

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

Manizales, treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

AUTO No. 526

RADICACION	17001-33-33-004-2018-00007
MEDIO DE CONTROL	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE:	RODRIGO DE JESÚS GALLEGO HERNÁNDEZ
DEMANDADO:	NACION – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

1. ASUNTO

Procede el Juzgado a pronunciarse sobre la excepción previa formulada por la pasiva de la Litis.

2. CONSIDERACIONES

2.1. De la decisión sobre la excepción previa formulada:

Encontrándose vencido el término de traslado de la demanda, se observa que la entidad demandada ha formulado una excepción previa, la cual habrá de resolverse de conformidad con lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, que modificó el parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011.

Plantea la Fiscalía General de la Nación la **“INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD – FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA”**, en razón que no se ejercieron todos los recursos obligatorios, aunque el acto administrativo emitido por la entidad preveía la posibilidad de interponerlos.

La parte demandante se pronunció frente a la mencionada excepción, aceptando que contra el acto administrativo DS-16-12-6-SAJ-1327 del 5 de junio de 2017 no se agotó en debida forma la actuación administrativa, los recursos de reposición y apelación; y en virtud que lo que se reclama son prestaciones periódicas o de tracto sucesivo, radicó una nueva solicitud mediante petición de fecha 8 de agosto de 2017, dando respuesta mediante oficio DS-07-12-55 del 10 de agosto de 2016 (sic), aportado en la demanda,

notificado el 14 de agosto de 2017, manifestando en el mismo que la petición ya había sido presentada y la respuesta fue emitida mediante el oficio demandado y que la entidad se encuentra relevada a emitir una nueva respuesta.

Es del caso manifestar que la excepción de INEPTA DEMANDA, se encuentra consagrada en el numeral 5° del art. 100 del C. G. del P., al siguiente tenor: “... *Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.*”

Sobre el medio exceptivo planteado por la entidad, trae el Despacho el siguiente pronunciamiento jurisprudencial del Consejo de Estado¹:

“[...]”

De lo anterior se advierte que la denominación “ineptitud sustancial o sustantiva” ha tomado diferentes formas, sin embargo, técnicamente ha de señalarse que en la actualidad sólo es viable declarar próspera la que denomina la ley como “inepta demanda por falta de cualquiera de los requisitos formales o por la indebida acumulación de pretensiones”, en las cuales encuadran parte de los supuestos en que se basaba la denominada “ineptitud sustancial o sustantiva”.

b.- Actual regulación procesal sobre la materia Como se verá a continuación, en la actualidad existen diversos mecanismos procesales a efectos de afrontar las diferentes falencias de orden procesal o sustancial que pueden presentarse en la demanda, a saber:

i- Supuestos que configuran excepciones previas.

En efecto, el ordenamiento jurídico colombiano consagra de manera expresa la excepción previa denominada “Ineptitud de la demanda”, encaminada fundamentalmente a que se adecúe la misma a los requisitos de forma que permitan su análisis en sede judicial, so pena de la terminación anticipada del proceso.

Esta se configura por dos razones:

¹ Ver igualmente pronunciamiento del Consejo de Estado, sentencia 03032 de 2018 del 15 de enero de 2018. Rad. No.: 11001-03-15-000-2017- 03032-00(AC)

*a) **Por falta de los requisitos formales.** En este caso prospera la excepción cuando **no se reúnen los requisitos relacionados con el contenido y anexos de la demanda regulados en los artículos 162, 163, 166 y 167 del CPACA.**, en cuanto indican qué debe contener el texto de la misma, cómo se individualizan las pretensiones y los anexos que se deben allegar con ella (salvo los previstos en los ordinales 3. y 4. del artículo 166 ib. que tienen una excepción propia prevista en el ordinal 6. del artículo 100 del CGP).*

Pese a ello, hay que advertir que estos requisitos pueden ser subsanados al momento de la reforma de la demanda (Art. 173 del CPACA en concordancia con el ordinal 3. del artículo 101 del CGP27), o dentro del término de traslado de la excepción respectiva, al tenor de lo previsto en el parágrafo segundo del artículo 175 del CPACA y 101 ordinal 1. del CGP.

*b) **Por indebida acumulación de pretensiones.** Esta modalidad surge por la inobservancia de los presupuestos normativos contenidos en los artículos 138 y 165 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.»*

Teniendo en cuenta los parámetros normativos de la Ley 1564 de 2012 y el CPACA, la excepción de «INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA» se configura solamente por (i) la falta de requisitos formales de la demanda o (ii) la indebida acumulación de pretensiones, por lo que cualquier otra falencia procesal, deberán ser resueltas con otros mecanismos jurídicos.

Ahora bien, revisado el argumento que sustenta la excepción así propuesta, se observa que no se configuran los presupuestos de INEPTITUD DE LA DEMANDA por lo siguiente:

- El Consejo de Estado ha precisado que se deben tener en cuenta los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para que la litis se desarrolle con la precisión requerida para que en asunto puesto a su

conocimiento en forma de demanda se profiera sentencia de fondo²

- En ese sentido, se debe entender que los requisitos contemplados por las normas contenidas en los artículos 162, 163 y 166 del CPACA se erigen como presupuestos procesales de cualquier demanda que se pretenda adelantar ante esta jurisdicción y en caso de alguna falencia, se podrá ordenar corregir el libelo inicial so pena de rechazo en caso de no corrección.
- Asunto diferente son los requisitos de procedibilidad, pues su incumplimiento imposibilita que la jurisdicción contenciosa avoque conocimiento en un asunto en el que no está acreditado, a lo que ha de agregarse que el mismo debe cumplirse con anterioridad a la interposición de la demanda (Art. 161 del CPACA).
- Es por ello que en este asunto, la excepción en la forma como fuera planteada ha de declararse no probada, pues el demandante cumplió con los requisitos de los artículos 162, 163 y 166 del CPACA, esto es, la designación de las partes, las pretensiones fueron expresadas con claridad y precisión, los hechos y omisiones están debidamente determinados y numerados, así como se expresan las normas violadas y el concepto de violación, la petición de las pruebas, la cuantía y la dirección para notificaciones judiciales, los actos administrativos de los cuales se pretende su nulidad fueron debidamente individualizados, y la demanda fue presentada con los respectivos anexos.
- Tampoco se advierte una indebida acumulación de pretensiones, pues se observa que lo pretendido es la nulidad de un acto administrativo expreso particular con su debido restablecimiento del derecho.

Siendo ello así, se declara no probada como excepción previa el planteamiento hecho por la Fiscalía General de la Nación.

2.2. De la acreditación de requisitos de procedibilidad:

No obstante la decisión adoptada en acápite anterior, sí encuentra el Juzgado que el fundamento de tal pedimento hace referencia a la acreditación de requisitos de procedibilidad, sobre lo cual se hacen los siguientes razonamientos:

Conforme el numeral 2 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, el agotamiento de los recursos en vía administrativa, es un presupuesto procesal obligatorio para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en tanto se constituye en una oportunidad para la propia administración de enmendar sus

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, radicado 8500123310001997047401

propios errores y también como beneficio del peticionario de recibir una respuesta favorable para no verse inmerso en el proceso judicial.

5

Al respecto, el numeral 2 del artículo 161 del CPACA establece lo siguiente:

“(…)

2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral.

(…)”

El Consejo de Estado, al analizar el agotamiento de la vía gubernativa, como requisito previo para la demanda de nulidad de los actos administrativos particulares, ha advertido que el mismo constituye un privilegio para la administración y su fin es que tenga la oportunidad de pronunciarse sobre las objeciones que se imputan al acto y definir si lo confirma, aclara o revoca. Al respecto, consideró³:

“…

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Miguel Ángel Meléndez Lozano pretende la anulación de la Resolución GNR 351278 de 11 de diciembre de 2013, a través de la cual se le reconoció una pensión mensual vitalicia de vejez. A título de restablecimiento del derecho, reclama la reliquidación de su pensión teniendo en cuenta el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1996 y la aplicación de la sentencia de unificación respecto de factores salariales de 4 de agosto de 2010.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca rechazó la demanda por considerar que el actor no interpuso ningún recurso contra la Resolución GNR 351278 de 11 de diciembre de 2013, así como tampoco, solicitó a la entidad la reliquidación de su pensión.

Para resolver, esta Sala evidencia que la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, a través de la Resolución GNR 351278 de 11 de diciembre de 2013⁴, reconoció una pensión de vejez al señor Miguel Ángel Meléndez Lozano, decisión notificada el 7 de enero de 2014⁵ y contra la cual procedían los recursos de reposición y apelación, según el artículo 6º del referido acto administrativo.

³³ Consejo de Estado Sección Segunda., Subsección B, C.P. César Palomino Cortés, veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 76001-23-33-000-2016-00755-01(3121-17)

⁴ Folios 3-6

⁵ Folio 7

El 6 de abril de 2016, el actor, por conducto de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del CPACA, pretendiendo la nulidad del acto administrativo que le reconoció su pensión; sin embargo, en el plenario no se evidencia que se hubiese efectuado requerimiento en ese sentido a la entidad demandada.

Lo expuesto impide al juez contencioso realizar un pronunciamiento de fondo sobre el asunto, toda vez que esta Sección ha precisado que la entidad goza del privilegio de la decisión previa o «decisión préalable», según la cual, la administración no puede ser llevada a juicio contencioso administrativo sino se le somete dicha pretensión previamente:

“(…) De esta manera, es preciso señalar que en casos como que el que ahora ocupa la atención de la Sala, ante la ausencia de pronunciamiento de la entidad administrativa, se impone el respeto por el **privilegio de la decisión previa**, según el cual, por regla general, **la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado un pronunciamiento sobre la pretensión que se propone someter al juez.** Así, la reclamación previa, que se opone al derecho de citación directa que tienen los demandantes en los procesos civiles, constituye un privilegio por cuanto le permite a la autoridad reconsiderar la decisión que se impugna o resiste; cuestión que también puede resultar ventajosa para el administrado, ya que es posible que mediante su gestión convenza a la administración y evite así un pleito. (...)”^{6,7}.

Adicionalmente,

“(…) En su amplia jurisprudencia la Sección Segunda de esta Institución ha manifestado que, en tratándose de la acción subjetiva de nulidad consagrada en el artículo 85 del C.C.A., la administración pública no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se solicita una decisión a ella sobre la pretensión que se desea ventilar ante el Juez administrativo, que la doctrina autorizada ha denominado “decisión préalable” o decisión previa. **Por ello la vía gubernativa constituye dentro de nuestro ordenamiento jurídico, requisito indispensable para poder demandar ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la nulidad de un acto administrativo de carácter particular y concreto, y obtener el respectivo restablecimiento del derecho, tal y como se desprende del artículo 135 ibidem.**

La vía gubernativa se torna así en el instrumento de comunicación e interacción entre la Administración Pública y los administrados, cuando media un conflicto de intereses, edificándose no sólo como una forzosa antesala que debe transitar quien pretende resolver judicialmente un asunto de carácter particular y concreto, sino en un mecanismo de control previo al actuar de la Administración, cuyo beneficio es de doble vía, pues, constituye tanto la posibilidad de obtener en vía administrativa la satisfacción de una pretensión subjetiva, como la oportunidad de ejercer un control de legalidad sobre las decisiones administrativas, a fin de que se tenga la oportunidad de revisar los puntos de hecho y de derecho frente a un asunto que, posteriormente, se ventilará dentro de un proceso jurisdiccional.

⁶ BETANCUR JARAMILLO, Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Señal Editora, Quinta edición, Medellín, 2000, página 170.

⁷ radicación No: 76001-23-31-000-2011-01754-01, Sentencia de tutela de 23 de febrero de 2012. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Igualmente ha anotado esta Corporación que **el agotamiento efectivo de la vía gubernativa, no solamente lo compone la interposición de los recursos de ley, sino el fiel contenido de la misma de acuerdo a la finalidad de su previsión legal, lo que implica la reclamación ante la administración de las pretensiones que posteriormente se ventilarán en sede judicial. (...)»⁸ ⁹.**
(Negrillas de la Sala).

Ahora bien, frente al argumento del apelante relacionado con que no es necesario agotar el recurso de apelación como requisito de procedibilidad, se recuerda que el artículo 161 del CPACA lo prevé como obligatorio para presentar la demanda, así:

“Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

(...) 2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral (...)” (Subraya fuera de texto)

Así, la Ley 1437 de 2011 consagró como requisito de procedibilidad que la parte demandante acreditara que frente al acto que demanda, esto es, la Resolución GNR 351278 de 11 de diciembre de 2013, se hubiese presentado el recurso de apelación, por cuanto el artículo 76 de la misma codificación, en relación con la obligatoriedad de presentar este recurso en el procedimiento administrativo dispone que: “(...) el recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición **y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción (...)**”. Entonces, la interposición de la apelación resulta forzosa para acudir a la vía judicial¹⁰.

Sobre el presupuesto procesal de interposición de los recursos en sede administrativa, esta subsección ha enfatizado¹¹:

⁸ Al respecto se pueden consultar, entre otras, las siguientes providencias: Sentencia del 15 de septiembre de 2011, Sección Segunda, Subsección “A”, radicación interna 0097-10. CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 1º de marzo de 2012, Sección Segunda, Subsección B, radicado interno 0996-1, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 17 de mayo de 2012, Sección Segunda, Subsección “A”, radicado interno 0103-10, CP Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 9 de febrero de 2015, radicación N.º: 25000232500020040024701 (N.I. 1886-2012). C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Esta posición fue reiterada por la Subsección “A” de esta Sección en sentencia de 19 de octubre de 2017, radicación: 110010325000201100696 00 (N.I. 2668-2011).

¹⁰ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”. Providencia de 13 de abril de 2020 proferida dentro del radicado 23001-23-33-000-2016-00483-01(2792-18) con ponencia del Dr. William Hernández Gómez. Actor: Gabriel Alonso Restrepo Mosquera, Demandado: Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social - UGPP

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, auto del 26/04/2018, Rad.: 20001-23-39-000-2015-00127-01 (1041-16).

“(...) Así las cosas, la exigencia en comento, tiene como propósito satisfacer la necesidad de usar los recursos legales obligatorios para impugnar los actos administrativos, de manera que la Administración tenga la oportunidad de revisar sus propias decisiones con el objeto de revocarlas, modificarlas o aclararlas antes de que el juez, con ocasión de la puesta en marcha del aparato judicial, estudie su legalidad.

Ahora bien, una vez resueltos de fondo los recursos interpuestos contra un acto administrativo se puede acudir a la jurisdicción para someterlos a análisis de legalidad, caso en el que se debe demandar la decisión que definió la situación jurídica particular y aquellas que resolvieron de fondo los medios de ataque incoados (...).”

*En consecuencia, como presupuestos necesarios para presentar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, debe existir: **i) una decisión de la administración sobre el derecho que posteriormente se debatirá ante la jurisdicción, es decir, el acto administrativo que creó, modificó o extinguió ese derecho, que se generó como consecuencia de la formulación de una petición por parte del interesado, que no se evidencia en el presente asunto, como se explicó en precedencia y; ii) sí frente a esa decisión procede el recurso de apelación, este será entonces obligatorio y la parte demandante deberá acreditar, además, que se interpuso ese medio de impugnación antes de acudir a la vía judicial, al estar configurado por el legislador como un requisito de procedibilidad, hecho que tampoco se probó...**”*

Ahora bien, se debe tener en cuenta que con la promulgación de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el término de agotamiento de vía gubernativa, consagrado en el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, fue sustituido por el de agotamiento de los recursos en la actuación administrativa, pues, así fue consagrado en el artículo 161, numeral segundo, al exigirse como requisito previo para demandar.

Lo anterior significa que esta etapa del procedimiento administrativo en que se impugna ante la propia administración la decisión que pone fin a una actuación administrativa, que, conforme al artículo 87 del CPACA, se agota cuando contra la decisión no procede ningún recurso, o los recursos se hayan decidido, o los de reposición o de queja no hayan sido interpuestos, constituye un requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la que solo se podrá conocer lo que en la vía administrativa se discutió.

En el estudio del *sub lite*, se tiene que el demandante pretende la nulidad del del Oficio No. DS-16-12-6-SAJ- 1327 del 5 de junio de 2017, acto administrativo mediante el cual le administración le negó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales.

(6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

Contra el acto administrativo demandando procedían los recursos de reposición y apelación (folio 8 vto. del archivo 01 expediente digitalizado), razón por la cual, y de conformidad con el artículo 76, inciso tercero, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, era obligatoria la interposición del recurso de apelación con el fin de acceder a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Advierte la precitada norma:

“Artículo 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar.

El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción.

Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios.” (Negrillas y subrayas del despacho).

De acuerdo a lo anterior, se observa que la parte accionante no cumplió con el requisito de procedibilidad exigido en el artículo 161, numeral 2, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cual es la interposición de los recursos que de conformidad con la Ley fueren obligatorios y procedentes contra el acto administrativo particular oficio No. DS-16-12-6-SAJ-1327 del 5 de junio de 2017.

