



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, doce (12) de octubre de dos mil dieciséis (2016).-

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 15001 33 33 004 **2016 0031 00**
Demandante: PLINIO ALFONSO ÁVILA ÁVILA
Demandado: COLPENSIONES

1. DESCRIPCIÓN

1.1. TEMA DE DECISIÓN:

Agotado el trámite procesal correspondiente, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

1.1.1. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

PARTES:

- **DEMANDANTE:** PLINIO ALFONSO ÁVILA ÁVILA, identificado con C.C. No. 4.081.159 de Combita.
- **DEMANDADO:** Administradora Colombia de Pensiones COLPENSIONES.

OBJETO:

- **DECLARACIONES Y CONDENAS:**

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, el demandante solicitó la nulidad de los actos administrativos contenidos en:

Resolución N° GNR 199733 del 2 de agosto de 2013, a través de la cual la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES reconoció y ordenó el pago mensual de una pensión vitalicia de jubilación al señor Plinio Alfonso Ávila Ávila.

Resolución N° GNR 300552 del 29 de septiembre de 2015, mediante la cual la entidad demandada negó la reliquidación de pensión al señor Plinio Alfonso Ávila Ávila y la **Resolución N° GNR 106052 del 15 de abril de 2016**, por medio de la cual

156

COLPENSIONES resolvió un recurso de reposición en contra de la Resolución N° GNR 300552 del 29 de septiembre de 2015.

A título de restablecimiento del derecho solicita se declare que COLPENSIONES, debe reconocer, liquidar y pagar al señor Plinio Alfonso Ávila Ávila, la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el año base de liquidación (1 de enero de 2013 a 31 de diciembre de 2013) (sic) y los cuales son: *“asignación básica, sobresueldo, subsidio de alimentación, prima de riesgo, auxilio de transporte, subsidio de unidad familiar, prima de navidad, prima de servicio, prima vacacional, sueldo vacacional, bonificación por servicios prestado y bonificación por recreación los cuales constituyen factor salarial, tal como se prueba con el certificado de factores salariales del año base de liquidación”*. (fl.4)

Asimismo, solicita que se ordene a Colpensiones a reconocer y pagar a favor del demandante una pensión definitiva en cuantía de un millón setecientos veintiún mil seiscientos treinta y ocho pesos, que se reconozca y pague el retroactivo por las diferencias obtenidas entre el valor de la pensión reconocida mediante Resolución GNR 1997773 del 2 de agosto de 2013 y la que resulte de la reliquidación solicitada, desde la fecha en que el demandante adquirió el derecho prestacional 2 de agosto de 2013, que se condene a la entidad demandada al reconocimiento liquidación y pago de intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que sobre las sumas reconocidas se realice la correspondiente indexación y que se condene a la demandada a dar cumplimiento a la sentencia en los términos de la Ley 1437 de 2011 y al pago de constas y agencias en derecho.

1.1.2. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

Constitucionales: artículos 1, 2, 6, 46 y 48.

Legales: Ley 32 de 1986, Ley 33 de 1985, Ley 4 de 1966, Decreto 1045 de 1978, Decreto 407 de 1994, Decreto 446 de 1994.

Sustentó su concepto de violación con los siguientes argumentos:

Manifestó, que el artículo 1 de la Constitución Política prescribe que el país está organizado como un Estado Social de Derecho que obliga a las autoridades a adelantar sus actuaciones dentro de los términos establecidos en la Constitución y la ley, que por lo tanto, al negar la inclusión de todos los factores salariales en el reconocimiento de la pensión jubilación del demandante viola dichos principios, porque el acto atacado desconoce los derechos que le corresponden al funcionario generándose un detrimento en la seguridad jurídica en los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia.

Indicó, que de conformidad con el artículo 6 de la Carta Superior lo servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la ley, por omisión o por extralimitación de funciones, que existe una obligación de las autoridades administrativas para poner en acción lo necesario con el objeto que los derechos de los ciudadanos se reconozcan y

158

paguen como en el presente caso que al producir en el acto administrativo demandado se dio todo lo contrario en abierta oposición al citado artículo 6.

Que la Seguridad Social implica la prestación de asistencia y protección, elemento de un Estado Social de Derecho que debe establecer una forma de organización política que conlleve la construcción de unas condiciones indispensables que permitan a todos los habitantes una vida digna y un mínimo de situaciones que le otorguen su seguridad material.

Finalmente expresó, que el proceder ilegal con la administración no ha permitido que el demandante se le garantice el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de la pensión al negársele ese derecho, trasgrediendo el artículo 53 de la Carta Política. Que la entidad demandada se sustrajo de la obligación que le impone la ley de liquidar la pensión conforme a todos los factores salariales que devengó el empleado cuando laboró, aplicando el porcentaje del 75% los cuales deben ser liquidados con el salario promedio del último año de servicios.

1.1.3. OPOSICIÓN (fls. 65-73)

Solicitó, que se nieguen las pretensiones de la demanda, toda vez que lo miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta su edad, que la prestación del señor Plinio Ávila Ávila, se encuentra ajustada a derecho ya que se generó de conformidad con la Ley 32 de 1986 y teniendo en cuenta los factores salariales que se determinan en el Decreto 1045 de 1978.

En cuanto a la nulidad del acto ficto presunto emanado del silencio administrativo surgido por la omisión de la entidad demandada al no dar respuesta al recurso de apelación que se interpuso en contra de la Resolución N° GNR 300552 del 29 de septiembre de 2015, indicó que COLPENSIONES se pronunció a través de la Resolución N° GNR 106052 del 15 de abril de 2016¹ y allí se estableció que el demandante no tiene derecho a una reliquidación pensional ya que para hacer ese nuevo estudio de la prestación, era necesario tomar el valor de los salarios que devengó durante los últimos 10 años de servicio toda vez que a la fecha se encuentra vigente la sentencia C- 258 de 2013 y la sentencia SU-230 de 2015, así como también los factores salariales que estipula el Decreto 1158 de 1994 según lo establecido en la Circular 15 de 2015 emitida por la entidad.

Manifestó, que 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, que a quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas

¹ Notificado el 3 de mayo de 2016

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.

Como excepciones propuso: "FALTA DE INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO O INTEGRACIÓN DEL LITIS CONSORCIO NECESARIO NUMERAL 9 DEL ARTÍCULO 97 DEL C.P.C. EN CONCORDANCIA CON EL ARTÍCULO 51 Y 83 DEL C.P.C." "INEXISTENCIA DEL DERECHO Y LA OBLIGACION RECLAMADA", "COBRO DE LO NO DEBIDO", IMPROCEDENCIA DE INTERESES MORATORIOS", "IMPROCEDENCIA DE INDEXACIÓN", IMPROCEDENCIA DEL COBRO DE INTERESES E INDEXACIÓN", "BUENA FE DE COLPENSIONES" Y "PRESCRIPCIÓN".

