



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDÍO

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Armenia, veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 116

TEMAS:

RÉGIMEN PENSIONAL APLICABLE A LOS MIEMBROS DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA PENITENCIARIA DEL INPEC – PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LA LEY 32 DE 1986 - RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005 PARA QUIENES INGRESARON AL INPEC CON ANTERIORIDAD A LA VIGENCIA DEL DECRETO 2090 DE 2003

INSTANCIA:

PRIMERA

Decide la Sala, en primera instancia, el fondo del proceso de la referencia que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instauró la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP”, en contra de JUSTO GERMÁN MEDINA JIMÉNEZ y como vinculado en calidad de Litis Consorcio a COLPENSIONES.



I. ANTECEDENTES:

1.1. LO QUE SE DEMANDA:

Pretende la parte demandante lo siguiente¹:

- 1.1.1.** Se declare la nulidad de la Resolución N° RDP 57210 del 17 de diciembre de 2013, mediante la cual la UGPP reconoce y ordena el pago de una pensión Vejez a favor del señor JUSTO GERMÁN MEDINA JIMÉNEZ, de conformidad con la Ley 32 de 1986, Decreto 407 de 1994, Acto Legislativo 01 de 2005, efectuando la liquidación con el 75% de lo devengado entre el 01 de agosto de 2012 al 30 de julio de 2013, en cuantía de \$1.439.838,00 pesos m/cte., efectiva a partir del 01 de agosto de 2013, pero con efectos fiscales una vez demostrara el retiro definitivo del servicio.
- 1.1.2.** Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, se ordene al señor JUSTO GERMÁN MEDINA JIMÉNEZ reintegrar la totalidad de las sumas canceladas en virtud del acto demandado.
- 1.1.3.** Que se declare que el señor JUSTO GERMÁN MEDINA JIMÉNEZ no le asiste el derecho al reconocimiento y reliquidación de la pensión en los términos de las resoluciones demandadas con aplicación de la ley 32 de 1986 y el IBL del 75% de lo cotizado el último año de servicios.

1.2. LOS HECHOS EN QUE SE FUNDA²:

La entidad accionante fundamenta las anteriores pretensiones, en los hechos que a continuación el Tribunal procede a resumir:

¹ Fol. 2 del C. Principal.

² Reverso del folio 1 a 2 del C. Principal.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

Refiere que, el demandado nació el 25 de agosto de 1958 y prestó sus servicios al INPEC desde el 28 de agosto de 1981 hasta el 31 de diciembre de 2014, periodo en el cual efectuó aportes para pensión a Cajanal entre el 28 de agosto de 1981 al 20 de junio de 2009, del 01 de julio de 2009 al 30 de septiembre de 2012 al Instituto de Seguros Sociales, y del 01 de octubre de 2012 al 30 de julio de 2013 en Colpensiones.

Manifestó que, el señor JUSTO GERMÁN MEDINA JIMÉNEZ cumplió 20 años de servicio el 27 de agosto de 2011 y su último cargo desempeñado fue el Dragoneante en el EPMSC de Calarcá.

Asegura que, por medio de la Resolución RDP 57210 del 17 de diciembre de 2013, la misma UGPP le reconoce y ordena el pago de una pensión Vejez a favor de JUSTO GERMÁN MEDINA JIMÉNEZ, de conformidad con la Ley 32 de 1986, Decreto 407 de 1994, Acto Legislativo 01 de 2005, efectuando la liquidación con el 75% de lo devengado entre el 01 de agosto de 2012 al 30 de julio de 2013, en cuantía de \$1.439.838,00 pesos m/cte., efectiva a partir del 01 de agosto de 2013, pero con efectos fiscales una vez demostrado el retiro del servicio.

1.3. NORMAS VIOLADAS:

En cuanto a las normas quebrantadas por los actos demandados en nulidad mencionó las siguientes: Artículos 1, 2, 4, 6, 121, 122, 123 y 209 de la Constitución Política, el artículo 36, 140, 273 y 279 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 2093 de 2003, el Acto Legislativo 01 de 2005, la Ley 797 de 2003, el Decreto 1158 de 1994 y el artículo 4° del Decreto 2196 de 2009; y además del precedente fijado por la Corte Constitucional en sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y T-109 de 2019, los del Consejo de Estado sobre la necesidad de acreditar los requisitos previstos en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 para ser beneficiario de la pensión de jubilación con aplicación del régimen especial previsto en los artículos 96 y 32 de 1986 y 168 del Decreto 407 de 1992; así como, la vinculación al 28 de julio de



2003 por lo menos 500 semanas de cotización especial y completar el mínimo exigido por la ley 797 de 2003.

1.4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Expone que, en el presente medio de control tiene por objeto obtener la nulidad de los actos administrativos que reconocieron y liquidaron la pensión del señor JUSTO GERMÁN MEDINA JIMÉNEZ, aplicando la ley 32 de 1986 sin tener en cuenta la edad, solo los 20 años de servicios continuos o discontinuos al servicio de la guardia nacional y teniendo como factores salariales la asignación básica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados devengados en el último año de servicios, por los siguientes cargos:

1.4.1. CARGO 1. Ser manifiestamente violatorio de las normas citadas y precedente jurisprudencial, en cuanto reconocieron y liquidaron la pensión aplicando la ley 32 de 1986 artículo 96 sin ser la norma aplicable: dado que, solo se exigió 20 años de servicios en la actividad, desconociendo que por estar vinculados los funcionarios del INPEC al régimen general de seguridad social tenían que cumplir con los requisitos que claramente señala el artículo 6 del Decreto 2090 de 2003 para poderse beneficiar del régimen de transición y tener derecho a que le se reconociera la pensión en las condiciones del régimen especial -ley 32 de 1986-, entre los cuales esta, el cumplir alguno de los dos requisitos del artículo 36 de la ley 100 de 1993 -referentes a la edad y tiempo de servicios- y en el caso del señor MEDINA JIMÉNEZ no los reunía, porque al 1° de abril de 1994 no tenía ni el tiempo ni la edad, ya que cumplió los 20 años de servicio el 27 de agosto de 2011 y 55 años de edad los cuales cumplió en el año 2013, cuando ya no estaba cotizando.

Indica que, en virtud de lo establecido en el Decreto 691 de 1994, los funcionarios del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC quedaron incorporados al régimen general de seguridad social desde el 1 de abril de 1994, y existen numerosos



pronunciamientos judiciales que constituyen precedente sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 36 de la ley 100 de 1993 para acceder al régimen previsto en la ley 32 de 1986, trayendo a colación apartes de las sentencias del Consejo de Estado de fecha: 25 de febrero de 2016 radicado No. 11001-03-15-000-2016-00103-00 consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro; del 12 de abril de 2011 radicado No. 11001-03-15-000-2011-00286-00(AC) consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve; del 28 de junio de 2012 radicado 666001-23-31-000-2009-00095-01(2114-11) consejera ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez; del 7 de noviembre de 2013 radicación 68001-23-31-000-2010-00831-01 consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; del 22 de abril de 2010 radicado interno 00858-09 consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; del 12 de junio de 2014 radicado 50012331100020120010001 (3287 2013) consejera ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez; del 25 de octubre de 2018 radicado 11001-03-15-000-2018-03523-00 consejera ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio; del 28 de junio de 2012 radicado 66001-23-31-000-2009-00095-01 (2114-11) consejera ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez.

Concluye, que el acto demandado es violatorio de las normas superiores citadas, en tanto, al demandado no le es aplicable la Ley 32 de 1986, sino el Decreto 2090 de 2003 que exige cotizar el número de semanas señalado en el artículo 9 de la ley 797 de 2003 de los cuales 700 semanas debe efectuarse cotización especial, las cuales no le fueron exigidas ni tampoco la edad de 55 años.

1.4.2. SEGUNDO CARGO. Liquidación de la pensión con el promedio de los devengado en el último año de servicios: realizada en los actos demandados liquidan la pensión cuando ello no se podía, pues desconocen que el IBL no hace parte de la transición, teniendo en cuenta que, dentro del régimen anterior solo es aplicable la edad, tiempo de servicio y el monto del 75% ya que el IBL es el contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y que por tanto, son contrarios al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 –es decir, por el tiempo que le haga falta o los 10 últimos años de servicios-, a los factores salariales del artículo 6° del Decreto



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

1158 de 1994, la Sentencia SU 230 de 2015, la C -258 de 2015 y la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01 en donde se fijó la regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición, cuyo criterio fue abarcado a todos los regímenes anteriores a la expedición de la ley 100 de 1993, según lo dicho por la sentencia T-109 de 2009.

1.4.3. CARGO TERCERO. No ser CAJANAL la entidad competente para el reconocimiento de la pensión del demandado: explica que la entidad competente para el reconocimiento de la pensión del señor JUSTO GERMÁN MEDINA JIMÉNEZ, no era CANAJAL sino COLPENSIONES, ya que estuvo vinculado con posterioridad a la vigencia del Decreto 2090 de 2003 y de conformidad con el traslado masivo de que trata el Decreto 2196 de 2009 (siendo aplicable de todas formas los artículos 3 y 4 del Decreto 2090) es esta última entidad a quien corresponde el reconocimiento de la prestación.

Lo anterior, en atención a que en el expediente obra certificación de información laboral que establece que el señor ATEHORTUA a partir del 1 de julio de 2009, realiza aportes a pensión al ISS, hoy COLPENSIONES; no siendo aplicable el artículo 3 del decreto 2196, pues a la entrada en vigencia de este decreto, cuando se hizo el traslado masivo todavía no había cumplido los requisitos para consolidar su estatus, de tenerse en cuenta el decreto 2090, que exige 55 años de edad y las semanas del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, requisitos que cumplió después del año 2009 estando afiliando a COLPENSIONES hasta el 30 de julio de 2013.

Por ello, considera que el acto acusado realizó un reconocimiento ilegal que se le mejoró con las reliquidaciones, en detrimento del erario público mediante actos administrativos que no guardan armonía con el ordenamiento jurídico colombiano, bien por consideración de la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado o bien por el análisis jurídico que se desprende del estudio normativo que regula la materia.



1.5. ACTUACIÓN PROCESAL:

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 17 de julio de 2019 (fol. 21 C. Principal).
- Admisión de la demanda: 24 de julio de 2019 (Fol. 168 C. Principal).
- Traslado de la solicitud de medida cautelar: 24 de julio de 2019 (C. Medidas).
- Notificación parte demandada, vinculada -COLPENSIONES y Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado: 24 de julio de 2019 (Fol. 170 a 190 C. Principal).
- Auto resuelve negar la medida cautelar: 16 de agosto de 2019 (fol. 32 del C. Medidas).
- Traslado para contestar la demanda: (fol. 195 C. Ppal.).
- Contestación a la demanda por parte del señor JUSTO GERMÁN MEDINA JIMÉNEZ 15 de noviembre de 2019 (Fol. 215 a 225 C. Principal) y por parte de Colpensiones: 18 de octubre de 2019 (fol. 197 a 203 C. Ppal.).
- Traslado de excepciones: 29, 30 y 31 de enero de 2020 (fol. 226 C. Ppal.)
- Audiencia inicial, prescinde del periodo probatorio y corre traslado para alegar de conclusión: 19 de febrero de 2020 (Fol. 236 a 249 C. Principal).
- Alegatos de conclusión: Demandante el 23 de enero de 2020 (fol. 292 a 294 C. Ppal.) y demandado el 12 de marzo de 2020 (fol. 276 a 278 C. Ppal.).
- Paso a despacho para fallo: 12 de marzo de 2020 (fol 291 C. Ppal.).

1.6. RESPUESTA A LA DEMANDA

1.6.1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES³. En cuanto a los hechos, aceptó como ciertos aquellos

³ Fol. 197 a 203.



referentes a la edad y el tiempo de servicios prestado por el demandado al INPEC, negando los demás argumentando que no le constan toda vez que eran hechos ajenos a la entidad y no tenía el expediente administrativo del señor JUSTO GERMÁN MEDINA JIMÉNEZ.

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, en tanto, estima que no está legitimada para pronunciarse sobre el asunto, ya que el acto administrativo demandado no fue emitido por la Colpensiones y en consecuencia, el reintegro de los dineros cancelados al señor MEDINA JIMÉNEZ y la declaratoria consistente en que no le asiste a este, el derecho a la pensión con aplicación de la Ley 32 de 1986, no están dirigidas en su contra.

De conformidad con lo anterior, solicita negar o absolverla de cualquier condena, ya que dentro de las peticiones realizadas por la demandante no se puede visualizar razón alguna para ello, ante la evidente falta de legitimación en la causa; no obstante, resalta que para obtener el ingreso base de liquidación de la prestación del demandado, se deberá dar aplicación a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y a la sentencia del 28 de agosto de 2018 radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01 del Consejo de Estado sobre el criterio interpretativo del artículo 36 de la citada ley.

Propuso como excepciones las denominadas:

(i) Falta legitimación; ya que en el presente caso la entidad demandante se encuentra atacando y solicitando la nulidad de un acto administrativo expedido por la misma Unidad, por lo que, carece COLPENSIONES de competencia para pronunciarse al respecto de los hechos y pretensiones, pues no ha reconocido prestación alguna a favor de la hoy demandante.

(ii) Inexistencia de la obligación demandada; por cuanto la declaratoria de nulidad es sobre un acto administrativo emitido por la UGPP y las entidades públicas por mandato constitucional solo pueden realizar funciones que la ley de manera expresa les atribuye, prohibiendo de manera expresa desarrollar aquellas



que no están expresamente permitidas por las normas.

(iii) Prescripción; la propone de conformidad con lo dispuesto en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre cualquier derecho reclamado que pudiere resultar probado y frente al cual haya operado este fenómeno.

1.6.2. JUSTO GERMÁN MEDINA JIMÉNEZ ⁴

Manifestó en cuanto a los hechos que son todos ciertos, pero se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones deprecadas dentro del escrito contentivo de la demanda.

Como argumentos de su defensa, presentó un análisis del régimen prestacional de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia penitenciaria nacional, iniciando por los artículos 48 y 53 de la Constitución, lo establecido por el Decreto 407 de 1997 que dispone que aquellos que estuvieren prestando sus servicios al INPEC a la fecha de vigencia del mismo tendrían derecho a la pensión de jubilación en los términos del artículo 96 de la Ley 32 de 1986, luego pasa a citar los artículos 36 y 140 de la Ley 100 de 1993 y 172 de la ley 65 de 1993 que revistió al presidente de facultades extraordinarias para dictar normas con fuerza de ley sobre el régimen salarial, prestacional y pensional del INPEC, con fundamento en el cual se dictó el citado Decreto 407 de 1997.