Para ratificar tal omisión el mismo apoderado de la parte demandante en el acápite de “**ACTUACIONES**” mencionó que “3. **Teniendo en cuenta que contra el acto administrativo descrito en el numeral anterior no se agotó en debida forma la actuación administrativa, en virtud a que no se interpusieron los recursos de reposición y apelación,** nuevamente el suscrito apoderado atendiendo que lo que se reclama son prestaciones periódicas, o denominadas de tracto sucesivo, radiqué solicitud ante la entidad demandada mediante petición de fecha 08 de agosto de 2017”, actuación última resuelta por la Fiscalía a través del oficio No. DS-07-12-55 del 10 de agosto de

(6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

2017, que intento demandar a través de la reforma de la demanda, pero la misma fue rechazada.

En consecuencia, y teniendo en cuenta que el agotamiento del recurso de apelación es obligatorio en sede administrativa, y es imperativo la acreditación de su interposición como requisito de procedibilidad de la acción, con las pruebas allegadas al plenario es diáfano concluir que el señor RODRIGO DE JESÚS GALLEGO HERNÁNDEZ no cumplió con tal requerimiento, al no agotar los recursos administrativos como lo exigen los artículos 76 y 161 del CPACA, motivo por el cual este despacho no podrá analizar el fondo del asunto; en consecuencia, se declarará la terminación del proceso, dando aplicación: - **al inciso tercero** del artículo 38¹² de la Ley 2080 de 2021 que modificó el parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011 y - **al numeral 2.** del artículo 101¹³ del C.G.P. y **se ordenará devolver la demanda al demandante.**

Por lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción previa de “*INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD – FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA ACTUACION ADMINISTRATIVA*” propuesta *por* la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: DECLARAR LA TERMINACIÓN DEL PROCESO en aplicación al inciso tercero del artículo 38 de la Ley 2080 de 2021 que modificó el parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011 y **al numeral 2.** del artículo 101 del C.G.P.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso si los hubiere, **DEVUÉLVANSE** los remanentes. **DEVUÉLVASE la demanda al demandante.** **ARCHÍVENSE** las demás diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI.

¹² “(...) . Antes de la audiencia inicial, en la misma oportunidad para decidir las excepciones previas, se declarará la terminación del proceso cuando se advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad. (...)”

¹³ “2. El juez decidirá sobre las excepciones previas que no requieran la práctica de pruebas, antes de la audiencia inicial, y si prospera alguna que impida continuar el trámite del proceso y que no pueda ser subsanada o no lo haya sido oportunamente, declarará terminada la actuación y ordenará devolver la demanda al demandante.”

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Firmado Por:

**MARIA ISABEL GRISALES GOMEZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 004 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO MANIZALES**

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

Código de verificación:

**aed8d92b248113f5078a3574e1a149e05c889e5c23310d103d242d957514
4003**

Documento generado en 30/06/2021 11:10:57 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

 (6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, junio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

Expediente	17001-33-33-004-2018-00008-00
Demandante	ALEXANDER HENAO BETANCUR
Demandado	NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Auto	527

1. ASUNTO

Procede el Despacho a dar por terminado el proceso a verificarse la carencia de un requisito de procedibilidad.

2. CONSIDERACIONES

Encontrándose el proceso para proferir sentencia, advierte el Juzgado que se deberá retrotraer una actuación, dando por terminado al proceso al no haberse acreditado el cumplimiento de un requisito de procedibilidad.

El proceso fue admitido mediante auto del 19 de julio de 2018; la Fiscalía General de la Nación da respuesta; posteriormente por la parte demandante se presenta reforma a la demanda, la cual se rechaza conforme se observa en auto del 8 de octubre de 2019; se da traslado de las excepciones planteadas por la pasiva de la litis, pasando el Juzgado a señalar fecha y hora para la realización de la audiencia inicial del art. 180 del CPACA.

A raíz del estado de la emergencia sanitaria, se suspenden términos, reanudándose la actuación bajo el marco del Decreto 806 de 2020, disponiendo la continuación de la actuación, pasando a anunciar sentencia anticipada (Art. 13 del Decreto 806) de 2020, previo traslado de alegatos, término procesal del cual hicieron uso las partes conforme los escritos arrimados al expediente digitalizado.

Encontrándose el proceso para proferir la sentencia anticipada anunciada, se advierte un impedimento para adoptar una decisión de fondo, pues se evidencia

la carencia del agotamiento del recurso de apelación contra el único acto demandado en sede administrativa.

Es así que conforme el numeral 2 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, el agotamiento de los recursos en vía administrativa, es un presupuesto procesal obligatorio para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en tanto se constituye en una oportunidad para la propia administración de enmendar sus propios errores y también como beneficio del peticionario de recibir una respuesta favorable para no verse inmerso en el proceso judicial.

Al respecto, el numeral 2 del artículo 161 del CPACA establece lo siguiente:

“(…)

2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral.

(…)”

El Consejo de Estado, al analizar el agotamiento de la vía gubernativa, como requisito previo para la demanda de nulidad de los actos administrativos particulares, ha advertido que el mismo constituye un privilegio para la administración y su fin es que tenga la oportunidad de pronunciarse sobre las objeciones que se imputan al acto y definir si lo confirma, aclara o revoca. Al respecto, consideró¹:

“…

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Miguel Ángel Meléndez Lozano pretende la anulación de la Resolución GNR 351278 de 11 de diciembre de 2013, a través de la cual se le reconoció una pensión mensual vitalicia de vejez. A título de restablecimiento del derecho, reclama la reliquidación de su pensión teniendo en cuenta el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1996 y la aplicación de la sentencia de unificación respecto de factores salariales de 4 de agosto de 2010.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca rechazó la demanda por considerar que el actor no interpuso ningún recurso contra la Resolución GNR 351278 de 11 de diciembre de 2013, así como tampoco, solicitó a la entidad la reliquidación de su pensión.

¹¹ Consejo de Estado Sección Segunda., Subsección B, C.P. César Palomino Cortés, veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 76001-23-33-000-2016-00755-01(3121-17)

Para resolver, esta Sala evidencia que la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, a través de la Resolución GNR 351278 de 11 de diciembre de 2013², reconoció una pensión de vejez al señor Miguel Ángel Meléndez Lozano, decisión notificada el 7 de enero de 2014³ y contra la cual procedían los recursos de reposición y apelación, según el artículo 6º del referido acto administrativo.

El 6 de abril de 2016, el actor, por conducto de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del CPACA, pretendiendo la nulidad del acto administrativo que le reconoció su pensión; sin embargo, en el plenario no se evidencia que se hubiese efectuado requerimiento en ese sentido a la entidad demandada.

Lo expuesto impide al juez contencioso realizar un pronunciamiento de fondo sobre el asunto, toda vez que esta Sección ha precisado que la entidad goza del privilegio de la decisión previa o «decisión préalable», según la cual, la administración no puede ser llevada a juicio contencioso administrativo sino se le somete dicha pretensión previamente:

*“(…) De esta manera, es preciso señalar que en casos como que el que ahora ocupa la atención de la Sala, ante la ausencia de pronunciamiento de la entidad administrativa, se impone el respeto por el **privilegio de la decisión previa**, según el cual, por regla general, **la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado un pronunciamiento sobre la pretensión que se propone someter al juez.** Así, la reclamación previa, que se opone al derecho de citación directa que tienen los demandantes en los procesos civiles, constituye un privilegio por cuanto le permite a la autoridad reconsiderar la decisión que se impugna o resiste; cuestión que también puede resultar ventajosa para el administrado, ya que es posible que mediante su gestión convenza a la administración y evite así un pleito. (…)⁴”⁵.*

Adicionalmente,

*“(…) En su amplia jurisprudencia la Sección Segunda de esta Institución ha manifestado que, en tratándose de la acción subjetiva de nulidad consagrada en el artículo 85 del C.C.A., la administración pública no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se solicita una decisión a ella sobre la pretensión que se desea ventilar ante el Juez administrativo, que la doctrina autorizada ha denominado “decisión préalable” o decisión previa. **Por ello la vía gubernativa constituye dentro de nuestro ordenamiento jurídico, requisito indispensable para poder demandar ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la nulidad de un acto administrativo de carácter particular y concreto, y obtener el respectivo restablecimiento del derecho, tal y como se desprende del artículo 135 ibidem.***

La vía gubernativa se torna así en el instrumento de comunicación e interacción entre la Administración Pública y los administrados, cuando media un conflicto de intereses, edificándose no sólo como una forzosa antesala que debe transitar quien pretende resolver judicialmente un asunto de carácter particular y concreto, sino en un mecanismo de control previo al actuar de la Administración, cuyo beneficio es de doble vía, pues, constituye tanto la posibilidad

² Folios 3-6

³ Folio 7

⁴ BETANCUR JARAMILLO, Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Señal Editora, Quinta edición, Medellín, 2000, página 170.

⁵ radicación No: 76001-23-31-000-2011-01754-01, Sentencia de tutela de 23 de febrero de 2012. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

de obtener en vía administrativa la satisfacción de una pretensión subjetiva, como la oportunidad de ejercer un control de legalidad sobre las decisiones administrativas, a fin de que se tenga la oportunidad de revisar los puntos de hecho y de derecho frente a un asunto que, posteriormente, se ventilará dentro de un proceso jurisdiccional.

Igualmente ha anotado esta Corporación que el agotamiento efectivo de la vía gubernativa, no solamente lo compone la interposición de los recursos de ley, sino el fiel contenido de la misma de acuerdo a la finalidad de su previsión legal, lo que implica la reclamación ante la administración de las pretensiones que posteriormente se ventilarán en sede judicial. (...) ⁶ ⁷.
(Negrillas de la Sala).

Ahora bien, frente al argumento del apelante relacionado con que no es necesario agotar el recurso de apelación como requisito de procedibilidad, se recuerda que el artículo 161 del CPACA lo prevé como obligatorio para presentar la demanda, así:

“Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

(...) 2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral (...)” (Subraya fuera de texto)

Así, la Ley 1437 de 2011 consagró como requisito de procedibilidad que la parte demandante acreditara que frente al acto que demanda, esto es, la Resolución GNR 351278 de 11 de diciembre de 2013, se hubiese presentado el recurso de apelación, por cuanto el artículo 76 de la misma codificación, en relación con la obligatoriedad de presentar este recurso en el procedimiento administrativo dispone que: “(...) el recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición **y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción** (...)”. Entonces, la interposición de la apelación resulta forzosa para acudir a la vía judicial⁸.

Sobre el presupuesto procesal de interposición de los recursos en sede administrativa, esta subsección ha enfatizado⁹:

⁶ Al respecto se pueden consultar, entre otras, las siguientes providencias: Sentencia del 15 de septiembre de 2011, Sección Segunda, Subsección “A”, radicación interna 0097-10. CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 1º de marzo de 2012, Sección Segunda, Subsección B, radicado interno 0996-1, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 17 de mayo de 2012, Sección Segunda, Subsección “A”, radicado interno 0103-10, CP Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 9 de febrero de 2015, radicación N.º: 25000232500020040024701 (N.I. 1886-2012). C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Esta posición fue reiterada por la Subsección “A” de esta Sección en sentencia de 19 de octubre de 2017, radicación: 110010325000201100696 00 (N.I. 2668-2011).

⁸ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”. Providencia de 13 de abril de 2020 proferida dentro del radicado 23001-23-33-000-2016-00483-01(2792-18) con ponencia del Dr. William Hernández Gómez. Actor: Gabriel Alonso Restrepo Mosquera, Demandado: Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social - UGPP

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, auto del 26/04/2018, Rad.: 20001-23-39-000-2015-00127-01 (1041-16).

“(…) Así las cosas, la exigencia en comento, tiene como propósito satisfacer la necesidad de usar los recursos legales obligatorios para impugnar los actos administrativos, de manera que la Administración tenga la oportunidad de revisar sus propias decisiones con el objeto de revocarlas, modificarlas o aclararlas antes de que el juez, con ocasión de la puesta en marcha del aparato judicial, estudie su legalidad.

Ahora bien, una vez resueltos de fondo los recursos interpuestos contra un acto administrativo se puede acudir a la jurisdicción para someterlos a análisis de legalidad, caso en el que se debe demandar la decisión que definió la situación jurídica particular y aquellas que resolvieron de fondo los medios de ataque incoados (...).”

*En consecuencia, como presupuestos necesarios para presentar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, debe existir: i) una decisión de la administración sobre el derecho que posteriormente se debatirá ante la jurisdicción, es decir, el acto administrativo que creó, modificó o extinguió ese derecho, que se generó como consecuencia de la formulación de una petición por parte del interesado, que no se evidencia en el presente asunto, como se explicó en precedencia y; ii) **sí frente a esa decisión procede el recurso de apelación, este será entonces obligatorio y la parte demandante deberá acreditar, además, que se interpuso ese medio de impugnación antes de acudir a la vía judicial, al estar configurado por el legislador como un requisito de procedibilidad, hecho que tampoco se probó...**”*

Ahora bien, debe aclararse que con la promulgación de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el término de agotamiento de vía gubernativa, consagrado en el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, fue sustituido por el de agotamiento de los recursos en la actuación administrativa, pues, así fue consagrado en el artículo 161, numeral segundo, al exigirse como requisito previo para demandar.

Lo anterior significa que esta etapa del procedimiento administrativo en que se impugna ante la propia administración la decisión que pone fin a una actuación administrativa, que, conforme al artículo 87 del CPACA, se agota cuando contra la decisión no procede ningún recurso, o los recursos se hayan decidido, o los de reposición o de queja no hayan sido interpuestos, y constituye un requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la que solo se podrá conocer lo que en la vía administrativa se discutió.

En el estudio del *sub lite*, se tiene que que el demandante pretende la nulidad del Oficio No. DS-16-12-6-SAJ- 1322 del 5 de junio de 2017, acto administrativo mediante el cual le administración le negó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales.

Contra el acto administrativo demandando procedían los recursos de reposición y apelación (folio 8 vto. del archivo 01 expediente digitalizado), razón por la cual, y de conformidad con el artículo 76, inciso tercero, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, era obligatoria la interposición del recurso de apelación con el fin de acceder a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Advierte la precitada norma:

“Artículo 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar.

El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción.

Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios.” (Negrillas y subrayas del despacho).

De acuerdo a lo anterior, se observa que la parte accionante no cumplió con el requisito de procedibilidad exigido en el artículo 161, numeral 2, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cual es la interposición de los recursos que de conformidad con la Ley fueren obligatorios y procedentes contra el acto administrativo particular oficio No. DS-16-12-6-SAJ-1322 del 5 de junio de 2017.

Para ratificar tal omisión, el mismo apoderado de la parte demandante en el acápite de “ACTUACIONES” mencionó que “3. **Teniendo en cuenta que contra el acto administrativo descrito en el numeral anterior no se agotó en debida forma la actuación administrativa, en virtud a que no se interpusieron los recursos de reposición y apelación,** nuevamente el suscrito apoderado atendiendo que lo que se reclama son prestaciones periódicas, o denominadas de tracto sucesivo, radiqué solicitud ante la entidad demandada mediante petición de fecha 08 de agosto de 2017”, actuación última resuelta por la Fiscalía a través del oficio No. DS-07-12-55 del 10 de agosto de 2017, que intento demandar a través de la reforma de la demanda, pero la misma le fue rechazada.

Y si bien tal aspecto debió ser advertido por el Juzgado para el momento de la admisión de la demanda o por lo menos antes de haberse proferido el auto de anunció la sentencia anticipada dando traslado para alegatos, no resulta siendo óbice para que se adopte la presente decisión, retrotrayendo la actuación, dada la ilegalidad de la última decisión proferida, esto es, la del auto del 22 de julio de 2020.

El Consejo de Estado ha precisado que los autos ejecutoriados que se enmarcan en la evidente o palmaria ilegalidad, no se constituyen en ley del proceso ni hacen tránsito a cosa juzgada. A lo que se suma lo que la Corte Constitucional ha precisado, y es que, a pesar de que las providencias se encuentren

ejecutoriadas, el juez puede corregir en cualquier tiempo las decisiones adoptadas en autos ilegales en ejercicio de la facultad de dirección del proceso¹⁰.

Siendo ello así, no queda sino resolver mediante esta providencia la carencia del requisito de procedibilidad, como lo es el agotamiento del recurso de apelación que es obligatorio en sede administrativa, concluyendo que el señor ALEXANDER HENAO BETANCUR no agotó los recursos administrativos como lo exigen los artículos 76 y 161 del CPACA, motivo por el cual se debe culminar la actuación procesal.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

4.RESUELVE

PRIMERO: TERMINAR EL PROCESO por falta del requisito de procedibilidad de agotamiento de los recursos en vía administrativa del acto administrativo demandado, según lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: EJECUTORIADA esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere. **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Firmado Por:

**MARIA ISABEL GRISALES GOMEZ
JUEZ CIRCUITO**

JUZGADO 004 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO MANIZALES

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

Código de verificación:

b1960555f1edf0f84697faeb85968af9201cd18211b82a56473b6ba96dc92

133

Documento generado en 30/06/2021 02:06:18 p. m.