1.1.4 ALEGATOS

En audiencia de alegaciones y juzgamiento del 29 de septiembre de 2016 las partes dejaron sentadas sus alegaciones de la siguiente forma:

Parte demandante: Insistió que se deben acceder a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que el señor Plinio Ávila tiene derecho que se le reliquide su pensión con 75% del salario promedio junto con todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios que estuvo comprendido entre el 31 de enero de 2012 y el 31 de enero de 2013, toda vez que la prestación del demandante ya fue reconocida por la demandada a través de la Resolución N° GNR 199733 del 2 de agosto de 2013, tomando como fundamento jurídico la Ley 32 de 1986 y teniendo en cuenta que el demandante cumplió a cabalidad con los requisitos que exige la referida normatividad.

Que la liquidación efectuada por la entidad demandada si bien es cierto tomó lo devengado durante el último año de servicios también lo es que no se tuvieron en cuenta todos los factores que el demandante devengó durante el último año de servicios, comprendido entre el 31 de enero de 2012 y 31 de enero de 2013, esto es asignación básica, sobresueldo, subsidio de alimentación, prima de riesgo, auxilio de transporte, subsidio de unidad familiar, prima de navidad, prima de servicios, prima vacacional, sueldo vacacional, bonificación por servicios prestados y bonificación por recreación, los cuales constituyen factores salariales tal como se prueba en el certificado de factores salariales del año base liquidación que obra en el expediente como prueba, que conforme a los supuestos facticos y jurídicos de la Ley 32 de 1986, Decreto 407 de 1994 artículo 4 de la Ley 4 de 1966 y artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 se deben acceder a las pretensiones de la demanda, toda vez que es claro que el señor Plinio Ávila le asiste el derecho en razón a ser beneficiario de un régimen especial como lo es el de los trabajadores del INPEC, aunado a ello también se tiene la sentencia de unificación del Consejo de Estado, Sección Segunda del 4 de agosto de 2010, en donde se puntualizó que los factores salariales no son taxativos sino enunciativos y que no impiden la inclusión de otros factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que perciba el trabajador en forma habitual y periódica como contraprestación directa de su servicio.

El Despacho interroga qué si el demandante era beneficiario del régimen de transición? para cual contestó que no, explicando que la Ley 32 de 1986 en su artículo 96 estableció

el trámite a seguir respecto de la pensión de jubilación, el apoderado leyó textualmente la referida norma:

“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”.

Seguidamente manifestó que con la Ley 100 de 1993 se creó un régimen de transición especial, y que con base en ello se expidió el Decreto 407 de 1994, que en su artículo 168 estableció lo siguiente:

“Artículo 168. PENSIÓN DE JUBILACIÓN: Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que a la fecha de la vigencia del presente decreto se encuentren prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986. El tiempo de servicio prestado en la fuerza pública se tendrá en cuenta para estos efectos”

Que si bien es cierto el referido artículo fue derogado por el Decreto 2090 de 2003, pero que con él se empieza aplicar el régimen de transición para los funcionarios que ingresan con posterioridad a ese año 2003, que por consiguiente el demandante hace parte del régimen especial de la Ley 32 de 1986.

De igual forma manifestó que el Acto Legislativo 01 de 2005 en el Parágrafo transitorio 5º señaló:

“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”.

Que bajo estos parámetros y que conforme a la normatividad que se ha mencionado es claro que el señor Plinio Ávila tiene derecho a adquirir la pensión de vejez conforme al régimen especial establecido por el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, finalmente referenció sentencias de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tales como: Sección Segunda, Magistrado Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, radicado N° 5001233100020080023901, actor: Ricardo Orozco Bedoya, demandado: Caja Nacional de Previsión Social; Sala Plena - Sección Segunda, sentencia 4 de agosto de 2010, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila; Subsección A Sección Segunda, sentencia 7 de abril de 2011, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación N°

76001200330020070024901; Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Decisión N° 5 del 29 de febrero de 2012.

Parte demandada: manifestó que de conformidad con el artículo 2 numeral 7 del Decreto 2090 de 2003 se estableció la pensión de alto riesgo y que al tenor señaló:

“En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Así mismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública”.

Que en ese mismo Decreto y que por ser una pensión especial considerada de alto riesgo también se estableció un régimen de transición en el artículo 6, para lo cual quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones bajo las normas anteriores a las señaladas en el Decreto 2090 de 2003, que sin embargo, y al ser una pensión especial de vejez no solo se le exige el cumplimiento del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sino que adicionalmente se le impone esta carga para acceder a la prestación pensional.

Indicó que COLPENSIONES en la Resolución GNR 30552 del 29 de septiembre de 2015 y en la Resolución GNR 199733 del 2 de agosto de 2013, mencionó el Acto Legislativo 01 de 2005 con su parágrafo 5 en el cual establece que 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 – 28 de julio de 2003-, los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo, pero a quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha de aplicación el régimen hasta ese entonces vigente se le aplicara a estas personas por razón de los riesgos de su labor, esto es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, que conforme a lo anterior, si bien al demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no contaba con los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cobija el Acto Legislativo 01 de 2005 en el cual se excluye en tanto al afiliado con anterioridad a la vigencia del Decreto 2090 de 2003 se le aplica la Ley 32 de 1985, tal cual como lo establece la Resolución N° GNR 199733, que sin embargo, ante la especialidad de transición que se aplica a los integrantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC se establece también mediante Resolución N° GNR 300552 del 29 de septiembre de 2015 que es posible que se tenga en cuenta el monto o la tasa de reemplazo de la prestación pensional entendido en el 75% y el tiempo necesario que se establece en la Ley 32 para alcanzar la prestación pensional.

De la misma manera manifestó, que la entidad demandada atiende lo resuelto por la Corte Constitucional en sentencias C – 258 de 2013 y SU -230 de 2015, en la cual hacen un análisis interpretativo sobre el alcance del régimen de transición y los factores que son posibles predicar de ultraactividad - a pesar de encontrarse regulado por una norma anterior - sean capaces de producir efectos jurídicos con posterioridad a su derogatoria. Que la

Corte a través de la Sentencia C-258 de 2013 en la cual se realiza un estudio de las megapensiones y que la misma Corte en su jurisprudencia ha señalado que la ratio decidendi de las sentencias en materia general y en el presente caso se especifica los factores que alcanzan la ultraactividad del régimen de transición es lo que COLPENSIONES ha manifestado en la Resolución del 29 de septiembre de 2015, en tanto solo es posible tener en cuenta de la Ley 32 la edad, el tiempo necesario en el cual se presta el servicio al INPEC y la tasa de reemplazo el 75%, que sin embargo, para la liquidación esto es el ingreso base liquidación y determinar la prestación pensional es necesario tomar en cuenta que se deben atender al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en tanto, el IBL no hace parte como factor de transición.

