



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., seis (6) de agosto de dos mil veinte (2020)

RADICADO: 63001-23-33-000-2018-00155-01 (3320-2019)
ACCIONANTE: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP
DEMANDADO: JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA
Tema: Reconocimiento pensional.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA/LEY 1437 DE 2011

ASUNTO

Conoce la Sala de Subsección del recurso de apelación interpuesto por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP contra la sentencia del 25 de abril de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, que declaró probada la excepción titulada «estricto cumplimiento de mandatos legales» y negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP, actuando por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, demandó el reconocimiento pensional efectuado al señor Jorge Humberto Rincón Sierra, para lo cual solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

1.1. Pretensiones¹

¹ Folio 2 del expediente.



(i). La nulidad de los siguientes actos administrativos:

- ✓ **Resolución No. PAP 16293 del 6 de octubre de 2010** por medio de la cual CAJANAL le reconoció y ordenó el pago de la pensión de vejez a favor del señor JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA de acuerdo con lo establecido en la Ley 32 de 1986, liquidada sobre el 75% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años teniendo en cuenta como factores salariales, la asignación básica, la bonificación por servicios y el sobresueldo en cuantía de \$884.969,99, efectiva a partir del 1 de junio de 2008, condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio.

- ✓ **Resolución No. PAP 41050 del 28 de febrero de 2011**, por medio de la cual CAJANAL resolvió el recurso de reposición contra la Resolución No. PAP16293 del 6 de octubre de 2010 en el sentido de confirmarla en todas sus partes.

- ✓ **Resolución No. RDP 043350 del 21 de octubre de 2015** mediante la cual la UGPP reliquidó la pensión de vejez del señor JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA con el 75% sobre el promedio de salarios que cotizó el último año de servicio, entre el 1 de enero de 2014 y el 30 de diciembre de 2014, incluyendo como factores salariales la asignación básica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, de servicios y de vacaciones de acuerdo con el Decreto 1045 de 1978, en cuantía de \$1.508.741, efectiva a partir del 1 de enero de 2015 pero con efectos fiscales una vez se demostrara el retiro definitivo del servicio.

(ii). A título de restablecimiento del derecho solicitó declarar que al señor JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA no le asiste derecho al reconocimiento y reliquidación de la pensión y se le ordenará reintegrar la totalidad de las sumas canceladas en virtud de los actos administrativos demandados.

1.2. Fundamentos fácticos²

La UGPP fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

² Folios 1 a 2 del expediente.



(i) El señor JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA nació el 8 de marzo de 1963 y prestó los siguientes tiempos de servicio:

- Desde el 11 de enero de 1984 al 27 de diciembre de 1984 como soldado del Ministerio de Defensa Nacional.
- Desde el 16 de marzo de 1987 hasta el 30 de julio de 2009 y desde el 1 de agosto de 2009 hasta el 31 de abril de 2017 en el Instituto Penitenciario y Carcelario-INPEC.
- El último cargo que desempeñó fue el de dragoneante en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Calarcá (Quindío).

(ii) Mediante Resolución No. 000217 del 30 de enero de 2017 se aceptó la renuncia presentada por el señor JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA a partir del 1 de mayo de 2017.

(ii) A través de Resolución No. PAP 16293 del 6 de octubre de 2010, CAJANAL reconoció y ordenó el pago a favor del demandado la pensión de vejez de acuerdo a lo previsto en la Ley 32 de 1986 por haber laborado más de 20 años en el INPEC en cargos de excepción. La liquidación de la pensión la hizo sobre el 75% del promedio de lo que devengó el pensionado en los últimos 10 años de servicio, incluyendo como factores salariales, la asignación básica, la bonificación por servicios y el sobresueldo para un valor total de \$884.969,99, efectiva a partir del 1 de junio de 2008, condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio.

(iii) Luego que el señor JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA presentara recurso de reposición contra la Resolución anterior, CAJANAL la confirmó mediante Resolución No. PAP 041050 del 28 de febrero de 2011.