¹⁰ Corte Constitucioinal, sentencia T-429 del 19 de mayo de 2011

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, junio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021).

Expediente	17001-33-33-004-2018-00347-00
Demandante	NORMAN DAVID HERNÁNDEZ PINZÓN
Demandado	CASUR
Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Sentencia No.	104

1. ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia anticipada de conformidad con el art. 182 del CPACA

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones:

- Que declare la nulidad del acto administrativo No. E-0000-201813311-CASUR id:340996 del 12 de julio de 2018, mediante el cual la entidad niega el reconocimiento de la asignación mensual de retiro (pensión) al demandante, citando normas que han sido declaradas inexecutable y nulas.
- Que como consecuencia y a título de restablecimiento del derecho se ordene a CASUR le reconozca y pague la asignación de retiro al demandante conforme lo establecido en el Decreto 1212 de 1990, en su artículo 144 equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la mesada pensional por haber laborado 15 años, 3 meses y 22 días, debiéndose cancelar las mesadas desde la fecha que se le causó su retiro (12 de marzo de 2018) y en lo sucesivo, teniendo en cuenta el sueldo básico que devenga un integrante de la institución.
- Como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a CASUR a reconocer y pagar todas las sumas correspondientes a las mesadas, primas semestrales y de navidad, prima de antigüedad, prima de actividad, subsidio

familiar incluyendo el valor de los aumentos respectivos que se hubieren decretado debidamente indexados y en los porcentajes que para el grado estén reglamentado de acuerdo a lo establecido en el artículo 140 del Decreto 1212 de 1990.

- Que se declare la excepción de inconstitucionalidad y/o de ilegalidad del Decreto 1858 del año 2012 para que produzca efectos en este proceso, al haberse expedido con desconocimiento de las normas, objetivos y criterios de la Ley 923 de 2004 y por un órgano que no era el competente para ello.
- Condenar al pago e forma actualizada las sumas adecuadas de acuerdo a la variación del IPC con fundamento en el art. 187 del CPACA.
- Que se ordene a la demandada dar cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 189, 192 y 195 del CPACA.
- Que se liquiden intereses moratorios como lo ordena el artículo 195 del CPACA.
- Que se condene en costas y agencias en derecho.

2.2. Supuestos fácticos

- El demandante era integrante del nivel Ejecutivo de la institución Policía Nacional de Colombia en el grado de Intendente, hasta que le notificaron el 12 de marzo de 2018 por parte de la Oficina de Control Disciplinario Interno de Manizales, el contenido de del acto administrativo Resolución No. 01081 del 8 de marzo del mismo año *“Por medio de la cual se ejecuta una sanción disciplinaria impuesta a un Intendente de la Policía Nacional”*.
- Que el señor HERNANDEZ laboraba en la ciudad de Manizales en el Departamento de Caldas hasta el día de la notificación personal del correspondiente retiro del servicio activo de la Policía Nacional.
- Que el demandante ingresó a la Escuela de Formación Policial en la ciudad de Manizales en el Departamento de Caldas *“ESCUELA DE CARABINEROS ALEJANDRO GUTIÉRREZ”* el día 5 de febrero de 2003 como alumno del nivel Ejecutivo, egresado como patrullero el 31 de octubre de 2003 mediante Resolución 02342 de fecha 29 del mismo mes y año, en vigencia del Decreto 1212 de 1990.
- Dentro de la carrera policial fue ascendido en los tiempos que la institución dispuso, de tal manera que hasta la fecha de su notificación de retiro ostentó el grado de Intendente con más de 15 años de servicio.

- Que de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del Decreto 132 del 13 de enero de 1995, y el artículo 9° del Decreto 1791 de 2000, por medio del cual se modifican las normas de carrera del personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, se habla de homologación de carreras y/o equivalencias de rangos – grados de los mandos medios -. Es así como el grado del señor Intendente ® NORMAN DAVID HERNANDEZ PINZÓN es equivalente al grado de Sargento Segundo pues su jerarquía, antigüedad en su grado y posición institucional así lo determinaban al interior de la Policía Nacional.
- Que el señor Intendente demandante acumuló en la Policía Nacional 15 años, 03 meses y 22 días de servicio, según consta en el formato hoja de servicios número 75101972 de fecha 9 de mayo de 2018, lo que determina el derecho que tiene el demandante a una asignación mensual de retiro equivalente al 50% en virtud de lo establecido en el decreto 1212 de 1990.
- Que el Director General de la Policía Nacional mediante resolución No. 01081 del 8 de marzo de 2018, notificada el 12 de mismo mes y año, decidió retirar del servicio activo de la Policía Nacional, al señor intendente NORMAN DAVID HERNANDEZ PINZÓN por destitución, tal como consta en la hoja de servicio número 75101972.
- Que el sueldo que percibía en su momento el señor Intendente retirado era de \$3.018.000 tal como constancia en la hoja de servicios.
- Que el poderdante elevó derecho de petición ante CASUR solicitando le fuera reconocida la asignación mensual de retiro (pensión) con número de radicado 310251 del 2018, solicitud que le fue negada mediante el acto administrativo demandado.

2.3. Normas violadas y concepto de violación:

- Constitución Política de Colombia en su preámbulo y artículos 1°, 2°, 4°, 6°, 13, 29, 48, 53, 58, 150 numeral 19 literal e), 209, 2018, 220, 228.
- CPACA artículo 137 inciso 2°, 138, 148.
- Decreto 1212 de 1990 en sus artículos 140 y 144.
- Ley 62 de 1993 (agosto 12).
- Ley 180 de 1995 (enero 13).
- Decreto 1091 de 1995 artículo 51.
- Decreto 2070 de 2000.
- Ley 923 de 2004 (conocida como la Ley marco).
- Decreto 4433 de 2004 de 2004 artículo 24 parágrafo 2°. Decreto 1858 de 2012 artículo 2°.

Como concepto de violación arguye que con el acto administrativo acusado se vulnera el preámbulo de la Constitución Política, los fines esenciales del Estado estipulado en el artículo 2 de la Constitución, el principio de responsabilidad jurídica de los particulares y de los servidores públicos consagrado en el artículo 6, el derecho a la igualdad, el debido proceso, la seguridad social, principios de la administración de justicia, las normas que regulan el régimen pensional y de asignación de retiro de los servidores de la Fuerza Pública, pues es reiterativo en indicar que a los miembros en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 no se les exigirá un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones anteriores, sin que pueda ser superior a 20 años de servicio cuando el retiro se produzca a solicitud propia, ni inferior a 15 años de servicio cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.

Sostiene que el demandante es beneficiario de la Ley 923 de 2004 específicamente el régimen de transición del artículo 3º ordinal 3.1. de dicha normativa y en esa medida, para el reconocimiento de la asignación de retiro no se le puede exigir un tiempo de servicio superior al señalado en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990.

2.4. Contestación de la demanda:

Frente a los hechos manifestó unos ser ciertos, otros parcialmente cierto y otros no, frente a otros dijo que deben probarse.

Se opuso a las pretensiones planteadas en la demanda por cuanto el acto administrativo que respalda los hechos citados por el demandante gozan de presunción de legalidad y el libelista no presenta argumentos jurídicos válidos que desvirtúen esta presunción.

En cuanto a la condena en costas aduce que la entidad siempre ha estado presta al cabal cumplimiento de las normas legales, aplicables a los retirados y sus beneficiarios, por lo que se considera que la parte demandada no ha observado una conducta dilatoria o de mala fe por lo tanto no procede la condena en costas.

Informa que el Comité de Conciliación de CASUR está presta a acatar el reciente fallo del 3 de septiembre de 2018 emitido por el Consejo de Estado, consejero ponente CESAR PALOMINO CORTES, radicado 11001-03-25-000-2013-00543-00 sentencia de única instancia, mediante la cual declaró la nulidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional”, basada su decisión en que con la incorporación al ordenamiento jurídico del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, el Gobierno Nacional desconoció los términos temporales previstos en el artículo 3.1. inciso 2 de la Ley 923 de 2004 para acceder al derecho de asignación de retiro de los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional incorporados directamente y en servicio activo al 31 de diciembre de 2004.

Anota que el referenciado fallo fue objeto de solicitud de aclaración por parte del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, entre otras consideraciones para que se establezca el régimen salarial y prestacional de los integrantes del Nivel Ejecutivo, partidas legalmente computables, entre otras (sin que a la fecha se haya recibido respuesta del consejo de Estado).

En vista de lo anterior el Ministerio de Defensa junto con CASUR se encuentran realizando el análisis respectivo con el fin de fijar los nuevos parámetros para el acatamiento del mismo.

Aduce que la normatividad vigente al momento en que entró a regir la Ley marco -923 de 2004- en relación con la asignación de retiro del personal activo homologado en el nivel ejecutivo son los Decretos 1212 y 1213 de 1990 (arts. 144 y 104 en su orden); mientras que el personal uniformado incorporado directamente lo era el artículo 51 del Decreto 1091 de 1995, y su declaratoria de nulidad fue posterior. Indica que la ratio decidendi de las sentencias que anularon el artículo 51 del Decreto 1091 de 1995 y párrafo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 versó sobre la asignación de retiro de los homologados, no de los incorporados directamente al nivel ejecutivo.

Concluye después de un análisis jurisprudencial que los miembros homologados que pertenecieran al Nivel Ejecutivo a 31 de diciembre de 2004 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 923), debía aplicársele el tiempo de servicio contemplado en el Decreto 1212 de 1990. Por el contrario a quienes se incorporaron directamente, les era aplicable lo dispuesto en el Decreto 1091 de 1995, dada la imposibilidad para el legislador de prever que el Consejo de Estado declararía luego la nulidad del artículo 51 de este último.

Formuló la siguiente excepción de fondo frente a las pretensiones de la demanda: INEXISTENCIA DEL DERECHO.

2.5. Alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante: Hizo uso de esta oportunidad procesal para reafirmar todos los hechos y pretensiones sustentados en el escrito de la demanda apoyado en los pronunciamientos realizados por parte del Honorable Consejo de Estado entre ellos el fallo del día 03 de septiembre del año 2018 con el radicado número 11001032500020130054300, número interno 1060 – 2013, Consejero Ponente Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS, por medio del cual la alta corporación DECLERÓ con efectos EX – TUNC la nulidad del artículo 20 del Decreto 1858 del año 2012 – se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional – Expedido por el Gobierno Nacional de aplicación inmediata.

Advierte que no se le permite a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional tratar de interpretar en forma contraria lo que se ha fallado por parte del Honorable Consejo de Estado toda vez que está llamada a acatar el aludido fallo anteriormente descrito y en ese orden de ideas descendiendo al caso

concreto, con la demanda se encuentran suficientemente probados los supuestos de hecho más relevantes para proferir una decisión de fondo y en sentido favorable.

2.5.2. Parte demandada: Presentó alegaciones para ratificarse en los fundamentos de derecho y excepciones planteadas en la contestación de la demanda, agregando que el señor NORMAN DAVID HERNANDEZ PINZÓN ingresó a la Escuela de Formación Policial ESCUELA DE CARABINEROS ALEJANDRO GUTIÉRREZ en la ciudad de Manizales, el día 05 de febrero del año 2003 como alumno del nivel ejecutivo, egresando como patrullero el 31 de octubre de 2003 mediante resolución 02342 de fecha 29 del mismo mes y año, en vigencia del decreto 1858 de 2012.

Reitera que el decreto 1212 de 1990 está dirigido al Personal de Suboficiales de la Policía Nacional y no para integrantes del Nivel Ejecutivo. “Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional”

Agrega que la implementación del nivel ejecutivo contemplo la posibilidad para los suboficiales y agentes, de incorporarse al nivel ejecutivo en donde encontraron prerrogativas de ascenso e incremento de salario, aspecto que les motivo al fenómeno de la homologación, sin embargo, dentro de éstos no se encuentra el demandante, teniendo en cuenta que su incorporación a la Policía Nacional fue en forma directa al nivel ejecutivo, por lo tanto, éste nunca tuvo una expectativa de asignación de retiro con base en lo reglado en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, como sí ocurrió para quienes habían pertenecido al régimen de suboficiales y agente y luego se trasladaron voluntariamente al nivel ejecutivo. Por lo tanto nunca le fueron modificadas sus condiciones para aspirar a una asignación de retiro, atendiendo que ingresó a la Policía Nacional por incorporación directa al nivel ejecutivo.

2.5.3. Concepto del Ministerio Público:

La señora Procuradora Judicial para Asuntos Administrativos permaneció silente.

3. CONSIDERACIONES

3.1. El fondo del asunto:

Se trata de determinar la legalidad del acto administrativo que le ha negado a la parte demandante el reconocimiento y pago de la asignación de retiro en aplicación del decreto 1212 de 1990 en su artículo 144 en concordancia con la Ley 923 de 2004 por haber laborado más de 15 años al servicio de la institución policial.

3.2. Problema Jurídico:

¿Tiene derecho la parte demandante a que se les reconozca la asignación de retiro por los servicios prestados en la Policía Nacional en el nivel ejecutivo, de conformidad con el régimen establecido en el Decreto 1212 de 1990?

3.3. Argumento Central:

3.3.1. Marco normativo y jurisprudencial de la asignación de retiro.

La Constitución Política prescribe que el régimen de carrera de la Policía Nacional deberá ser establecido por la ley, así:

“Artículo 218. La ley organizará el cuerpo de Policía.

La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.”.

Es así como en desarrollo constitucional antes expuesto, fueron expedidos los Decretos 1212 y 1213 de 1990 por medio de los cuales se reformó el Estatuto Personal de los miembros de la Policía Nacional, que en ese momento estaba organizada en tres estructuras jerárquicas: Oficiales, Suboficiales y Agentes. Dichos decretos consagraron en sus artículos 144 y 104, respectivamente, lo relacionado con la asignación de retiro de aquellos integrantes de la institución:

“Artículo 144. ASIGNACION DE RETIRO. Durante la vigencia del presente estatuto, los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios, o por mala conducta, por no asistir al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por conducta deficiente y los que se retiren o sean separados con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de los primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad.

(...)

“ARTICULO 104. Asignación de retiro. Durante la vigencia del presente Estatuto, los Agentes de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por disposición de la Dirección General, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente a su categoría, o por mala conducta comprobada, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por inasistencia al servicio y los que se retiren a solicitud

propia después de los veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 100 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad.

(...)"

Así con las anteriores normas, cuando el retiro del Oficial, Suboficial o Agente es por llamamiento a calificar servicios, o por mala conducta, por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado o categoría, por inasistencia, o por disminución de la capacidad sicofísica, se requieren 15 años de servicios para adquirir el derecho al reconocimiento de la asignación de retiro.

Posteriormente se intentó crear el Nivel Ejecutivo en la Policía Nacional, a través del Decreto 041 de 1994, expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 35 de la Ley 62 de 1993, el cual pretendía sentar las bases para regular de manera especial lo relativo a las asignaciones de retiro de dicho nivel al interior de la Institución. De tal forma que se expidió el Decreto Reglamentario No. 1029 de 1994 "*Por el cual se emite el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal de Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional*".

Luego, la sentencia C-417 de 1994 declaró inexecutable la expresión "personal del nivel ejecutivo" del Decreto 041 de 1994, por lo tanto el Decreto 1029 de 1994 resultó ser inaplicable, ya que este regulaba el régimen de asignaciones y prestaciones del personal del nivel ejecutivo (C-613 de 1996).

Seguidamente fue expedida la Ley 180 de 1995, en virtud del cual se creó nuevamente el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, es así como se expidió el Decreto ley 132 de 1995 "*Por el cual se desarrolla la carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional*", y para regular lo referente a las asignaciones y prestaciones de este personal se expidió el Decreto 1091 de 1995, reglamentario de la Ley 4ª de 1992, que en su artículo 51 fijó los parámetros de la asignación de retiro.

"Artículo 51. Asignación de retiro para el personal del nivel ejecutivo. El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, tendrá derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de retiro de la Policía Nacional, se le pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 49 de este Decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas, en las siguientes condiciones:

(...)



b) Al cumplir veinticinco (25) años de servicio y ser retirado o separado por cualquiera de las siguientes causas:

(...)

5. Por destitución.

(...)"

Pero a través de la sentencia del 14 de febrero de 2007, la Sección Segunda del Consejo de Estado¹ declaró la nulidad del artículo 51 precitado.

Luego se expide la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004 que serviría de marco para señalar los objetivos y criterios que se deberían observar para fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública y en desarrollo de la misma se expidió el Decreto 4433 de 2004 en cuyo artículo 25 se encargó de regular lo correspondiente a la asignación de retiro de los miembros de la Policía Nacional y concretamente para los miembros del nivel ejecutivo en su parágrafo 2°.