Refiere que, si bien esta norma fue derogada por el Decreto 2090 de 2003, en aquel ya se había salvaguardado el derecho de los funcionarios del INPEC que se hallaren vinculados antes de la vigencia de la norma, esto es, al 21 de febrero de 1994, a pensionarse con base en la normatividad anterior, a saber, la Ley 32 de 1986. Aunado a que, solo después de adoptarse el estatuto de las actividades de alto riesgo en el sector público en el año 2005 fue reglamentado el artículo 140 de la ley 100

⁴ Fol. 215 a 225.



de 1993, mediante el Decreto 1950 y finalmente el Acto Legislativo 1 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política que suprimió todos los regímenes pensionales especiales, como regla general, pero con excepciones como la señalada en el párrafo transitorio 5° del mismo acto legislativo, en el que se ocupó expresamente del régimen pensional especial de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia.

Otro argumento, que presenta la parte demandada es el consistente en la no aplicación del régimen de transición estipulado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional que ingresaron con anterioridad al 21 de febrero de 2003, trayendo como sustento lo manifestado por el Consejo de Estado en sentencia del 27 de julio de 2007 radicado 11001-03-15-000-2017-01476-00 (AC) consejero ponente Hernando Sánchez Sánchez y de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 12 de diciembre de 2017 radicado 11001-03-06-000-2017-00145-00 (c) consejo ponente Germán Alberto Bula Escobar.

Aclara que, tampoco se puede aplicar el párrafo del artículo 6° del Decreto 2090 de 2003, por las siguientes razones:

- Existe una norma posterior, de mayor jerarquía que estableció un único requisito para que los integrantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia accedan a la transición, el cual fue cumplido por el señor MEDINA JIMÉNEZ.
- La Corte Constitucional en la sentencia C 663 de 2007 que revisó la constitucionalidad del referido párrafo 6 indicó de manera expresa que el régimen de transición del Decreto 2090 de 2003 es distinto al de la ley 100 de 1993, razón por la cual, al igual que lo ha sostenido el Honorable Consejo de Estado, no resulta proporcionado exigirle a los beneficiarios del Decreto 2090 de 2003 los requisitos de transición de la Ley 100 de 1993, como



quiera que ello vulnera el principio de inescindibilidad de la ley y favorabilidad en materia laboral.

- Debe tenerse en cuenta que el parágrafo 6 del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003 conlleva a combinar el régimen especial del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC con el régimen general, en contravía de lo que ha sostenido el tribunal de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en la sentencia del 12 de mayo de 2004 en la que reiteró que están exceptuados del régimen pensional general de la Ley 100 de 1993, por gozar de un régimen especial consagrado en la Ley 32 de 1986.

Cita el artículo 83 de la Constitución Política y la Sentencia C-131 del 17 de febrero de 2004, para señalar que el principio de la buena fe no solo tiene lugar en el momento del nacimiento de la relación jurídica, sino que desarrolla sus efectos en el tiempo, hasta que esta se extinga.

Propuso como medios exceptivos, con el fin de que se nieguen las súplicas de la demanda:

(i) Estricto cumplimiento a los mandatos legales; refiere que mediante la resolución atacada, la UGPP reconoció el pago de la pensión especial de vejez por desempeño de actividad de alto riesgo a favor del demandado, con estricto cumplimiento de las normas constitucionales y legales vigentes para ello.

(ii) Cobro de lo no debido, por ser el demandado un poseedor de buena fe, basado en este principio de rango constitucional indica que este protege la seguridad jurídica en las actuaciones con el Estado y siempre ha actuado de buena fe, haciendo uso de las facultades legales para acceder a la prestación atacada, siendo adquirido su derecho mediante la resolución precitada y que ahora se demanda, pretendiendo endilgarle responsabilidad y solicitando la devolución de las mesadas ya percibidas, por lo cual, considera que la solicitud resulta desproporcionada y



contraria a la ley, en atención a que actuó con transparencia y con apego a la normatividad vigente.

1.7. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS EXCEPCIONES

Dentro del traslado de las excepciones propuestas por el demandado y la vinculada, la parte actora guardó silencio, según constancia secretarial visible a folio 250 del expediente.

1.8. AUDIENCIA INICIAL

En la audiencia inicial celebrada el día 19 de febrero de 2020 se fijó el litigio, de acuerdo a los hechos relevantes probados, en los siguientes términos “*¿La resolución demandada por medio de la cual la entidad demandante le reconoció la pensión de vejez al actor con sujeción a la Ley 32 de 1986 que contempla el régimen de alto riesgo, por haber sido vinculado como miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC con anterioridad al Decreto 2090 de 2003, incurre en las causales de nulidad por haber sido expedida en vigencia de la Ley 100 de 1993 sin el cumplimiento de los requisitos, liquidando la mesada pensional con el promedio de lo devengado en el último año de servicios y sin competencia?; en caso afirmativo, debería además determinarse si ¿se debe ordenar al demandando el reintegro de la totalidad de sumas canceladas por la UGPP concepto de mesadas pensionales? y ¿si debe COLPENSIONES reconocer la pensión de vejez al señor JUSTO GERMÁN MEDINA JIMÉNEZ, ya que siguió vinculado con posterioridad a la vigencia del Decreto 2090 de 2003, realizando aportes al ISS (Hoy Colpensiones) hasta el 31 de diciembre de 2016 y cumplió los requisitos para consolidar su derecho pensional después del año 2009?*.”

1.9. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.9.1. PARTE DEMANDANTE⁵.

⁵ Fol. 276 a 278.



En la oportunidad otorgada para el efecto, la entidad demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda, en especial, la aplicación del sistema general de pensiones en la ley 100 de 1993 a los servidores del INPEC, en virtud del Decreto 691 de 1994, el artículo 279 de la citada ley que no los excluyó y conforme a lo expuesto sobre el tema las secciones Segunda y Quinta del Consejo de Estado.

Afirma que en el caso materia de análisis, se puede determinar que el demandado al 01 de abril de 1994 (fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 para los servidores del orden nacional), tenía 35 años, 7 meses y 3 días de edad y 12 años 7 meses 3 días de tiempo de servicios, por lo que, no cumplía con el tiempo de servicios ni la edad que exige el artículo 36 para ser beneficiario del régimen de transición y en virtud de ello y del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003 no era merecedor del régimen especial la Ley 32 de 1986, situación que es contraria a lo señalado en el acto demandado.

Expresa que, el régimen aplicable al demandado para liquidar su pensión de jubilación es la ley 100 de 1993 en su artículo 21, por cuanto al momento de entrada en vigencia de dicho régimen, esto es, el 1º de abril de 1994, solo contaba con 6 años, 4 meses y 15 días de tiempo de servicio.

En ese orden, concluye que se configuran las causales de falsa motivación e infracción a las normas en las que debería fundarse el acto administrativo en cuestión, y en consecuencia, se debe acceder a las pretensiones.

1.9.2. PARTE DEMANDADA⁶

Retoma los argumentos que le sirvieron de base para la contestación de la demanda sobre el régimen pensional del personal de Custodia y Vigilancia del INPEC, finalizando con una cita de la sentencia C-651 de 2015 en la cual la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 8 del Decreto 2090 de 2003

⁶ Fol. 244 a 252.



hizo alusión a los debates parlamentario que antecedieron el Acto Legislativo 01 de 2005, para explicar que el origen del párrafo transitorio 5° del artículo 48 de la Constitución fue el producto de la aparente deficiencia regulatoria en relación con el cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC y no la necesidad de delimitar el ámbito personal o material de validez del Decreto 2090 de 2003, pues el presupuesto común a los debates en que se incorporó fue que, este decreto tendría una vigencia no interferida por el Acto Legislativo.

Le resulta claro que mediante el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 se ordenó la expedición del régimen de funcionarios públicos que se desempeñen en actividades de alto riesgo, haciendo referencia específicamente a los miembros del INPEC, originándose solo en el año 2003 el Decreto 2090; forzando a concluir que la voluntad del legislador fue la de sustraer a estos servidores de la generalidad de la ley 100 de 1993 y ubicarlos en un plano de especialidad, teniendo en cuenta la complejidad y peligrosidad de las funciones que desempeñan.

De tal manera que, la pensión especial de vejez por desempeño de actividad de alto riesgo del demandado debió ser reconocida, como en efecto ocurrió, con fundamento en los parámetros establecidos en la Ley 32 de 1986 y en ese orden, solicita se declaren probadas las excepciones propuestas y se denieguen las pretensiones de la demanda.

1.10. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO. El Agente del Ministerio Público no presentó concepto, según constancia visible en el folio 282 del expediente.

2. CONSIDERACIONES:

Cabe advertir que la Sala no observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que, se procede a decidir el fondo del asunto, previas las siguientes consideraciones.



2.1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN, DE LA DEMANDA Y DE SENTENCIA DE FONDO, JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

En este punto y como condición para el pronunciamiento de fondo del proceso, procede el Tribunal a referirse sobre los presupuestos procesales atinentes a la acción y la demanda, la jurisdicción y competencia, la capacidad para comparecer al proceso, las formalidades de la demanda, la capacidad de los litigantes para ser partes, el ejercicio del derecho de postulación, la caducidad y la legitimación en la causa.

La Sala considera que los presupuestos procesales atinentes al medio de control y a la demanda se encuentran reunidos, existiendo demanda en forma a la luz de los artículos 161 y 162 del C.P.A.C.A.

Con relación a los requisitos de procedibilidad, en especial la conciliación previa, el mismo no es exigible, dado que, al girar el presente asunto sobre derechos ciertos e indiscutibles de contenido pensional, no era obligación agotar dicha etapa previa.

En cuanto a la caducidad, la misma no ha operado, por tratarse de la discusión de prestaciones periódicas (Artículo 164, numeral 1 literal c *ibídem*).

Es competente esta Corporación para conocer, en primera instancia, del presente medio de control, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 152 numeral 2 del C.P.A.C.A.

En cuanto a la capacidad de los litigantes y el derecho de postulación, demanda en el presente caso una entidad de derecho público con personería jurídica, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCAL DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – U.G.P.P., y ha actuado a través de abogado acreditado. En igual sentido, se demanda a una persona natural, mayor de edad, quien fue debidamente vinculada al proceso y actúa a través de apoderado



judicial debidamente constituido y así mismo actuó COLPENSIONES como vinculada al proceso en calidad de litis consorcio necesario.

La legitimación en la causa por activa se encuentra debidamente probada, dado que la entidad accionante fue quien expidió el acto administrativo demandado por haber recibido por mandato legal⁷, la competencia para el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas, a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del orden nacional, causados hasta la cesación de actividades, como fue el caso de la extinta CAJANAL –E.I.C.E.⁸, por tanto, le compete a la UGPP el reconocimiento y pago de las pensiones de los afiliados que al 01 de julio de 2009 -fecha del traslado masivo al ISS de afiliados ordenado por el Decreto 2196 de 2009-, ya habían cumplido con el estatus jurídico de pensionado cotizando a CAJANAL.

En ese orden, como en el presente asunto, se tiene que el demandado JUSTO GERMÁN MEDINA JIMÉNEZ cumplió los 20 años de servicios al INPEC requeridos por el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 el 27 de agosto de 2001 (fecha de estatus de pensionado), esto es, antes del 01 de julio de 2009 y cuando se encontraba cotizando en CAJANAL EICE, pese a que, siguió cotizando al ISS y luego a COLPENSIONES como resultado del traslado masivo, es en primer lugar, la entidad demandante a quien le correspondía el reconocimiento y pago de la pensión del señor

⁷ Ley 1151 de 2007: “ARTÍCULO 156. GESTIÓN DE OBLIGACIONES PENSIONALES Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. Créase la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Esta Unidad Administrativa tendrá a su cargo:

- i) El reconocimiento de derechos pensionales, tales como pensiones y bonos pensionales, salvo los bonos que sean responsabilidad de la Nación, así como auxilios funerarios, causados a cargo de administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional, y de las entidades públicas del orden nacional que hayan tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, respecto de las cuales se haya decretado o se decrete su liquidación. Para lo anterior, la entidad ejercerá todas las gestiones inherentes a este numeral, tales como la administración de base de datos, nóminas, archivos y asignaciones al Gobierno Nacional en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003;
- ii) ...”

⁸ A través del Decreto 2196 de 2009 se dispuso la supresión y liquidación de CAJANAL E.I.C.E. y a través del acta de liquidación definitiva del 11 de junio de 2013 se da por terminada la vida jurídica de esta entidad (diario oficial 48828 del 21 de junio de 2013).



ATEHORTUA AGUDELO, y por tanto, es la UGPP la interesada en la nulidad del acto administrativo demandado.

La legitimación en la causa por pasiva, igualmente se encuentra acreditada, al ser la persona natural demandada, el beneficiado con la pensión que se solicita se declare su nulidad.

Ahora bien, en cuanto a la falta de legitimación en la causa de COLPENSIONES propuesta como medio exceptivo, si bien se advirtió líneas antes que era la UGPP a quien le correspondía responder por el reconocimiento y pago de la pensión del señor JUSTO GERMÁN MEDINA JIMÉNEZ por haber cumplido el estatus jurídico de pensionado antes del 1 de julio de 2009, a saber, el 01 de julio de 2009, esto bajo los presupuestos contemplados en la Ley 32 de 1986; lo cual implica que, de no ser la norma aplicable al caso del señor ATEHORTUA AGUDELO el cumplimiento de los requisitos para consolidar su derecho pensional pudo haber ocurrido después del año 2009 y como siguió vinculado con posterioridad a la vigencia del Decreto 2090 de 2003, realizando aportes al ISS y COLPENSIONES) hasta el 30 d julio de 2013, resulta necesario establecer primero si en efecto tiene o no derecho a la pensión de jubilación reconocida, para luego determinar si es COLPENSIONES la entidad competente para efectuar dicho reconocimiento; razón por la cual, solo hasta que se resuelva el asunto principal no se será posible determinar si carece o no de legitimación material respecto del fondo del asunto y encontrando en este punto legitimación en la causa de hecho o procesal de COLPENSIONES se continuará con el pronunciamiento de cierre de la primera instancia.

