL hoy la UGPP, reliquidó la pensión del señor SILVANO SANCHEZ BONILLA, elevando la cuantía de la misma a la suma de (\$917.868,82) efectiva a partir del 1º de julio de 2007, así mismo en la mencionada resolución vuelve a reconocer que para el reconocimiento de pensión le era aplicable al actor la ley 32 de 1986, y que para la liquidación se debe acudir a la norma general que para el caso en mención dice que era la ley 33 de 1985 y adicionalmente a la ley 100 de 1993 y su decreto reglamentario 1058 de 1994.-

Que la UGPP al reconocer al demandante que le era aplicable la ley 32 de 1986 e igualmente reconocer que dicha ley no señala la forma de liquidar la misma y que por lo tanto se debe acudir a la norma general que para el caso en mención es la ley 33 de 1985, desconoció que ésta última ley establece en su artículo 1º- "El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años **tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento**



SC5730-1-9





(75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio” (Negrillas fuera de texto)

2.1.1 Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora, para cimentar jurídicamente sus pretensiones expone en lo basilar de su concepto de violación que en el caso del actor se dejaron de aplicar y en otros casos se aplicaron indebidamente las siguientes normas:

Señala primero que hubo aplicación parcial del acto legislativo 001 de 2005 en su art. 1º párrafo transitorio número 5º que establece:

“(…)

“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 carcelarias 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” (Negrillas y subrayado fuera de texto), así mismo en la mencionada resolución CAJANAL reconoce que para la liquidación de la pensión se debe acudir a la norma general y que para el caso en mención es la ley 33 de 1985.

El artículo 96 de la ley 32 de 1986 señala: PENSION DE JUBILACION. Los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria 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.

A mi representado CAJANAL hoy la UGPP le reconoció la pensión de jubilación a los 20 años de servicios sin tener en cuenta la edad, pero le liquidó la pensión con base en la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, particularmente el decreto 1158 de 1994.

Otro argumento que presenta el apoderado del demandante es la falta de aplicación de la ley 33 de 1985, artículo 1º decreto 3135 de 1968, artículo 27 y el decreto 1848 d 1969 artículo 73.

Al respecto menciona que por encontrarse el actor incurso en el régimen pensional de la ley 32 de 1986, y que si bien es cierto esta norma no estableció que factores debían haberse tenido en cuenta para efectos de liquidar las pensiones a esta clase de funcionarios del INPEC, también lo es que por disposición del art. 114 del decreto 407 de 1994, este remite a las normas generales para los servidores públicos vigentes antes de la ley 100 de 1993, y que por el principio de favorabilidad se deberá aplicar la más favorable al actor, y ella se encuentra descrita es en los decretos 3135 de 1968, el 1848 de 1969 y el 1045 de 1978, siendo la más beneficiada o favorable las dos primeras.



SC5730-1-9





El apoderado del demandante trae seguidamente a colación el concepto de la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado No. 433 de 1992, con ponencia del exconsejero doctor Humberto Mora Osejo, rendido en virtud a una consulta elevada por el ministerio del Trabajo y seguridad social, en el sentido de que si para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación a quienes gozan de regímenes especiales, les son aplicables los factores señalados en el inciso 2º del art. 3º de la ley 33 de 1985, modificado por el art. 1º de la ley 62 de 1985 y que si se efectúan aportes sobre factores diferentes a los establecidos en los artículos anteriores, s3e pueden tomar estos como factores salariales para la liquidación de pensión, respondió:

“(…)

“1º. Las pensiones de jubilación regidas por leyes especiales, no pueden liquidarse con fundamento en los factores prescritos por el artículo 3º, inciso 2º de la ley 33 de 1985 porque no les es aplicable.

2º. Las pensiones regidas por leyes especiales se deben liquidar exclusivamente con fundamento en ellas, Cada uno de estos estatutos tiene carácter e4special y prevaleciente.

3º Las pensiones reguladas por leyes especiales se liquidan con fundamento, no en los aportes, sino en la remuneración que es todo lo que percibe el empleado o trabajador, directa o indirectamente, por causa de su relación laboral”.

Otro cargo de violación consiste en la aplicación indebida de la ley 100 de 1993, decretos 1158 de 1994.