“ARTÍCULO 25. Asignación de retiro para el personal de la Policía Nacional. Los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y que sean retirados del servicio activo después de veinte (20) años, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro, así:

25.1 El setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio.

25.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los veinte (20) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

25.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

PARÁGRAFO 1°. También tendrán derecho al pago de asignación mensual de retiro, en las condiciones previstas en este artículo, los oficiales, y los miembros del Nivel Ejecutivo que se retiren por solicitud propia, siempre y cuando tengan veinte (20) años de servicio a la Policía Nacional, y hayan cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad los hombres y cincuenta (50) años de edad las mujeres.

PARÁGRAFO 2°. *El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sea retirado con veinte (20) años o más de servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Ministro de Defensa*

¹ Sentencia del 14 de febrero de 2007, Consejo de Estado, Sección Segunda, radicado 11001032500020040010901 (1240-04).

Nacional o del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 23 de este decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas. .

Sin embargo, el Consejo de Estado² mediante sentencia de fecha 12 de abril de 2012, declaró la nulidad del parágrafo 2º, al estimar que representaba una violación a la Ley Marco 923 de 2004, al no respetar los derechos de los agentes y suboficiales que se habían incorporado al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, pues les aumentó el tiempo de servicio exigido para acceder a la asignación de retiro, toda vez que en el numeral 3.1. del artículo 3 de la norma, estableció que a los miembros de la fuerza pública que se encontraran en servicio activo a su entrada en vigencia, no se les podía exigir como requisito un tiempo de servicio superior al previsto en las disposiciones vigentes al momento de dicha ley.

El numeral 3.1 que dice:

“El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.

A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal. (...)

En la mencionada sentencia (radicado 1074-04), aclaró el Consejo de Estado que la norma vigente al momento de entrar en vigencia la Ley 923 de 2004, en materia de asignación de retiro aplicable a quienes entraron a hacer parte del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, era el Decreto 1212 de 1990 tratándose de Oficial y Suboficiales y el Decreto 1213 de 1990 para Agentes.

De esta manera, la Ley 923 de 2004, prohibió exigir para quienes se encontraran en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la misma,

²Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón; radicado 11001032500020060001600. Expediente No. 0290-06 (1074-07), abril 12 de 2012.

un tiempo de servicios superior al dispuesto por las normas vigentes en ese momento, es decir 15 años de servicios en los términos del Decreto 1212 de 1990.

Además indicó el Consejo de Estado en su sentencia, que con el parágrafo 2º declarado nulo, además trasgredió el numeral 3.9 del artículo 3 de la mencionada Ley Marco, al no fijar un régimen de transición tendiente a proteger las expectativas legítimas de quienes se encontraban próximos a adquirir su derecho a la asignación de retiro, cuando aquella norma así lo ordenaba.

La Ley Marco 923 de 2004, en el numeral 3.9 se señaló:

“ARTÍCULO 3o. ELEMENTOS MÍNIMOS. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

(...)

3.9. Un régimen de transición que reconozca las expectativas legítimas de quienes se encuentren próximos a acceder al derecho de pensión y/o asignación de retiro.

En todo caso el régimen de transición mantendrá como mínimo los tiempos de servicio exigidos en la presente ley para acceder al derecho de asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Fuerza Pública que se encuentren en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley. (Subrayas y negrillas del Despacho).

Luego entonces, con el propósito de suplir el vacío normativo que dejaron las declaratorias de nulidad del artículo 51 del Decreto 1091 de 1995 y el Parágrafo 2º del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, fue expedido el Decreto 1858 de 2012 “*Por medio del cual se fija el régimen pensonal y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional*”, en su artículo 2 dispuso lo siguiente:

Artículo 2º. Régimen común para el personal del Nivel Ejecutivo que ingresó al escalafón por incorporación directa. *Fijase el régimen pensonal y de asignación de retiro para el personal que ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados de la institución con veinte (20) años o más de Servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional,*

se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 3° del presente decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas.”

Sin embargo, con el artículo 2 antes señalado, el ejecutivo volvió a trasgredir la Ley Marco 923, aumentando el tiempo de servicio como requisito para quienes fueran retirados por solicitud propia o destituidos, aumentándolo 5 años. En efecto, las normas que se encontraban vigentes, eran los ya mencionados Decreto 1212 y 1213 de 1990 que dispusieron para esos casos un tiempo de servicio entre 15 y 20 años (artículos 144 y 104 respectivamente).

Por las anteriores razones, el Consejo de Estado³ mediante sentencia del 3 de septiembre de 2018, declaró la nulidad del referido artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, con efectos *ex tunc*⁴, esbozando las siguientes consideraciones que se citan:

“(…)De acuerdo con lo dicho, si bien ambas posturas jurídicas mencionadas son respetables y pudieran ser acogidas, lo cierto es que como se precisó anteriormente, los aspectos relativos a la regulación de la asignación de retiro de los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional previstos en los Decretos reglamentarios 1091 de 1995 y 4433 de 2004, fueron anulados por el Consejo de Estado, así como los establecidos sobre la materia en el Decreto Ley 2070 de 2003 fueron dejados sin efectos por la Corte Constitucional.

Siendo cierto que al momento de expedición de la Ley 923 de 2004, el constituyente derivado no habría podido prever que el Decreto 1091 de 1995 sería declarado nulo, también es cierto que los efectos de la declaratoria de su nulidad son de carácter extunc, por lo que en términos claramente aceptados por la jurisprudencia de esta Corporación dichas disposiciones fueron expulsadas del ordenamiento jurídico, manteniendo tan solo incólumes las situaciones que hubieren estado consolidadas. /Negrillas y Subrayas fuera de texto/

Por consiguiente, siendo verdad de Perogrullo que el Decreto 1091 de 1995 fue declarado nulo y que en la práctica el operador jurídico desde el 14 de febrero de 2007 no puede aplicar frente a situaciones no consolidadas durante el tiempo de su vigencia las disposiciones en este contenidas, no es posible a ciencia cierta admitir desde ningún punto de vista prudente sin desconocer principios generales del Derecho y del efecto útil de las normas jurídicas, que los tiempos máximos previstos en dicho acto para acceder al Derecho de asignación de retiro sean aquellos que deban acogerse a la luz de lo previsto en el artículo 3.1, inciso 2, de la Ley 923 de 2004.

Tampoco es de recibo sostener que fue el querer del legislador incorporar tácitamente los términos temporales del Decreto 1091 de 1995 para completar la proposición jurídica contenida en el artículo 3.1, inciso 2 de la Ley 923 de 2004, no solamente porque de haber sido así, nada hubiera obstado para que lo hubiera dejado expresamente consignado en el texto legal, sino porque el propio Congreso de la República conocía de primera mano el devenir

³ Consejo de Estado en la sentencia proferida el 03 de septiembre de 2018, radicado 11001-03-25-000-2013-00543-00 (1060-2013), Magistrado Ponente, Cesar Palomino Cortés.

⁴ “... es decir, desde entonces, y se retrotraen al momento en que nació el acto, y como consecuencia de ello, las cosas se vuelven al estado en que se encontraban antes de la expedición del mismo..”

*histórico signado por las declaratorias de inexecutable y nulidad de leyes y actos que no cumplieran con los parámetros constitucionales de haber sido expedidos en observancia de la reserva de Ley o con las garantías establecidas en la Ley Marco. **De suerte tal, que la Ley 923 de 2004 no advirtió jamás distinción alguna entre las instituciones que integran la Fuerza Pública, ni mucho menos diferenció para el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional entre personal homologado o de vinculación directa al momento de establecer los límites, criterios y objetivos que debían ser tenidos en cuenta para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro.***
/Negrillas y Subrayas fuera de texto/

En conclusión de esta primera disquisición, la Sala encuentra que por remisión expresa de la Ley 923 de 2004, a los miembros de la Policía Nacional, entre los cuales se hallan los que integran el nivel ejecutivo, que se encontraran activos al momento de la expedición de la Ley, esto es, al 31 de diciembre de 2004, no se les puede exigir un tiempo de servicio, para efectos de acceder a la asignación de retiro, superior al establecido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, por ser esta la normativa que se encontraba vigente para dicho momento, cuando quiera que la causal de retiro invocada sea la de solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando la desvinculación se produzca por cualquier otra causal.

/Negrillas y Subrayas fuera de texto /

(...)

Así las cosas, a partir de la integración normativa que por vía de remisión interpretativa se realiza entre las disposiciones contenidas en el artículo 3.1, inciso 2 de la Ley 923 de 2004 y las establecidas en los artículos 144 y 104 de los Decretos 1212 y 1213 de 1990, respectivamente, es posible realizar una lectura omnicompreensiva del límite material establecido para acceder al derecho de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que se encontrara en servicio activo al 31 de diciembre de 2004; de tal manera que este quedaría literalmente precisado así:

A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior a 20 años cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal. /Negrillas y subrayas fuera de texto/

(...)

En efecto, con la expedición del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 el Gobierno Nacional desconoció las previsiones normativas contenidas en la Ley marco 923 de 2004 al exigirle al personal vinculado con el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional incorporado directamente y en servicio activo al 31 de diciembre de 2004, requisitos más gravosos para acceder al derecho de la asignación de retiro, toda vez que al establecer como tiempos mínimos y máximos de retiro entre 20 y 25 años, según la causal, contravino los términos establecidos en la normativa superior que se restringen a los mínimos y máximos de 15 a 20 años de servicio.

Al desbordar a través de la emanación de la disposición acusada los términos temporales previstos en la Ley 923 de 2004 para acceder al derecho de asignación de retiro de los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional incorporados directamente y en servicio activo al 31 de diciembre de 2004, el Gobierno Nacional desconoció y violentó los límites materiales previstos para la fijación del régimen de asignación de retiro de la Fuerza Pública,

excediéndose de contera en el ejercicio de la potestad reglamentaria ampliada que le fuera conferida por virtud del artículo 189 numeral 11 de la Carta Fundamental. (...)

Conforme a lo anterior, y en razón que el demandante estuvo vinculado a la Policía Nacional, integrante del nivel ejecutivo, activo al momento de la expedición de la Ley Marco 923 de 2004; esto es, al 31 de diciembre de 2004, no se le puede exigir un tiempo de servicio superior al exigido en el Decreto 1212 de 1990 para acceder a la asignación de retiro por ser la norma vigente para dicho momento que restringue a los mínimos y máximos de 15 a 20 años de servicio. Ello en atención a la transición señalada en el artículo 3º, ordinal 3.1. inciso segundo de la Ley Marco, toda vez que el único condicionamiento es que al momento de la entrada en vigencia el funcionario se encontrara activo.

Además la citada norma no diferenció, para el nivel ejecutivo de la Policía Nacional, entre personal homologado o de vinculación directa, los criterios y objetivos para tener en cuenta en la asignación de retiro.

3.3.2. Lo probado en el proceso.

Así, se tienen como hechos probados en el presente asunto los siguientes:

- Según Resolución No. 01081 del 8 de marzo de 2018, el señor Intendente NORMAN DAVID HERNÁNDEZ PINZÓN fue retirado del servicio activo de la Policía Nacional por “Destitución”. (Fl. 67 C1 Expediente digitalizado).
- El actor NORMAN DAVID HERNANDEZ PINZÓN prestó sus servicios como Alumno Nivel Ejecutivo del 5-feb-2003 al 31-oct-2003 y en el Nivel Ejecutivo del 1-nov-2003 al 12-mar-2018, conforme la Constancia suscrita por el Administrador del Sistema de Informática Grupo Talento Humano DECAL y a la hoja de servicios No. 75101972 . (Fls. 69 y 70 C1 expediente digitalizado).
- A través de la resolución No. 3547 de 2012 ascendió a Subintendente y por resolución No. 4087 de 2017 ascendió a Intendente (Fl. 71 A 78 C1 expediente digitalizado archivo 01).
- El 14 de marzo de 2018, el actor a través de apoderado judicial solicitó ante la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR, el reconocimiento de la asignación de retiro con base en el Decreto 1212 de 1990, arts. 140 y 144, en concordancia con la Ley Marco 923 de 2004, aduciendo que contaba con más de 15 años al servicio de la Policía Nacional. (Fls. 1 a 15 C2 Expediente Administrativo Digitalizado archivo PETICION NORMAN DAVID HERNANDEZ.pdf) y (Fls. 85 a 97 C1 expediente digitalizado archivo 01)

- Por oficio No. E-00003-201813311-CASUR Id: 340996 de fecha 12 de julio de 2018, el Director General de CASUR negó el reconocimiento de la asignación de retiro al señalar que el actor no acreditó mínimo 25 años de servicio (Decreto 4433 de 2004 en concordancia con el Decreto 1858 del 6-09-2012). (Fls. 1 y 2 C2 Expediente Administrativos digitalizado archivo OFICIO 340996.pdf) y (Fls. 61 y 62 C1 expediente digitalizado archivo 01). El anterior oficio no dio la facultad de interponer recursos.

3.3.3. Conclusión:

Pretende el actor se le reconozca la asignación de retiro en virtud al Decreto 1212 de 1990 artículo 144 en concordancia con la Ley Marco 923 de 2004, por haber laborado más de 15 años en la institución policial.

El actor basó el cuestionamiento de legalidad a los actos demandados, por los cuales se le negó el reconocimiento de la asignación de retiro, en que no se le debieron exigir 25 años de servicio para acceder a la prestación, siendo aplicable lo dispuesto en el art. 144 del Decreto 1212 de 1990 amparado en la Ley Marco 923 de 2004, con el cual, el requisito para acceder a la asignación de retiro eran 15 años de servicio en la Policía Nacional.

CASUR negó el reconocimiento de la asignación de retiro al actor, al considerar que no acreditó mínimo 25 años de servicio (por destitución) de conformidad con el Decreto 4433 de 2004 en concordancia con el Decreto 1858 de 06-09-2012.

Se tiene que como el actor se encontraba en servicio activo a la fecha de la entrada en vigencia de la Ley 923, no se le podía exigir un tiempo de servicios superior a 15 años según lo establecido en la normatividad vigente para el 30 de diciembre de 2004 -art. 144 del Decreto 1212 de 1990- para acceder a la asignación de retiro.

Este análisis parte de la protección de la expectativa razonable que se infiere quiso amparar el legislador, impidiendo que a los miembros de la Fuerza Pública **en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004**, se les aumentara el tiempo de servicios para acceder a la asignación de retiro, en este caso concreto de 15 a 20 años, consagrando un régimen de transición que en ningún momento se podía desconocer vía reglamentación.

Así, como el actor efectivamente probó que al momento de su retiro por **destitución** tenía el grado de Intendente y llevaba 15 años, 3 meses y 22 días según la Hoja de Servicios No. 75101972, es beneficiario de la prestación reclamada en los términos del art. 144 del Decreto 1212 de 1990.

Ahora, si bien el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 no contempla la “**destitución**” como causal de retiro del servicio, se hace necesario determinar si esta se puede enmarcar dentro de alguna de las causales señaladas en dicha norma.

El Consejo de Estado ha indicado que cuando el interesado fue incorporado de manera directa al Nivel Ejecutivo, la destitución puede encuadrarse dentro de la causal de “mala conducta” contemplada en el artículo 144 del decreto 1212 de 1990 “(...) *los conceptos de retiro por “separación absoluta” y “destitución” previstos en las disposiciones disciplinarias de la Policía Nacional son equiparables a la causal de “mala conducta comprobada” contenida en el artículo 104 del Decreto 1213 de 1990, ello en virtud de la evolución normativa que ha tenido tal régimen*”⁵.

En ese orden de ideas, al haber sido retirado el demandante por destitución se puede concluir que su dejación del servicio fue por mala conducta, y bajo esta causal es que se verificó el cumplimiento del tiempo de servicios para acceder a la asignación de retiro, a la luz del artículo 144 del 1212 de 1990, el cual ha conservado vigencia respecto a la asignación de retiro, hasta la expedición del Decreto 745 de 2019 “*Por el cual se fija el régimen de asignación de retiro de personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, que ingresó al escalafón por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004*”, no aplicable al actor porque cobró vigencia a partir del 30-04-2019 fecha para la cual el demandante ya se había retirado

Lo anterior es suficiente para concluir que se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos demandados; por tanto, se declarara la nulidad del oficio No. E-00003-201813311-CASUR Id: 340996 de fecha 12 de julio de 2018 que negó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

En consecuencia, se ordenará a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL “CASUR”, reconocer y pagar la asignación de retiro (pensión) al señor **NORMAN DAVID HERNANDEZ PINZÓN**, en un porcentaje del 50% en los términos de los arts. 140⁶ y 144 del Decreto 1212 de 1990.

⁵ Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 14 de septiembre de 2017, expediente 76001233100020060294201.