2.2. DEL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO:

Pretende la entidad demandante se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución N° Resolución N° RDP 57210 del 17 de diciembre de 2013, mediante la cual la UGPP reconoce y ordena el pago de una pensión Vejez a favor del señor JUSTO GERMÁN MEDINA JIMÉNEZ, de conformidad con la



Ley 32 de 1986, Decreto 407 de 1994, Acto Legislativo 01 de 2005, efectuando la liquidación con el 75% de lo devengado entre el 01 de agosto de 2012 al 30 de julio de 2013, en cuantía de \$1.439.838,00 pesos m/cte., efectiva a partir del 01 de agosto de 2013, pero con efectos fiscales una vez demostrara el retiro definitivo del servicio. La cual se liquidó sobre el 75% del promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó entre el 01 de agosto de 2012 al 30 de julio de 2013, a saber, asignación básica mensual, auxilio de alimentación, auxilio de transporte bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicios⁹

Por lo anterior, le corresponde a la Sala realizar el análisis de legalidad al acto determinado, teniendo en cuenta el marco propuesto por la demandante en el acápite de normas violadas y concepto de la violación.

2.3. PROBLEMAS JURÍDICOS

Conforme los planteamientos de las partes, es menester abordar, los siguientes problemas jurídicos:

2.3.1. PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL:

¿La resolución demandada por medio de la cual la entidad demandante le reconoció la pensión de vejez al actor con sujeción a la Ley 32 de 1986 que contempla el régimen de alto riesgo, por haber sido vinculado como miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC con anterioridad al Decreto 2090 de 2003, incurre en las causales de nulidad invocadas por haber sido expedida en vigencia de la Ley 100 de 1993 sin el cumplimiento de los requisitos, liquidando la mesada pensional con el promedio de lo devengado en el último año de servicios y sin competencia?

⁹ Fol. 146, resolución demandada.



2.3.2. PROBLEMAS JURÍDICOS SECUNDARIOS:

¿De incurrir el acto administrativo en causal de nulidad, se debe ordenar al demandando el reintegro de la totalidad de sumas canceladas por la UGPP por concepto de mesadas pensionales?

¿Debe COLPENSIONES reconocer la pensión de vejez al señor JUSTO GERMÁN MEDINA JIMÉNEZ, ya que siguió vinculado con posterioridad a la vigencia del Decreto 2090 de 2003, realizando aportes al ISS (Hoy Colpensiones) hasta el 31 de diciembre de 2016 y cumplió los requisitos para consolidar su derecho pensional después del año 2009?

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, la Sala abordará los siguientes temas: **i)** Régimen pensional aplicable a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria del INPEC, y **ii)** El caso concreto.

2.4. RÉGIMEN PENSIONAL APLICABLE A LOS MIEMBROS DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA PENITENCIARIA DEL INPEC

Sobre el tema, este Tribunal ya se pronunció en sentencia del 25 de abril de 2019¹⁰, donde no solo se analiza los antecedentes normativos sino los jurisprudenciales tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, de los cuales se concluye que, el fin de la previsión adoptada en el Acto Legislativo No. 01 de 2005 fue la de preservar el derecho a gozar de una pensión bajo los lineamientos de la Ley 32 de 1986, por ello, **los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria del INPEC vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003 gozan de una regla pensional especial contenida en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986**, bajo las

¹⁰ Tribunal Administrativo del Quindío, Sala Segunda de Decisión. Sentencia del 25 de abril de 2019. M.P. Juan Carlos Botina Gómez. Radicado: 63001-2333-000-2018-00155-00. Demandante: UGPP. Demandado: Jorge Humberto Rincón Sierra.



siguientes consideraciones que por su importancia y analogía cerrada con el presente asunto, se transcribe *in extenso*:

“4.2. Régimen pensional aplicable a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria del INPEC

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario hace parte del Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario como establecimiento público adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 65 de 1993 modificado por el artículo 7 de la Ley 1709 de 2014.

En lo que atañe al régimen pensional de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria del INPEC ha tenido algunas variaciones normativas como pasa a revisarse.

La Ley 32 de 1986, disponía frente a los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación al personal de custodia y vigilancia penitenciaria lo siguiente:

“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”.*

El Presidente de la República en ejercicio de las facultades otorgadas en el artículo 172¹¹ de la Ley 65 de 1993 expidió el Decreto 407 de 1994¹² el cual en el artículo 168 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 servicios al INPEC, tendrían derecho a gozar de una pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 y para tales efectos se computaría el tiempo de servicio prestado en la fuerza pública. Asimismo señaló que quienes se integraran con posterioridad al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrían derecho a una pensión de vejez en los términos que estableciera el Gobierno Nacional en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993 para las actividades de alto riesgo (parágrafo). Posteriormente (01 de abril de 1994) entró a regir la Ley 100 de 1993¹³ que si bien determinó unas excepciones a su aplicabilidad no incluyó en éstas a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria del INPEC, sin embargo en garantía de los derechos de quienes se encontraban próximos a adquirir su estatus pensional consagró un régimen de transición en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. *La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60)*

¹¹ 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.

¹² Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

¹³ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley...

De igual forma esta Ley en el artículo 140 señaló "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". (...)

Ahora, la norma a aplicar a quienes cumplen los presupuestos de la transición sería en principio la Ley 33 de 1985¹⁴ vigente con anterioridad a la Ley 100 de 1993, pero ésta en el artículo 1° señaló "...No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por Ley disfruten de un régimen especial de pensiones..."

Es decir con la salvedad prevista en la norma general se habilitó para quienes cumplieran con los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 la aplicabilidad de la Ley 32 de 1986 por ser una disposición de carácter especial.

El artículo 168 del Decreto 407 de 1994 fue derogado por el Decreto 2090 de 2003, disposición ésta expedida en virtud de las facultades extraordinarias otorgadas por 6 meses al Presidente de la República en el numeral 2° del artículo 17 de la Ley 797 de 2003 para expedir o modificar las normas relacionadas con el régimen legal para los trabajadores que laboraran en actividades de alto riesgo y aplicable al personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria (Art. 2 – num. 7).

Esta norma previó para los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones que se dedicaran en forma permanente a las mencionadas actividades y efectuaran cotizaciones por lo menos de 700 semanas continuas o discontinuas, el derecho a una pensión especial de vejez (Art. 3), sujeta al cumplimiento de 55 años de edad y a la condición de haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 (Art. 4).

Subsiguientemente el Acto Legislativo 01 de 2005 "por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política" expedido con la finalidad de eliminar regímenes especiales y exceptuados, así como introducir algunas limitaciones tendientes a salvaguardar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, hizo la siguiente precisión sobre el régimen de los miembros del cuerpo de custodia

¹⁴ "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público."



y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional y la normatividad aplicable según su fecha de ingreso:

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

4.3. Antecedentes jurisprudenciales

El Consejo de Estado frente a la legislación que regula el régimen pensional de los empleados del INPEC se ha pronunciado en distintas oportunidades, es así que en la sentencia invocada por la entidad demandante en el libelo introductorio, el Alto Tribunal señaló:

"...Al sumar los tiempos de servicio laborados en el INPEC con el prestado en el servicio militar obligatorio el actor reúne 20 años, 2 meses y 20 días por lo que, en principio, reúne el requisito de tiempo de servicio que exige el artículo 96 de la Ley 32 de 1986.

*A pesar de lo anterior, observa la Sala que no le es aplicable el régimen especial de los empleados del INPEC contenido en la Ley 32 de 1986 porque el requisito de tiempo de servicio lo completó con posterioridad al 28 de julio de 2003, es decir que no acreditó que se hayan **"cubierto las cotizaciones correspondientes"** antes de la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003 y por tanto no gozaba de los beneficios del régimen de transición y mucho menos de un derecho adquirido.*

*Luego de realizar un análisis sistemático de las normas que regulan la materia concluye la Sala que el Acto Legislativo 01 de 2005 no mantiene el régimen especial de pensiones contenido en la Ley 32 de 1986 para todas aquellas personas que se hubieren vinculado al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC antes de la entrada en vigencia del Decreto 2090 ocurrida el 28 de julio de 2003, porque sólo se mantiene para quienes tenían un derecho adquirido a esa fecha, es decir, que hubieren **"cubierto las cotizaciones correspondientes"**.*

Entender que el régimen especial se mantendría a todos los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia vinculados antes del 28 de julio de 2003 implicaría mantener el régimen por 20 años a favor de personas que se hubieren vinculado un día antes de su entrada en vigencia a pesar de que no están dentro del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

*En tal sentido no resulta lógico que el régimen especial pueda mantenerse durante 20 años y el régimen de transición haya tenido vigencia hasta el 31 de julio de 2010 cuando, se repite, lo pretendido con el Acto Legislativo fue terminar con los regímenes especiales y de excepción y sólo mantuvo la transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 **"para los trabajadores que estando en dicho régimen tengan cotizadas al menos 750***



semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo”¹⁵. (Negrilla del texto original)

La posición antes citada ha sido reiterada en otras decisiones por el órgano de cierre de esta Jurisdicción¹⁶ en las que en síntesis ha establecido sobre el tema en cuestión: “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 inciso 2º del artículo 36 del Sistema General de Seguridad Social, cuales son: edad o tiempo de servicio”¹⁷

(...)

En sentido opuesto, y de forma reciente dentro de un asunto en el que se planteó una irregularidad por la aplicación de los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 al considerar el actor que éstos no le eran aplicables por pertenecer al INPEC como empleado de alto riesgo y que por ende el régimen acorde era el previsto en el parágrafo transitorio 5º del Acto Legislativo 01 de 2005, el Consejo de Estado resolvió con base en lo también expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-651 de 2015 al decir:

*“...Descendiendo al caso concreto, el Tribunal accionado en el análisis que realizó de las normas frente a la situación particular del accionante llegó a la conclusión de que la Ley 100, fue puesta en vigencia a partir del 1º de abril de 1994, estableciendo un régimen de transición que permitía que la situación particular de los empleados que se encontraban próximos a adquirir su estatus pensional se rigieran en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto por las disposiciones normativas **anteriores**, para el caso de los integrantes del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional del INPEC, los parámetros pensionales eran los señalados en la Ley 32 de 1986 y el Decreto 407 de 1994, **siempre y cuando hubieran acreditado las condiciones descritas en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100.** (Negrillas y subraya del texto original) (...)*

Para la Sala los despachos accionados dejaron de lado el análisis que se debía realizar del parágrafo transitorio 5º, del Acto Legislativo 01 de 2005 “Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política” que concierne a la situación de labor de alto riesgo de los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, para determinar el régimen pensional aplicable al trabajador, a fin de concluir si tenía derecho o no a la reliquidación de su pensión con los factores salariales señalados por el accionante.

¹⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 28 de junio de 2012. Rad. 66001-23-31-000-2009-00095-01(2114-11). CP. Bertha Lucia Ramírez de Páez.

¹⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de tutela proferida el 28 de agosto de 2013. Rad. 11001-03-15-000-2012-02097-01. CP. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

¹⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia del 22 de abril de 2010. Rad. 0858 -09, CP. Gerardo Arenas Monsalve en igual sentido y del mismo ponente consultar sentencia de tutela del 12 de abril de 2011. Rad. 11001-03-15-000-2011-00286-00(AC) y del 01 de agosto de 2013. Rad. 11001-03-15-000-2013-01193-00(AC). De la Subsección A ver providencia del 07 de noviembre de 2013. Rad. 68001-23-31-000-2010-00831-01(0527-13).



Así, para la Sala es claro que el artículo 140 de la Ley 100, ordenó al Gobierno Nacional la expedición de un régimen para los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, particularmente, indicando a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia nacional penitenciaria, lo cual fue concretado con la expedición el Decreto 2090 de 2003.

Sin embargo, para la Sala el sentido del párrafo transitorio 5º, como se puede observar de sus antecedentes, no fue perpetuar un régimen especial como lo es la Ley 32 de 1986, sino definir “una claridad de interpretación”, es decir que se aplique a miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria que ingresaron antes al 28 de julio de 2003 régimen contenido en la Ley 32 de 1986; luego este sentido de la norma, excluye la aplicación del artículo 36 de la Ley 100, para determinar si los son o no beneficiarias del régimen de transición y, en consecuencia, para las personas que ingresaron al servicio antes del Decreto 2090 de 2003 deberá ser aplicado el régimen contenido en la Ley 32 de 1986, por razón de los riesgos de su labor, equilibrando así el sentido del Decreto 2090 de 2003 que regiría para este tipo de trabajadores, con los que laboraron antes de dicha norma, en las mismas condiciones y tienen la expectativa de pensionarse.

Como se puede observar este párrafo transitorio quiso diferenciar el régimen especial aplicable a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria a los que se le aplicaría el Decreto 2090 de 2003, en razón del alto riesgo en su labor, con los miembros que habían ingresado con anterioridad a la vigencia de dicho decreto, indicando con claridad meridiana que a estas últimas personas, por razón de los riesgos de su labor, se le aplicaría el régimen vigente hasta entonces, es decir la Ley 32 de 1986...”¹⁸ (Subraya la Sala)

(...)

Si bien el Sistema General de Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993 no exceptuó las pensiones de alto riesgo de su cobertura, desde la expedición del Decreto 407 de 1994 se buscó preservar el régimen anterior para los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC que se encontraban prestando servicio, por ello se prescribió que tendrían derecho a una pensión en los términos de la Ley 32 de 1986. Tan claro resulta ello que aun cuando el Decreto 407 entró en vigencia con antelación a la Ley 100 de 1993, definió que la pensión de quienes se vincularán en forma posterior al 21 de febrero de 1994 se regiría por las normas que estableciera el Gobierno Nacional en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993 para las actividades de alto riesgo.

Las normas a que se hacía alusión desde ese entonces fueron las desarrolladas en el Decreto 2090 de 2003 que derogó entre otros el Decreto 407 de 1994. Esta situación podría dar lugar a pensar que quienes venían prestando servicio debían someterse a las reglas implementadas en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, sin embargo con posterioridad se expidió el Decreto 1950 de 2005 que estableció:

“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

¹⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 27 de julio de 2017. Rad. 11001-03-15-000-2017-01476-00(AC). CP. Hernando Sánchez Sánchez.



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”.

Fueron precisamente las disyuntivas que podrían surgir lo que impulsó al legislador a establecer en el Acto Legislativo No. 001 de 2005 un párrafo transitorio (No. 5°) para dar claridad sobre la aplicabilidad tanto del Decreto 2090 como de la Ley 32 de 1986 y en aras también de salvaguardar los derechos del personal que para la entrada en vigencia de aquel venían laborando.