Según esto señala el apoderado del actor, que al estar su mandante cubierto por el acto legislativo 01 de 2005 el cual en su art. 1º parágrafo 5º transitorio dispone “De conformidad con lo dispuesto por el art. 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”, y que teniendo en cuenta que la ley 32 de 1986 no señala la forma de liquidar la misma y por lo tanto como lo reconoce CAJANAL en las resoluciones en cuestión se debe acudir a la norma general que para el caso en mención es la ley 33 de 1985, se tiene que para efectos de su liquidación reliquidación y monto de la misma no deben aplicársele los factores salariales contenidos en el decreto 1158 de 1994 que modificó el decreto 691 de 1994, pues allí se reguló el salario mensual base para calcular cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos incorporado al mismo, y que el actor no estaba incorporado en el sistema, por el contrario, se encontraba en el régimen de la ley 32 de 1986.

En apoyo de su tesis, cita el siguiente aparte de la sentencia del Consejo de estado del 8 de marzo de 2001, expediente 1525-00 consejero ponente doctor Alberto Arango mantilla, sección segunda, subsección A :



SC5790-1-9





“Ahora, en manera alguna es de recibo la afirmación de la entidad demandada al considerar que de efectuarse la reliquidación, se debe acudir a las previsiones de los artículos 21 de la ley 100 de 1993, 6º y 46 del decreto 692 de 1994 y 1º del decreto 1158 de 1994 que modificó el artículo 6º del decreto 691 de 1994.

“lo anterior por cuanto el artículo 21 de la ley 100 de 1993 y el 46 del decreto reglamentario 692 de 1994 determinaron el ingreso base de liquidación para las pensiones previstas en la ley, es decir el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual, a términos del artículo 12 de la ley, fijándolo en el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado el afiliado los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión o en todo el tiempo si fuere inferior para el caso de pensiones de sobrevivencia o invalidez. **No resultaría esta norma a tener en cuenta por cuanto la pensión de jubilación reconocida al actor no fue ninguna de la previstas en la ley 100 de 1993 sino en el régimen anterior, protegido por el régimen de transición”.**

“Y tampoco podría aplicarse para la reliquidación lo previsto en el decreto 1158 de 1994, artículo 1º, que modificó el artículo 6º del decreto reglamentario 691 de 1994, pues allí se reguló el salario mensual base para calcular cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, y el actor no estaba incorporado al sistema, por el contrario, se encontraba en los supuestos del régimen de transición”.

Por ultimo menciona el apoderado que hubo violación del art. 2º de la ley 4 de 1992 por falta de aplicación, señalando que de conformidad con esta norma se establecieron los objetivos y criterios que debe observar el gobierno nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del congreso nacional y de la fuerza pública, y que en esta se dispone en el art. 2º en forma expresa el respecto a los derechos adquiridos de los servidores públicos del estado tanto en el régimen general como de los regímenes especiales.

1.1. INTERVENCIÓN ENTIDAD DEMANDADA.

La demandada a través de apoderada judicial da contestación a la demanda manifestando que se opone a que se declaren probadas las pretensiones.

Con respecto a los hechos expresa: Al 1 y 2, que son ciertos y al 3 y 4, que no son ciertos.

Como fundamentos de la defensa basicamente expone que el monto de una mesada pensional es el porcentaje, es decir, 75% según el régimen de transición, las Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993 y los Decretos 1047 de 1978 y 1835 de 1994, al que se le aplica el IBL para obtener el valor de la mesada pensional, por lo tanto, el régimen de transición contempla únicamente el monto y en consecuencia el IBL se rige por la Ley 100. Que con base en lo anterior el IBL de los afiliados a la UGGP beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no se rige por las normas anteriores, sino



SC5730-1-9





por la nueva reglamentación contenida en la Ley 100 de 1993, y el monto de la pensión, es decir, el porcentaje al que se le tiene que aplicar el IBL, es el previsto en la norma anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

En apoyo cita la sentencia de la corte Constitucional C-258 del 7 de mayo de 2013 y la sentencia de la sala plena del consejo de estado del 28 de agosto de 2018 con radicación 2012-000143-01

Finalmente propone las excepciones de *inexistencia de la causa petendi* y *cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, falta de cotización de factores salariales, inexistencia de la indexación para el caso.* (fls. 151-170).

Por lo tanto solicita se deniegue las suplicas de la demanda.

2.3. TRÁMITE PROCESAL SURTIDO EN ESTA INSTANCIA

2.3.1 De la admisión y traslado de la demanda.

La demanda, fue admitida mediante auto del 20 de noviembre de 2019, el cual se notificó en debida forma al Agente del Ministerio Público y a la parte demandada UGPP, según mensaje enviado a sus respectivos correos electrónicos tal como consta en el expediente.