Hizo referencia al artículo 48 de la Ley 270 de 1996 en la cual se determina el alcance de las sentencias en el ejercicio de control de constitucionalidad que se realizó en la sentencia C-258 de 2013, control abstracto de constitucionalidad en el cual no se fijó un precedente jurisprudencial sino que se determina lo que es doctrina constitucional, que a lo largo de la doctrina y la interpretación que ha venido haciendo la Corte es la interpretación del régimen de transición, los factores que alcanzan la ultraactividad en torno a los principios constitucionales lo que deriva una interpretación misma de la Constitución, por lo que las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen como efecto que las proferidas como resultado del examen de las normas legales ya sean por vía de acción, revisión, previa o con motivo del ejercicio de control automático de constitucionalidad solo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive, que la parte motiva constituiría criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas que en derecho correspondan y la interpretación que por vía de la autoridad tiene el carácter de obligatorio general. Que en ese mismo sentido la Corte se pronuncia en la Sentencia T-292 de 2006 en la cual da un alcance más amplio al artículo 48 de la Ley 270 de 1996 en relación con el artículo 230 constitucional en la cual se establecen las fuentes de derecho, estableciendo que: “la ratio decidendi de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitucional”.

Que en ese sentido la sentencia C-258 de 2013 hace un control abstracto de constitucionalidad frente a las megapensiones, se determina que la ratio decidendi se entabla frente a los factores que alcanzan el grado de ultraactividad o que pueden ser tenidos en cuenta en la transición que se ha establecido, concluyendo la Corte que solo es posible mantener la edad, el número de semanas cotizadas y el monto de la prestación pensional pero referido a la tasa de reemplazo, en tanto al IBL se determina que la liquidación de las prestaciones pensionales en esta transición se realizan frente al artículo 21 o el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Que en ese orden de ideas las sentencias C-258 y SU-230 son de obligatorio cumplimiento en la medida que constituye precedente, que ellas se ocuparon del análisis de algunos temas o materias previstas en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 como el tope de la mesada pensional que contempló el Acto Legislativo 01 de 2005, también lo es que analizó el régimen de transición por lo que dicho fallo C-258 – abordó el problema jurídico relacionado con el interrogante de sí el índice base de liquidación hace o no parte de la transición, que

en la sentencia SU -230 se precisó el alcance de la interpretación que la Corte tiene sobre el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin embargo el Acto Legislativo 01 de 2005 en concordancia con el Decreto 2090 de 2003 trae una transición especial para los miembros del INPEC por considerar que tal interpretación es aplicable a todos los regímenes pensionales a los cuales se encuentran en transición, entendiendo que el IBL no es un aspecto subjetivo o sujeto a la transición pensional.

Que conforme a lo anteriormente expuesto solicita al Despacho denegar las pretensiones de la demanda, toda vez que COLPENSIONES reconoce la prestación pensional del demandante mediante la Resolución GNR 199733 del 2 de agosto de 2013 estableciéndose allí la prestación pensional reconociéndose conforme a la Ley 32 de 1985, pues el ingreso base liquidación y la forma como se debe liquidar éste no hace parte de los factores a considerar en transición y por lo tanto se deben liquidar con el promedio de los factores salariales devengados en los 10 últimos años de servicios.

Ministerio Público: solicitó al Despacho acceder a las pretensiones de la demanda, toda vez que dada la naturaleza de la función desempeñada como guardián del INPEC debe regirse por las disposiciones de la Ley 32 de 1986 ya que si bien es cierto la Ley 33 de 1985 dispuso en su momento el régimen pensional de los empleados oficiales, también es que en el artículo 1 inciso 2 excluyó de su ámbito de aplicación a los empleados oficiales que se desempeñen en labores de tipo excepcional, así como aquellos que estuviesen regidos por un régimen especial de pensiones.

Advirtió que el Decreto 2090 de 2003, *“por el cual se definen las actividades de alto riesgo se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades”*, estableció un régimen de transición del que hace parte el demandante por cumplir con el requisito exigido es decir a la fecha de expedición de la norma era funcionario del cuerpo de vigilancia, conforme se desprende de los certificados de periodos de vinculación laboral que obran en el expediente visto a folio 33 y subsiguientes; el régimen de transición establecido decreto 2090 en su artículo 6 contemplo lo siguiente:

“Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.”

El Consejo de Estado en reiterados pronunciamientos ha considerado que en asuntos de contenido factico similar al que aquí nos ocupa, donde se establece un régimen pensional por disposiciones especiales pero no se contemplan los factores salariales y el IBL a tener en cuenta; se deben aplicar las disposiciones que regulan de manera general el régimen pensional de los servidores públicos, referenciando sentencias del Consejo de Estado tales como: sentencia del doce (12) de mayo de dos mil catorce (2014) Radicación número: 5001-23-31-000-2008-00239-01(0889-13) Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO y sentencia de 20 octubre 2014.M.P. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Expediente No. 760012331000201001420-01Referencia: 1770-2012.

Recalcó, también que el Consejo de Estado ha fijado reglas de interpretación frente a los componentes salariales que deben tenerse en cuenta para la liquidación de las pensiones reguladas por régimen de transición, que en sentencia del 4 de agosto de 2010, Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, se interpretó y definió lo que jurídicamente debe entenderse por ingreso base de liquidación, que si bien alude a las disposiciones de la Ley 33 de 1985, resulta aplicable al *subexamine* por contener premisas fácticas análogas a las allí estudiadas, esto es el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación en el régimen de transición, asimismo, se dispuso que la Ley 33 de 1985 no indicaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

En cuanto a la aplicación de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, proferidas por la Corte Constitucional, en material de factores pensionales, manifestó que en la C-258 de 2013, se revisó la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, es decir que, tuvo como destinatarios a los pensionados con régimen de Congresistas y a los Magistrados de Alta Corte, por homologación.

Que sobre este pronunciamiento conforme criterio reiterado de la Jurisdicción Contenciosa, se tiene que no resulta aplicable al *sub examine*, pues no puede extenderse la interpretación que hace esta sentencia sobre la base de liquidación de las pensiones reguladas por la ley 4ª a personas que no se encuentran reguladas por dicha norma en constitucionalidad, esto desconocería el contexto de la decisión que se enmarco en limitar las pensiones más altas precisamente en aplicación de los principios de Estado Social de Derecho sin que pueda equipararse el ámbito allí analizado con el de las pensiones menores como la que en esta oportunidad nos ocupa.

Que respecto a la sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015, tampoco resulta aplicable al caso pues de una parte, debe atenderse a la circunstancia que sus efectos no son vinculantes, pues en ella se estaba resolviendo un asunto *inter partes*, es decir, no fijó un criterio general o abstracto respecto del Ingreso Base de Liquidación de las pensiones.

Que según el Tribunal en cita, esta interpretación tiene su fundamento en los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades, el de progresividad en materia de decisiones adoptadas por autoridades públicas sobre prestaciones sociales, el de favorabilidad laboral, y la circunstancia que las finanzas públicas no pueden ser limitantes para el acceso a las prestaciones sociales ni mucho menos, el derrotero para establecer el alcance de derechos fundamentales.

3.- PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS

El problema jurídico consiste en determinar si el demandante quien laboró como DRAGONEANTE del INPEC, tiene derecho a que su pensión de jubilación se reliquide con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, aplicando para ello la jurisprudencia análoga del Consejo de Estado frente a los funcionarios del DAS y por vía de la aplicación integral del régimen normativo anterior de

165

las pensiones de servidores del INPEC contenido en el art. 96 de la Ley 32/1986 y el Decreto 1045 del 76 en lo que toca a los factores salariales, entendiendo que los mismos no son taxativos?