Ahora, si bien es cierto existen pronunciamientos en los que el Consejo de Estado ha concluido que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de una pensión de jubilación con aplicación del régimen previsto en los artículos 96 de la Ley 32 de 1986 y 168 del Decreto 407 de 1994 se debía acreditar una de las condiciones descritas en el inciso 2° del artículo 36 del Sistema General de Seguridad Social; edad o tiempo de servicio, esta Sala disiente de tal determinación y por ende de los argumentos argüidos en la demanda, en virtud que no se observa un criterio uniforme del Alto Tribunal frente a este tema. Además existe un precedente Constitucional reiterado que permite colegir que al señor Rincón Sierra le asiste el derecho a gozar de su derecho pensional bajo las normas en que se efectuó el reconocimiento. Para sustentar la posición de la Sala se realizarán las siguientes disertaciones:

El precedente judicial constituye una garantía que busca preservar la igualdad frente a aquellos asuntos en los que concurran los mismos supuestos fácticos y jurídicos y además preservar la seguridad jurídica y confianza que genera para las personas el sometimiento de las diferentes controversias a criterios definidos previamente.

(...)

Además de las decisiones disímiles adoptadas por el Consejo de Estado, para la Sala la razón determinante para separarse del criterio del Alto Tribunal descansa en la sentencia C-651 de 2015 emitida por la Corte Constitucional¹⁹, en la que claramente se puede vislumbrar cuál fue el objeto perseguido con la modificación introducida a la Constitución Política mediante el Acto Legislativo 01 de 2005, puntualmente con el párrafo transitorio 5° que estableció:

" 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". (Negrilla de la Sala)

La Corte Constitucional precisó que el objeto del aludido Acto era terminar con los regímenes especiales y no con la totalidad de reglas especiales de pensión o con las pensiones especiales del régimen general. En este sentido al referirse al Decreto 2090 de 2003 sostuvo a partir de su contenido que éste constituía un esquema de reglas pertenecientes a un régimen general ya existente, y que con el mismo no se pretendió crear un régimen distinto a los ya previstos en el sistema general (prima media y aborro individual) sino una regulación general para las pensiones de vejez de alto

¹⁹ MP. María Victoria Calle Correa.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

riesgo sustituyendo, en forma unificada la pluralidad de cuerpos sectoriales, es decir la norma no contempló un régimen especial o exceptuado.

Seguidamente el Tribunal Constitucional en aras de definir si las reglas sobre pensiones especiales de alto riesgo fueron eliminadas, de forma inmediata o con efecto diferido por el artículo 48 de la Constitución Política y sus reformas, determinó según el parágrafo transitorio 5° del Acto legislativo "no puede decirse que la Constitución, de modo claro, explícito e inequívoco haya dispuesto la supresión, inmediata o diferida, de las normas sobre pensiones de vejez por actividades de alto riesgo" y por ello concluyó que la pérdida de vigencia no opera respecto al régimen que alude a las pensiones de alto riesgo del Decreto 2090 de 2003.

Así mismo teniendo en cuenta los diferentes debates que se surtieron al interior del Congreso de la República y que precedieron a la adopción del Acto Legislativo sostuvo que hubo claridad frente a tres puntos entre ellos "que la decisión de contemplar el parágrafo transitorio 5° se debió a una pregunta específica, sobre la regulación aplicable a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, basada en el presupuesto de que el Decreto 2090 de 2003 no perdería su vigencia por el Acto Legislativo 01 de 2005".

Frente a este punto se determinó a partir de las diferentes intervenciones que las pensiones de alto riesgo y sus reglas legales, no buscaban eliminarse o limitarse y que en razón a las preguntas en torno a la afectación de esas pensiones por la aplicación del Acto Legislativo, hubo necesidad de plantear dentro del texto de la reforma una precisión expresa que las protegiera. Subsiguientemente se cuestionó por qué 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 5° del artículo 48 de la Constitución. Se indicó que la respuesta a dicho interrogante se hallaba al final del trámite de formación del Acto, dentro del tercer debate de la segunda vuelta, en el que se puso de presente una preocupación parlamentaria 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 a una situación puntual de los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, por existir presuntamente un vacío regulatorio en el tiempo en relación con este personal, que el Congreso consideró necesario colmar. En este sentido es pertinente traer a colación el texto de la Gaceta 535 de 2005²⁰ en la que se constata una intervención en la que se expresó:

"...En tercer lugar, señor Presidente, vienen los temas sectoriales, son dos concretamente, uno planteado aquí por los guardianes del cuerpo de custodia y vigilancia del Inpec durante las audiencias públicas, su situación es muy concreta, en el año 86 hubo una Ley que dijo que tendrían un régimen especial para pensionarse con cualquier edad. Al principio de la década de los noventa se creó el Inpec, se adoptó el Código Penitenciario y este Congreso le dio facultades al gobierno para que expidiera un sistema especial en materia de pensiones.

Ese decreto extraordinario se expidió incluso con posterioridad a la Ley 100, precisamente para que tuviese un régimen especial.

Incluso la misma Ley 100 y me correspondió en ese momento hablar con el Ministro de la época Juan Luis Londoño para que se accediera en ese aspecto. La Ley 100 en términos concretos y precisos dice que los funcionarios del cuerpo de custodia y vigilancia serán del Estatus de las funciones de alto riesgo. Al mismo tiempo para otros funcionarios de alto riesgo

²⁰ <http://www.senado.gov.co/az-legislativo/gacetas>. Gaceta 535 de 2005.



el Estado vino estableciendo las normas especiales, no lo hizo así con los guardianes del Inpec, sino hasta el año 2003.

De manera que hoy la pregunta o el tema o la duda que pudiera haber surgido, es cuál era el régimen aplicable de 2003 para atrás, pues de 2003 para atrás, el legislador dijo: son de alto riesgo, número 1. Número 2. Nunca se reglamentó el tema, luego conclusión seguía rigiendo el régimen que les pertenecía que fue expresamente señalado en un decreto del año de 1994. Esta tesis fue llevada a la consideración del señor Ministro de la Seguridad Social, el Ministro de Hacienda, el gobierno ha hecho una interpretación...

Ha anunciado que coincide grosso modo con esta apreciación, sería precisar la aplicación de las normas en el pasado, hacia adelante se aplica totalmente el régimen nuevo que establece la Ley o el Legislador para las funciones de alto riesgo, yo presento en esta constancia un artículo concreto sobre ese particular”

Indicó la Corte que en razón de lo anterior se dejó la siguiente constancia “Parágrafo transitorio segundo: Los Miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, Penitenciaria y Carcelaria Nacional (INPEC), que se encuentren vinculados antes del 25 de julio de 2003, se pensionarán conforme a las reglas establecidas en el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, esto es, según lo dispuesto en la Ley 32 de 1986. Quienes perteneciendo a dicho cuerpo se hubiesen vinculado a partir del 25 de julio de 2003, se pensionarán conforme a las reglas establecidas o las que se establezcan para las actividades de alto riesgo.”

Igualmente se indicó que dicha constancia se convirtió en una proposición²¹ aditiva, suscrita por miembros de distintos partidos en la que se consignó en idénticos términos lo establecido en el actual parágrafo transitorio No. 5° del Acto Legislativo y sobre el cual la Corte expuso:

“...El texto finalmente aprobado en Comisión Primera del Senado, fue en su sentido el que en definitiva quedó en el Acto Legislativo.²² Pero lo que queda claro es entonces que el origen del parágrafo transitorio 5° del artículo 48 de la Constitución fue la preocupación por colmar una aparente deficiencia regulatoria en relación con un grupo de personas debidamente

²¹ En el Acta de la sesión de Comisión del 1° de junio puede entonces observarse lo siguiente: “La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Senador Ciro Ramírez Pinzón: A ver, quiero presentar esta proposición, está firmada por casi la mayoría de compañeros, son párrafos transitorios que dice: Proposición número 183. Adiciónese el siguiente parágrafo transitorio: Parágrafo transitorio. 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. 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”.

²² Si bien con cambios de redacción, pues el aprobado por la Comisión Primera del Senado de la República decía: “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. 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”.



delimitado, y no la necesidad de delimitar el ámbito personal o material de validez del Decreto 2090 de 2003, pues el presupuesto común a los debates en que se incorporó la proposición aditiva fue que este Decreto, y en general las pensiones de alto riesgo, tendrían una vigencia no interferida por el Acto Legislativo en trámite...” (Negrilla de la Sala)

Partiendo de los antecedentes del Acto Legislativo No 01 de 2005 y de lo estimado por la Corte Constitucional en la sentencia ampliamente reseñada, para esta Sala es claro que lo que se buscó con la modificación constitucional fue preservar para los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, Penitenciaria y Carcelaria Nacional (INPEC) que venían prestando sus servicios con anterioridad al Decreto 2090 de 2003 las reglas pensionales especiales de la Ley 32 de 1986, es decir acreditar 20 años de servicio continuo o discontinuo, más no gravar su derecho pensional con exigencias adicionales. Siendo ese el propósito del párrafo 5° del Acto Legislativo resulta a todas luces contradictorio exigir a dicho personal cumplir con las previsiones de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario del régimen anterior, pues se entiende que la razón misma de haber realizado tal salvedad fue no dejar en el limbo jurídico a quienes ya venían prestando el servicio, de lo contrario y como sostuvo la Corte Constitucional, no habría sido necesario haber incorporado el precitado párrafo transitorio No. 5.

Este criterio interpretativo fue reiterado más recientemente por la Corte Constitucional en sentencia C- 093 de 2017²³ en la cual al estudiar una demanda de inconstitucionalidad en la que se controvertía los límites temporales de vigencia del régimen especial relacionado con las actividades de alto riesgo señaló

“...el parámetro de referencia para determinar el régimen jurídico aplicable a las personas que realizan actividades peligrosas, es la fecha en que se afilian al sistema pensional en calidad de trabajadores de alto riesgo, y no el momento en el que adquieren el derecho a la pensión de alto riesgo. Por ello, si a la fecha en que expira la vigencia del régimen pensional especial, las personas se encuentran vinculadas a este sistema, los trabajadores respectivos tienen derecho que se cotice según las reglas especiales, y los requisitos y beneficios pensionales serán los determinados en dicha normatividad, así no haya adquirido el derecho a la pensión...”

“...Por otro lado, con respecto a las acusaciones en contra de las reglas sobre la aplicabilidad de las referidas reglas especiales para las pensiones por actividades de alto riesgo, la Corte también encuentra que tampoco están llamadas a prosperar, puesto que no se desconocen las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2005, ni los derechos adquiridos ni las expectativas legítimas de quienes realizan actividades de alto riesgo.

Primero, tal como lo aclaró el Ministerio de Trabajo en su intervención, el derecho a la pensión lo tienen las personas que han satisfecho los requisitos para la prestación, y en esta oportunidad la norma demandada, al fijar un plazo de vigencia de las normas especiales, deja a salvo los derechos prestacionales de estas personas.

Segundo, tampoco se desconocen las expectativas legítimas de quienes se encontraban vinculadas al régimen de pensiones de alto riesgo al momento de entrar en vigencia el Decreto 2090 de 2003, pues las personas vinculadas al mismo hasta esa fecha, e incluso hasta el 31 de diciembre de 2014, y posteriormente hasta el 31 de diciembre de 2024, aun sin haber satisfecho los requisitos para la pensión, se siguen rigiendo

²³ MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.



por las normas especiales de la pensión por actividades peligrosas. Únicamente quienes se afilien al sistema pensional a partir del 31 de diciembre de 2014, o 31 de diciembre de 2024, lo hacen prescindiendo de las reglas especiales aludidas...

Así entonces, para la Sala de Decisión conforme a las pruebas aportadas al proceso por la entidad es claro que la pensión de vejez reconocida al señor Rincón Sierra se encuentra ajustada a derecho pues, se reitera, que el fin de la previsión adoptada en el Acto Legislativo No. 01 de 2005 fue preservar el derecho a gozar de una pensión bajo los lineamientos de la Ley 32 de 1986 por estar vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003.

Igualmente y aun cuando el Consejo de Estado ha sostenido que para la aplicación de la Ley 32 de 1986 es menester el cumplimiento de uno de los requisitos contenidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esta interpretación difiere de la finalidad misma de la modificación hecha al artículo 48 de la Constitución Política, tal como se constata en los debates legislativos y se valida por la Corte Constitucional. (...)

Con fundamento en lo anterior, es menester analizar las infracciones alegadas por la parte demandante frente a las pruebas allegadas al expediente; para determinar si en efecto el señor JUSTO GERMÁN MEDINA JIMÉNEZ estaba vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, para luego concluir que si tenía o no derecho a la aplicación del régimen de pensiones especiales consagrado en la Ley 32 de 1986, como se estableció en el acto administrativo demandado.

Es importante en este punto aclarar que el Decreto 2090 de 2003 que consagra – en palabras de la Corte Constitucional- un esquema normativo de pensiones de alto riesgo que se inscribe en el régimen de prima media con prestación definida, dentro del sistema general de pensiones, en otras palabras, no se trata de una normativa que contemple un régimen especial o exceptuado sino por así decirlo de unas reglas generales sobre pensiones especiales de alto riesgo que ofrecen un trato especial, en razón a que “*generan por su propia naturaleza la disminución de la expectativa de vida saludable del trabajador, independientemente de las condiciones en las cuales se efectúe el trabajo*”; de allí que, el legislador no la hubiera previsto –a la actividad prestada por el personal de custodia y vigilancia de los internos del INPEC- de forma expresa dentro del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, donde se enunciarion los regímenes especiales, exceptuados de las prescripciones del sistema general de pensiones.



En ese mismo orden, el régimen de transición determinado en el artículo 6²⁴ para poder ejercer los derechos que se establecen en ese decreto, si bien exige el cumplimiento en adición a los requisitos especiales ahí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; en otras palabras, deberá tener a la vigencia del Decreto 2090 (28 de julio de 2003²⁵) un mínimo de cotización de al menos 500 semanas de cotización especial y 40 años de edad o 15 años de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el Sistema, para que se le reconozca la pensión de vejez en las condiciones establecidas en normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo, esto es, en la Ley 32 de 1986, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003. Es decir, que el Decreto considera como un presupuesto indispensable para la transición en este ámbito, la satisfacción de los requisitos comunes al régimen de prima media con prestación definida, previsto en el sistema general de pensiones; sin embargo, estas condiciones que no exige el Acto Legislativo 01 de 2005 resultan menos favorables frente a la simple exigencia determinada en él, esto es, la de haber ingresado con anterioridad a la vigencia del Decreto 2090 de 2003 y haber cubierto las cotizaciones correspondientes que no son otras que las realizadas al sistema de seguridad social en pensiones, en tanto, no hay que olvidar que la reformaba buscaba la sostenibilidad de las finanzas públicas sin pasar por alto que *“Las pensiones de vejez por actividades de alto riesgo responden justamente a la necesidad de proteger de forma especial a quienes, por la profesión u ocupación que ejercen, están sujetos a una disminución de sus expectativas de vida saludable. Un tratamiento pensional uniforme en esta materia supondría desconocer la cláusula de erradicación de las injusticias presentes”*.²⁶

²⁴ ARTÍCULO 6o. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> *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.*

²⁵ De conformidad con el artículo 11 regiría a partir de su publicación, lo cual, se produjo en el Diario Oficial No. 45.262 del 28 de julio de 2003.