2.3.4 La audiencia inicial-tramite de sentencia anticipada de que trata el Decreto 806 de 2020

El presente proceso estaría para señalar fecha para llevar a cabo audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA. Sin embargo, esta judicatura dando aplicación a lo dispuesto en el numeral 1 del art. 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020 por cuanto el presente asunto litigioso es de puro derecho y no resulta necesario practicar pruebas, dictó auto adiado 4 de diciembre de 2020, notificado por estado electrónico No. 44 del 7 de diciembre de 2020, ordenando a las partes presentar por escrito sus alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de la providencia para luego dictar la correspondiente sentencia.

2.4 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

En cuanto a la parte demandada, el 8 de julio de 2020, se recibió en el buzón del correo electrónico del juzgado, el memorial presentado por la apoderada de la UGPP a través del cual presentó los alegatos de conclusión en el término indicado por este despacho.

En dichos alegatos, el apoderado de la parte demandada, básicamente se reafirma en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda con base en los cuales considera que el actor no tiene derecho a la reliquidación solicitada de su pensión de vejez y por ello insiste en que las pretensiones de la demanda deben ser negadas.



SC5730-1-9





El ministerio público no rindió concepto de fondo.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Cuestión previa.

El artículo 18 de la ley 446 de 1998, establece los requisitos para determinar la prelación para dictar sentencia, lo que implica que resulta obligatorio para los jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin, sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal.

Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativa, tal orden también podría modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del ministerio público, en atención a su importancia jurídica o trascendencia social.

Atendiendo entonces que en este asunto se da no solo la situación de que procede dictar sentencia anticipada, sino por la naturaleza del asunto, pues en el mismo se discuten temas relativos a la seguridad social en pensiones, se procederá a emitir la sentencia correspondiente, modificando el orden de los procesos que se encuentran en turno para fallo.

3.2. Hechos probados

La actuación administrativa arribada al plenario permite demostrar que el Gerente general de la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL EICE, mediante resolución No. 16862 del 2 de mayo de 2007, CAJANAL hoy la UGPP, al resolver un recurso de reposición, le reconoció al señor SILVANO SANCHEZ BONILLA una pensión de vejez en cuantía de (\$693.449,75), efectiva a partir del 1º de enero de 2005, con fundamento en la Ley 32 de 1986, y para establecer dicho monto la entidad aplicó el 75% del promedio de lo devengado o cotizado durante los últimos 10 años de servicio, de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta los factores señalados por el Decreto 1158 de 1994 (fls. 18 - 20).

El mismo funcionario anterior, a través de la Resolución No. 32327 de julio 15 de 2008, reliquidó la pensión del señor SILVANO SANCHEZ BONILLA reconocida mediante resolución No. 16862 del 2 de mayo de 2007, incluyendo como factor de liquidación la denominada prima de riesgo, y debido a lo cual se modificó el monto de la pensión elevando la cuantía de la misma a la suma de (\$917.868,82) efectiva a partir del 1º de julio de 2007, con fundamento en la Ley 32 de 1986 y el Decreto 2090 de 2003, y para establecer dicho monto la entidad aplicó el 75% del promedio del salario devengado durante los últimos 10 años conforme el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 (fls. 21-24).

Se observa además que el señor SILVANO SANCHEZ BONILLA laboró al servicio del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC como Dragoneante del 3 de diciembre de 1980 al 30 de Junio de 2007, (fl. 25), esto es más de veinte años.



SC5730-1-9





Y mediante Certificación de fecha 4 de octubre de 2014, expedida por el Director del ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE MAGANGUE se deja constancia de los factores salariales que fueron devengados por el demandante entre el 1º de enero de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2006, habiendo percibido en ese interregno además del sueldo básico, también sobresueldo, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, ½ bonificación por servicios, ½ prima semestral y bonificación por recreación (fl. 26)

3.3. Problema jurídico.

El apoderado de la parte demandante considera que el régimen salarial y prestacional del demandante es el establecido en la Ley 32 de 1986 que establece que la pensión de vejez debe liquidarse con el 75% del promedio de las asignaciones devengadas durante el último año de servicios.