Tesis Parte Demandante: Que debe reliquidarse su pensión con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el “*año base de liquidación (1 de enero de 2013 a 31 de diciembre de 2013*”² (sic) y con base en la Ley 32 de 1986, Ley 33 de 1985, Ley 4 de 1966, Decreto 1045 de 1978, Decreto 407 de 1994 y Decreto 446 de 1994.

Tesis entidad demandada: sostiene que lo miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta su edad, que la prestación del señor Plinio Ávila Ávila, se encuentra ajustada a derecho ya que se generó de conformidad con la Ley 32 de 1986 y teniendo en cuenta los factores salariales que se determinan en el Decreto 1045 de 1978.

El Despacho sostendrá que se deben negar las pretensiones de la demanda, en razón a que las resoluciones que liquidan la pensión del demandante se encuentran falsamente motivadas por la entidad aquí demandada, puesto que lo ubican como beneficiario del régimen de transición y le aplican las normas especiales contenidas en la Ley 32 de 1986 y el Decreto 1045 de 1978, sin observar que el actor no cumple con ninguno de los dos requisitos a los que hace alusión el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para que proceda la aplicación al régimen especial anterior al Sistema General de Seguridad Social.

4.-DECISIONES PARCIALES

Establecida la eficacia y validez del proceso mediante el respeto de los derechos de las partes al debido proceso y al acceso a la justicia y constatada la admisibilidad de la pretensión, procede el Despacho a emitir decisión de fondo.

5.-PREMISAS PARA LA SOLUCIÓN DEL CASO

5.1- PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS EXCEPCIONES

Frente a las excepciones planteadas por la entidad accionada que no fueron resueltas en la audiencia inicial denominadas “*INEXISTENCIA DEL DERECHO Y LA OBLIGACION RECLAMADA*”, “*COBRO DE LO NO DEBIDO*”, “*IMPROCEDENCIA DE INTERESES MORATORIOS*”, “*IMPROCEDENCIA DE INDEXACIÓN*”, “*IMPROCEDENCIA DEL COBRO DE INTERESES E INDEXACIÓN*”, “*BUENA FE DE COLPENSIONES*” Y “*PRESCRIPCIÓN*”, debe decir el Despacho que encierran verdaderos argumentos de defensa y no medios exceptivos y se resolverán como tales con el fondo del asunto, salvo la de prescripción, que en verdad trae al debate un hecho –la inactividad de la demandante - que aunado al transcurso del tiempo es reconocido en la normatividad como desencadenante de un efecto jurídico sobre el derecho reclamado, referido a su extinción.

² Folio 4

Sobre las “excepciones de mérito” que en realidad encubren argumentos que atacan la pretensión, no la acción, el Honorable Consejo de Estado manifestó:

“En el derecho colombiano las excepciones se clasifican en previas y de mérito o de fondo. Las previas reciben ese nombre porque se proponen cuando se conforma la litiscontestatio. Se refieren generalmente a defectos del procedimiento, como la falta de jurisdicción o de competencia y se permite alegar como previas algunas perentorias, como la cosa juzgada. Las excepciones perentorias o de fondo van dirigidas a la parte sustancial del litigio, buscan anular o destruir las pretensiones de la demandante, con el propósito de desconocer el nacimiento de su derecho o de la relación jurídica o su extinción o su modificación parcial.”³ (Subrayado fuera del texto original).

“En lo tocante a las dos excepciones propuestas por la parte demandada, la Sala considera que no son propiamente tales, porque si bien la excepción en Derecho Procesal es un medio de defensa, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, no puede englobar toda la defensa, como acontece en este caso. Las dos son nociones inconfundibles en dicho derecho. En efecto, mientras la defensa consiste en negar el derecho invocado por la demandante, la excepción de fondo, en estricto sentido, está constituida por todo medio de defensa del demandado que no consista simplemente en la negación de los hechos o del derecho aducido en la demanda sino en la invocación de otro u otros hechos impeditivos, modificativos o extintivos, que una vez acreditados como lo exige la ley, aniquilen o enerven las pretensiones del libelo demandatorio. Por ello la Corte ha considerado que la excepción “representa un verdadero contraderecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible generalmente de ser reclamado, a su vez, como acción”⁴ (Subrayado fuera del texto original).

5.2 - PREMISAS FÁCTICAS.

Como pruebas relevantes para decidir se destacan:

- El demandante laboró al servicio del Estado en calidad de servidor público, en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), en el cargo de dragoneante—, desde el 1 de enero de 1992 hasta (ver certificado de periodos de vinculación laboral para bonos pensionales y pensiones – fl. 33).
- Que el demandante nació el 16 de octubre de 1971 (documento 5 del CD que contiene el expediente administrativo pensional que obra a folio 74 del expediente).
- Que mediante Resolución N° GNR 199733 del 2 de agosto de 2013, COLPENSIONES le reconoció pensión de jubilación al demandante. (fls. 15-17)

³CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil nueve (2009). Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00046-01(34239). Actor: INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES-INCO. Demandado: CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A.-COVIANDES. Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL.

⁴CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ. Santa Fe, de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Radicación número: AC-1675. Actor: AURA NANCY PEDRAZA PIRAGAUTA. Demandado: VIVIANE MORALES HOYOS.

167

- A través de la Resolución N° GNR 300552 del 29 de septiembre de 2015 COLPENSIONES negó la reliquidación de pensión del demandante (fl. 18-24 y vto).
- COLPENSIONES a través de la Resolución N° GNR 106052 del 15 de abril de 2016 resolvió el recurso de reposición en contra de la Resolución N° GNR 300552 del 29 de septiembre de 2015 (ver documento GRF-AAT-RP-2015_9859347-20160415115842 del expediente administrativo medio magnético FI.74)

5.3- PREMISAS JURÍDICAS.

5.3.1.- Normatividad.

- **Ley 100 de 1993. 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.
- **Acto Legislativo 01 de 2005⁵. artículo 1 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.
- **Decreto Presidencial 1950 de 2005 (junio 13) “Por el cual se reglamenta el artículo 140 de la Ley 100 de 1993”. Artículo 1º.** De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto-ley 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. Con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, esto es, el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes de conformidad con el Decreto-ley 407 de 1994 en concordancia con el artículo 1º del Decreto 1835 de 1994.
- **Decreto Presidencial 2090 de 2003. (Julio 26).”Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan**

⁵ Este acto legislativo fue expedido el 22 de julio de 2005 y publicado en el Diario Oficial 45980 del 25 de julio de 2005.

168

las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades".

Artículo 1º. Definición y campo de aplicación. El presente decreto se aplica a todos los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, entendiéndose por actividades de alto riesgo aquellas en las cuales la labor desempeñada implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo.

Artículo 2º. Actividades de alto riesgo para la salud del trabajador. Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:

(...)

7. En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Así mismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública.

Artículo 6º. Régimen de transición. Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

Parágrafo. Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003.

- **Decreto 407 de 1994: "Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario."**

ARTICULO 168. Derogado. Decreto 2090 de 2003. Art. 11. El texto inicial de este artículo, era el siguiente:

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

PARAGRAFO 1º. Las personas que ingresen a partir de la vigencia de este decreto, al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho a una pensión de vejez en los términos que establezca el Gobierno

109

Nacional, en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993 para las actividades de alto riesgo.