(iv) Por medio de Resolución No. RDP 043350 del 21 de octubre de 2015, la UGPP reliquidó la pensión del señor JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA, con el 75% del promedio de salarios devengados en el último año de servicio, del 1 de enero de 2014 al 30 de diciembre de 2014, teniendo en cuenta como factores salariales la asignación básica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por



servicios prestados, las primas de navidad, servicios y vacaciones de acuerdo con el Decreto 1045 de 1978 en cuantía de \$1.508.741, efectiva a partir del 1 de enero de 2015 pero con efectos fiscales una vez demostrara el retiro del servicio.

(v) Mediante Resolución No RDP 014156 del 23 de abril de 2018, la UGPP negó la reliquidación de la pensión de vejez del señor JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA, decisión que fue confirmada a través de las Resoluciones No. RDP 018465 del 23 de mayo de 2018 y RDP 0244228 del 25 de junio de 2018.

1.3. Normas violadas y concepto de violación³

Se invocó en la demanda la violación de las siguientes disposiciones normativas: los artículos 1, 2, 4, 6, 121, 122, 123 y 209 de la Constitución Política, la Ley 32 de 1986, el Decreto 407 de 1994, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2005.

Como concepto de violación la UGPP sostuvo que los actos administrativos demandados son contrarios al ordenamiento jurídico puesto que el demandado no era beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el entendido que nació el 8 de marzo de 1963 y prestó sus servicios del 1 de enero de 1984 al 27 de diciembre de 1984 como soldado y luego desde el 16 de marzo de 1987 al 30 de julio de 2009 y del 1 de agosto de 2009 al 31 de abril de 2017 en el INPEC, lo que quiere decir que para el 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no contaba con 40 años de edad ni con 15 años de servicios pues los 20 años de trabajo al INPEC los cumplió el 16 de marzo de 2007.

Adicionalmente, precisó que la Ley 32 de 1986 no le es aplicable al demandante porque solo cumplió los 20 años de servicio en el INPEC el 16 de marzo de 2007, luego de la fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, el 28 de julio de 2003, que en su artículo 6 estableció el régimen de transición para los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo siempre que cumplieran los requisitos de la transición.

³ Folios 4 a 6 del expediente.



De acuerdo con lo anterior, aseguró que el régimen aplicable al señor JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA es el régimen general y no el especial del INPEC dispuesto en la Ley 32 de 1986, de tal manera que el reconocimiento y las reliquidaciones que lo han favorecido han causado un detrimento del erario.

1.4. Solicitud de medida cautelar.

Con la interposición del medio de control, la UGPP pidió como medida cautelar la suspensión provisional de los actos demandados toda vez que contravienen el ordenamiento jurídico y afectan ostensiblemente el tesoro público por cuanto se reconoció la pensión al demandante sin cumplir los requisitos para acceder a ella⁴.

El Tribunal Administrativo del Quindío negó la solicitud anterior mediante auto del 27 de septiembre de 2018⁵ pues consideró que el hecho de que el demandante no cumpliera con los requisitos dispuestos en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 no significa *per sé* que no cumpliera las exigencias de otras normas para que le fuera reconocido el derecho pensional. Esta decisión fue confirmada a través de auto del 1 de noviembre de 2018⁶, que resolvió el recurso de reposición presentado por la UGPP.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El señor **JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA**⁷ a través de apoderada se opuso al medio de control presentado por la UGPP en el sentido de expresar que sí tiene derecho a la pensión especial de vejez de alto riesgo de modo que no hay lugar al reintegro de las sumas reconocidas.

Al respecto, señaló que el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no le es aplicable pues según lo estipulado en el Acto Legislativo 01 de 2005, el régimen frente al cual deberá estudiarse su derecho prestacional es el vigente con anterioridad a dicho Acto Legislativo, es decir, la Ley 32 de 1986.

⁴ Folios 6 a 7 del expediente.

⁵ Folios 21 a 27 del cuaderno de medidas cautelares.

⁶ Folios 35 a 39 del expediente.

⁷ Folios 182 a 191 del expediente.