Por su parte la demandada defiende la legalidad de los actos acusados, en el entendido de que el régimen de transición contempla únicamente el monto y en consecuencia el IBL se rige por la Ley 100. Que con base en lo anterior el IBL de los afiliados a la UGPP beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no se rige por las normas anteriores, sino por la nueva reglamentación contenida en la Ley 100 de 1993, y el monto de la pensión, es decir, el porcentaje al que se le tiene que aplicar el IBL, es el previsto en la norma anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

De acuerdo a los contornos fácticos de este litigio, con las precisiones procedimentales indicadas, sugieren entonces al Despacho que el problema jurídico a resolver consiste en determinar si el demandante tiene derecho a que se le reliquide su pensión de vejez con base en la totalidad de los factores devengados en el último año de servicio y las normas complementarias en cuanto a la cuantía de la mesada pensional, por medio del cual la liquidada CAJANAL hoy UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP reconoció la pensión de vejez del demandante, de acuerdo a lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, respetando el régimen anterior en cuanto edad, tiempo y monto, pero la forma de liquidación es decir con el promedio lo devengado en el tiempo que le hacía falta desde la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 hasta su retiro definitivo del servicio.

3.4. Tesis del Juzgado

Para este despacho, las pretensiones de la demanda deben ser concedidas parcialmente, pues el actor sí tiene derecho a que nuevamente se le reliquide su pensión de vejez reconocida por CAJANAL EICE mediante resolución No. 16862 del 2 de mayo de 2007 y reliquidada mediante Resolución No. 32327 de julio 15 de 2008, para que en esta nueva oportunidad se le incluyan como factores de liquidación los factores devengados en el último año de servicio a saber de asignación básica, bonificación servicios prestados y prima servicios.



SC5730-1-9





La anterior tesis se soporta en los siguientes argumentos:

3.5. Marco jurídico y jurisprudencial.

Previo a resolver el fondo del asunto, resulta necesario establecer el régimen legal bajo el cual debe analizarse el caso concreto.

La Ley 100 de 1993, “*Por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral*”, dio camino a un conjunto institucional normativo y procedimental para la protección de las contingencias por él cubiertas, entre ellas la pensión de vejez.

Dentro de este régimen de pensiones coexisten el régimen solidario de prima media con prestación definida, en el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen prestaciones económicas previamente fijadas, independientemente de las cotizaciones que lleguen a acumularse; y el régimen de ahorro individual con solidaridad, donde los aportes como sus rendimientos se capitalizan de manera individual en fondos privados.

El artículo 140 de la referida ley estableció:

ARTÍCULO 140. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. De conformidad con la Ley 4a. de 1992, el Gobierno Nacional expedirá el régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos. Se consideran para este efecto como actividades de alto riesgo para el trabajador aquellas que cumplen algunos sectores tales como el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacional Penitenciaria. Todo sin desconocer derechos adquiridos.

El Gobierno Nacional establecerá los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador, o del empleador y el trabajador, según cada actividad.

Por su parte, el numeral 2 del artículo 17 de la Ley 797 de enero 29 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, señaló:

ARTÍCULO 17. FACULTADES EXTRAORDINARIAS. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese por seis (6) meses al Presidente de la República de facultades extraordinarias para:

(...)

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



SC5790-1-9





Es así que mediante Decreto 2090 de julio 26 de 2003 (Diario Oficial No. 45.262 de 28 de julio de 2003), por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades, se estableció en el artículo 2º como actividad de alto riesgo para la salud de los trabajadores en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, la del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria.

Por su parte, el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005 adicionó lo siguiente al artículo 48 de la Constitución Política:

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.*

Para lo que concierne a la solución del problema jurídico planteado, hasta lo aquí relacionado, se concluye que los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional que ingresaron con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de julio 26 de 2003, se les aplica el régimen especial dispuesto en la Ley 32 de 1986.

Concluido lo anterior, debe entonces determinarse en qué consiste el régimen pensional aplicable al demandante.

En efecto, la Ley 32 del 3 de febrero de 1986, *“Por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia”*, dispuso su campo de aplicación en la siguiente forma: *“La presente Ley regula todo lo relativo al ingreso, formación, capacitación, ascensos, traslados, retiros, administración y régimen prestacional del personal de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional”* (art. 1).

Que *“(e)l cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional es un organismo armado, de carácter civil y permanente al servicio del Ministerio de Justicia e integrado por personal uniformado”* (art. 2).

Y en materia pensional señaló que *“(l)os miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la guardia nacional, sin tener en cuenta su edad”* (art. 96).