²⁶ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-651 del 14 de octubre de 2015. Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa.



A criterio de la Sala, esto indica entonces que, el régimen de transición aplicable a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional del INPEC que ingresaron con anterioridad a la vigencia del Decreto 2090 de 2003 es el establecido por el párrafo transitorio 5° del Acto Legislativo 01 de 2005 que remite de forma clara a la Ley 32 de 1986.

Interpretar en la forma planteada en la demanda, daría como resultado el absurdo de que con o sin el párrafo transitorio 5° del Acto Legislativo 01 de 2005, para poder aplicar la Ley 32 de 1986 se debería tener régimen de transición de Ley 100 de 1993, es decir, la norma constitucional en estudio no tendría ningún efecto.

Bastan las anteriores consideraciones legales, interpretativas, y jurisprudenciales para estudiar:

2.5. CASO CONCRETO.

Una vez analizado el *sub lite* a la luz del acervo probatorio existente en el proceso, especialmente con el expediente administrativo aportado en físico, este Cuerpo Colegiado precisa que, se encuentra debidamente probado lo siguiente:

- a. El señor JUSTO GERMÁN MEDINA JIMÉNEZ nació el 25 de agosto de 1958, por lo que, cumplió 55 años de edad en el año 2013²⁷.
- b. De acuerdo al certificado de información laboral y de salarios de salarios base y mes a mes²⁸, el señor JUSTO GERMÁN MEDINA JIMÉNEZ laboró como Dragoneante en el INPEC desde el 28 de agosto de 1981 hasta el 31 de diciembre de 2014²⁹.

²⁷ Según copia del registro civil de nacimiento fol. 89.

²⁸ Fol. 90 a 131.

²⁹ Fol. 137.



d. Durante el periodo laborado en el INPEC el señor JUSTO GERMÁN MEDINA JIMÉNEZ efectuó aportes a³⁰:

Periodo de aportes		Caja o Fondo
Desde	Hasta	
28-08-1981	30-06-2009	CAJANAL
01-07-2009	30-09-2012	ISS
01-10-2012	31-12-2014	COLPENSIONES

e. Mediante Resolución N° RDP 57210 del 17 de diciembre de 2013, la UGPP reconoce y ordena el pago de una pensión Vejez a favor del señor JUSTO GERMÁN MEDINA JIMÉNEZ, de conformidad con la Ley 32 de 1986, Decreto 407 de 1994, Acto Legislativo 01 de 2005, efectuando la liquidación con el 75% de lo devengado entre el 01 de agosto de 2012 al 30 de julio de 2013, en cuantía de \$1.439.838,00 pesos m/cte., efectiva a partir del 01 de agosto de 2013, pero con efectos fiscales una vez demostrara el retiro definitivo del servicio³¹.

f. De acuerdo con el acto administrativo demandado, el demandante adquirió el estatus de pensionado el 27 de agosto de 2001, por haber acreditado un total de 20 años de servicio requeridos por el artículo 96 de la Ley 32 de 1986; régimen que fue aplicado por encontrarse prestando el servicio al INPEC a la fecha de vigencia del Decreto 407 de 1994, de acuerdo con el artículo 168 del señalado decreto y el párrafo 5° transitorio del Acto Legislativo No. 001 de 2005³².

g. Que el Ingreso Base Liquidación de la pensión del demandado se calculó sobre el 75% del promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó o aportó el beneficiario entre el 1 de agosto de 2012 y el 20 de julio de 2013, a saber, asignación básica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados³³.

³⁰ Fol. 131.

³¹ Fol. 139 rv a 144.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.



De acuerdo con todo lo anterior, el demandado JUSTO GERMÁN MEDINA JIMÉNEZ, a la vigencia del Decreto 2090 de 2003 (28 de julio de 2003) se encontraba vinculado al cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC como Dragoneante.

Así las cosas, considera la Corporación que, de acuerdo a lo establecido en el párrafo transitorio 5° del Acto Legislativo 01 de 2005 el demandado JUSTO GERMÁN MEDINA JIMÉNEZ tiene derecho a gozar de la pensión de vejez con aplicación del régimen de alto riesgo vigente con anterioridad al Decreto 2090 de 2003 por razón de los riesgos de su labor, este es, el dispuesto en la Ley 32 de 1986 que solo exige veinte años de servicios, continuos o discontinuos al servicio de la guardia nacional, sin tener en cuenta la edad; por tanto, habiendo ejercido el cargo de Dragoneante desde el 28 de agosto de 1981 al 31 de diciembre de 2014; los 20 años de servicios a la institución los cumplió el día 27 de agosto de 2001, fecha en la cual adquirió el estatus jurídico de pensionado, tal y como lo determina el acto demandado.

Una interpretación en sentido contrario constituye una clara violación al derecho adquirido por el pensionado, en los términos expuestos por la misma Corte Constitucional que afirma que este es "*la ventaja o el beneficio cuya conservación o integridad, está garantizada, en favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción.*"³⁴ y la condición más beneficiosa; principios "mínimos fundamentales" que deben, por todo lo argumentado, protegerse y garantizarse.

De conformidad con lo expuesto, al demandado le es aplicable en su integridad la citada Ley 32 de 1986, por lo que, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no lo es pues el Acto Legislativo tantas veces mencionado aclaró de forma concreta lo anterior, y por esa razón, tampoco es aplicable la regla jurisprudencial de interpretación sobre el IBL realizada por la Corte Constitucional en sentencias C- 258 de 2013 y SU 230 de 2015, que fue ampliada para todas las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 en

³⁴ Sentencia C-168 del 20 de abril de 1995. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz. Exp. No. D-686. Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 11 parcial, 36 parcial, y 288 de la ley 100 de 1993.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

la sentencia T-109 de 2019. No obstante, se debe aclarar que en vista a que la norma especial en materia pensional aplicable a los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria, no contempló los factores a tener en cuenta para su liquidación, se deberá atender a la remisión del artículo 114 de la misma Ley 32 de 1986, que señala que en los aspectos no previstos en ella, se aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales, y no pudiendo ser la Ley 33 de 1985 por estar expresamente excluidos estos servidores de su ámbito³⁵ es necesario acudir al Decreto 1045 de 1978 que en su artículo 45 determina los factores de salario para la liquidación de pensiones que fueron devengados en el último año de servicios, entre los cuales están enlistados los que tuvo en cuenta la entidad para liquidar la pensión del demandado³⁶.

En lo que respecta a la competencia para el reconocimiento y pago de la pensión del señor JUSTO GERMÁN MEDINA JIMÉNEZ, quien cumplió –como se dijo anteriormente- con el estatus jurídico de pensionado (27 de agosto de 2001) antes del 1 de julio de 2009 -fecha del traslado masivo al ISS de afiliados ordenado por el Decreto 2196 de 2009-, cuando aún se encontraba cotizando a CAJANAL, resulta claro conforme al artículo 156 de la Ley 1151 de 2007³⁷ y el numeral 1° del artículo 6°

³⁵ La Ley 33 de 1985, en su artículo 1° inciso segundo establece: “No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones”.

³⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SUB SECCIÓN “A”. Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de dos mil catorce (2014) Radicación número: 5001-23-31-000-2008-00239-01(0889-13) Actor: RICARDO OROZCO BEDOYA Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL. Reiterado en Sentencia 2016-00759 de abril 25 de 2019, esta vez, por la Subsección B de la Sección Segunda, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad.: 11001032500020160075900. N° Interno: 3482-2016.

³⁷ ARTÍCULO 156. GESTIÓN DE OBLIGACIONES PENSIONALES Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. Créase la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Esta Unidad Administrativa tendrá a su cargo:

i) El reconocimiento de derechos pensionales, tales como pensiones y bonos pensionales, salvo los bonos que sean responsabilidad de la Nación, así como auxilios funerarios, causados a cargo de administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional, y de las entidades públicas del orden nacional que hayan tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, respecto de las cuales se haya decretado o se decrete su liquidación. Para lo anterior, la entidad ejercerá todas las gestiones inherentes a este numeral, tales como la administración de base de datos, nóminas, archivos y asignaciones al Gobierno Nacional en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003;

(...)



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

del Decreto 575 de 2013³⁸ que le correspondía a la UGPP; y en consecuencia, se declarará probada la excepción propuesta de falta de legitimación en la causa de COLPENSIONES. En este sentido se ha pronunciado el CONSEJO DE ESTADO al resolver los conflictos de competencias administrativas suscitados entre la UGPP y COLPENSIONES en torno a las pensiones especiales de riesgo del INPEC, de la cual se cita el siguiente aparte, decisión esta que no solo soporta la competencia de la primera de las entidades, sino la interpretación del parágrafo 5 del Acto Legislativo 01 de 2005 y la aplicación de la Ley 32 de 1986 a los empleados de INPEC que entraron a laborar antes de la vigencia del Decreto 2090 de 2003:

“De conformidad con la normativa transcrita, para la Sala el Acto Legislativo mencionado, el cual es una norma posterior y de superior jerarquía, estableció el régimen aplicable para los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional. De acuerdo con ello, el régimen aplicable para estos funcionarios del INPEC es el contemplado en el Decreto 2090 de 2003 salvo, para aquellos miembros de dicho cuerpo que se hubieren vinculado al mismo con anterioridad a la entrada en vigencia de este, en cuyo caso el régimen aplicable continuaría siendo el establecido en la Ley 32 de 1986.”³⁹

...

3) Al tenor del artículo 96 de la Ley 32 de 1986, su eventual derecho a obtener la pensión de jubilación se causó como afiliado a Cajanal, esto es el 31 de mayo de 2002. Por lo tanto, no se había producido el traslado masivo al ISS que ordenó el artículo 4 del Decreto 2196 de 2009⁴⁰.

En este orden de ideas, en aplicación de la regla según la cual deberá estudiar la solicitud de reconocimiento pensional la entidad en la que el peticionario haya causado su derecho, para la Sala es evidente que en el caso que se examina dicha entidad es la UGPP.

Teniendo en cuenta que al peticionario le es aplicable el régimen de la Ley 32 de 1986, la Sala no comparte los argumentos esgrimidos por la UGPP al sostener que precisamente

³⁸ “Por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y se determinan las funciones de sus dependencias”; norma que subrogó las funciones establecidas en el literal A del artículo 1° del Decreto 169 de 2008 y derogó el Decreto 5021 de 2009.

³⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 8 de junio de 2016. Radicación No. 11001-03-06-000-2016-00048-00.

⁴⁰ Artículo 4°. Del traslado de afiliados. La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, deberá adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS. Igualmente, deberá trasladar a dicha entidad los conocimientos sobre la forma de adelantar el proceso de sustanciación de los actos administrativos de reconocimiento de pensión de estos afiliados cotizantes, en la medida en que se trata de servidores públicos, para lo cual, estas entidades fijarán las condiciones en la que se realizará dicho traslado.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

estas normas son las que deben tenerse en cuenta al momento de resolverle la petición al señor Rufino Guerra Cornelio.

Lo anterior, dado que el parágrafo 5° del Acto Legislativo 01 de 2005 claramente señaló que a quienes ingresaron con anterioridad al 26 de julio de 2003 (fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003), se les aplicaba el régimen hasta ese entonces vigente.”⁴¹

Así, gozando los actos administrativos de presunción legal y correspondiendo desvirtuarla a quien la alega⁴², sin que en el presente caso se demostrara lo contrario, es menester que por estas razones se desechen los cargos de expedición con infracción de las normas superiores en que debería fundarse, presentados en la demanda.

En consecuencia, ante la no prosperidad de las pretensiones por las razones expresadas se declararán probadas las excepciones de “*inexistencia de la obligación demandada*” propuesta por COLPENSIONES y la denominada “*estricto cumplimiento a los mandatos legales*” formulada por el demandado JUSTO GERMÁN MEDINA JIMÉNEZ, haciendo innecesario estudiar las demás excepciones de fondo planteadas de “*prescripción*” y “*cobro de lo no debido, por el ser el demandado un poseedor de buena fe*”.

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conflicto negativo de competencias entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales (UGPP) del 30 de julio de 2019. Número de radicación: 11001030600020190008800.

⁴² En este sentido, la siguiente providencia: “*En términos legales y de acuerdo con el régimen probatorio colombiano, le incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*” (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil). *De suerte que dicha norma, atribuye a las partes el deber de probar “actio incumbit probandum”; lo que conduce a concluir, que el acto acusado se considera ajustado a derecho, mientras que no se demuestre lo contrario, como eficazmente lo prescribe el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.*” CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A. CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Sentencia del 31 de enero de 2008. REF: Expediente No. 73001-23-31-000-2002-01141-01 (1490-06). Actor: BETULIA OSPINA DE RUBIO C/ MUNICIPIO DE IBAGUÉ – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES PÚBLICAS.



3. CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta lo anterior, este colegiado concluye que el actor tiene derecho al pago de la pensión de jubilación prevista en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, al haber estado vinculado al cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC antes de la vigencia del Decreto 2090 de 2003, conforme a lo dispuesto en el párrafo 5° transitorio del Acto Legislativo; así como, a los factores que integran el ingreso base de liquidación señalados en el Decreto 1045 de 1978 y que fueron devengados en el último año de servicios, por remisión de la misma Ley 32 de 1986 a las normas vigentes para los empleados públicos nacionales, tal y como lo determinó el acto administrativo demandado, el cual fue expedido por la autoridad competente en razón a la facultad conferida a la UGPP para el reconocimiento y pago de las pensiones de los afiliados a la extinta CAJANAL que se causaran antes del 01 de julio de 2009; por lo que, es menester denegar la nulidad y el restablecimiento del derecho solicitado por la entidad demandante.

4. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS:

Tal como lo definió la Sala Plena de este Tribunal en sentencia del 1 de noviembre de 2018⁴³ y ante la existencia de diversidad de criterios en torno a la condena en costas en materia contencioso administrativo, pero la mayoría de los existentes tendientes a calificar o valorar su causación como requisito para su imposición (criterios objetivos, artículo 188 del C.P.A.C.A., pero acudiendo a las normas del civiles, artículos 365 y 366 del C.G.P., para determinar si se imponen o no) en el presente caso solo se observa el ejercicio del derecho de acción de la parte demandante, el de contradicción del demandado y la vinculada; además de la inexistencia de prueba dentro del expediente que se hayan causado costas a favor

⁴³ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDÍO. Sala Plena. Sentencia del 1 de noviembre de 2018. Magistrado Ponente: ALEJANDRO LONDOÑO JARAMILLO. Asunto: Sentencia de segunda instancia. Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Demandante: José Romel Gutiérrez Salcedo. Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional- CASUR. Radicado: 63001-3340-005-2016-00066-01.



de la parte demandada, razones suficientes para negar su imposición en esta instancia.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDÍO, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRENSE PROBADAS las excepciones de fondo denominadas falta de legitimación en la causa material por pasiva propuesta por COLPENSIONES y las denominadas "*inexistencia de la obligación demandada*" y "*estricto cumplimiento a los mandatos legales*" formuladas respectivamente por COLPENSIONES y el demandado JUSTO GERMÁN MEDINA JIMÉNEZ, por las razones dadas.

SEGUNDO: DENIÉGUENSE las pretensiones de la demanda, por las consideraciones antes expuestas.

TERCERO: Sin condena en costas por lo antes expuesto.

CUARTO: En firme la sentencia, **DEVUÉLVASE** al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso, **CANCÉLESE** su radicación y **ARCHÍVESE** el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.



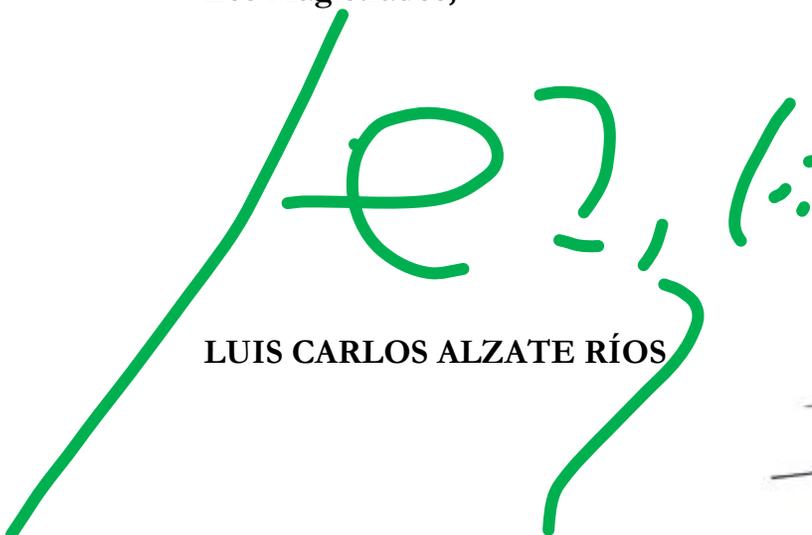
Jurisdicción Contencioso

Administrativa

El proyecto de esta providencia fue estudiado, discutido y aprobado por la Sala en sesión del día de hoy, según Acta N° 016.

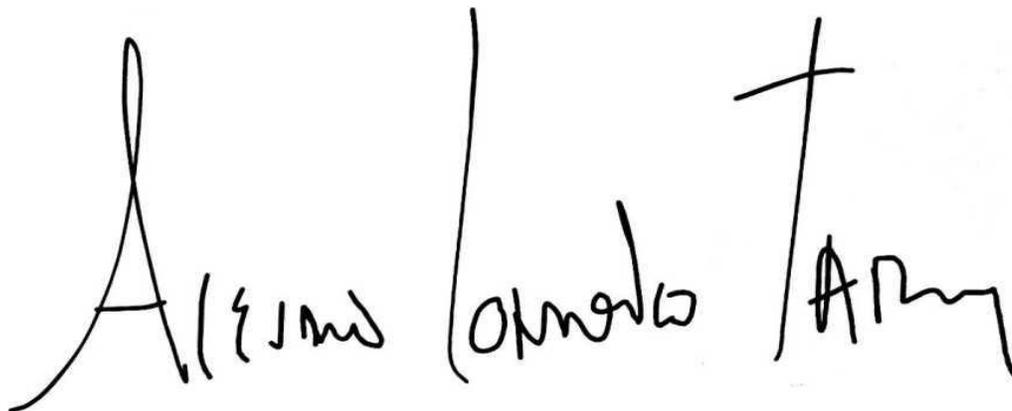
NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


LUIS CARLOS ALZATE RÍOS



JUAN CARLOS BOTINA GÓMEZ



ALEJANDRO LONDOÑO JARAMILLO

Con Salvamento de Voto



República de Colombia



Tribunal Administrativo del Quindío

Asunto: Salvamento de voto
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Proceso: 63001-2333-000-2019-00133-00
Demandante: Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones parafiscales de la Protección Social UGPP
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones y Justo Germán Medina Jiménez.

Con el mayor respeto me permito salvar el voto en el proceso de la referencia, conforme a las siguientes argumentaciones:

En la sentencia que me aparto, se argumentó para negar las pretensiones de la demanda que el Acto Legislativo No. 01 de 2005 creó un régimen de transición autónomo e independiente al consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, indicando que se tiene el derecho al pago de la pensión de jubilación prevista en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, solo con el hecho de haberse vinculado con anterioridad a la vigencia del Decreto 2090 de 2003.

Al respecto considero que dicha interpretación no atiende a lo dispuesto de manera conjunta y sistemática por el Acto Legislativo No. 01 de 2005 y por la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, quien es la Sección especializada que fija la interpretación de estos asuntos, pues es claro que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para que a un empleado vinculado al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, le fuera reconocida una pensión de conformidad con el régimen especial determinado en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, debía acreditar las condiciones establecidas en el artículo 6° del decreto



ley 2090 de 2003, así como también pertenecer al régimen transicional del inciso segundo del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Para ilustrar lo anterior, me permito transcribir las consideraciones realizadas al respecto en sentencia proferida por esta Corporación el 5 de julio de 2019, veamos en extenso lo concluido en dicha providencia:

El régimen pensional de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC-

Con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985, la cual en su artículo 1° disponía que los empleados oficiales tendrían derecho al pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio base para los aportes durante el último año de servicios, siempre que hubiera laborado 20 años y tenga 55 años de edad; en esa misma disposición, particularmente en su inciso segundo, se dispuso expresamente que lo allí consagrado no resultaba aplicable a los empleados oficiales que desarrollaran actividades que por su naturaleza justificara la excepción, ni a aquellos que por ley gozaran de un régimen especial de pensiones, siendo el caso de los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, cuyo régimen pensional se encontraba consagrado en la Ley 32 de 1986 y en el Decreto 407 de 1994.

Ahora bien, en la Ley 32 de 1986, “*Por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia*”, en su artículo 1, consagró su campo de aplicación así:

“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.”

De igual forma, en dicha norma se determinó que el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional está compuesto por oficiales, suboficiales, dragoneantes y guardianes, quienes dependen directamente del Comando de Vigilancia de la Dirección General de Prisiones y que tendrían derecho a una pensión de jubilación en los siguientes términos:

“ARTICULO 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.”*

Posteriormente el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 407 de 1994, en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 65 de 1993, estableciendo en su artículo 168, que:



“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.”

Conforme a lo anterior, pareciera que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional vinculados al INPEC antes del 21 de febrero de 1994, sin excepción gozarían de una pensión de jubilación en los términos previstos en la Ley 32 de 1986, sin embargo, dicha conclusión no es acertada, comoquiera que 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, y el personal adscrito al INPEC no hace parte de los regímenes exceptuados de su aplicación consagrados en el artículo 279 ibídem, por lo que al quedar cobijados por las disposiciones de la Ley 100 de 1993, su personal solo podría acceder a la pensión del régimen especial anterior si acreditaba el cumplimiento de los requisitos para acceder al régimen de transición en materia pensional. Así lo ha entendido el Consejo de Estado que en numerosos pronunciamientos determinó:

“ (...) 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 Ley 32 de 1986.

(...)

Por su parte, Cajanal se opone a la prosperidad de las pretensiones del actor en consideración a que el interesado no quedó cobijado por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por ello no puede aplicársele la normatividad especial anterior a su vigencia.

Al respecto, resulta válido afirmar que, tal como quedó establecido, con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, el actor se encontraba regulado, para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación, por un régimen especial que desapareció con la entrada en vigencia de dicha ley. En efecto, el artículo 279 del citado ordenamiento exceptuó de su aplicación algunos empleados, entre los cuales no se incluyeron los funcionarios del INPEC.



En este orden de ideas, a partir de su vigencia debe aplicárseles la nueva normatividad en materia pensional, excepto que se encuentren dentro del régimen de transición previsto en el citado artículo 36, que dispuso:

(...)

Ahora bien, descendiendo al caso concreto, se encuentra acreditado en el plenario que el señor Gustavo Cadavid Román, para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con un tiempo de servicio al INPEC de 11 años, 10 meses y 6 días (si en gracia de discusión este tiempo se sumara al prestado en la fuerza pública se contaría con un lapso de 13 años, 3 meses y 20 días) y tenía 34 años de edad, pues nació el 3 de marzo de 1960.

Se concluye, entonces, que el demandante no es beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no tenía 15 años de servicio o 40 años de edad al 1 de abril de 1994 y, por lo tanto, no puede pensionarse de conformidad con la normatividad especial prevista para los funcionarios del INPEC, esto es la Ley 32 de 1986.

En efecto, esta tesis ha sido sostenida en reiteradas oportunidades por esta Corporación, en los siguientes términos⁴⁴:

“(...)

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.

Así lo ha sostenido la Sala en reiterados pronunciamientos¹:

“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 ibídem no se encuentran enlistados los funcionarios del INPEC. (...).

Sin embargo, (...) El señor Fernando Rubio Gómez al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, tenía más de 40 años de edad, pues nació el 13 de

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 22 de abril de 2010, Radicación No.: 15001-23-31-000-2001-01733-01(0858-09), Actor: José Eustacio Jiménez García. En el mismo sentido, también se puede consultar la sentencia de 10 de agosto de 2006, proferida por la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación, con ponencia del Dr. Jaime Moreno García, Radicación No.: 25000-23-25-000-2002-12679-01(2556-04), Actor: Saúl Barreto.

¹ Sentencia de 27 de abril de 2006 Rad. 2849-2004. Actor. Fernando Rubio Gómez. M.P. Jesús María Lemos Bustamante.



agosto de 1949, y 15 años de labores por lo que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que le permite pensionarse con el régimen previsto para los funcionarios del INPEC contemplado en la Ley 32 de 1986.

Lo anterior, toda vez que los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, están exceptuados del régimen pensional general de que trata dicha ley por gozar de un régimen especial consagrado en la Ley 32 de 1986 y en el Decreto 407 de 1994.”. (Resalta la Sala).

Así las cosas, como el actor no es beneficiario del régimen de transición pensional, tampoco pudo acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación con veinte años de servicio y cualquier edad, al tenor de lo dispuesto por la Ley 32 de 1986 y, por lo tanto, las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar, razón por la cual el proveído impugnado será confirmado (...).⁴⁵

En una oportunidad más reciente la misma Corporación consideró:

“(…) es preciso señalar que de acuerdo con lo previsto en el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, derogado por el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003, 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. En los siguientes términos:

(…)

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 y no incluyó al INPEC dentro de los regímenes especiales exceptuados de las mismas (artículo 279). Sin embargo, la citada Ley 100 de 1993 al establecer el régimen transición, previsto en su artículo 36, permitió que la situación particular de los empleados que se encontraban, en ese momento, próximos a adquirir su estatus pensional, se siguiera rigiendo,

⁴⁵Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá, d.c., Veintidós (22) de septiembre de dos mil once (2011). Radicación número: 76001-23-31-000-2009-00460-01(0922-11). Actor: Gustavo Cadavid Román Demandado: Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal.



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. Para mayor ilustración se transcribe el artículo 36 de la Ley 100 de 1993:

(...)

Sobre este particular, debe decirse que la disposición en materia pensional vigentes antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, para los empleados oficiales del orden nacional era la Ley 33 de 1985 la cual, si bien es cierto en su artículo 1° fijó los requisitos de tiempo y edad necesarios para el reconocimiento de una pensión de jubilación, también es cierto que excluyó de esta regla a los empleados oficiales que disfrutaban de un régimen especial de pensiones, como es el caso de los integrantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC.

En efecto, el citado artículo 1° dispuso:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones (...).”

De este modo, 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 servicio⁴⁶.

Así las cosas, de acuerdo con lo expuesto en el escrito de tutela, y lo acreditado en el proceso ordinario, resulta evidente que el hoy actor de tutela, es beneficiario del régimen de transición, tal y como lo verificó el Juez del proceso ordinario (...).”⁴⁷.

Siguiendo lo expuesto aunque es claro que a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC solo pueden pensionarse conforme los

⁴⁶Consejo de Estado Sección Segunda Subsección “B”, Sentencia del 22 de abril de 2010, Radicado. No. Interno 0858 -09, Consejero Ponente. Gerardo Arenas Monsalve.

⁴⁷Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá D.C., Primero (1) de Agosto de dos mil trece (2013). Radicación Número: 11001-03-15-000-2013-01193-00(ac). Actor: Javier de Jesús Alzate Acevedo. Demandado: Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.



parámetros establecidos en la Ley 32 de 1986 si reúnen los requisitos para ser beneficiarios del régimen de transición pensional consagrados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, ha de anotarse que en las providencias citadas en ningún momento se analizaron los efectos que el párrafo transitorio No. 5 del Acto Legislativo 01 de 2005 puede tener respecto al régimen pensional del personal del INPEC al disponer 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. 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”*.

Ahora bien, una interpretación literal del señalado párrafo permitiría concluir que para que un integrante del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC acceda a una pensión de jubilación en la forma señalada en la Ley 32 de 1986, basta con que su vinculación a la entidad se haya producido antes de la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, sin importar si pertenece o no al régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, deviniendo por tanto inaplicables los análisis que sobre el particular había realizado la Sección Segunda del Consejo de Estado en las sentencias previamente señaladas, máxime porque se trata de derechos pensionales consolidados antes de la vigencia del señalado Acto Legislativo.

Sin embargo, la interpretación sobre el alcance del párrafo transitorio No. 5 del Acto Legislativo 05 de 2005 no ha sido pacífica, pues mientras la Sección Primera del Consejo de Estado ha considerado que en virtud del mismo puede aplicarse directamente la ley 32 de 1986 a quienes se hubieran vinculado al INPEC con anterioridad a la vigencia del Decreto 2090 de 2003, sin importar si cumplen o no con los requisitos del régimen de transición establecidos en la Ley 100 de 1993; la Sección Segunda ha considerado que una interpretación en dicho sentido, desconoce el querer del legislador y prorrogaría la vigencia de la Ley 32 de 1986 por veinte años más, habida cuenta que se beneficiarían de ella incluso las personas que hubieran ingresado al servicio del INPEC un día antes a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003.