En ese sentido, advirtió que los requisitos del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003 no le son exigibles porque existe una norma posterior, de mayor jerarquía, el Acto Legislativo 01 de 2005, de acuerdo con la cual para que los integrantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia accedan a la transición solo deben acreditar un requisito, estar vinculados con anterioridad a la vigencia del Decreto 2090 de 2003, el cual cumplió.

Como fundamento de lo anterior, manifestó que la Corte Constitucional mediante sentencia C-663 de 2007, al examinar la constitucionalidad del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003, indicó que ese régimen de transición era diferente al de la Ley 100 de 1993 de tal manera que no resultaba proporcionado exigirles a los beneficiarios de este los requisitos de transición de la Ley 100 de 1993 porque ello transgrede el principio de inescindibilidad de la ley y favorabilidad en materia laboral.

En consonancia con lo expuesto, resaltó que el Consejo de Estado en sentencia del 12 de mayo de 2014 reiteró que «los empleados del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional, de conformidad con el 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».

Finalmente, expresó que en virtud del artículo 83 de la Constitución Política, se debe presumir la buena fe respecto a las actuaciones de los particulares.

Formuló las excepciones de (i) estricto cumplimiento de los mandatos legales en el sentido que el reconocimiento y pago de la pensión se dio en estricto cumplimiento de las normas constitucionales y legales vigentes y (ii) cobro de lo no debido puesto que ha actuado de buena fe, con transparencia y apego a la normatividad aplicable.

3. AUDIENCIA INICIAL

El 21 de febrero de 2019, el Tribunal Administrativo del Quindío, celebró audiencia inicial⁸ en la que resolvió (i) advertir que las excepciones formuladas se resolverían al definir el fondo del asunto, (ii) fijar el litigio en los siguientes: «¿si la decisión adoptada por la extinta CAJANAL y por la UGPP mediante los actos administrativos

⁸ Folios 203 a 205 del expediente.



acusados, referentes a reconocer y ordenar el pago de una pensión mensual vitalicia de vejez al señor Jorge Humberto Rincón Sierra como miembro del cuerpo de custodia y vigilancia carcelaria y penitenciaria del INPEC, resolver un recurso de reposición y ordenar la reliquidación de la prestación pensional al demandante, se ajustan o no a la legalidad?» (iii) declarar fallida la etapa de conciliación (v) incorporar y dar valor probatorio a los documentos allegados al expediente y (vi) dar traslado para alegar de conclusión.

4. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 25 de abril de 2019, el Tribunal Administrativo del Quindío⁹ profirió sentencia de primera instancia mediante la cual resolvió (i) declarar probada la excepción titulada estricto cumplimiento de mandatos legales», (ii) negar las pretensiones de la demanda y (iii) abstenerse de condenar en costas.

Como sustento de la decisión, señaló que, según las pruebas aportadas al expediente, el señor JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA ingresó al INPEC el 16 de marzo de 1987, es decir, se vinculó en vigencia de la Ley 32 de 1986 que estableció como único requisito para la pensión de vejez de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, 20 años de servicio continuo o discontinuo al servicio de la Guardia Nacional.

En ese orden de ideas, sostuvo que la pensión de vejez reconocida al demandado se encuentra ajustada a derecho porque el fin del Acto Legislativo 01 de 2005 fue preservar el derecho a gozar de una pensión bajo los lineamientos de la Ley 32 de 1986, disposición de la cual es beneficiario el señor JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA por su vinculación con anterioridad a la vigencia del Decreto 2090 de 2003.

De igual forma, aclaró que aun cuando el Consejo de Estado ha señalado que para la aplicación de la Ley 32 de 1986 es necesario el cumplimiento de uno de los requisitos contenidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esta interpretación difiere del propósito mismo de la modificación realizada al artículo 48 de la Constitución Política como se puede constatar en los debates legislativos y es

⁹ Folios 228 a 242 del expediente.



validado por la Corte Constitucional, en consecuencia, admitir los argumentos de la UGPP sería contravenir el orden constitucional y las garantías laborales que materializan el derecho pensional del señor JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA quien para la fecha de entrada en vigencia de la norma que varió las reglas pensionales, el Decreto 2090 de 2003, cumplía 16 años continuos de servicio en el INPEC, circunstancia que convenientemente previó el Acto Legislativo 01 de 2005.