SC5730-1-9





Posteriormente, el Decreto 407 de 1994 señaló que *“(e)l Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional está compuesto por Oficiales, Suboficiales, Dragoneantes, Alumnos y los Bachilleres Auxiliares que presten el servicio militar en la Institución”* (art. 126).

Asimismo, dispuso que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que a la fecha de la vigencia de dicho Decreto (21.02.94) se encontraran prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, tendrían derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 (art. 168).

Ahora, no obstante que el demandante es beneficiario del régimen pensional especial consagrado en la Ley 32 de 1986 y el Decreto 407 de 1994, corresponde entonces definir si en estas normas se señala la forma en que deben liquidarse las pensiones de jubilación de los funcionarios del INPEC.

Al respecto, estas normas guardaron silencio sobre el tema, sin embargo son claras cuando indican que en los aspectos no previstos en estas normas, a los empleados del INPEC se les aplican las normas vigentes para los servidores públicos nacionales. Esto establece los preceptos normativos aludidos:

El artículo 114 de la Ley 32 de 1986 dispone:

«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.»

Esta preceptiva se mantuvo en el artículo 184 del Decreto 407 de 1994, con el siguiente tenor literal:

«NORMAS SUBSIDIARIAS. En los aspectos no previstos en este Decreto o en los reglamentarios, a los empleados del Instituto se les aplicarán las normas vigentes para los servidores públicos nacionales.»

Ahora, bajo este contexto corresponde entonces acudir a las normas vigentes para los servidores públicos nacionales, a fin de verificar si allí se regula la forma como debe liquidarse una pensión de jubilación por retiro definitivo del servicio.

En efecto, la Ley 4ª del 26 de abril de 1966, *“Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones”*, señala:



SC5730-1-9





“ARTÍCULO 4º. A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios”. (Negrillas del Despacho).

Con respecto a los factores que constituyen salario para la liquidación de la pensión de jubilación de que trata la Ley 32 de 1986, la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado[1] señaló:

En cuanto a los parámetros para la liquidación del derecho pensional, en un primer momento se acudió a los lineamientos de la Ley 32 de 1986, la que sin embargo, no enunciaba qué factores constituían salario para la liquidación de la pensión de jubilación, acudiendo al régimen prestacional de los funcionarios públicos, Ley 33 de 1985, tampoco se encontró armonización sobre el tema teniendo en cuenta que el artículo 1º ibídem, excluye del régimen general al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional – INPEC. Por lo tanto, ante la ausencia de norma expresa, se acudió a los presupuestos del Decreto 1045 de 1978, que en su artículo 45 reza[2]:

“De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

1. a) La asignación básica mensual;
2. b) Los gastos de representación y la prima técnica;
3. c) Los dominicales y feriados;
4. d) Las horas extras;
5. e) Los auxilios de alimentación y transporte;
6. f) La prima de navidad;
7. g) La bonificación por servicios prestados;
8. h) La prima de servicios;
9. 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;
10. j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
11. k) La prima de vacaciones;
12. l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
13. 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.”





A partir de las normas enunciadas resulta palmario que los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional están sujetos a un régimen especial para acceder a la pensión de jubilación establecida en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, la cual debe ser liquidada teniendo en cuenta los factores salariales enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y demás normas análogas, y sujetarse a los requisitos de edad y/o tiempo contenidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado mediante sentencia de unificación de jurisprudencia del 28 de agosto de 2018, estableció el criterio de interpretación del régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, con respecto a los factores que se pueden incluir como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional, en los siguientes términos:

96. **La segunda subregla** es 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.
97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho. 98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como “[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”.
99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.
100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48 para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. 101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial” bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado





como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

En consecuencia, 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 los factores que la componen, por lo que resulta procedente acudir a otras disposiciones, como el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

4. Del caso en concreto.

En primer lugar, es de advertir que lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015² acerca de la interpretación que debe otorgarse al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando que el IBL no es un elemento del régimen de transición, no resulta aplicable al presente caso, por cuanto el demandante es beneficiario del régimen especial establecido en el Decreto 2090 de 2003, al que no hace referencia la sentencia en mención, y en virtud a lo establecido por el parágrafo transitorio 5° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política.

Por lo tanto, este despacho no acoge para el presente caso el planteamiento esbozado por la demandada en el sentido que las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición, deben liquidarse de conformidad con el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 21 de la misma disposición, es decir, con el promedio de lo cotizado en el tiempo que le hiciere falta o en los últimos 10 años de servicios y los factores contenidos en el Decreto 1158 de 1994.