Sobre el particular la Sección Primera del Consejo de Estado señaló:

“...(...) Descendiendo al caso concreto, el Tribunal accionado en el análisis que realizó de las normas frente a la situación particular del accionante llegó a la conclusión de que la Ley 100, fue puesta en vigencia a partir del 1º de abril de 1994, estableciendo un régimen de transición que permitía que la situación particular de los empleados que se encontraban próximos



a adquirir su estatus pensional se rigieran en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto por las disposiciones normativas **anteriores**, para el caso de los integrantes del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional del INPEC, los parámetros pensionales eran los señalados en la Ley 32 de 1986 y el Decreto 407 de 1994, **siempre y cuando hubieran acreditado las condiciones descritas en el inciso 2º del artículo 36 de la ley 100.**

Para la Sala los despachos accionados dejaron de lado el análisis que se debía realizar del párrafo transitorio 5º, del Acto Legislativo 01 de 2005 "Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política" que concierne a la situación de labor de alto riesgo de los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, para determinar el régimen pensional aplicable al trabajador, a fin de concluir si tenía derecho o no a la reliquidación de su pensión con los factores salariales señalados por el accionante.

Así, para la Sala es claro que el artículo 140 de la Ley 100, ordenó al Gobierno Nacional la expedición de un régimen para los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, particularmente, indicando a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia nacional penitenciaria, lo cual fue concretado con la expedición el Decreto 2090 de 2003.

Sin embargo, para la Sala el sentido del párrafo transitorio 5º, como se puede observar de sus antecedentes, no fue perpetuar un régimen especial como lo es la Ley 32 de 1986, sino definir "**una claridad de interpretación**", es decir que se aplique a miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria que ingresaron antes al 28 de julio de 2003 régimen contenido en la Ley 32 de 1986; luego este sentido de la norma, excluye la aplicación del artículo 36 de la Ley 100, para determinar si los son o no beneficiarias del régimen de transición y, en consecuencia, para las personas que ingresaron al servicio antes del Decreto 2090 de 2003 deberá ser aplicado el régimen contenido en la Ley 32 de 1986, por razón de los riesgos de su labor, equilibrando así el sentido del Decreto 2090 de 2003 que regiría para este tipo de trabajadores, con los que laboraron antes de dicha norma, en las mismas condiciones y tienen la expectativa de pensionarse.

Como se puede observar este párrafo transitorio quiso diferenciar el régimen especial aplicable a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria a los que se le aplicaría el Decreto 2090 de 2003, en razón del alto riesgo en su labor, con los miembros que habían ingresado con anterioridad a la vigencia de dicho decreto, indicando con claridad meridiana que a estas últimas personas, **por razón de los riesgos de su labor**, se le aplicaría el régimen vigente hasta entonces, es decir la Ley 32 de 1986 .



Para la Sala, los juzgados judiciales accionados incurrieron en un defecto sustancial al no analizar los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005, indicando simplemente que aun cuando el acto legislativo determinara que las personas ingresaran antes de la vigencia de Decreto 2090 de 2003 se les aplicaría el régimen pensional especial contenido en la Ley 32 de 1986, igualmente debía examinarse si la persona sometida al reconocimiento de pensión, cumplía o no con ser beneficiario del régimen de transición, siendo esta consideración contraria al sentido la norma contenida en parágrafo transitorio 5° del Acto Legislativo 01 de 2005, incorporado al artículo 48 de la Constitución Política. De esta manera, los accionados omitieron aplicar el principio de favorabilidad consiste en la obligación de todo servidor público de optar por la situación más favorable al empleado, en caso de duda en la aplicación e interpretación jurídicas.

Acorde con el anterior análisis el derecho pensional del actor debía estar regulado por lo previsto en la Ley 32 de 1986 toda vez que se incorporó al servicio desde el año 1990, en consecuencia, esta es la normatividad que debieron aplicar los despachos accionados que profirieron los fallos acusados.

De igual forma la Sección Segunda de esta Corporación, ha llegado a la misma conclusión, indicando que el régimen aplicable a los funcionarios del INPEC es el regulado por lo previsto en la Ley 32 de 1986⁴⁸:

“[...] Cuestión de Fondo

Los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Penitenciaría Nacional, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, están exceptuados del régimen pensional general de que trata la Ley 100 de 1993 por gozar de un régimen especial consagrado en la Ley 32 de 1986. Esta disposición en su artículo 1° consagró su campo de aplicación con el siguiente tenor literal:

“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”.

Dicho ordenamiento determinó que el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaría Nacional está compuesto por oficiales, suboficiales y guardianes, (cargo desempeñado por el actor) quienes dependen directamente del Comando de Vigilancia de la Dirección General de Prisiones.

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

⁴⁸ Sentencia de 12 de mayo de 2014, expediente 5001-23-31-000-2008-00239-01 (0889-13), Magistrado Ponente doctor, Luis Rafael Vergara Quintero.



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:

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

En 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.[...]”

Así las cosas, la Sala precisa que atendiendo al régimen contenido en la Ley 32 de 1986, ha de indicarse que si bien el artículo 96 de dicha ley no contempló los factores salariales a tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, factores objeto de reclamación por parte del accionante ante los despachos judiciales demandados, es procedente remitirse a lo establecido en el artículo 114 de la misma Ley 32 de 1986 y al Decreto 407 de 1994, que indicaron, para esos efectos, la aplicación del régimen vigente para los empleados públicos del orden nacional.

Es importante precisar que si bien la norma vigente para los empleados del orden nacional, a que hace referencia el artículo 114 de la Ley 32 de 1986 y el Decreto 407 de 1994, era la Ley 33 de 1985, esta norma no aplica a los servidores cobijados por un régimen especial, dada la exclusión expresa en el artículo 1º inciso segundo⁴⁹ y por tanto en cuanto a los factores salariales es preciso acudir al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978⁵⁰.

⁴⁹ La Ley 33 de 1985, en su artículo 1º inciso segundo establece: “No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones”.

⁵⁰ Artículo 45º.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

A) La asignación básica mensual; b) Los gastos de representación y la prima técnica; c) Los dominicales y feriados; d) Las horas extras; e) Los auxilios de alimentación y transporte; f) La prima de navidad; g) La bonificación por servicios prestados; h) La prima de servicios; i) Los viáticos que recibían los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio; j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978; k) La prima de vacaciones; l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

Por lo expuesto, la Sala considera que las decisiones judiciales cuestionadas incurrieron en el defecto sustantivo endilgado por el accionante, porque es claro que la situación particular y concreta del accionante, se regula bajo el régimen especial, por lo tanto, también se incurrió en el defecto fáctico ya que no contrastó la situación fáctica contenida en las pruebas allegadas al expediente con el régimen aplicable, vulnerando a su vez el principio de favorabilidad que precisa el régimen aplicable, por razón de los riesgos de su labor, para los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria del INPEC que ingresaron antes del 28 de julio de 2005, como es el caso del accionante.

Por lo expuesto, la Sala ampararán los derechos fundamentales invocados por el señor Jairo Mejía Ortiz, al debido proceso, al principio de favorabilidad en materia laboral, a la dignidad humana y a la irrenunciabilidad de los derechos laborales, en consecuencia, se ordenará dejar si efectos la sentencia de 26 de mayo de 2017 del Tribunal Administrativo de Santander, y en su lugar, se ordenará a dicho Tribunal que dicte sentencia que corresponda en derecho bajo los planteamientos aquí señalados, revocando la sentencia de primera instancia. (...)"⁵¹

Por su parte la Sección Segunda de la misma Corporación estimó:

"(...) A su vez, el Decreto 407 de 1994, estableció el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario⁵², y en el artículo 168 señaló lo siguiente:

"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."

La norma en cita fue derogada por el Decreto 2090 de 2003, que definió las actividades de alto riesgo incluyendo las realizadas por el personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario,

⁵¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Hernando Sánchez. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01476-00(ac). Actor: Jairo Mejía Ortiz. Demandado: Tribunal Administrativo de Santander y Juzgado Once Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga.

⁵² Modificado por el Decreto 2090 de 2003, publicado en el Diario Oficial No. 45.262, de 28 de julio de 2003, 'Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades'.



INPEC.

Tal normativa reguló la pensión especial de vejez y determinó como requisitos para acceder a dicha prestación contar con 55 años de edad y haber cotizado el número mínimo de semanas establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

El artículo 6 del Decreto 2090 de 2003, fijó el régimen de transición en los siguientes términos:

“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 2003⁵³.

Teniendo en cuenta lo anterior, es del caso remitirse al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que estableció el régimen de transición de la siguiente manera:

“Art. 36. Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones

⁵³ Artículo declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 663-07 de 29 de agosto de 2007, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, ***“en el entendido que para el cómputo de las 500 semanas, también se podrán acreditar semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiere sido calificada jurídicamente como de alto riesgo “y no sólo las cotizaciones de carácter “especial” derivadas del Decreto 1281 de 1994”.***



contenidas en la presente ley.

...”.

De acuerdo con las anteriores preceptivas las personas que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones tuvieran 15 años de servicio cotizados, o 35 años de edad si es mujer o 40 años de edad si es hombre tendrán derecho a que se les reconozca la pensión teniendo en cuenta la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión establecidos en el régimen anterior al que se encontraban afiliados.

Como el demandante para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, 1 de abril de 1994, no contaba con 40 años de edad, pues nació el 24 de septiembre de 1965 y tampoco reunía 15 años de servicio, no es beneficiario del régimen de transición y por tal razón no podría acceder a la pensión de jubilación en los términos de la Ley 32 de 1986 sino que debe acreditar los requisitos pensionales dispuestos en el Decreto 2090 de 2003.

A pesar de lo anterior, el A quo acudió a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 22 de julio de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política y determinó en relación con las actividades de alto riesgo lo siguiente:

"(...)

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

*Teniendo en cuenta lo anterior, concluyó que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC vinculados antes del 26 de julio de 2003, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090, tienen derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, vigente hasta esa fecha, siempre que se hayan “**cubierto las cotizaciones correspondientes**”.*

Las pruebas allegadas al proceso acreditan que el demandante prestó sus servicios como Guardián y Dragoneante del INPEC desde el 1 de agosto de 1986 hasta el 26 de abril de 2005 para un tiempo total de servicio de 18 años, 8 meses y 20 días.

Al tiempo anterior deberá sumarse el prestado durante el servicio militar obligatorio atendiendo lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 48 de 1993 que prescribe.



“Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio tendrá los siguientes derechos:

a) En las entidades del Estado de cualquier orden le será computado para efectos de cesantía, pensión de jubilación de vejez y prima de antigüedad en los términos de la ley.

....”.

Al sumar los tiempos de servicio laborados en el INPEC con el prestado en el servicio militar obligatorio el actor reúne 20 años, 2 meses y 20 días por lo que, en principio, reúne el requisito de tiempo de servicio que exige el artículo 96 de la Ley 32 de 1986.

A pesar de lo anterior, observa la Sala que no le es aplicable el régimen especial de los empleados del INPEC contenido en la Ley 32 de 1986 porque el requisito de tiempo de servicio lo completó con posterioridad al 28 de julio de 2003, es decir que no acreditó que se hayan “cubierto las cotizaciones correspondientes” antes de la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003 y por tanto no gozaba de los beneficios del régimen de transición y mucho menos de un derecho adquirido.

Lo anterior resulta evidente si se tiene en cuenta que el Acto Legislativo 01 de 2005 tuvo como objetivo principal garantizar los derechos adquiridos de aquellas personas que para esa fecha acreditaban los requisitos pensionales contenidos en regímenes especiales vigentes hasta ese momento.

Así, el Acto Legislativo en el artículo 1 dispuso lo siguiente:

(...)

"En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos". Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido.

Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

(...)

A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo".

(...)

Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores



que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen".

Luego de realizar un análisis sistemático de las normas que regulan la materia concluye la Sala que el Acto Legislativo 01 de 2005 no mantiene el régimen especial de pensiones contenido en la Ley 32 de 1986 para todas aquellas personas que se hubieren vinculado al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC antes de la entrada en vigencia del Decreto 2090 ocurrida el 28 de julio de 2003, porque sólo se mantiene para quienes tenían un derecho adquirido a esa fecha, es decir, que hubieren "cubierto las cotizaciones correspondientes.

Entender que el régimen especial se mantendría a todos los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia vinculados antes del 28 de julio de 2003 implicaría mantener el régimen por 20 años a favor de personas que se hubieren vinculado un día antes de su entrada en vigencia a pesar de que no están dentro del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En tal sentido no resulta lógico que el régimen especial pueda mantenerse durante 20 años y el régimen de transición haya tenido vigencia hasta el 31 de julio de 2010 cuando, se repite, lo pretendido con el Acto Legislativo fue terminar con los regímenes especiales y de excepción y sólo mantuvo la transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 "para los trabajadores que estando en dicho régimen tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo".

Por las razones expuestas el actor no es beneficiario del régimen especial contenido en la Ley 32 de 1986 y en tal sentido la sentencia apelada que accedió a las súplicas de la demandada deberá ser revocada para en su lugar negar las pretensiones. (...)"⁵⁴

Teniendo en cuenta lo anterior podría pensarse que al ser más favorable al trabajador la interpretación que realiza la Sección Primera del Consejo de Estado sobre los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005 frente al régimen pensional de los integrantes del INPEC debe acogerse dicha postura y por tanto ordenarse la reliquidación de las pensiones de este personal conforme

⁵⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección Consejera Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil doce (2012). Radicación número: 66001-23-31-000-2009-00095-01(2114-11). Actor: Jorge James López Castillo. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal



a la Ley 32 de 1986 siempre y cuando se hubieran vinculado a la entidad antes del 28 de julio de 2003, sin embargo para la Corporación la interpretación que más se acompasa con el querer del legislador al expedir el Acto Legislativo 01 de 2005 frente a los regímenes especiales y al régimen de transición en materia pensional es la realizada por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 28 de junio de 2012, toda vez que admitir la liquidación de las pensiones conforme a la Ley 32 de 1986 a personas que no eran beneficiarias del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, prolongaría inexplicablemente la vigencia de dicha norma, creando un nuevo régimen pensional especial que estaría vigente por mucho más tiempo del establecido por el legislador como razonable en el señalado Acto legislativo, por lo que en consecuencia, al ser ésta la postura de la Sección especializada en resolver los asuntos laborales administrativos es la que deberá acogerse.