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

5.3.2.- El tratamiento legal de las pensiones de los servidores de custodia y vigilancia de las prisiones.

Como sostuvo la Corte Constitucional en la Sentencia C-633/07 al estudiar la constitucionalidad del artículo del Decreto 2090 de 2003 “Antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, las actividades de alto riesgo eran reguladas de forma diversa, según se tratara de trabajadores del sector privado o del público.”⁶

Con la Ley 100 de 1993 en su artículo 140 surge una nueva regulación de las pensiones de los trabajadores de alto riesgo, de la siguiente manera. i) el artículo 289 de la Ley 100 de 1993 derogó los artículos 260, 268, 269, 270, 271 y 272 del Código Sustantivo del Trabajo, que se referían en esencia a la situación de ciertos trabajadores que desempeñaban actividades que se estimó por el legislador podían reducir su expectativa de vida, ii) sin embargo los regímenes anteriores subsistirían para quienes cumplieran los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que creó el régimen general de transición del nuevo Sistema de Seguridad Social en Pensiones. iii) el artículo 139 numeral 2º de la Ley 100 de 1993, otorgó facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para regular al tenor de la Ley 4 de 1992 el régimen de los servidores públicos que laboran en actividades de alto riesgo, aminorando el requisito de número de semanas de cotización o la edad de jubilación, o ambos, sin desconocer derechos adquiridos. Esta facultad incluía la de establecer los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador y el trabajador, según cada actividad, iv) la ley 100/93 expresamente consagró que las demás condiciones y requisitos para acceder a la pensión se regirían por sus disposiciones.

De conformidad con lo anterior el gobierno nacional expidió el Decreto Ley 1835 de 1994, el 3 de agosto de 1994, “Por el cual se reglamentan las actividades de alto riesgo de los

⁶ En el caso de trabajadores vinculados al sector privado, el Código Sustantivo del Trabajo, en los artículos 269 a 272 consagró un régimen legal más benigno para el acceso a la pensión de jubilación de un grupo de trabajadores específico. Se trataba del caso de los operadores de radio y de cable u similares; los aviadores de empresas comerciales; los trabajadores de empresas mineras que prestaran sus servicios en socavones y aquellos que realizaran sus labores a temperaturas anormales, quienes tenían la posibilidad de obtener su derecho a la pensión de jubilación, “después de veinte (20) años continuos o discontinuos de trabajo, cualquiera que [fuera] su edad”. Igualmente, quienes hubiesen servido menos de quince (15) años continuos en tales actividades, al llegar a los 50 años, tendrían derecho también a disfrutar de la pensión de jubilación, si en ese momento estaban al servicio de la empresa. El Código Sustantivo advirtió también que podían acceder a esta pensión especial de jubilación, los profesionales y ayudantes de establecimientos dedicados al tratamiento de la tuberculosis, con quince (15) años de servicios a cualquier edad; o con veinte (20) años de servicios y cincuenta (50) años de edad, si la vinculación a ese tipo de actividad no había sido continúa. Posteriormente, el Decreto 758 de 1990, por el cual se aprobó el Acuerdo No 049 de Febrero 1º de 1990 estableció que los trabajadores de alto riesgo amparados por esta norma, fueran los trabajadores mineros que prestaban su servicio en socavones o labores subterráneas, los dedicados a actividades que implicaran la exposición a altas temperaturas, aquellos expuestos a radiaciones ionizantes y finalmente, quienes estuvieran expuestos y operaran sustancias comprobadamente cancerígenas. El artículo 15 del Decreto enunciado, permitía para estos trabajadores el reconocimiento de un beneficio pensional frente al régimen pensional general, que consistía en que fuera posible disminuirles la edad para la pensión luego de las primeras 750 semanas cotizadas en esa actividad, a razón de un año por cada cincuenta (50) semanas de cotización adicionales. Los trabajadores del sector público y la Fuerza Pública de alto riesgo, por su parte, fueron excluidos de la anterior regulación y estuvieron para ese momento gobernados por regímenes dispersos, de carácter especial. De este modo, no existía un régimen común de actividades de alto riesgo aplicable específicamente a los trabajadores del Estado.

120

servidores públicos”, que en su artículo primero señaló que el Sistema General de Pensiones de la Ley 100/93 se aplica a los servidores públicos de todos los niveles, y que sin perjuicio del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en adelante no se podrían reconocer a los servidores públicos pensiones distintas a las allí previstas y a las creadas mediante el régimen general de actividades de alto riesgo (Decreto 1281 de 1994). Sin embargo estas normas no regularon el régimen del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, para cuyos trabajadores se pretendía mantener un estatuto especial.

Dicha regulación especial estaba contenida en el Decreto Ley 407 del 20 de febrero de 1994, publicado en el Diario Oficial No. 41.233, de 21 de febrero de 1994 “Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario”.

El artículo 168 de esta norma preservó para quienes a la fecha de su vigencia se encontraran prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario el derecho a gozar la pensión de jubilación en las condiciones establecidas en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, en el párrafo primero señaló que quienes ingresaran a partir de tal fecha al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrían derecho a una pensión de vejez en los términos que establezca el Gobierno Nacional en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 para las actividades de alto riesgo.

Posteriormente, con fundamento en las facultades extraordinarias conferidas por el numeral 2 del artículo 17 de la Ley 797 de 2003,⁷ el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 2090 de 2003, publicado el 28 de julio del mismo año. Esta norma se proponía unificar el tratamiento legal de las actividades de alto riesgo de trabajadores públicos y privados, y señaló las actividades con ese carácter, entre las cuales está “la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo que ejecuten dicha labor.” Además estableció el régimen legal de las pensiones de quienes desempeñan estas labores, consagrando en su artículo 6º un régimen de transición al cual se refiere la Corte Constitucional en los siguientes términos en la Sentencia C-633/2007:

“Dijo la norma, que quien al 28 de julio de 2003, - fecha de entrada en vigencia del decreto - hubiere cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendría derecho, una vez cumplido el mínimo número de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión - 1000 semanas⁸-, a que la pensión especial le sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo. En el párrafo del artículo 6º, se dijo

⁷ La Ley 797 de 2003 “por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”, consagró en su artículo 17, facultades extraordinarias para expedir o reformar el régimen legal de los trabajadores de alto riesgo. El artículo 17 de numeral 2º de esa ley señaló lo siguiente: 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.”

⁸ Dice el artículo 9 de la ley 797 de 2003 sobre requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez: “Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.//A partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”.

que cuando una persona se encontrara cubierta por el régimen de transición descrito, debía cumplir adicionalmente los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003.”⁹

Frente a lo anterior se debe precisar: i) El artículo 18 de la Ley 797 de 2003 fue declarado inconstitucional en la sentencia C-1056 de 2003 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), en consecuencia los requisitos adicionales a los cuales se refiere esta norma son los del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 vigentes ahora, ii) el requisito de haber cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial para el 28 de julio de 2003 contenido en el inciso primero del artículo 6º del Decreto 2090 de 2003, fue declarado exequible de manera condicionada “en el entendido de que para el computo de las “500 semanas de cotización especial”, también se podrán acreditar aquellas semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiere sido calificada jurídicamente como de alto riesgo” en la Sentencia C-663/07.