Conforme a los tiempos de servicios anteriormente detallados, los que no han sido controvertidos por la demandada, podemos concluir que el demandante ha laborado por más de veinte años al servicio del INPEC, que cuando entró en vigencia el Decreto 2090 de julio 26 de 2003 (28.07.03), el demandante ya había ingresado como miembro del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, por lo que de entrada hay que decir que tal como lo reconoce la demandada es beneficiario del régimen especial que le permite pensionarse con 20 años de servicio, sin tener en cuenta la edad, y para el caso del demandante el régimen a él aplicable no es otro que el especial previsto para los funcionarios del INPEC contemplado en la Ley 32 de 1986 y en el Decreto 407 de 1994, pues para el 28 de julio de 2003 se encontraba laborando para esta entidad como dragoneante (fl. 26), por lo que con fundamento en las precisiones normativas y jurisprudenciales acotadas en el fundamento normativo de esta providencia, el demandante tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que se encuentren enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

² Corte constitucional, sentencia SU 230/2015 ,P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub





Establecido entonces lo anterior corresponde definir de acuerdo a las normas aplicables al demandante y la pauta jurisprudencial traída a colación la forma en que debe liquidarse su pensión.

Se desprende de lo anterior y conforme a las normas referidas que el demandante de acuerdo a los cargos y el tiempo que estuvo laborando al servicio del INPEC tiene derecho a una pensión de jubilación especial a que alude la Ley 32 de 1986, por haber cumplido veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos, al servicio de la guardia nacional, sin tener en cuenta su edad, como en efecto ocurrió, cuando la demandada le reconoce pensión de vejez al demandante mediante la Resolución No. 16862 del 2 de mayo de 2007, posteriormente modificada su cuantía a través de la Resolución No. 32327 de julio 15 de 2008.

No obstante, como el artículo 4º de la Ley 4ª de 1966 no establece los factores de salario a tener en cuenta para efectos de liquidar la pensión debe entonces acudirse y por tanto darse aplicación al artículo 45 del Decreto 1045 del 07 de junio de 1978, donde se señala que para efectos del reconocimiento y pago 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: **La asignación básica mensual**; los gastos de representación y la prima técnica; los dominicales y feriados; las horas extras; los auxilios de alimentación y 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 percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año 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 o en días de descanso obligatorio y las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.

Es de advertir que en la referida norma no se hace mención a la prima de riesgo, la cual por expresa disposición normativa (Decreto 446 del 24 de febrero de 1994, *“Por el cual se establece el régimen prestacional de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC”*), está excluida de ser tenida en cuenta al momento de la liquidación pensional por no tener carácter salarial (art. 11).

Adicionalmente la bonificación por recreación y el subsidio unidad familiar tampoco aparecen relacionadas como factores salariales para efectos pensionales en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 ni lo señala así los artículos 3º párrafo 1º y 15 del Decreto 446 del 24 de febrero de 1994.

Si bien es cierto que de conformidad con la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado[6], resultaría procedente acceder a que los empleados del INPEC beneficiarios del régimen especial consagrado en la Ley 32 de 1986, tuvieran derecho a la reliquidación del beneficio pensional que fuera reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios, también lo es que dicha postura se modificó con la sentencia de unificación del 28 de agosto de





2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al considerar que el criterio interpretativo según el cual *“el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, (...) traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base”*, consideración que se hace extensible a la interpretación del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, que se reitera enlista los factores de salario para la liquidación de la pensión del demandante.

También es de advertir que el suscrito Juez, en casos similares al presente, ha mantenido la postura de incluir la prima de riesgo en razón a que la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 7 de noviembre de 2013, en un caso análogo consideró que dicho emolumento salarial para los empleados del INPEC sí constituye factor salarial para liquidar la pensión, al haber sido percibida en forma habitual y periódica y como contraprestación directa del servicio. Pero en el caso bajo examen, se observa que no hay necesidad de ordenar nuevamente que se tenga en cuenta la prima de riesgo para reliquidar la pensión del demandante, toda vez que precisamente la reliquidación que se hizo mediante la Resolución No. 32327 de julio 15 de 2008, fue porque se incluyó como factor la prima de riesgo.

De manera que en consideración a la normativa y acogiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado el Juzgado arriba a la convicción que a la parte demandante le asiste derecho a que su pensión sea nuevamente reliquidada con los factores de asignación básica, bonificación servicios prestados y prima servicios devengados en el último año de servicios acreditado, esto es, del 1º de junio de 2006 al 30 de junio de 2007.