5. EL RECURSO DE APELACIÓN

La **UGPP**¹⁰ presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia para que se revocara y en su lugar se accediera a las pretensiones de la demanda pues consideró que el demandado no cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez que le fue reconocida.

En ese orden de ideas, aseguró el Tribunal Administrativo del Quindío desconoció el precedente del Consejo de Estado sobre el caso específico de los funcionarios del INPEC y el condicionamiento para aplicar el régimen especial contenido en la Ley 32 de 1986 de que se cumpla alguno de los requisitos que exige el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente, resaltó el desconocimiento de la posición jurisprudencial del Consejo de Estado respecto al Acto Legislativo 01 de 2005 según la cual lo que se protege es la expectativa legítima que ampara el régimen de transición regulado en el artículo 6 del Decreto 2090 de 2003, que a su vez exige el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, exigencias que no acreditó el demandado.

En consideración a lo anterior, sostuvo que el Tribunal, al alejarse del precedente de su superior jerárquico incurrió en la violación del derecho a la igualdad, legalidad, efectividad de los derechos, seguridad jurídica, buena fe y coherencia del orden público.

6. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

¹⁰ Folios 248 a 254 del expediente.



6.1. La parte demandante¹¹ guardó silencio.

6.2. La parte demandada¹², reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda referidos a que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez según el régimen contenido en la Ley 32 de 1986, de tal modo que se debe confirmar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones del medio de control.

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El representante del Ministerio Público ante esta Corporación no se pronunció como consta en el informe secretarial en folio 287 del expediente.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto y según lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, la competencia del juez de segunda instancia está circunscrita a los argumentos expuestos por el apelante. No obstante, en caso de que ambas partes hayan apelado la sentencia, el superior resolverá sin limitaciones.

Por tanto, como quiera que en el presente asunto solo la UGPP interpuso recurso de apelación, la Sala de Subsección solo podrá conocer sobre los argumentos que sustentaron la alzada.

2. Problema jurídico

De acuerdo con el recurso de apelación, le corresponde a la Sala determinar ¿si debe revocarse la sentencia de primera instancia en tanto el señor JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA no tiene derecho a la pensión bajo el régimen especial del INPEC previsto en la Ley 32 de 1986 como lo consideró el Tribunal, o

¹¹ Folio 287 del expediente.

¹² Folios 275 a 278 del expediente.



si por el contrario, los actos administrativos demandados se ajustan a derecho?

Para resolver el problema jurídico, se desarrollará el siguiente orden metodológico: (i) marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso y (ii) análisis del caso concreto.

3. Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso.

3.1. El régimen especial del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC.

Conviene recordar que esta Sala de Subsección en sentencia del 12 de mayo de 2014 dentro del proceso radicado número: 5001-23-31-000-2008-00239-01(0889-13)¹³, se refirió al régimen pensional de los empleados del INPEC para destacar que acorde con el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 gozan de un régimen especial por actividades de alto riesgo.

Específicamente, en el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 se estableció en cabeza del Gobierno Nacional la obligación de expedir el régimen especial de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, en virtud de lo cual se expidieron los decretos 407 de 1994, y posteriormente el 2090 de 2003.

En efecto, en el artículo 17 de la Ley 797 de 2003 se confirieron facultades extraordinarias al presidente de la República, por el término de seis meses, para expedir el régimen legal de los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo.

En virtud de esas facultades se expidió el Decreto 2090 de 2003, en el cual se incluyó al personal dedicado a la custodia y vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, como destinatario de las normas sobre actividades de alto riesgo.

¹³Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Dr. Luís Rafael Vergara Quintero. Sentencia del 12 de mayo de 2014.



Debe tenerse en cuenta que en el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005, como ya se había señalado en el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, se estableció que a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional que ingresaron con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, se les aplica el régimen establecido por la Ley 32 de 1986 de manera integral, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes.