⁶ **Artículo 140. Bases de liquidación.** *A partir de la vigencia del presente Decreto, al personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que sea retirado del servicio activo se le liquidará las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas, así:*

1. Sueldo básico.
2. Prima de actividad en los porcentajes previstos en este Estatuto.
3. Prima de antigüedad.
4. Prima de Oficial Diplomado en Academia Superior de Policía, en las condiciones indicadas en este Estatuto.
5. Duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.
6. Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.
7. Gastos de representación para Oficiales Generales.
8. Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidará conforme a lo dispuesto en el artículo 82 de este Estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.
9. La bonificación de los Agentes del Cuerpo Especial, cuando sean ascendidos al grado de Cabo Segundo y hayan servido por lo menos treinta (30) años como Agentes, sin contar los tiempos dobles.

PARAGRAFO. *Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en este Estatuto, serán*

El pago de las mesadas se efectuará a partir del 12 de marzo de 2018, en virtud que es la fecha en la cual el demandante se retiró del servicio activo.

Las sumas que resulten a favor del demandante se ajustarán en su valor, de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}}$$

En donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de cancelar al demandante por concepto de asignación de retiro **desde el 12 de marzo de 2018** por el guarismo que resulta de dividir el Índice Final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la ejecutoria de la sentencia), por el Índice Inicial (vigente para la fecha en que se causaron las sumas adeudadas).

Por tratarse de sumas de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes pormes, teniendo en cuenta que el Índice Inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas. La fórmula se aplicará hasta cuando quede ejecutoriada la sentencia, pues en adelante se pagarán los intereses establecidos en los artículos 192 y 195 del CPACA.

3.3.4. Prescripción.

Se tendrá en cuenta la prescripción del artículo 155 del Decreto 1212 de 1990, señala:

*“ARTICULO 155. PRESCRIPCION. Artículo **CONDICIONALMENTE** **exequible**> Los derechos consagrados en este Estatuto, prescriben en cuatro (4) años que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente, sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.*

En el caso *sub judice* la parte actora presentó la petición el 14 de marzo de 2018 para que se le reconociera la asignación de retiro, por lo que teniendo en cuenta que su retiro ocurrió el 12 de marzo de 2018, se establece que no acaeció la prescripción trienal de las mesadas pensionales.

computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales.

Parágrafo. *Si la bonificación a que se refiere el presente artículo se incorpora al sueldo básico del personal de la Fuerza Pública en servicio activo, tendrá el mismo comportamiento en la liquidación de las asignaciones de retiro y pensiones militares y policiales y por tanto desaparecerá como bonificación*

3.4. Costas

El Despacho dispondrá condenar a la entidad demandada, partiendo del criterio objetivo que ha venido sustentando el H. Consejo de Estado para la imposición de las mismas, el cual concluye que no se debe evaluar a conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino aspectos objetivos respecto de su causación, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Al respecto⁷ se indicó que:

“...El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del C.G.P, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme a los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8º de la ley 1123 de 2007...”

Siendo ello así, y considerando que en el presente asunto las costas se han causado, por lo menos en lo que tiene que ver con las agencias en derecho, habrá de condenarse a su pago a la entidad y en favor de la parte demandante, liquidación que se hará conforme a las normas del C.G. del P., antes referida.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

4. FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE NO PROBADA la excepción de INEXISTENCIA DEL DERECHO propuesta por CASUR.

SEGUNDO: DECLÁRESE LA NULIDAD del Oficio No. E-00003-201813311-CASUR Id: 340996 de fecha 12 de julio de 2018, mediante el cual negó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al señor Intendente ® NORMAN DAVID HERNANDEZ PINZÓN, establecida en el Decreto

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección “A”, C.P. William Hernández Gómez, siete (7) de abril de dos mil dieciséis (201), Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01.

1212 de 1990 en concordancia con la Ley Marco 923 de 2004, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNESE** a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL "CASUR" a reconocer y pagar la asignación de retiro (pensión) al señor **NORMAN DAVID HERNANDEZ PINZÓN**, en un porcentaje del 50% en los términos de los arts. 140 y 144 del Decreto 1212 de 1990 a partir del 12 de marzo de 2018 en virtud que esa la fecha que se retiró del servicio.

CUARTO: Las sumas reconocidas con la reliquidación ordenada en el numeral anterior deberán ser actualizadas, con fundamento en el IPC certificados por DANE teniendo en cuenta para el efecto la fórmula: matemática financiera empleada por la jurisdicción de lo contencioso administrativa enunciada en la parte motiva.

QUINTO: CONDÉNESE en costas del proceso a la parte demandada y a favor de la parte actora, las que serán liquidadas por la Secretaría en la oportunidad de ley.

SEXTO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: EJECUTORIADA esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere. **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Firmado Por:

**MARIA ISABEL GRISALES GOMEZ
JUEZ CIRCUITO**

JUZGADO 004 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO MANIZALES

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

Código de verificación:

**388a8ea5852d75b3e316f3a9de72faf9e9773271636d846007b58cd9e080c
e5a**

Documento generado en 30/06/2021 11:10:52 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE
MANIZALES**

Manizales, treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Radicado: 170013333004-2019-00411-00
Medio de Control: NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: JORGE ALDEMAR BARTOLO TORRES
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES- COLPENSIONES
Sentencia No.: **102**

1. ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones:

- Que se declare la nulidad parcial de los actos administrativos: Resolución No. GNR 242743 del 11 de agosto de 2015, Resolución No. GNR 362213 del 18 de noviembre de 2015, Resolución No. VPB 8042 del 17 de febrero de 2016 y la Resolución SUB 29557 del 4 de abril de 2017, expedidas por Colpensiones, mediante las cuales se reconoció y reliquidó, pero no en debida forma, la pensión especial de vejez del accionante.
- Que se declare la nulidad total de los actos administrativos: Resolución No. SUB 2083 del 8 de enero de 2019 y Resolución No. DPE 582 del 12 de marzo de 2019, mediante las cuales Colpensiones negó la reliquidación especial de vejez del accionante.
- Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene el reconocimiento de la pensión especial de vejez del accionante, como beneficiario del régimen exceptuado de los miembros de custodia y vigilancia penitenciaria nacional, de que trata el Parágrafo

Transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2005, que adiciono el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, ordenando reliquidar la pensión con una tasa de reemplazo del 75% del promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios y según lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, artículo 4 de la Ley 4ª de 1966, Decreto 407 de 1994, Decreto 407 de 1994, Decreto 446 de 1994, y la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, que dispone que la liquidación de la pensión especial de vejez de los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional, se debe realizar incluyendo todos los factores salariales consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y demás factores que fueron percibidos por el accionante: asignación básica mensual, sobresueldo, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, subsidio de unidad familiar, prima de riesgo, prima de capacitación dragoneantes técnicos, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y bonificación por recreación.

- Se ordene a Colpensiones realizar las deducciones por aquellos factores salariales que no fueron objeto de cotización por parte del INPEC, los cuales deberán ser tenidos en cuenta para efectos de la reliquidación pensional, toda vez que fueron habitualmente percibidos por el demandante y la obligación de realizar los recobros respectivos por estos conceptos.
- Se ordene el pago por el total de dineros adeudados por concepto de retroactivo desde el 3 de marzo de 2017 hasta la fecha del pago efectivo.
- Se realice la indexación de todos los montos al valor actual de la moneda e incremento legal de la mesada pensional conforme al IPC.
- Se ordene el pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 3 de marzo de 2017 hasta la fecha.
- Se ordenen las deducciones, si a ellas hubiere lugar, que por ley corresponden de los montos reconocidos con dirección al Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- Se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

2.2. Supuestos fácticos:

La parte demandante sustentó sus pedimentos en los hechos que se resumen de la siguiente manera:

- Que el accionante nació el 09 de mayo de 1975 y laboró en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC en el cargo de Dragoneante del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria desde el 12 de enero de

1994 hasta el 2 de marzo de 2017, prestando sus servicios durante el último año, en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Manizales.

- Que en razón a sus arduas jornadas de trabajo y su obligación de estar disponible durante el tiempo que lo requiriesen, según lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 446 de 1994, le cancelaban un factor salarial denominado sobresueldo, el cual le fue pagado de manera mensual durante toda su vida laboral.
- Que el accionante para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del Régimen General de Pensiones, contaba con 19 años, 10 meses y 21 días de edad y llevaba 2 meses y 18 días de servicios en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, por lo cual no cumple con las condiciones para quedar inmerso en el Régimen de Transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
- Que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario hasta el 30 de junio de 2014, realizó el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones del accionante, por los factores salariales que se encuentran dentro del listado establecido en el Decreto 1158 de 1994, siendo estos los devengados y efectivamente cotizados: sueldo básico, sobresueldo, bonificación por servicios prestados y sueldo por vacaciones, sobre los cuales se realizaron aportes hasta el mes de junio de 2014.
- Que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario expidió la Circular 027 del 12 de junio de 2013, en la cual, una vez analizado los diferentes regímenes pensionales aplicables a los funcionarios del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria, comenzó a realizar el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, a partir del 01 de julio de 2014, para aquellos funcionarios que se posesionaron con anterioridad al 28 de julio de 2003, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, sobre los factores salariales consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.
- Que en cumplimiento de la anterior circular, a partir del 01 de julio del año 2014, al accionante le empezaron a realizar el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones por los factores salariales que a continuación se relacionan: sueldo básico, sobresueldo, bonificación por servicios prestados, sueldo por vacaciones, auxilio de transporte, subsidio de alimentación, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad.
- Que además de los factores salariales enunciados en el numeral anterior, al accionante, como contraprestación directa por prestación de sus servicios, de manera habitual y mensual le cancelaban los siguientes factores salariales: prima de riesgo, subsidio de unidad familiar, prima de

capacitación dragoneantes técnicos y bonificación por recreación, sobre los cuales el INPEC no realizó cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

- Colpensiones mediante Resolución No. GNR 242743 del 11 de agosto de 2015 reconoció la pensión especial de vejez del accionante, donde solo se tomaron en cuenta los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994, a pesar de que le venían realizando aportes por los factores salariales consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.
- Que el demandante interpuso los recursos en vía administrativa y mediante la Resolución No. GNR 362213 del 18 de noviembre de 2015 se resolvió el recurso de reposición confirmando la decisión en todas sus partes, tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin el accionante estar inmerso en el Régimen de Transición.
- Que mediante Resolución No. 6387 del 20 de diciembre de 2016 se aceptó la renuncia del accionante a partir del 03 de marzo de 2017, por lo cual mediante Resolución No. SUB 29557 del 04 de abril de 2017, se procedió a reliquidar e incluirlo en nómina, acto administrativo que se fundamentó en lo preceptuado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, a pesar de que goza de un régimen especial.
- Que el accionante solicitó reliquidación de su pensión el 1 de octubre de 2018, petición que fue resuelta negativamente mediante la Resolución No. SUB 2083 del 08 de enero 2019, confirmada por la Resolución No. DPE 582 del 12 de marzo de 2019.
- Que nuevamente se motivó de manera errónea la decisión, ya que se fundamentó el reconocimiento y el IBL aplicando lo preceptuado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, sin tener en cuenta que le venían realizando aportes por los factores salariales consagrados en el Decreto 1045 de 1978 y devengaba otros adicionales.
- Que Colpensiones ha reconocido y reliquidado, pero no en debida forma, la pensión especial de vejez del accionante con fundamento en normas y jurisprudencia del Régimen de Transición, desconociendo las normas aplicables al caso concreto y sin reconocer las normas especiales del Cuerpo de Vigilancia y Custodia, que establecen la inclusión de los demás factores que constituyen materialmente salario devengados en el último año por el demandante

2.3. Normas violadas y concepto de la violación:

Constitución Política artículos 48 y 53; Ley 32 de 1986 artículo 96; Ley 33 de 1985, artículo 1º; Ley 4 de 1966 artículo 4; Decreto 1045 de 1978, artículo 45; Decreto 407 de 1994, artículo 168; Decreto 446 de 1994; Ley 1437 de 2011.



Argumenta que el Acto Legislativo 01 de 2005 dejó vigente la ley 32 de 1986, en lo que respecta al régimen pensional de los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, tornándose en un régimen pensional especial exceptuado.

Indica que la Ley 32 de 1986 no estableció la forma como se debe liquidar la pensión de estos empleados, por ende, como lo establece el artículo 114 íbidem, se deben aplicar como normas subsidiarias las normas vigentes para los empleados públicos nacionales, que en este caso es el artículo 4 de la Ley 4ª de 1966, la cual reza que las pensiones se pagaran tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 que consagra los factores salariales para la liquidación de cesantías y pensiones.

Explica que respecto de la aplicación de los factores salariales que trae el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, hay que aclarar que estos no pueden tomarse como los únicos, pues como lo ha señalado el Consejo de Estado estos factores no son taxativos, y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Cita varios pronunciamientos del Consejo de Estado donde se reconocen factores salariales no incluidos en el listado del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Concluye que los actos administrativos demandados fueron proferidos con desconocimiento de las normas en que deberían fundarse, de manera irregular e indebidamente motivados, porque el accionante no se encuentra inmerso en el régimen de transición, pues goza de un régimen pensional especial de conformidad con el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, que se extiende hasta lo preceptuado en la Ley 4ª de 1966 artículo 4 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, por consiguiente, la liquidación del IBL para efectos de computar su mesada pensional debió hacerse de conformidad con el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios con una tasa de reemplazo del 75%, incluyendo la totalidad de los factores que constituyen materialmente salario, situación que no fue realizada por la demandada en los actos administrativos sobre los cuales se solicita la declaratoria de nulidad.

2.4. Contestación de la demanda:

La entidad demandada contestó oponiéndose a cada una de las pretensiones por considerar que todas las decisiones tomadas respecto del reconocimiento pensional del señor Jorge Aldemar Bartolo Torres, están ajustadas a derecho, pues se ha seguido con rigurosidad los preceptos normativos y jurisprudenciales aplicables.

Como argumentos de defensa presentó las siguientes excepciones de mérito:

“Ausencia del derecho reclamado- aplicación normativa y reliquidación pensional”: La cual sustenta en que no es posible acceder a la reliquidación pensional que pretende al accionante, puesto que al dar aplicación a una normatividad anterior a la vigente en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sobre ella únicamente puede aplicar lo atinente a edad, semanas y monto, mas no la forma para calcular el IBL, con el cual se liquidará la prestación.

“Improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados”: Al respecto indica que teniendo en cuenta la modificación que introdujo el Decreto 1158 de 1994 al artículo 6 del Decreto 691 de la misma anualidad, dispone cuáles serán los factores salariales que se tendrán en cuenta para calcular las cotizaciones al sistema por parte de los empleados públicos.

Señala que se observa que los factores salariales pretendidos no son considerados como aquellos sobre los cuales se debe aportar, motivo por el cual tampoco pueden ser tenidos en cuenta al momento de liquidar la prestación pensional, pues esto iría en detrimento de la sostenibilidad financiera de la entidad, además de atentar contra el principio de solidaridad, puesto que estaría pagando un dinero que no entró a las arcas de la entidad, pues Colpensiones no puede ser compelido a reconocer una pensión por un valor superior al que corresponde de acuerdo con el salario base asegurado según las reglas de cada una de las prestaciones, salvo en los eventos en que habiéndose presentado una cotización deficitaria por ser el salario real superior, la entidad empleadora cancele previamente el capital constitutivo correspondiente al mayor valor de la prestación.

“Improcedencia de reliquidar la prestación pensional”: Señala que teniendo en cuenta que el reconocimiento de la prestación pensional a favor del accionante se realizó por cuanto es beneficiario del régimen de transición, la misma debe liquidarse conforme lo dispone la normatividad vigente, pues este factor no fue incluido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. De esta manera, al encontrarse el accionante el 1º de abril de 1994 le faltaban más de 10 años para el cumplimiento de los requisitos para pensionarse, el Ingreso Base de Liquidación será el promedio de lo aportado durante los últimos 10 años o el cotizado durante todo el tiempo si fuere superior y contare con más de 1250 semanas cotizadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

“Prescripción del reajuste a la mesada pensional”: Al respecto indica que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional ha sido reiterativa en que el derecho a la pensión no prescribe, pero ello solo opera respecto de las bases salariales sobre las cuales se determina el monto de la pensión, excluyendo de esta forma la indexación pensional.

“Prescripción”: Cualquier exigencia que se soporte en hechos acaecidos con anterioridad a los 3 años que determina el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, resulta improcedente.



“Improcedencia de los intereses moratorios por no dar cumplimiento al fallo conforme a lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA”: Señala que para la causación de intereses moratorios, la ley dispone que el interesado debe presentar reclamación de la misma ante la entidad.

“Buena fe”: La cual sustenta en que Colpensiones ha atendido de manera diligente las reclamaciones realizadas por el actor y cuando ellas han sido debidamente comprobadas conforme a las normas vigentes, ha procedido a reconocer o reliquidar los derechos reclamados.