Se tiene entonces que lo que hizo la demandada fue reconocer la pensión de vejez a la parte demandante con fundamento en la Ley 32 de 1986 y el Decreto 2090 de 2003, y para reliquidarla la entidad aplicó el 75% del promedio del salario cotizado durante los últimos 10 años conforme el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y tomando los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Conforme a lo antes expuesto surge de manifiesto que en el sub lite con el acto administrativo acusado la entidad demandada ha quebrantado los preceptos legales que gobiernan la pensión del demandante como empleado del INPEC, esto es, la Ley 32 de 1986 y el Decreto 407 de 1994, al no incluir en la liquidación pensional los factores devengados en el último año de servicios prestados y que se encuentran enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Por tal razón, habrá lugar a declarar la nulidad parcial del acto administrativo demandado, y como restablecimiento del derecho ordenar a la demandada a reliquidar la pensión del demandante teniendo como fundamento el 75% del salario promedio mensual obtenido desde el 1º de junio de 2006 hasta el 30 de junio de 2007, por ser este el último año en



SC5790-1-9





que se acredita la prestación de servicios, con la inclusión exclusivamente de los siguientes factores salariales establecidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, esto es, asignación básica mensual y las doceavas partes de la remuneración servicios prestados y la prima de servicios, **sin incluir el subsidio unidad familiar ni la bonificación recreación**, por lo antes explicado. La pensión se hará efectiva y pagadera desde la fecha del retiro definitivo del servicio del demandante. La suma resultante será reajustada según lo dispone la ley y se reconocerán las mesadas adicionales.

Con relación a la pretensión de actualización de las sumas adeudadas, este Despacho considera que es procedente, teniendo en cuenta lo señalado por el inciso final del artículo 187 del CPACA.

Para la actualización se debe aplicar la siguiente fórmula:

V.A. = V.H. Índice Final

Índice Inicial

Donde el valor actual (V.A.) se determina multiplicando el valor histórico (V.H.) que corresponde a las sumas dejadas de percibir por el demandante por concepto de la condena aquí ordenada hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el IPC certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia (índice final), por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas (índice inicial), teniendo en cuenta los ajustes producidos o decretados durante dicho período. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula anterior deberá aplicarse separadamente por cada mesada pensional que haya dejado de devengar el demandante, teniendo en cuenta que su pago queda supeditado a partir que el demandante acredite el retiro definitivo del servicio antes de la ejecutoria de la sentencia, como atrás quedó indicado.

De la misma manera, la entidad demandada podrá efectuar los descuentos por aportes a que haya lugar sobre los factores salariales cuya inclusión se ordena para efectos de conformar el ingreso base de liquidación.

Con respecto a la pretensión de condena en abstracto de los perjuicios ocasionados con el no reconocimiento de las mesadas pensionales, tal pretensión se negará por cuanto no se acreditó la causación de los mismos.

Conclusión. Siendo así las cosas, hay lugar a conceder las pretensiones de la demanda, ya que la parte demandante tiene derecho a que se reliquide la pensión de vejez reconocida teniendo en cuenta el 75% de los factores salariales devengados en el último año de servicios y que se encuentren enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, no estando incluidos en dicho listado, el subsidio unidad familiar ni la bonificación por recreación.



SC5730-1-9





5. Sobre la condena en costas y agencias en derecho

La Ley 1437 de 2011, en su artículo 188 consagró una obligación a cargo del Juez de resolver sobre este particular en la sentencia. En efecto, tal disposición en su literalidad informa que:

“Artículo 188. Condena en costas. 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 de Procedimiento Civil (hoy, C.G.P.).” (Texto subrayado y adicionado intencionalmente)

Una interpretación adecuada de la norma transcrita impone el deber al Juez que en la sentencia se **disponga** sobre la condena en costas, lo que en modo alguno supondrá la imposición de una proposición condicional, en virtud de la cual siempre que se profiera fallo deberá condenarse en costas al extremo que resultó vencido, pues, tal como lo consideró el H. Consejo de Estado recientemente³, la preceptiva normativa lo que contiene es un “*verbo encaminado a regular la actuación del funcionario judicial*”, cuando dicte sentencia que decida las pretensiones del proceso sometido a su conocimiento.