Sobre este punto, recientemente también se pronunció la Sección Quinta del Consejo de Estado en sede de Tutela, la cual se cita en extenso por su importancia:

“...(..) Lo primero que se debe destacar, es que el Tribunal demandado estudió el régimen jurídico aplicable a los servidores del INPEC, de la siguiente manera:

“...(..) mediante el Decreto 691 de 1994 los servidores públicos del INPEC, fueron incorporados al Sistema General de Pensiones regulado en la ley 100 de 1993, a partir del 1º de abril de 1994, dado que ellos no fueron excluidos de su aplicación, según se desprende de la lectura del artículo 279 de dicha ley.” (Destacado por la Sala)

Bajo el contexto transcrito, la autoridad judicial demandada comenzó con advertir que a los servidores del INPEC se les aplica el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, dada la incorporación al mismo por virtud del Decreto 691 de 1994, y porque la ley bajo cita no les excluyó de su aplicación.

Posteriormente explicó los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición previsto la Ley 100 de 1993:

“Sea del caso, anotar que la Ley 100 de 1993 al establecer el sistema integral de seguridad social en pensiones, dispuso en el artículo 36 un régimen de transición en favor de quienes cumplieran alguno de los siguientes requisitos: i) 35 o más años de edad si son mujeres; ii) 40 o más años de edad si son hombres; o iii) 15 o más años de servicios cotizados, es decir que quienes cumplan uno de las anteriores consideraciones (sic), tienen derecho a la aplicación del régimen pensional anterior a la ley 100 de 1993, en cuanto a la edad, tiempo de servicio o semanas de cotización y monto de la pensión.” (Destacado por la Sala)



Así mismo, advirtió que de acuerdo con lo previsto en el artículo 140 de la Ley 100 de 1993, al Gobierno Nacional le correspondía expedir el régimen pensional “de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos.”.

En dicha norma se consideró como actividades de alto riesgo “aquellas que cumplen algunos sectores tales como el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacional Penitenciaria. Todo sin desconocer derechos adquiridos.” (Destacado por la Sala)

La Corporación demandada advirtió que si bien en cumplimiento de esta disposición se expidió el Decreto 1835 de 1994, que reglamentó las actividades de alto riesgo de los servidores públicos, no incluyó dentro de estas las desarrolladas por los servidores del INPEC, por cuanto serían objeto de regulación especial.

Por lo tanto, si bien el Decreto 1835 de 1994 se ocupó de regular las actividades de alto riesgo, no aplica para las que conciernen al INPEC.

Luego expuso que a través del Decreto Ley 407 de 1994, se reglamentó lo concerniente al régimen salarial, prestacional y pensional de la referida institución, y que para efectos pensionales, el artículo 168 de dicha preceptiva se remitió a lo establecido en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986:

“En el artículo 172 de la ley 65 de 1993, se otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República para dictar normas con fuerza de ley, sobre el “Régimen salarial, prestacional y pensional, que no podrá desmejorar los derechos y garantías vigentes de los actuales servidores.” Con fundamento en lo anterior, se expidió el decreto ley 407 de 1994, y en el artículo 168 precisó:

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

La autoridad judicial demandada no pasó por alto que la disposición transcrita fue derogada por el Decreto Ley 2090 de 2003, normativa que sí incluyó las labores en el INPEC como actividades de alto riesgo; empero, el decreto en mención consagró un régimen de transición para acceder a la pensión bajo los parámetros de la regulación anterior. Así lo analizó:



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

(...)

Así mismo, la norma ibídem consagró un régimen de transición para las personas que laboran en actividades de alto riesgo, en los siguientes términos:

“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.” (Negrilla de la Sala).

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

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

Como se observa, el colegiado demandado precisó que para el reconocimiento pensional bajo los términos de las normas anteriores al Decreto 2090 de 2003⁵⁵, se debían cumplir los requisitos del régimen de transición allí previstos, a saber: i) Acreditar al menos 500 semanas de cotización especial (en actividades de alto riesgo); ii) cumplir el mínimo de semanas que exige la Ley 797 de 2003; y iii) adicionalmente cumplir los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En párrafos posteriores, el Tribunal demandado explicó que como el Decreto 1835 de 1994 no reguló lo concerniente a las actividades del INPEC, era necesario remitirse a lo previsto en el Decreto 407 de 1994 que, recordemos, es el que reglamentó el régimen de personal de esa dependencia, y en cuyo artículo 168 remitió, para efectos pensionales, a lo previsto en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986:

“Conviene precisar, que antes del Decreto Ley 2090 de 2003 las actividades de alto riesgo fueron reguladas en el Decreto 1835 de 1994, mismo que en su artículo 1º señaló que sus normas no se aplicarían a los empleados “del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, quienes serán objeto de decisión especial.”, Por lo tanto, es necesario acudir al contenido del Decreto Ley 407 de 1994, el cual, según se analizó, en su artículo 168 dijo que a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que a la fecha de su entrada en vigencia se encontraban prestando sus servicios al INPEC, tienen derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, que señaló:

“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.” (Destacado por la Sala)

Como se observa, en la sentencia bajo censura se concluyó, acertadamente, que como el Decreto 1835 de 1994 no se ocupó de regular la actividad en el INPEC como de alto riesgo, era necesario acudir a los términos previstos en el Decreto 407 de 1994, el cual a su turno dispuso que los servidores del INPEC tienen derecho a percibir la pensión de jubilación en los términos de la Ley 32 de 1986.

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

⁵⁵ Que para el caso es el Decreto 407 de 1994, ya que el Decreto 1835 de 1994 no reguló lo concerniente a la actividad del INPEC.



Es preciso destacar que para la colegiatura demandada no pasó desapercibido el texto del parágrafo 5° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, no sin antes advertir que, con todo, los servidores del INPEC fueron incorporados al sistema general de seguridad social, como lo precisó en líneas anteriores:

“Ahora bien, el acto legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución, en el parágrafo transitorio 5°, consagró:

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

En criterio de la Sala, las normas relacionadas deben leerse en su contexto y no en forma aislada, en razón a que es claro que los servidores del INPEC fueron incorporados al Sistema General de Pensiones de la ley 100 de 1993, pues los mismos no fueron excluidos de su aplicación, pues, aun cuando el Decreto Ley 407 de 1994 dispuso que a 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 encontraban prestando sus servicios al INPEC, tienen derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, lo cierto es que, a través del Decreto 691 de 1994, tales servidores públicos fueron incorporados al Sistema General de Pensiones, a partir del 1° de abril de 1994.” (Destacado por la Sala)

Así mismo, advirtió que para que los servidores del INPEC tuvieran derecho a la aplicación del régimen anterior a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, que en este caso es, se reitera, el Decreto 407 de 1994, debían cumplir las condiciones del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según la transición que fijó el Decreto 2090 de 2003, que es la aplicable por cuanto el Decreto 1835 de 1994 se abstuvo de regular su actividad.

También precisó que el Acto Legislativo 01 de 2005 protegió las expectativas legítimas de quienes se beneficiaron del régimen de transición previsto en el Decreto 2090 de 2003 el cual, como bien lo expuso en consideraciones anteriores, exige el cumplimiento de, entre otras, las condiciones establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993:

“Lo anterior quiere decir que antes de la expedición del decreto ley 2090



de 2003, para que los servidores públicos del INPEC tuvieran derecho a la aplicación del régimen pensional consagrado en la norma anterior a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1° de abril de 1994), esto es, el regulado en el decreto ley 407 de 1994, necesariamente debían cumplir las condiciones establecidas en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, habida cuenta que las actividades del alto riesgo del INPEC no fueron incluidas dentro de la regulación del decreto 1835 de 1994.

Por ello es que en el párrafo transitorio 5° del acto legislativo 01 de 2005, se precisó que a partir de la entrada en vigencia del decreto ley 2090 de 2003 (28 de julio de 2003) a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplica el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo, y que quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha, están sometidos al régimen hasta ese entonces vigente por razón de los riesgos de su labor, esto es, el dispuesto en la ley 32 de 1986, por la remisión que hizo el decreto ley 407 de 1994, precisamente porque no fueron incluidos en el decreto 1835 de 1994.

Entiende la Sala que, cuando el acto legislativo 01 de 2005 dice que a quienes se vincularon antes del 28 de julio de 2003 se les aplica el régimen hasta ese entonces vigente por razón de los riesgos de su labor, hace clara referencia a la protección de las expectativas legítimas que ampara el régimen de transición regulado en el artículo 6° del Decreto Ley 2090 de 2003, que a su vez exige el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.” (Destacado por la Sala)

Entonces, contrario a lo que afirmó el demandante, la autoridad judicial demandada no se sustrajo del análisis de lo previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005; sin embargo, explicó que para que los servidores del INPEC se pensionaran con el régimen vigente antes del Decreto 2090 de 2003⁵⁶, debían cumplir las condiciones del régimen de transición allí previsto.

Por lo tanto, para que el demandante se pensionara bajo los derroteros de la Ley 82 de 1986, debía cumplir con los requisitos de transición que estableció el Decreto 2090 de 2003, en cuanto a cotizaciones y, adicionalmente, acreditar al 1° de abril de 1994, 40 o 35 años de edad según sea hombre o mujer, o 15 años de servicios.

Además de la extensa exposición de los argumentos por los cuales los miembros del INPEC deben cumplir con las disposiciones del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a efectos de pensionarse bajo el régimen especial correspondiente, respaldó su tesis en la sentencia del 7 de noviembre de 2013, proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵⁷, de cuya transcripción destacó lo siguiente:

⁵⁶ Que es, se reitera, el previsto en el Decreto 407 de 1994.

⁵⁷ Expediente 68001-23-31-000-2010-00831-01. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.



“Ahora, conforme lo previsto en el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, derogado por el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003, los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que a la fecha de su entrada en vigencia, que lo fue 21 de febrero de 1994, se hallaren 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, y que el tiempo de servicio prestado en la fuerza pública se tendrá en cuenta para estos efectos.

No obstante lo anterior, el 1º 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 y no incluyó al INPEC dentro de los regímenes especiales exceptuados de las mismas (artículo 279). Sin embargo, la mencionada ley al establecer el régimen de transición, previsto en el inciso 2º del artículo 36, 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.

(...)

De este modo, 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 inciso 2º del artículo 36 del Sistema General de Seguridad Social, cuales son: edad o tiempo de servicio.” (Negrillas por fuera de texto)”
(Negrillas del segundo párrafo son de la Sala)

Posición que también respaldó con el texto de la sentencia del 28 de octubre de 2016, dictada por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵⁸, en la que se indicó:

“Aplicando lo anterior, podría decirse que el demandante se encuentra dentro del régimen de transición consagrado en el artículo 6 de la Ley 2090 del 2003, tal como se alega, pero lo cierto es que para poder ejercer los derechos establecidos en la norma en mención, se deberán cumplir en adición a los requisitos especiales señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo consagra el párrafo, es decir que además de contar con más de 500 semanas de cotización especial y cumplir con el requisito establecido por la Ley 797 del 2003, **se tendrá que acreditar 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad**

⁵⁸ Expediente: 25000-23-42-000-2013-04113-01. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.



si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados antes del 1 de abril de 1994.” (Negrilla de la Sala)”

Con fundamento en todo lo anterior, concluyó que “los servidores del INPEC que desempeñan actividades de alto riesgo y reúnen las condiciones establecidas en el artículo 6° del decreto ley 2090 de 2003, y por su puesto (sic) también las del artículo 36 de la ley 100 de 1993, tienen 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”, es decir conforme al Decreto Ley 407 de 1994 y la Ley 32 de 1986.”

Ahora bien, la Sala no pierde de vista que, pese a las precisiones anteriores, el Tribunal demandado advirtió que si bien el actor no cumplía con los requisitos para beneficiarse del régimen pensional previsto en la Ley 32 de 1986, toda vez que no acreditó los requisitos del régimen de transición que estableció el artículo 6° del Decreto 2090 de 2003, lo cierto es que en sede administrativa se reconoció su mesada pensional con fundamento en este régimen, y que tal irregularidad no fue materia de inconformidad ante esa instancia:

“Hechas las precisiones anteriores, encuentra la Sala, que el actor no cumplía con los requisitos para ser beneficiario de la ley 32 de 1.986, toda vez que no acreditaba los tres requisitos exigidos por el art. 6° del Decreto 2090 de 2003; sin embargo, en el presente asunto no se discute el régimen aplicable al actor por cuanto, la entidad accionada en la Resolución No. GNR 124279 del 6 de junio de 2013, reconoció y ordenó el pago de una pensión en favor del señor Vicente Jurado Castellanos, de conformidad con lo dispuesto en dicha normativa; de igual forma la juez de primera instancia realizó el estudio normativo concluyendo que el régimen aplicable era el consagrado en la Ley 32 de 1.986, sin que tal aspecto haya sido materia de inconformidad.”

Lo anterior significa que aún bajo la circunstancia de que el actor no cumpliera con las condiciones para beneficiarse del régimen pensional de la Ley 32 de 1986, la Corporación demandada no tuvo reparos con tal circunstancia, por cuanto en sede administrativa, y en la primera instancia judicial, se dio aplicación al mismo, y ello no fue materia de controversia.

Por consiguiente, contrario a la tesis del actor, la Corporación demandada no inaplicó en su caso el régimen especial de los servidores del INPEC, aun cuando advirtió que no cumplía los requisitos para que fuera beneficiario del mismo....(....)”⁵⁹

⁵⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA, Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO, Bogotá, D.C., octubre veinticinco (25) de dos mil dieciocho (2018). EXPEDIENTE: 11001-03-15-000-2018-03523-00, ACTORA: VICENTE JURADO CASTELLANOS, DEMANDADO: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

En tal sentido, es claro que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para que a un empleado vinculado al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, le fuera reconocida una pensión de conformidad con el régimen especial determinado en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, debía acreditar las condiciones establecidas en el artículo 6° del decreto ley 2090 de 2003, así como también pertenecer al régimen transicional del inciso segundo del artículo 36 de la ley 100 de 1993.⁶⁰

Son las anteriores conclusiones suficientes para considerar que las pretensiones de la demanda debieron accederse, declarando la nulidad del acto acusado, pues a mi parecer hubo un indebido reconocimiento pensional al señor Justo Germán Medina Jiménez, ya que este no era sujeto del régimen especial concedido, pues no reunía los requisitos del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Con el mayor respecto.

ALEJANDRO LONDOÑO JARAMILLO

Magistrado