2.5. Traslado de excepciones:

Dentro del término otorgado para ello la parte demandante se pronunció frente a las excepciones propuestas en el siguiente sentido:

“Ausencia del derecho reclamado- aplicación normativa y reliquidación pensional”: No está llamada a prosperar por cuanto el fundamento legal para dicha negación lo sustenta Colpensiones en jurisprudencia constitucional aplicable a los beneficiarios del régimen de transición y que no tiene nada que ver con el caso concreto, porque el accionante goza de un régimen pensional especial reconocido constitucionalmente en el parágrafo 5° del Acto Legislativo 01 de 2005.

“Improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados” e *“Improcedencia de reliquidar la prestación pensional”*: No está llamada a prosperar, por cuanto los actos administrativos demandados, tienen como principal vicio el haberse expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse, por consiguiente, la reliquidación solicitada se fundamenta en el derecho a incluir los factores salariales que fueron materialmente percibidos por el demandante y sobre los cuales le realizaron aportes al sistema de Seguridad Social en Pensiones.

“Prescripción del reajuste a la mesada pensional”, *“Prescripción”*, *“Improcedencia de los intereses moratorios por no dar cumplimiento al fallo conforme a lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA”* *“Buena fe”* y *“Declaradas de oficio”*: No tienen vocación de prosperidad por cuanto al accionante le asiste el derecho de que se le cancelen los dineros que ha dejado de percibir por concepto de la indebida liquidación realizada por la demandada; con la indexación de todos los montos al valor actual de la moneda y conforme al incremento legal de la mesada pensional del IPC, asimismo, que se le cancelen los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 siendo obligatorio el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social por los montos reconocidos.

2.6. Alegatos de Conclusión:

2.6.1. Parte Demandante:

Asegura que se probó la nulidad de todas y cada una de las resoluciones demandadas, cuyo principal vicio fue haberse expedido con infracción de las

normas en que deberían fundarse, desconociendo la normatividad superior, especialmente el Parágrafo Transitorio No. 5 del Acto Legislativo 01 de 2005, el artículo 53 de la Constitución Política, el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, el artículo 4 de la Ley 4ª de 1966 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Reitera todos los argumentos expuestos en la demanda y concluye que en los diferentes actos expedidos por Colpensiones, se reconoce la pensión al accionante aplicando la normativa establecida en la Ley 32 de 1986, pero para efectos de liquidar el monto de la prestación, aplica la normativa consignada en la Ley 100 de 1993, lo cual, a su juicio, es una clara violación al principio de inescindibilidad de la norma y al principio de aplicación de la norma más favorable, por cuanto, para el accionante es más favorable que su pensión le sea liquidada atendiendo lo dispuesto en la Ley 32 de 1986 y demás normas que regulan dicho régimen pensional especial.

Finalmente solicita acceder a las pretensiones y condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

2.6.2. Parte Demandada:

Indica que la liquidación del IBL de las pensiones de vejez reconocidas conforme al régimen de transición se deberá realizar teniendo en cuenta el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el artículo 21 ibídem, según corresponda, así como los factores salariales establecidos en los artículos 18 y 19 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994.

Refiere que lo anterior significa que para aquellos servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, que el periodo para liquidar su pensión es el previsto en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. O del artículo 21 de la misma ley, según el tiempo que faltaba para adquirir el derecho a la pensión a la entrada en vigencia de la nueva normativa pensional.

Explica que de conformidad con la Circular Interna 24 de 2018, suscrita por la Oficina Asesora para Asuntos Legales, para liquidar la prestación especial de vejez por desempeño de actividad de alto riesgo-INPEC, se toma como IBL para los periodos cotizados a otras cajas, los valores relacionados en los formatos CLEBP o formatos 3 que correspondan a factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994; para el caso en que se hubieren efectuado cotizaciones a Colpensiones, el índice base de liquidación está conformado por los salarios reportados de acuerdo a lo establecido en el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, por lo cual se presume que lo reportado como ingreso base de cotización se realizó con base en el salario que efectivamente devengó el demandante.

Solicita finalmente que se absuelva a Colpensiones de las pretensiones incoadas en la demanda.

2.7. Concepto del Ministerio Público: No emitió concepto.



3. CONSIDERACIONES

3.1. El fondo del asunto:

Determinar la legalidad de los actos administrativos que reconocieron la pensión de vejez y los que negaron la respectiva reliquidación con la totalidad de los factores salariales percibidos por éste, durante el último año de servicios.

3.2. Problema jurídico:

¿Procede el reajuste de la mesada pensional del demandante por el 75% de la asignación básica más los factores salariales consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 devengados en el último año de servicios, conforme a los parámetros y condiciones establecidos en la Ley 32 de 1986 en concordancia con el párrafo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2005, reglamentado por el artículo 1 del Decreto 1950 de 2005?

3.3. Argumento central:

3.3.1. La normatividad aplicable a los miembros del Cuerpo de Vigilancia y Custodia Penitenciaria Nacional del INPEC en materia pensional

La Ley 32 de 1986, por la cual se adopta al Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, consagró su campo de aplicación en su artículo 1°, así:

“ART. 1° Materias que regulan la presente ley. 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”.

En su artículo 10 determinó que el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional está compuesto por oficiales, suboficiales y guardianes, quienes dependen directamente del comando de vigilancia de la dirección general de prisiones.

Y en lo atiente a la pensión de jubilación, su artículo 96 dispuso:

“ART. 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”.

El artículo 114 ibídem, consagra las normas subsidiarias:

“ART. 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”.

De otro lado, la Ley 100 de 1993 que “...creó el Sistema de Seguridad Social Integral”, estableció 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 artículo 172 de la Ley 65 de 1993 “Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”, otorgará facultades extraordinarias al ejecutivo para dictar normas con fuerza de ley en materia pensional de estos servidores públicos:

“ARTÍCULO 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.

(...)

En virtud de las mencionadas facultades, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 407 de 1994 “Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario” y en su artículo 168 determinó que:

“Artículo 168. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que a la fecha de 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 servicios 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 1°. Las personas que ingresen a partir de la vigencia del presente 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 2°. El personal administrativo del Instituto se regirá por las normas establecidas en la Ley 100 de 1993.”

En el mismo sentido, 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, estableció:

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.

(...)

Es así que mediante Decreto 2090 de julio 26 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 2° 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.

La mencionada norma en su artículo 6° consagró un régimen de transición en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 6°. Quienes a la fecha de entrada de la vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuanto 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, ésta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban la actividad 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 en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la ley 797 de 2003”.

Por su parte, el Gobierno Nacional, el 13 de junio de 2005, expidió el Decreto 1950, que reglamentó el artículo 140 de la Ley 100 de 1993, respecto de los miembros de Custodia y Vigilancia del INPEC y señaló:

“Artículo 1°. 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 le 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 1° del Decreto 1835 de 1994.”

Finalmente, se expidió el Acto Legislativo 1 de 22 de julio 2005, que retomó lo expuesto en el Decreto 1950 de 2005, y que adicionó el artículo 48 Constitucional de la siguiente manera:

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

3.3.2. El Ingreso Base de Liquidación para liquidar la pensión especial de vejez de los miembros del Cuerpo de Vigilancia y Custodia Penitenciaria y Carcelaria Nacional

Como ya se señaló en acápite anteriores, la Ley 32 de 1986, “*Por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia*”, dispuso en materia pensional 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).

Posteriormente, el Decreto 407 de 1994 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 de febrero de 1994) 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, prescripción normativa que fue reproducida nuevamente en el Decreto 2090 de 2003, donde la fecha límite para efectos de establecer la aplicación del régimen de transición de esta norma con respecto a la Ley 32 de 1986, fue el 26 de julio de 2003 (fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003).

Ahora bien, es importante señalar que si bien frente a los beneficiarios del régimen pensional especial consagrado en la Ley 32 de 1986, la norma no señaló la forma en que debían liquidarse sus pensiones especiales de vejez, es del caso citar dos sentencias, una proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas y otra por el Consejo de Estado, en las cuales se concluye que para

efectos de determinar el IBL en casos como el que ahora convoca la atención del Juzgado, se acude al inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el 21 de la misma ley y solo teniendo en cuenta los factores sobre los que se hubiera cotizado, por lo que no resulta aplicable la Ley 4ª de 1966 que establece en su artículo 4° que la pensión se liquidará tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios, en armonía con el Decreto 1045 de 1978.

- Concluyó el Tribunal Administrativo de Caldas en providencia del 26 de marzo de 2021 con ponencia del Honorable Magistrado Augusto Ramón Chávez, de la cual se extracta lo siguiente:

“...Aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los elementos del régimen de transición al caso concreto.

En la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018..., el Consejo de Estado precisó los efectos de la decisión con la cual se fijaron las reglas jurisprudenciales en materia de aplicación del régimen de transición. Indicó que el nuevo criterio señalado se aplicaría en forma retrospectiva, esto es, a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias, salvo aquellos en los que hubiere operado la cosa juzgada, que en virtud del principio de seguridad jurídica resultarían inmodificables...

Como se advirtió en el acápite correspondiente, se encuentra acreditado en el expediente que el demandante prestó sus servicios al Inpec entre el 13 de marzo de 1984 hasta el 28 de febrero de 2013, esto quiere decir que, para el 27 de julio de 2003, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003 el demandante aún no cumplía los 20 años de servicios, pero sí contaba con más de 500 semanas de cotización, luego esta situación lo hacía beneficiario de la Ley 32 de 1986, como en efecto lo reconoció la entidad demandada en los actos acusados.

Ahora, en cuanto a la forma de liquidación de la pensión, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en diferentes pronunciamientos ha considerado que, la regla de exclusión del IBL aplica para todos los regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993, incluso aquellos que contemplan regímenes especiales como sería el caso del demandante. En Sentencia T-109 de 2019 la Corte Constitucional reiteró:

“Así, en la Sentencia SU-230 de 2015, la Sala Plena “reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013, fallo en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos”.

*Así mismo, la Sala estima pertinente reiterar que la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 anteriormente descrita **abarca a todos los regímenes anteriores a la expedición de dicha normativa**, esto es, cubre tanto a quienes estuvieron afiliados al denominado régimen general (Ley 33 de 1985) como a los demás regímenes especiales (Rama*

Judicial, Procuraduría General de la Nación, Registraduría Nacional del Estado Civil, etc.).

En otras palabras, la interpretación establecida por la Corte Constitucional en relación con el ingreso base de liquidación como aspecto excluido del régimen de transición es aplicable para todas las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, incluso aquellas que contemplan regímenes especiales.

El anterior precedente constitucional ha sido reiterado en múltiples ocasiones por la Corte Constitucional –tanto por la Sala Plena como por las distintas Salas de Revisión– en las Sentencias SU-427 de 2016, SU-395 de 2017, SU-631 de 2017, SU-023 de 2018, SU-068 de 2018, SU-114 de 2018, T-078 de 2014, T-494 de 2017, T-643 de 2017, T-661 de 2017, T-039 de 2018, T-328 de 2018 y T-368 de 2018.

Es claro entonces que, la regla fijada por la Corte Constitucional, consiste en que el Ingreso Base de Liquidación (IBL) no hace parte del régimen de transición consagrado en el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aplica tanto para el régimen general como para los regímenes especiales, por lo que el IBL se debe establecer en los términos del inciso 3° de ese artículo, que establece que:

“[E]l ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”.

Lo anterior en concordancia con el 21 de la misma ley que precisa:

“Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

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

En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, en sentencia del 1 de junio de 2020¹ señaló que:

“4.6. Con todo, conviene señalar que, si en gracia de discusión se tuviera que el actor sí es beneficiario del régimen de transición del Decreto 2090 de 2003, lo cierto es que tampoco habría lugar al amparo de los derechos fundamentales que invoca. Lo anterior, por cuanto la decisión del tribunal de denegar la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales, está conforme con la jurisprudencia de la Corte Constitucional que, en diferentes pronunciamientos, ha considerado que la regla de exclusión del IBL aplica para todos los regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993, incluso,

¹ Sección Cuarta. C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez. (11) de junio de dos mil veinte (2020). Radicación: 11001-03-15-000-2020-01850-00 (AC),

aquellos que contemplan regímenes especiales como sería el caso del demandante”. (Se resalta).

De acuerdo con lo expuesto, para efectos de la liquidación de la pensión de vejez del demandante se debe tener en cuenta el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el 21 de la misma ley y solo teniendo en cuenta los factores sobre los que se hubiera cotizado; por lo tanto, no le asiste razón al demandante al señalar que le resulta aplicable la Ley 4ª de 1966 que establece en el artículo 4° que la pensión se liquidará tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios, en armonía con el Decreto 1045 de 1978...”

Dicha postura interpretativa reiteró la tesis que ya había sido adoptada en providencias anteriores, donde se debatieron litigios de contornos similares, como las sentencias del 04 de septiembre de 2020 y la del 13 de diciembre de 2019, donde actuó como Magistrado Ponente el Dr. Dohor Edwin Varón Vivas.

En similar sentido dijo el Consejo de Estado²

“...31. Es importante recordar, que la sentencia apelada accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda al considerar que al demandante, al ser destinatario del régimen especial de los funcionarios del INPEC consagrado en la Ley 32 de 1986 y en el Decreto 407 de 1994, se le debía reliquidar la prestación con el 75% del promedio de lo devengado entre el 1° de abril de 1994 y el 30 de mayo de 2002 (Art. 36 de la Ley 100 de 1993), teniendo en cuenta como factores salariales la asignación básica, el sobresueldo, la bonificación por servicios prestados, los subsidios por alimentación y transporte y las primas de servicios, vacaciones y navidad, emolumentos establecidos en el Decreto 1045 de 1978.

32. El ente previsional demandado, como apelante único, disiente de tal decisión toda vez que si bien es cierto que la liquidación de la pensión de jubilación del actor debe realizarse con el promedio de lo cotizado en el tiempo que le hiciera falta para pensionarse, según la Ley 100 de 1993, como lo establece el a quo, también lo es que los factores a tener en cuenta son los cotizados, además de los que estén contenidos en el Decreto 1158 de 1994 y no los del Decreto 1045 de 1978.

33. Para resolver el punto, teniendo en cuenta los hechos enunciados con anterioridad, los cuales no se encuentran en discusión, se desprende que el demandante laboró para el INPEC entre el 1° de junio de 1982 y el 29 de febrero de 2012, esto es, por 29 años, 8 meses y 28 días, lapso durante el cual desempeñó funciones como miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, por lo que la entonces CAJANAL, por medio de la Resolución UGM 20482 del 14 de diciembre de 2011, le reconoció una pensión de jubilación de conformidad con los requisitos de edad y tiempo, así como con la tasa pensional (75%), contenidos en la Ley 32 de 1986 y el Decreto 407 de 1994.

“... ”

39. Así las cosas, se tiene que al accionante le fue calculada su pensión de jubilación con fundamento en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 en armonía con los emolumentos establecidos en los Decretos 691 y 1158 de 1994 como ingreso base de cotización (IBC), en

²Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez, dieciséis (16) de octubre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 76001-23-31-000-2011-01329-01(0907-17)

atención a las reglas de interpretación fijadas tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, establecidas en las sentencias citadas en el acápite precedente, en el sentido de que en tal inciso el legislador excluyó del régimen de transición la expectativa de las personas beneficiarias de este de obtener su pensión con el IBL que consagraba el régimen anterior al que se encontraban afiliados al entrar en vigor aquella, por lo que se someten a lo dispuesto en la mencionada norma o en el inciso 3º del artículo 36 ibídem, según corresponda, tal como lo hizo la extinta CAJANAL en el presente caso; lo que además guarda relación con el artículo 48 superior, en cuanto dispone que «(p)ara la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones (...).»

40. Es de indicar, que los fallos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, mencionados con anterioridad, en los cuales se precisó la aplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, en particular, en lo que tiene que ver con el IBL pensional, la sala plena de esta Corporación advirtió que «(...) por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables».

3.3. Análisis del Despacho y conclusión:

En el caso bajo análisis, se encuentra demostrado que el señor JORGE ALDEMAR BARTOLO TORRES laboró en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia al servicio del INPEC en el cargo de Dragoneante desde el 12 de enero de 1994 hasta el 2 de marzo de 2017.

Para el 28 de julio de 2003 – fecha de entrada en vigencia del Decreto Ley 2090 de 2003-, el demandante hacía parte del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional y por tal razón le resultaba aplicable el **artículo 96 de la Ley 32 de 1986** por las razones ya explicadas.

Ahora bien, mediante Resolución No. GNR 242743 del 11 de agosto de 2015 se reconoció la pensión especial de vejez del accionante, con fundamento en la Ley 32 de 1986 y tomando en cuenta los factores salariales establecidos en el **Decreto 1158 de 1994**, la cual fue confirmada por la Resolución No. GNR 362213 del 18 de noviembre de 2015.