El Alto Tribunal, en la jurisprudencia que se cita, expuso con claridad que la norma contenida en el artículo 188 del CPACA no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, sólo le da la posibilidad de “*disponer*”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

No resulta automática, entonces, la condena en costas frente a aquel contendiente que resulte vencido en el litigio, pues, debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores, tales como: la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.

Adicionalmente, para determinar la procedencia de dicha condena se deben también observar las reglas especiales previstas en el numeral 8º del artículo 365 del CGP; norma que consagra que “*solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*”.

En aplicación de estos razonamientos, no se condenará en costas en esta instancia a favor de la parte demandante y a cargo de la parte demandada, ya que solo prosperará parcialmente la demanda por cuanto se negarán las pretensiones de incluir algunos factores para la reliquidación pensional y de condena por perjuicios.

6. DECISIÓN

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 20 de enero de 2015. Expediente No. 4593-2013; C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.



SC5730-1-9





En mérito de las consideraciones expuestas, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Conceder las pretensiones de la demanda formulada formulada a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por el señor SILVANO SANCHEZ BONILLA, conducido por apoderado judicial contra la **NACIÓN – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y DE CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL - UGPP**, conforme a los expresos motivos consignados en la considerativa de esta providencia adopta en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. 32327 de fecha 15 de Julio de 2008 proferida por la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL CAJANAL, entidad reemplazada por la UGPP, por medio del cual se reliquida la pensión de vejez del señor SILVANO SANCHEZ BONILLA, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la **NACIÓN – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y DE CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL - UGPP**, reliquidar la pensión mensual vitalicia de vejez del señor SILVANO SANCHEZ BONILLA, identificado con la C. C. No. 88.206.117, teniendo en cuenta el 75% del salario promedio mensual obtenido desde el 1º de junio de 2006 hasta el 30 de junio de 2007, con la inclusión de la asignación básica mensual y las doceavas partes de la remuneración servicios prestados y la prima de servicios, **y con efectos a partir que se demuestre el retiro definitivo del servicio**. La condena se extiende a los reajustes anuales de ley, teniendo en cuenta la nueva cuantía, y a la indexación de los valores resultantes. La entidad demandada podrá efectuar los descuentos por aportes a que haya lugar sobre los factores salariales cuya inclusión se ordena para efectos de conformar el ingreso base de liquidación. Todo ello de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la providencia.

CUARTO: CONDENAR a la demandada a pagar a la parte demandante la diferencia de las mesadas pensionales que resulten entre la que ya fue reliquidada por la Resolución No. 32327 de fecha 15 de Julio de 2008 proferida por la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL CAJANAL, entidad reemplazada por la UGPP y la que se ordena liquidar en virtud de esta providencia, teniendo en cuenta que el pago queda supeditado a partir que el demandante acredite el retiro definitivo del servicio, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, por lo antes expuesto.

SEXTO: CONDENAR a la demandada a efectuar los ajustes de valor sobre las sumas que resulten a favor de la parte demandante según el índice de precios al consumidor de conformidad con el inciso final del artículo 187 del CPACA y atendiendo lo señalado en la parte motiva.





SÉPTIMO: DÉSE cumplimiento a esta sentencia en los términos establecidos en el artículo 192 del CPACA.

OCTAVO: Sin condena en costas, por lo antes expuesto.

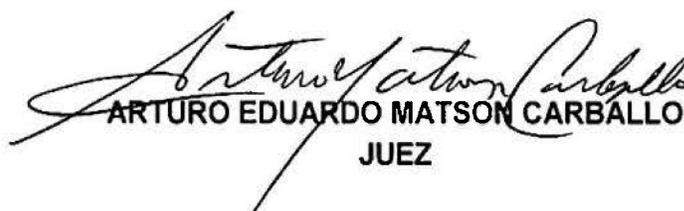
NOVENO: A costa de la parte interesada, **EXPÍDANSE** las copias que sean solicitadas.

DÉCIMO: En firme la presente decisión, **PROCÉDASE** por la Secretaría del juzgado de origen a la devolución a la parte demandante de los remanentes de la cuota de gastos a que hubiere lugar.

DÉCIMO PRIMERO: En firme la presente decisión, **PROCÉDASE** por la Secretaría de este Juzgado a la comunicación del obligado en los términos del inciso final del artículo 203 del CPACA.

DECIMO SEGUNDO: Por secretaría de este Juzgado, una vez ejecutoriada esta decisión, archívese el expediente, previas las anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI-TYBA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
JUEZ



SC5730-1-9