Como el Decreto 2090 de 2003 pretendía unificar todos los regímenes especiales de las actividades de alto riesgo, derogó integralmente el artículo 168 del Decreto 407 de 1994 desde el 23 de julio de 2003, con respecto a ello dijo la Corte Constitucional: “Obviamente dicha derogación no implica la supresión de derechos, sino que es el instrumento técnico para señalar que hubo un cambio de régimen.”

Igualmente es de especial relevancia lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005 con respecto a este grupo de servidores públicos en su parágrafo Transitorio 5º, el cual es preciso reproducir, pues es una de las fuentes normativas del derecho que se invoca en la demanda:

"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"

Tras concluir que lejos de querer eliminar el régimen especial de las pensiones de alto riesgo -como pretendió esta reforma con los regímenes especiales y exceptuados- lo incluyó y preservó dentro del sistema general de pensiones, dijo la Corte Constitucional en la Sentencia C-651/15 con respecto a este parágrafo quinto transitorio del A.L.01/2005:

“25.3. En tercer lugar, quizás lo anterior lleva a preguntarse por qué entonces, si era claro que el Acto legislativo no interferiría en la vigencia y validez de las pensiones de alto riesgo, contempladas en el Decreto 2090 de 2003, resultaba necesario contemplar el actual parágrafo transitorio 5º del artículo 48 de la Constitución. La respuesta se halla hacia el final del trámite de

⁹ Sentencia C-663/07 que estudió la constitucionalidad de éste régimen de transición de las pensiones de trabajadores de actividades de alto riesgo.

formación del Acto, ya dentro del tercer debate de la segunda vuelta, en el Senado de la República. En ese momento adquirió fuerza una preocupación parlamentaria que antes se venía discutiendo, ya no en torno a la posible afectación de las pensiones de vejez por actividades de alto riesgo, pues había claridad acerca de que no las impactaba la reforma, sino en torno de una situación puntual de los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, pues al parecer había un vacío regulatorio en el tiempo en relación con este personal, que el Congreso consideró necesario colmar. Esa intervención concluyó con una constancia. Pero en una sesión de Comisión posterior, dentro del mismo tercer debate de la segunda vuelta, se convirtió la constancia en una proposición aditiva, suscrita por miembros de distintos partidos.” (Citas suprimidas, subrayas fuera de texto)

Del párrafo transitorio 5 del modificado artículo 48 de la Constitución surge la interpretación conforme a la cual todo servidor público miembro del cuerpo de custodia y vigilancia de las prisiones vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003 (28 de julio de 2003) tiene derecho a que su pensión se rija por lo establecido en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986. Sin embargo la Jurisprudencia del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo se ha distanciado de esta interpretación, como pasa a verse.

5.3.3.-El precedente Jurisprudencial relativo a la liquidación de las pensiones de los miembros de custodia y vigilancia de las prisiones

En torno al problema relativo a si se aplica a este grupo de servidores públicos vinculados al INPEC hasta el 28 de julio de 2003 el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 para regular sus pensiones, la tesis mayoritaria en la Jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado sostiene que después de la expedición de la Ley 100 de 1993 sólo procederá la aplicación de normatividad anterior cuando el titular de la pensión sea beneficiario de su régimen de transición.

La sentencia más antigua que sostiene dicha tesis es la expedida el 27/04/2006 (radicación 2849-2004)¹⁰ que parte de la existencia de un régimen especial anterior que se extinguió con la vigencia del Sistema General de Pensiones, sin que los servidores del INPEC hagan parte de los sectores excluidos de la aplicación de dicho sistema según lo dispuesto en el art. 279 Ley 100/93. Si bien la sentencia aclara que por ser beneficiario del régimen de transición el actor tiene derecho a la aplicación del artículo 96 de la Ley 32/86, diferenciando entre las condiciones de reconocimiento de la pensión (edad y tiempo de servicio) que se rigen por dicha norma y las condiciones de liquidación de la pensión (monto, factores) a las cuales aplica la ley 100 de 1993, **lo relevante para este debate es la remisión que hace al régimen anterior por vía del cumplimiento de los requisitos del art. 36 Ley 100/93:**

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA.SUBSECCION "B". Consejero ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE. Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil seis (2006).Radicación número: 25000-23-25-000-2003-01344-01(2849-04).Actor: FERNANDO RUBIO GOMEZ. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

“Antes de la Ley 100 de 1993 el actor estaba en un régimen especial, que desapareció con la entrada en vigencia de dicha ley, y como en el artículo 279 ibidem no se encuentran enlistados los funcionarios del INPEC, se aplicará para la liquidación de las pensiones lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y su Decreto Reglamentario 1158 de 1994, en el que no están incluidas las primas de navidad, servicios, vacaciones, riesgo, auxilio de alimentación y transporte como factor salarial.

(...)

El señor Fernando Rubio Gómez al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, 1 de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad, pues nació el 13 de agosto de 1949 (fl. 3), y con más de 15 años por lo que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la citada norma, que le permite pensionarse con el régimen previsto para los funcionarios del INPEC contemplado en la Ley 32 de 1986.”

En la Sentencia 0858-09 del 22 de abril de 2010 el Consejo de Estado precisa que si bien el Decreto 407/94 estableció que todos aquellos que para el 21 de febrero de 1994 desempeñaran labores de custodia y vigilancia en el INPEC tendrían derecho a la pensión de jubilación al tenor de las normas anteriores, al no pertenecer a los sectores exceptuados de la aplicación del sistema general de la Ley 100/93 -pues el artículo 279 no los menciona-, los servidores públicos que desempeñan labores de alto riesgo están sometidos a las regulaciones de este sistema y sólo pueden ingresar al régimen anterior por vía del régimen de transición, estableciendo la sub regla al tenor de la cual resolverá la postura mayoritaria del Consejo de Estado el debate relativo a la aplicación del régimen anterior en las pensiones del INPEC:

“El artículo 168 del Decreto 407 de 1994, derogado por el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003, estableció que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional que a la fecha de su entrada en vigencia, esto es, el 21 de febrero de 1994 se encontraran prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, tendrían derecho a gozar de una pensión de jubilación en los términos previstos en la Ley 32 de 1986.

En efecto, el artículo 96 de la citada Ley 32 de 1986, disponía los requisitos necesarios para reconocer la pensión de jubilación a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC. Así se lee en la referida norma:

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

No obstante lo anterior, el 1 de abril de 1994 entró a regir el Sistema de Seguridad Social en pensiones para el nivel nacional, creado por la Ley 100 de 1993 el cual dispuso la aplicación general de sus disposiciones (artículo 11) y no incluyó al INPEC dentro de los exceptuados del mismo (artículo 279). Sin embargo, la citada Ley 100 de 1993 al establecer el régimen transición, previsto en su artículo 36,

124

permitió que la situación particular de los empleados que se encontraban, en ese momento, próximos a adquirir su estatus pensional, se siguiera rigiendo, en cuanto a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, por las disposiciones normativas existentes con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo régimen general de pensiones.