Mediante Resolución No. 6387 del 20 de diciembre de 2016 se aceptó la renuncia del accionante a partir del 03 de marzo de 2017, por lo cual mediante Resolución No. SUB 29557 del 04 de abril de 2017, se procedió a reliquidar la prestación e incluirlo en nómina, acto administrativo que se fundamentó en lo preceptuado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1 del Decreto 407 de 1994.

Posteriormente el accionante solicitó reliquidación de su pensión el 1 de octubre de 2018, petición que fue resuelta negativamente mediante la Resolución No. SUB 2083 del 08 de enero 2019, confirmada por la Resolución No. DPE 582 del 12 de marzo de 2019, con lo cual se ratificó la negativa frente a la solicitud de reliquidación de la pensión con inclusión de todos los factores

salariales devengados por el demandante en el último año de servicios, previo al retiro definitivo.

Teniendo en cuenta que Colpensiones liquidó la prestación con base en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, solo incluyó como factores salariales la asignación básica mensual y la bonificación por servicios prestados.

Si bien es cierto, la entidad en los actos administrativos demandados reconoce que el accionante se encuentra amparado por un régimen especial de pensiones previsto en la Ley 32 de 1986, respecto a los factores a tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión, responde en los actos administrativos demandados que se debe aplicar lo preceptuado por el Decreto 1158 de 1994, norma en la que no se incluyen los factores salariales reclamados por el accionante, razón por la cual no pueden ser incluidos en la liquidación de su pensión.

Para mayor claridad, se realiza el siguiente cuadro comparativo:

FACTORES DEVENGADOS	FACTORES CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 1 DEL DECRETO 1158/94
<ul style="list-style-type: none"> - Sueldo básico - Auxilio de transporte - Prima de riesgo - Subsidio de unidad familiar - Subsidio de alimentación - Prima de capacitación técnicos - Prima de vacaciones - Bonificación especial de recreación - Bonificación por servicios 	<ul style="list-style-type: none"> a) La asignación básica mensual; b) Los gastos de representación; c) La prima técnica, cuando sea factor de salario; d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario; e) La remuneración por trabajo dominical o festivo; f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna; g) La bonificación por servicios prestados;

Ha quedado visto que las pretensiones se concretan a la liquidación de la pensión de vejez con la aplicación de los factores salariales devengados en el último año de servicios del demandante y que están contenidos en el Decreto 1045 de 1978,

Si bien en caso similar al presente, el Juzgado había accedido a la reliquidación de la pensión de jubilación de un servidor público del Cuerpo de Custodia y

Vigilancia del INPEC con la inclusión de los factores salariales atendiendo lo dispuesto por el Decreto 1045 de 1978 y Ley 33 de 1985 y que fueran devengados en el último año de servicios, dicha decisión fue revocada por el Tribunal Administrativo de Caldas en reciente fallo del 26 de marzo de este año³, el cual fue citado en esta providencia, concluyendo entonces, que para calcular el IBL en las pensiones del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, se acude a las reglas establecidas por el numeral 3º del art. 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el art. 21 de la misma codificación y los Decretos 691 y 1158 de 1994, esto es, factores sobre los cuales se hubiere cotizado y en tal sentido, las pretensiones de la demanda habrán de ser denegadas.

3.4. **Condena en Costas:**

En esta oportunidad, el Despacho no condenará en costas a la parte demandante, teniendo en cuenta la tesis que sobre este punto ha venido asumiendo el Tribunal Administrativo de Caldas en asuntos similares al presente, donde por el cambio del precedente jurisprudencial no han ordenado la condena en costas en contra de los que demandaron el reajuste de sus pensiones con la inclusión de todos los factores salariales.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

4. **FALLA**

PRIMERO. DECLARAR probadas las excepciones de “Ausencia del derecho reclamado- aplicación normativa y reliquidación pensional”, “Improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados” y “buena fe” planteadas por Colpensiones.

SEGUNDO. NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a las razones expuestas en la considerativa de esta sentencia.

TERCERO: ABSTENERSE de condenar en costas por lo expresado en la parte motiva.

CUARTO: LIQUIDAR los gastos del proceso y **DEVOLVER** los remanentes si a ello hubiere lugar.

QUINTO: ORDENAR el archivo de la actuación una vez en firme la sentencia y previa anotación en el aplicativo “Justicia Siglo XXI”.

³ Tribunal Administrativo de Caldas, M.P. Augusto Ramón Chávez Marín, rad. 17001-33-33-004-2016-00158.

SÉPTIMO. En firme la sentencia, archívese el expediente previa anotación en el aplicativo “Justicia Siglo XXI”. La Secretaría liquidará los gastos del proceso, si quedaren remanentes efectúese su devolución.

19

NOTÍFIQUESE y CÚMPLASE

Firmado Por:

**MARIA ISABEL GRISALES GOMEZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 004 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO MANIZALES**

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

Código de verificación:

**748c25792c9db2af85a0386ddaa8ec07aa7c450cace119921b6f9d2cdfaa1a
28**

Documento generado en 30/06/2021 04:23:38 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE
MANIZALES**

Manizales, veintinueve (29) de junio de dos mil veinte y uno (2021).

Radicado: 17001333300420190062900
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : CARLOS MARIO SÁNCHEZ SILVESTRE
Demandado: COLPENSIONES
Sentencia No.: 101

1. ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones:

- ✓ Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. DIR 15868 del 18 de enero de 2018 proferida por COLPENSIONES mediante la cual se reconoció la pensión de vejez al demandante CARLOS ALBERTO SÁNCHEZ SILVESTRE y en la que no se tuvieron en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios del accionante, conforme al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978; Ley 32 de 1986; Parágrafo Transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2005 reglamentado por el art. 1 del Decreto 1950 de 2005.
- ✓ Declarar la nulidad de la Resolución SUB 27566 del 30 de enero de 2019 expedida por COLPENSIONES por medio de la cual se negó la reliquidación de la pensión de vejez del demandante con el 75% del promedio de los salarios y la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, de acuerdo a las normas citadas.
- ✓ Que se declare la nulidad parcial de la Resolución DPE 3745 del 29 de mayo de 2019 proferida por COLPENSIONES a través de la cual confirmó el contenido de la Resolución SUB 27566.
- ✓ Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se declare que el señor CARLOS ALBERTO SÁNCHEZ

SILVESTRE tiene derecho a que se reliquide su pensión de vejez a partir del 1 de enero de 2019 por el 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios, con la totalidad de los factores salariales consagrados en el art. 45 del Decreto 1045 de 1978, que corresponden con *sueldo, sobresueldo prima de riesgo, subsidio de unidad familiar, bonificación de servicios, prima de servicios, indemnización de vacaciones, prima de vacaciones, alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad, prima de seguridad, prima de capacitación técnico 12%, bonificación especial de recreación y demás que apliquen*, para un valor pensional de \$2'722.544.46.

- ✓ Condenar a COLPENSIONES a pagar al señor CARLOS ALBERTO SÁNCHEZ SILVESTRE las diferencias de las mesadas pensionales generadas entre el valor inicialmente reconocido y aquel que resulte de la reliquidación, a partir del 1 de enero de 2019.
- ✓ Condenar a COLPENSIONES a ajustar las sumas que resulten de la presente condena conforme al IPC; así como al pago de intereses moratorios a partir de la ejecutoria del fallo y en COSTAS, ordenando que el fallo se cumpla dentro del término previsto en el art. 192 CPACA.

2.2. Supuestos fácticos:

La parte demandante sustentó sus pedimentos en los siguientes hechos:

- ✓ Que el demandante laboró al servicio del INPEC por 22 años, 2 meses y 7 días y cumplió los 20 años de servicio el 24 de octubre de 2016.
- ✓ Mediante Resolución DIR 15868 del 18 de enero de 2018, COLPENSIONES reconoció pensión de vejez al demandante por \$1.565.548, suspendida hasta el momento de su retiro.
- ✓ Que por Resolución 03549 del 17 de octubre de 2018 se aceptó la renuncia del demandante, a partir del 31 de diciembre de 2018, por lo que el 9 de noviembre de ese año solicitó a COLPENSIONES su inclusión en nómina.
- ✓ Para el 14 de noviembre de 2018, solicitó ante COLPENSIONES la reliquidación de la pensión de vejez con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, consagrados en el art. 45 del Decreto 1045 de 1978.
- ✓ Mediante Resolución SUB 27566 del 30 de enero de 2019, COLPENSIONES ingresó en nómina de pensionados al demandante y negó la reliquidación pensional bajo los parámetros de la ley 32 de 1986 y el Acto Legislativo 01 de 2005; decisión que fue recurrida en reposición y en subsidio de apelación el 14 de febrero de 2019.
- ✓ La reposición fue resuelta mediante Resolución SUB 63049 del 13 de

marzo de 2019, manteniendo lo resuelto en el acto administrativo atacado y la apelación fue resuelta el 29 de mayo de 2019 a través de la Resolución DPE 3745 mediante la cual se confirmó en todas sus partes la resolución recurrida.

- ✓ Que COLPENSIONES aplicó el concepto BZ 2016 12621699 del 26 de octubre de 2016 que define que los factores salariales a aplicar en las pensiones de los funcionarios del INPEC son los fijados por la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos, conforme el decreto 1158 de 1994; concepto que transgrede los derechos pensionales del accionante y viola el principio de inescindibilidad de la norma.
- ✓ Que al demandante le es aplicable la Ley 32 de 1986 por estar vinculado con el INPEC antes del 28 de julio de 2003 y cubrió sus cotizaciones de alto riesgo de conformidad con lo previsto en el párrafo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2005, reglamentado por el artículo 1 del Decreto 1950 de 2005.
- ✓ Que al realizar las operaciones aritméticas bajo los parámetros de una y otra norma, la pensión otorgada al demandante resulta ser inferior a la que realmente debió reconocérsele, de acuerdo con el promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en razón de su servicio.
- ✓ Que con la interposición del recurso de apelación frente a la resolución que negó la reliquidación pensional se agotó la vía gubernativa.

2.3. Normas violadas y concepto de la violación

- Artículos 1 y 96 de la Ley 32 de 1986
- Inciso 7 y párrafo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2005
- Artículo 1 del Decreto 1950 de 2005
- Artículo 45 del Decreto 1045 de 1978
- Artículo 2, 29, 53 y 58 de la Carta Política

Aduce que los actos acusados trasgreden su derecho a la seguridad social en tanto violan la norma que le es aplicable, que no es otra que la Ley 32 de 1986, en concordancia con el art. 45 del Decreto 1045 de 1978 y el párrafo 5 del Acto Legislativo 01 de 2005 reglamentado por el art. 1 del Decreto 1950 de 2005.

Que deben considerarse la sentencia C-651 de 2012, y la sentencia del 27 de abril de 2006 del Consejo de Estado radicado No. 25000-23-25-000-2004-1344-01 (2849-04); radicado 11001-03-15-000-2017-01476-00 del 27 de julio de 2017 y Radicado No. 27001-23-31-000-2011-00242-01 (1344-14) del 27 de noviembre de 2018.

2.4. Contestación de la demanda:

La entidad demandada aceptó como ciertos los hechos que hacen mención al reconocimiento pensional de vejez y a los recursos interpuestos frente a ella. No considera hechos aquellos en los que realiza una afirmación cuyo fundamento es en sí mismo una pretensión conforme a lo que se debate.

Se opuso a las pretensiones por considerar que los actos demandados están ajustados a derecho y fueron proferidos con rigurosidad. Propuso las siguientes excepciones de fondo:

“Ausencia del derecho reclamado- aplicación normativa y reliquidación pensional”: La cual sustenta en que no es posible acceder a la reliquidación pensional que pretende al accionante, puesto que al dar aplicación a una normatividad anterior a la vigente en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sobre ella únicamente puede aplicar lo atinente a edad, semanas y monto, mas no la forma para calcular el IBL, con el cual se liquidará la prestación.

“Improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados”: Al respecto indica que teniendo en cuenta la modificación que introdujo el Decreto 1158 de 1994 al artículo 6 del Decreto 691 de la misma anualidad, dispone cuáles serán los factores salariales que se tendrán en cuenta para calcular las cotizaciones al sistema por parte de los empleados públicos.

Señala que se observa que los factores salariales pretendidos no son considerados como aquellos sobre los cuales se debe aportar, motivo por el cual tampoco pueden ser tenidos en cuenta al momento de liquidar la prestación pensional, pues esto iría en detrimento de la sostenibilidad financiera de la entidad, además de atentar contra el principio de solidaridad, puesto que estaría pagando un dinero que no entró a las arcas de la entidad, pues Colpensiones no puede ser compelido a reconocer una pensión por un valor superior al que corresponde de acuerdo con el salario base asegurado según las reglas de cada una de las prestaciones, salvo en los eventos en que habiéndose presentado una cotización deficitaria por ser el salario real superior, la entidad empleadora cancele previamente el capital constitutivo correspondiente al mayor valor de la prestación.

“Improcedencia de reliquidar la prestación pensional”: Señala que teniendo en cuenta que el reconocimiento de la prestación pensional a favor del accionante se realizó por cuanto es beneficiario del régimen de transición, la misma debe liquidarse conforme lo dispone la normatividad vigente, pues este factor no fue incluido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. De esta manera, al encontrarse el accionante el 1º de abril de 1994 le faltaban más de 10 años para el cumplimiento de los requisitos para pensionarse, el Ingreso Base de Liquidación será el promedio de lo aportado durante los últimos 10 años o el cotizado durante todo el tiempo si fuere superior y contare con más de 1250 semanas cotizadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

“Prescripción del reajuste a la mesada pensional”: Al respecto indica que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional ha sido reiterativa en que el derecho a la pensión no prescribe, pero ello solo opera

respecto de las bases salariales sobre las cuales se determina el monto de la pensión, excluyendo de esta forma la indexación pensional.

“Prescripción”: Cualquier exigencia que se soporte en hechos acaecidos con anterioridad a los 3 años que determina el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, resulta improcedente.

“Improcedencia de los intereses moratorios por no dar cumplimiento al fallo conforme a lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA”: Señala que, para la causación de intereses moratorios, la ley dispone que el interesado debe presentar reclamación de la misma ante la entidad.

“Buena fe”: La cual sustenta en que Colpensiones ha atendido de manera diligente las reclamaciones realizadas por el actor y cuando ellas han sido debidamente comprobadas conforme a las normas vigentes, ha procedido a reconocer o reliquidar los derechos reclamados.

2.5. Traslado de excepciones:

Dentro del término otorgado para ello la parte demandante se pronunció frente a las excepciones propuestas con argumentos contenidos en la demanda y solicitando de manera especial no se acceda a las mismas, pues considera que las mismas no están llamadas a prosperar.

2.6. Alegatos de conclusión:

- **El demandante** aseguró haber probado la nulidad de todas y cada una de las resoluciones demandadas, expedidas con infracción de las normas en que deberían fundarse, desconociendo la normatividad superior, especialmente el Parágrafo Transitorio No. 5 del Acto Legislativo 01 de 2005, el artículo 53 de la Constitución Política, el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, el artículo 4 de la Ley 4ª de 1966 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Reitera todos los argumentos expuestos en la demanda y concluye que en los diferentes actos expedidos por Colpensiones, se reconoce la pensión al accionante aplicando la normativa establecida en la Ley 32 de 1986, pero para efectos de liquidar el monto de la prestación, aplica la normativa consignada en la Ley 100 de 1993, lo cual, a su juicio, es una clara violación al principio de inescindibilidad de la norma y al principio de aplicación de la norma más favorable, por cuanto, para el accionante es más favorable que su pensión le sea liquidada atendiendo lo dispuesto en la Ley 32 de 1986 y demás normas que regulan dicho régimen pensional especial.

Finalmente, solicitó acceder a las pretensiones y condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

La Parte Demandada y el Ministerio Público no hicieron uso de esta oportunidad procesal.

3. CONSIDERACIONES

3.1. El Fondo del asunto:

Determinar la legalidad de los actos administrativos que reconocieron la pensión de vejez y los que negaron la respectiva reliquidación con la totalidad de los factores salariales percibidos por éste, durante el último año de servicios.

3.2. Problema jurídico:

¿Procede el reajuste de la mesada pensional del demandante por el 75% de la asignación básica más los factores salariales consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 devengados en el último año de servicios, conforme a los parámetros y condiciones establecidos en la Ley 32 de 1986 en concordancia con el párrafo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2005, reglamentado por el artículo 1 del Decreto 1950 de 2005?

3.3. Argumento central:

3.3.1. La normatividad aplicable a los miembros del Cuerpo de Vigilancia y Custodia Penitenciaria Nacional del INPEC en materia pensional

La Ley 32 de 1986, por la cual se adopta al Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, consagró su campo de aplicación en su artículo 1º, así:

“ART. 1º Materias que regulan la presente ley. 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”.

En su artículo 10 determinó que el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional está compuesto por oficiales, suboficiales y guardianes, quienes dependen directamente del comando de vigilancia de la dirección general de prisiones.