(...)

Bajo estos supuestos, para que a un empleado del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le fuera reconocida una pensión de jubilación con aplicación del régimen especial previsto en los artículos 96 de la Ley 32 de 1986 y 168 del Decreto 407 de 1994 debía acreditar una de las condiciones descritas en el artículo 36 de la citada Ley 100 de 1993, estas son, edad o tiempo de servicio.¹¹ (Subrayas fuera de texto).

De igual manera las sentencias 3146-05 del 10 de agosto de 2006¹², 957-08 del 4 de marzo de 2010¹³, 1260-08 del 27-01-2011¹⁴, 0277-09 del 3 de marzo de 2011¹⁵, y 1027-12 del 29 de enero de 2015¹⁶, si bien aplican la norma anterior para liquidar la pensión de los demandantes, no lo hacen sin antes verificar que se cumpla en cada caso una de las condiciones establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que hace a los actores beneficiarios del régimen de transición.

Especialmente relevante en el tratamiento jurisprudencial de este debate es la sentencia de tutela 0286-2011¹⁷ en la cual se cuestionaba una decisión judicial por incurrir en error sustancial, decisión relativa a la liquidación de la pensión de un miembro del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC. Si bien el problema jurídico se refería a los factores

¹¹CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B". Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil diez (2010). Radicación número: 15001-23-31-000-2001-01733-01(0858-09). Actor: JOSE EUSTACIO JIMENEZ GARCIA. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL -CAJANAL.

¹² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A". Consejero ponente: JAIME MORENO GARCIA. Bogotá, D.C., diez (10) de agosto de dos mil seis (2006). Radicación número: 25000-23-25-000-2002-06829-01(3146-05). Actor: PEDRO ANTONIO CORTES GARZON. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL.

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION A. Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON. Bogotá, D.C., cuatro (4) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-25-000-2003-09483-01(0957-08). Actor: NELSON BOLIVAR OVIEDO TORRES. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "A", Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, Bogotá, veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011), Radicación número: 15001-23-31-000-2001-02453-01(1260-08). Actor: DELIO JOSE CADENA DUARTE. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "A". Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Bogotá D.C., tres (3) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 15000-13-31-000-2004-00294- 01(0277-09). Actor: POLIDORO SILVA MORALES. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil quince (2015). Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00258-01(1027-12). Actor: JORGE ADALBERTO GUTIERREZ VILLADA. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN Y LA SOCIEDAD FIDUCIARIA PREVISORA S.A. - PAP BUEN FUTURO

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "B". Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá, D.C., doce (12) de abril de dos mil once (2011). Radicación número: 11001-03-15-000-2011-00286-00(AC). Actor: DIDIER SANCHEZ PINEDA. Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA Y OTRAS

175

salariales con los cuales debía liquidarse la pensión y no a la subsistencia del régimen anterior, el Consejo de Estado reitera la sub regla al tenor de la cual resuelve el problema relativo a la aplicación del régimen anterior al sistema general de pensiones en lo que se refiere a las labores de alto riesgo, plasmada en la Sentencia 858-09, ya citada.

En conclusión, la interpretación que esta postura mayoritaria del Consejo de Estado ha dado al régimen de los servidores del cuerpo de custodia y vigilancia de las prisiones contempla las siguientes sub reglas: i) la normatividad anterior al SGSSP que regula las pensiones de este grupo de servidores públicos está contenida en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, ii) la vigencia de esta normatividad fue ratificada mediante el decreto 407/94, señalando como parámetro temporal para ser beneficiario del antiguo régimen estar desempeñando dicha labor para la fecha de entrada en vigencia de este decreto, es decir, el 21 de febrero de 1994, iii) no obstante lo anterior, el 1 de abril de 1994 entró a regir el Sistema General de Pensiones, con aplicación general (art. 11), y mediante el Decreto 691 del 29 de marzo de 1994 fueron incorporados los servidores públicos al mismo, incluso quienes prestaban labores de alto riesgo¹⁸, sin que el art. 279 de la ley 100/93 los excluya de sus regulaciones, en consecuencia (iv) después de la expedición de la Ley 100 de 1993 la única manera de ingresar al régimen pensional anterior contenido en el art. 96 de la Ley 32 de 1986 es por vía del régimen de transición del art. 36.

A la misma conclusión en torno al cumplimiento de los requisitos del art. 36 Ley 100/93 ha llegado la Corte Constitucional en las sentencias mediante las cuales estudió la constitucionalidad de normas que se refieren al régimen pensional de las actividades de alto riesgo. En la sentencia C-651/15 al estudiar si el régimen de estas pensiones tiene las características de ser especial o exceptuado o por el contrario se trata de reglas especiales que aun así se insertan en el sistema general de pensiones, indicó que el régimen de transición es plenamente aplicable:

“16. El Decreto ley 2090 de 2003 no solo dice también que pertenece al régimen de prima media, sino que en la configuración de los requisitos para adquirir la pensión de alto riesgo, y para definir sus reglas aplicables, se remite permanentemente al sistema general de pensiones, que es entonces el fondo regulatorio de estas prestaciones de vejez:
(...)

16.4. En cuarto lugar, el artículo 6º del Decreto 2090 de 2003 regula el régimen de transición aplicable a los beneficiarios de la pensión de vejez por actividades de alto riesgo, y dice de modo expreso en su parágrafo que “[p]ara poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003”. Es decir, que el Decreto considera como un presupuesto indispensable para la transición en este

¹⁸ Decreto 691 de 1994, artículo. 5—Actividades de alto riesgo. Derogado por el art. 11, Decreto Nacional 2090 de 2003. Los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo para su salud, se entienden incorporados al sistema general de pensiones, pero les aplicarán las condiciones especiales que para cada caso se determinen.

126

ámbito, la satisfacción de los requisitos comunes al régimen de prima media con prestación definida, previsto en el sistema general de pensiones.

No obstante, en la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado existe una postura diversa, que puede verse en las sentencias 0889-13 del 12 de mayo de 2014 y 0848-13 del 10 de octubre de 2013, conforme a la cual todos los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia de las prisiones vinculados hasta el 21 de febrero de 1994 tienen derecho al régimen pensional establecido en el art. 96 de la Ley 32 de 1986, sin estudiar si son beneficiarios o no del régimen de transición, bajo los siguientes planteamientos:

Para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, derogado por el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003, estableció que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional que a la fecha de su entrada en vigencia, 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 citada Ley 32 de 1986 que precisa:

(...)

En el caso particular del demandante, se encuentra que para la fecha en que entró a regir el Decreto 407 de 1994 (21 de febrero de 1994), se encontraba prestando sus servicios en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria, como quiera que laboró en dicha entidad del 20 de septiembre de 1971 al 31 de diciembre de 1994 y adquirió su status de pensionado el 20 de septiembre de 1991, por lo que sin duda alguna le es aplicable en su integridad la citada Ley 32 de 1986.

Para el Despacho dicha postura deja de lado que mediante norma posterior (Decreto 691 del 29 de marzo de 1994) los servidores públicos que desempeñan actividades de alto riesgo fueron incorporados al Sistema General de Pensiones, sin que desapareciera el sistema normativo especialmente dedicado a este tipo de actividades, sino que es materia de una nueva regulación que debe comprender reglas especiales en cuanto a la edad y semanas de cotización (art. 140 ley 100/93), igualmente que el Decreto 2090 de 2003 es la norma vigente que regula estas pensiones especiales, preservando dicho tratamiento diverso y más favorable acorde con la actividad de alto riesgo, pero dado que este sistema normativo especial no configura un régimen especial o exceptuado (C615/15) sino que se inserta en la normatividad que regula régimen de prima media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, impera igualmente para este tipo de servidores públicos lo señalado para la generalidad de pensionados en cuanto al régimen de transición, conforme a las reglas del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que no remitiría para el INPEC a la ley 33/85 sino a la norma especial, el art.96 de la Ley 32/86.

En conclusión: i) el tratamiento especial de las pensiones de alto riesgo, acorde con la labor desempeñada por sus titulares, que los hace merecedores de un trato distinto por la ley, se materializa actualmente en las reglas que hacen parte del Decreto 2090 de 2003, que "no consagra un régimen especial de pensiones, sino un esquema normativo de pensiones de alto riesgo que se inscribe en el régimen de prima media con prestación

177

definida, dentro del sistema general de pensiones”(C-651/15) ii) en consecuencia, los titulares de estas pensiones tras la expedición de la ley 100/93 están sometidos a las reglas del sistema general de pensiones incluido su régimen de transición (C-663/07) y sólo se tiene derecho al régimen pensional anterior cumpliendo las reglas del mismo (parágrafo art. 6 Decreto 2090 /2003) iii) si bien el AL 01/2005 en su parágrafo transitorio 5 contempla una situación sectorial especialmente referida a los servidores del INPEC pretendiendo suplir un pretendido vacío regulatorio, para la Jurisprudencia del Consejo de Estado dicho vacío no existe, pues se llena conforme a las reglas del régimen de transición, el mismo acto legislativo sujeta el tratamiento de las pensiones a lo establecido en el Decreto 2090 de 2003 que remite igualmente al art. 36 Ley 100/93.

6.-El caso en concreto

Se cuestiona la legalidad de los actos administrativos contenidos en: i) Resolución N° GNR 199733 del 2 de agosto de 2013, mediante la cual se reconoce la pensión vitalicia de jubilación del demandante, ii) Resolución N° GNR 300552 del 29 de septiembre de 2015, mediante la cual se negó la reliquidación de la misma y iii) Resolución N° GNR 106052 del 15 de abril de 2016 a través de la cual se resolvió el recurso de reposición en contra de la Resolución N° GNR 300552 del 29 de septiembre de 2015, actos administrativos expedidos por COLPENSIONES

Conforme a lo probado en el proceso el demandante nació el día 16 de octubre de 1971 según su registro civil (documento 5 del CD que contiene el expediente administrativo pensional que obra a folio 74 del expediente) y laboró desde el 1 de enero de 1992 como Dragoneante en el INPEC (FI.33).

Es decir que para la entrada en vigencia de la Ley 100/93 (1 de abril de 1994) no cumplía con ninguna de las dos condiciones (edad y tiempo de servicio) para quedar cobijado por el régimen de transición al tenor de lo establecido en el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100/93.

Lo anterior determina la solución del caso pues se invoca en la demanda la aplicación del régimen anterior que regula las pensiones de las actividades de alto riesgo de los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC contenido en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 y por esta vía la aplicación del Decreto 1045 de 1978 en lo que toca a los factores que componen la base de liquidación de la pensión bajo la comprensión del mismo que hace la jurisprudencia del Consejo de Estado “asumiendo que dichos factores no son taxativos sino enunciativos, por lo tanto deben ser tenidos en cuenta factores diversos a los allí relacionados, que haya recibido el empleado en forma habitual y periódica y como contraprestación directa del servicio, durante el último año”¹⁹ y haciendo extensivas las reflexiones de la Sentencia de Unificación del 1 de agosto de 2013, radicación 44001233100020080015001 (0070-11) con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, conforme a la cual pese a que la norma que crea la prima señala que no tienen

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A Rad. 68001233100020100083101. Número Interno: 0527-2013. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Demandada: Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal EICE en Liquidación. Demandante: José Manuel Fonseca Buelvas. Bogotá, D.C., siete de noviembre de dos mil trece.

178

carácter salarial “debe ser factor para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez de quienes sean sujetos del régimen de transición pensional”. Sin embargo el juicio de legalidad que se propone parte de la aplicación de un régimen normativo en el cual no cabe la situación pensional del demandante, pues no es beneficiario del régimen de transición al tenor de las reglas del artículo 36 de la Ley 100/93, requisito establecido en el Decreto 2090 de 2003 para acceder al régimen normativo pensional del INPEC vigente antes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia la situación pensional del demandante debe sujetarse al régimen vigente para las pensiones del INPEC, establecido en el Decreto 2090 de 2003, que consagra un esquema normativo de pensiones de alto riesgo que se inserta en el régimen de prima media con prestación definida, siendo aplicables en consecuencia al mismo las reglas del sistema general de pensiones, incluido su régimen de transición (C-663/07). Por tanto, sólo podría acceder el demandante al régimen anterior si fuera beneficiario de la transición de la Ley 100 /93, al tenor de su artículo 36 (parágrafo art. 6 Decreto 2090 /2003).

Por lo anterior, como el demandante no tiene derecho a la aplicación integral de la normatividad anterior, las resoluciones demandadas no violan el bloque de legalidad aplicable a la situación pensional del demandante y mantienen su presunción de legalidad, debiendo ser denegadas las pretensiones de la demanda.

7. DE LAS COSTAS

De conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. y el artículo 365 del C.G.P. y dada la disparidad presentada en cuanto al tratamiento de la condena en costas y agencias en derecho, este Despacho acogerá la reciente postura del Consejo de Estado²⁰, que frente al particular concluyó lo siguiente:

“El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.

- a) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- b) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- c) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01. Número Interno: 1291-2014. Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Actor: José Francisco Guerrero Bardi. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada). Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016).

179

generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

- d) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- e) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP21, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- f) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.”

Visto lo anterior y atendiendo el criterio **objetivo** emanado del análisis jurisprudencial en cita, se tiene que en el presente caso no se condenará en costas a la parte vencida, habida cuenta que no aparecen en el proceso elementos de juicio suficientes para establecer su comprobación.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar que las excepciones propuestas por la entidad demandada son en realidad argumentos de defensa.

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda.

TERCERO.- No hay lugar a condena en costas por lo expuesto por el Despacho.

CUARTO.- La sentencia se notificará conforme a lo señalado en el artículo 203 del C.P.A.C.A.

QUINTO.- por secretaria una vez ejecutoriada ésta decisión devolver a la parte demandante los anexos de la demanda sin necesidad de desglose, así mismo se ordena realizar la liquidación de los gastos procesales y a archivar el expediente una vez cobre firmeza la presente providencia.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,



ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO

JUEZ

²¹ "ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)"