Y en lo atiente a la pensión de jubilación, su artículo 96 dispuso:

“ART. 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”.

El artículo 114 ibídem, consagra las normas subsidiarias:

“ART. 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”.

De otro lado, la Ley 100 de 1993 que “...creó el Sistema de Seguridad Social Integral”, estableció 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 artículo 172 de la Ley 65 de 1993 “Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”, otorgará facultades extraordinarias al ejecutivo para dictar normas con fuerza de ley en materia pensional de estos servidores públicos:

“ARTÍCULO 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.

(...)

En virtud de las mencionadas facultades, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 407 de 1994 “Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario” y en su artículo 168 determinó que:

“Artículo 168. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que a la fecha de 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 servicios 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 1°. Las personas que ingresen a partir de la vigencia del presente 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 2°. El personal administrativo del Instituto se regirá por las normas establecidas en la Ley 100 de 1993.”

En el mismo sentido, 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, estableció:

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.
(...)

Es así que mediante Decreto 2090 de julio 26 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 2° 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.

La mencionada norma en su artículo 6° consagró un régimen de transición en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 6°. Quienes a la fecha de entrada de la vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuanto 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, ésta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban la actividad 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 en el artículo 36 de la ley

Por su parte, el Gobierno Nacional, el 13 de junio de 2005, expidió el Decreto 1950, que reglamentó el artículo 140 de la Ley 100 de 1993, respecto de los miembros de Custodia y Vigilancia del INPEC y señaló:

“Artículo 1°. 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 1° del Decreto 1835 de 1994.”

Finalmente, se expidió el Acto Legislativo 1 de 22 de julio 2005, que retomó lo expuesto en el Decreto 1950 de 2005, y que adicionó el artículo 48 Constitucional de la siguiente manera:

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

3.3.2 El Ingreso Base de Liquidación para liquidar la pensión especial de vejez de los miembros del Cuerpo de Vigilancia y Custodia Penitenciaria y Carcelaria Nacional

Como ya se señaló en acápite anteriores, la Ley 32 de 1986, “*Por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia*”, dispuso en materia pensional 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).

Posteriormente, el Decreto 407 de 1994 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 de febrero de 1994) 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, prescripción normativa que fue reproducida nuevamente en el Decreto 2090 de 2003, donde la fecha límite para efectos de establecer la aplicación del régimen de transición de esta norma con respecto a la Ley 32 de 1986, fue el 26 de julio de 2003 (fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003).

Ahora bien, es importante señalar que si bien frente a los beneficiarios del régimen pensional especial consagrado en la Ley 32 de 1986, la norma no señaló la forma en que debían liquidarse sus pensiones especiales de vejez, es del caso citar dos sentencias, una proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas y otra por el Consejo de Estado, en las cuales se concluye que para efectos de determinar el IBL en casos como el que ahora convoca la atención del Juzgado, se acude al inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el 21 de la misma ley y solo teniendo en cuenta los factores sobre los que se hubiera cotizado, por lo que no resulta aplicable la Ley 4ª de 1966 que establece en su artículo 4º que la pensión se liquidará tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios, en armonía con el Decreto 1045 de 1978.

- Concluyó el Tribunal Administrativo de Caldas en providencia del 26 de marzo de 2021 con ponencia del Magistrado Augusto Ramón Chávez, de la cual se extracta lo siguiente:

“...Aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los elementos del régimen de transición al caso concreto.

En la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018..., el Consejo de Estado precisó los efectos de la decisión con la cual se fijaron las reglas jurisprudenciales en materia de aplicación del régimen de transición. Indicó que el nuevo criterio señalado se aplicaría en forma retrospectiva, esto es, a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias, salvo aquellos en los que hubiere operado la cosa juzgada, que en virtud del principio de seguridad jurídica resultarían inmodificables...

Como se advirtió en el acápite correspondiente, se encuentra acreditado en el expediente que el demandante prestó sus servicios al Inpec entre el 13 de marzo de 1984 hasta el 28 de febrero de 2013, esto quiere decir que, para el 27 de julio de 2003, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003 el demandante aún no cumplía los 20 años de servicios, pero sí contaba con más de 500 semanas de cotización, luego esta situación lo hacía beneficiario de la Ley 32 de 1986, como en efecto lo reconoció la entidad demandada en los actos acusados.

Ahora, en cuanto a la forma de liquidación de la pensión, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en diferentes pronunciamientos ha considerado que, la regla de exclusión del IBL aplica para todos los regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993, incluso aquellos que contemplan regímenes especiales como sería el caso del demandante. En Sentencia T-109 de 2019 la Corte Constitucional reiteró:

“Así, en la Sentencia SU-230 de 2015, la Sala Plena “reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013, fallo en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos”.

Así mismo, la Sala estima pertinente reiterar que la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 anteriormente descrita **abarca a todos los regímenes anteriores a la expedición de dicha normativa**, esto es, cubre tanto a quienes estuvieron afiliados al denominado régimen general (Ley 33 de 1985) como a los demás regímenes especiales (Rama Judicial, Procuraduría General de la Nación, Registraduría Nacional del Estado Civil, etc.).

En otras palabras, la interpretación establecida por la Corte Constitucional en relación con el ingreso base de liquidación como aspecto excluido del régimen de transición es aplicable para todas las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, **incluso aquellas que contemplan regímenes especiales.**

El anterior precedente constitucional ha sido reiterado en múltiples ocasiones por la Corte Constitucional –tanto por la Sala Plena como por las distintas Salas de Revisión– en las Sentencias SU-427 de 2016, SU-395 de 2017, SU-631 de 2017, SU-023 de 2018, SU-068 de 2018, SU-114 de 2018, T-078 de 2014, T-494 de 2017, T-643 de 2017, T-661 de 2017, T-039 de 2018, T-328 de 2018 y T-368 de 2018.

Es claro entonces que, la regla fijada por la Corte Constitucional, consiste en que el Ingreso Base de Liquidación (IBL) no hace parte del régimen de transición consagrado en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aplica tanto para el régimen general como para los regímenes especiales, por lo que el IBL se debe establecer en los términos del inciso 3º de ese artículo, que establece que:

“[E]l ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”.

Lo anterior en concordancia con el 21 de la misma ley que precisa:

“Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

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

En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, en sentencia del 1 de junio de 2020¹ señaló que:

“4.6. Con todo, conviene señalar que, si en gracia de discusión se tuviera que el actor sí es beneficiario del régimen de transición del Decreto 2090 de 2003, lo cierto es que tampoco habría lugar al amparo de los derechos fundamentales que invoca. Lo anterior, por cuanto

¹ Sección Cuarta. C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez. (11) de junio de dos mil veinte (2020). Radicación: 11001-03-15-000-2020-01850-00 (AC),

la decisión del tribunal de denegar la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales, está conforme con la jurisprudencia de la Corte Constitucional que, en diferentes pronunciamientos, ha considerado que la regla de exclusión del IBL aplica para todos los regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993, incluso, aquellos que contemplan regímenes especiales como sería el caso del demandante. (Se resalta).

De acuerdo con lo expuesto, para efectos de la liquidación de la pensión de vejez del demandante se debe tener en cuenta el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el 21 de la misma ley y solo teniendo en cuenta los factores sobre los que se hubiera cotizado; por lo tanto, no le asiste razón al demandante al señalar que le resulta aplicable la Ley 4ª de 1966 que establece en el artículo 4° que la pensión se liquidará tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios, en armonía con el Decreto 1045 de 1978...

Dicha postura interpretativa reiteró la tesis que ya había sido adoptada en providencias anteriores, donde se debatieron litigios de contornos similares, como las sentencias del 04 de septiembre de 2020 y la del 13 de diciembre de 2019, donde actuó como Magistrado Ponente el Dr. Dohor Edwin Varón Vivas.

En similar sentido dijo el Consejo de Estado²

“...31. Es importante recordar, que la sentencia apelada accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda al considerar que al demandante, al ser destinatario del régimen especial de los funcionarios del INPEC consagrado en la Ley 32 de 1986 y en el Decreto 407 de 1994, se le debía reliquidar la prestación con el 75% del promedio de lo devengado entre el 1° de abril de 1994 y el 30 de mayo de 2002 (Art. 36 de la Ley 100 de 1993), teniendo en cuenta como factores salariales la asignación básica, el sobresueldo, la bonificación por servicios prestados, los subsidios por alimentación y transporte y las primas de servicios, vacaciones y navidad, emolumentos establecidos en el Decreto 1045 de 1978.

32. El ente previsional demandado, como apelante único, disiente de tal decisión toda vez que si bien es cierto que la liquidación de la pensión de jubilación del actor debe realizarse con el promedio de lo cotizado en el tiempo que le hiciera falta para pensionarse, según la Ley 100 de 1993, como lo establece el a quo, también lo es que los factores a tener en cuenta son los cotizados, además de los que estén contenidos en el Decreto 1158 de 1994 y no los del Decreto 1045 de 1978.

33. Para resolver el punto, teniendo en cuenta los hechos enunciados con anterioridad, los cuales no se encuentran en discusión, se desprende que el demandante laboró para el INPEC entre el 1° de junio de 1982 y el 29 de febrero de 2012, esto es, por 29 años, 8 meses y 28 días, lapso durante el cual desempeñó funciones como miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, por lo que la entonces CAJANAL, por medio de la Resolución UGM 20482 del 14 de diciembre de 2011, le reconoció una pensión de jubilación

²Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez, dieciséis (16) de octubre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 76001-23-31-000-2011-01329-01(0907-17)

de conformidad con los requisitos de edad y tiempo, así como con la tasa pensional (75%), contenidos en la Ley 32 de 1986 y el Decreto 407 de 1994.

“...

39. Así las cosas, se tiene que al accionante le fue calculada su pensión de jubilación con fundamento en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 en armonía con los emolumentos establecidos en los Decretos 691 y 1158 de 1994 como ingreso base de cotización (IBC), en atención a las reglas de interpretación fijadas tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, establecidas en las sentencias citadas en el acápite precedente, en el sentido de que en tal inciso el legislador excluyó del régimen de transición la expectativa de las personas beneficiarias de este de obtener su pensión con el IBL que consagraba el régimen anterior al que se encontraban afiliados al entrar en vigor aquella, por lo que se someten a lo dispuesto en la mencionada norma o en el inciso 3° del artículo 36 ibídem, según corresponda, tal como lo hizo la extinta CAJANAL en el presente caso; lo que además guarda relación con el artículo 48 superior, en cuanto dispone que «(p)ara la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones (...).»

40. Es de indicar, que los fallos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, mencionados con anterioridad, en los cuales se precisó la aplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, en particular, en lo que tiene que ver con el IBL pensional, la sala plena de esta Corporación advirtió que «(...) por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables».

3.4. Análisis del Despacho y conclusión

- Se observa que el demandante laboró como Dragoneante, código 4114 grado 11, en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, del 24 de octubre de 1996 al 31 de diciembre de 2018.
- Colpensiones le reconoció pensión de vejez especial por alto riesgo al señor Carlos Alberto Sánchez Silvestre, mediante Resolución No. 15868 del 18 de enero de 2018, a partir del 3 de agosto de 2017, como fecha de status, dejándola en suspensivo hasta que se acreditara el retiro del servicio. En dicho acto administrativo se tuvieron en cuenta las normas contenidas en el art. 96 de la Ley 32 de 1986, Parágrafo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2002, el Decreto 1158 de 1884, entre otras.
- El INPEC aceptó la renuncia en la planta de personal a partir del 31 de diciembre de 2018
- Se solicita por la parte demandante a la entidad la inclusión en nómina con escrito del 9 de noviembre de 2018 y también reliquidación de la pensión de vejez con petición del 14 de noviembre de ese mismo año. En

esta última petición, pide a la entidad se le apliquen a su pensión los factores salariales del Decreto 1045 de 1978.

- La entidad profiere la resolución No. SUB27566 del 30 de enero de 2019, negando dicho reajuste, al tener en cuenta lo dispuesto por el art. 21 de la Ley 100 de 1993 sobre el IBL, concluyendo que los únicos factores a tener en cuenta eran los contemplados por el Decreto 1158 de 1994. Se agrega en dicho acto lo siguiente: *“Que una vez reliquidada la prestación, el sistema de manera automática analiza los regímenes aplicables al caso, determinando en el presente caso el previsto en la Ley 32 de 1986, razón por la cual se ponderaron las cotizaciones efectuadas entre el 01 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2018, dando como resultado un IBL de \$ 2.238.279, al cual se le aplicó una tasa de remplazo del 75% dando como resultado un quantum pensional de \$ 1.678709, valor que comprado con el reconocido en la resolución SUB 15868 del 18 de enero de 2018 equivalente actualmente a \$ 1.565.548 para el año 2018 resulta superior, por la cual es procedente acceder a la solicitud de reliquidación...”*
- En contra de la decisión anterior fueron interpuestos por la parte demandante recursos de reposición y en subsidio apelación, insistiendo en la aplicación del art. 45 del Decreto 1045 de 1978.
- Fueron expedidas por la entidad las resoluciones SUB 63049 del 13 de marzo de 2019 y DPE 3745 del 29 de mayo de 2019, confirmando la decisión recurrida, en cuanto la aplicación de los factores regulados por el Decreto 1158 de 1994.
- Teniendo en cuenta que Colpensiones liquidó la prestación con base en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, solo incluyó como factores salariales la asignación básica mensual y la bonificación por servicios prestados.
- Si bien es cierto, la entidad en los actos administrativos demandados reconoce que el accionante se encuentra amparado por un régimen especial de pensiones previsto en la Ley 32 de 1986, respecto a los factores a tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión, responde en los actos administrativos demandados que se debe aplicar lo preceptuado por el Decreto 1158 de 1994, norma en la que no se incluyen los factores salariales reclamados por el accionante, razón por la cual no pueden ser incluidos en la liquidación de su pensión.

Para mayor claridad, se realiza el siguiente cuadro comparativo:

FACTORES DEVENGADOS	FACTORES CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 1 DEL DECRETO 1158/94
------------------------	---

- Sueldo básico	a) La asignación básica mensual;
- Sobresueldo	
- Auxilio de transporte	b) Los gastos de representación;
- Prima de riesgo	
- Subsidio de unidad familiar	c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- Subsidio de alimentación	d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;
- Prima de vacaciones	
- Bonificación por servicios	e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- Prima de navidad	f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
	g) La bonificación por servicios prestados;

Ha quedado visto que las pretensiones se concretan a la liquidación de la pensión de vejez con la aplicación de los factores salariales devengados en el último año de servicios del demandante y que están contenidos en el Decreto 1045 de 1978,

Si bien en caso similar al presente, el Juzgado había accedido a la reliquidación de la pensión de jubilación de un servidor público del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC con la inclusión de los factores salariales atendiendo lo dispuesto por el Decreto 1045 de 1978 y Ley 33 de 1985 y que fueran devengados en el último año de servicios, dicha decisión fue revocada por el Tribunal Administrativo de Caldas en reciente fallo del 26 de marzo de este año³, el cual fue citado en esta providencia en acápite anterior, concluyendo entonces que, para calcular el IBL en las pensiones del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, se acude a las reglas establecidas por el numeral 3º del art. 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el art. 21 de la misma codificación y los Decretos 691 y 1158 de 1994, esto es, factores sobre los cuales se hubiere cotizado y en tal sentido, las pretensiones de la demanda habrán de ser denegadas.

3.5. Condena en Costas:

En esta oportunidad, el Despacho no condenará en costas a la parte demandante, teniendo en cuenta la tesis que sobre este punto ha venido

³ Tribunal Administrativo de Caldas, M.P. Augusto Ramón Chávez Marín, rad. 17001-33-33-004-2016-00158.

asumiendo el Tribunal Administrativo de Caldas en asuntos similares al presente, donde por el cambio del precedente jurisprudencial no han ordenado la condena en costas en contra de los que demandaron el reajuste de sus pensiones con la inclusión de todos los factores salariales.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

4. FALLA

PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de “Ausencia del derecho reclamado- aplicación normativa y reliquidación pensional”, “Improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados” y “buena fe” planteadas por Colpensiones.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a las razones expuestas en la considerativa de esta sentencia.

TERCERO: ABSTENERSE de condenar en costas conforme a lo regulado en el art. 188 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021.

CUARTO: LIQUIDAR los gastos del proceso y **DEVOLVER** los remanentes si a ello hubiere lugar.

QUINTO: ORDENAR el archivo de la actuación una vez en firme la sentencia y previa anotación en el aplicativo “Justicia Siglo XXI”.

NOTÍFIQUESE y CÚMPLASE

Firmado Por:

MARIA ISABEL GRISALES GOMEZ
JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 004 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO MANIZALES

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

Código de verificación:

f07774bb1fd590102fdf73e97009e504b5a4956466fa31678ebff90905eca5

81

Documento generado en 30/06/2021 04:23:33 PM

***Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>***