En el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 se señaló que los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC tienen derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir veinte años de servicio, sin tener en cuenta su edad.

Respecto de los trabajadores que hacen parte de ese cuerpo, el artículo 126 del Decreto 407 de 1994 señaló que “(e)l Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional está compuesto por Oficiales, Suboficiales, Dragoneantes, Alumnos y los Bachilleres Auxiliares que presten el servicio militar en la Institución”.

Pese a que en el anterior recuento quedó claro que los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC tienen derecho a la pensión al cumplir con el tiempo de servicio en los términos del artículo 96 de la Ley 32 de 1986, nada se estableció en relación con la forma de liquidar la misma, por lo que se debe tener en cuenta que en el artículo 114 ibídem se determinó que en los aspectos no previstos en la ley, se aplican las normas vigentes para los empleados públicos nacionales, lo cual fue reiterado en el artículo 184 del Decreto 407 de 1994.

De acuerdo con ese marco, debe tenerse en cuenta las disposiciones del régimen general, concretamente la Ley 4 de 1966, en cuyo artículo 4 se estableció:

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

Con respecto a los factores que constituyen salario para la liquidación de la pensión de jubilación de que trata la Ley 32 de 1986, esta Subsección, en sentencia del 27



de septiembre de 2018¹⁴ sostuvo que serían los dispuestos en el Decreto 446 de 1994, es decir: la prima de navidad (art. 2), la prima de vacaciones (art. 3), la prima de servicios (art. 4), los pasajes y gastos de transporte (art. 7), subsidio de transporte (art. 13), subsidio de alimentación (art. 14), sobresueldo (art. 17). Por el contrario, no constituyen factor salarial: la prima de instalación y alojamiento (art. 5), la prima de capacitación (art. 6), la prima de clima (art. 8), la prima extracarcelaria (art. 11), la prima de vigilantes instructores (art. 12) y el subsidio familiar (art. 15).

De acuerdo con lo anterior, debido a que en el régimen específico del INPEC no se estableció la forma en la que se debe liquidar la pensión, esta Sala concluye que, para quienes son beneficiarios de la Ley 32 de 1986, el derecho pensional se debe liquidar con el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios con los factores establecidos en el Decreto 446 de 1994.

Ahora bien, pese a que no ha sido objeto de la controversia, esta Sala considera importante señalar que en la sentencia del 28 de agosto de 2018, el Consejo de Estado se pronunció respecto de la forma de establecer el IBL cuando se trate de eventos en los que la persona se encuentre en el régimen de transición. Sin embargo, se advierte que en el caso concreto las reglas fijadas en este no resultan extensibles a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia, pues se trata de empleados exceptuados de la aplicación de la **Ley 33 de 1985 (art. 1^o15)**.

En efecto, tal como quedó claro en el recuento realizado previamente, la situación de los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, que hayan ingresado antes de la entrada en vigencia del **Decreto 2090 de 2003** se rigen por lo establecido en la Ley 32 de 1986, **siempre y cuando acrediten los requisitos del régimen de transición.**

4. Análisis del caso concreto.

¹⁴ Rad. 27001-23-31-000-2011-00242-01 (1344-2014). Demandante: José Arcenio Moreno. Demandados: Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) y Ministerio de la Protección Social.

¹⁵ "ARTÍCULO 1º.- (...). 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.(...)"



Como motivo de censura la entidad demandante sostiene que la sentencia impugnada deber ser revocada por cuanto, de cara a la jurisprudencia del Consejo de Estado, el demandado no cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de vejez que le fue reconocida

En ese sentido, explicó que el Tribunal al negar las pretensiones de la demanda desconoció el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado sobre los funcionarios del INPEC y el condicionamiento para aplicar el régimen especial contenido en la Ley 32 de 1986 de que se cumpla alguno de los requisitos que exige el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Así como el precedente respecto del Acto Legislativo 01 de 2005, según el cual lo que se protege es la expectativa legítima que ampara el régimen de transición regulado en el artículo 6 del Decreto 2090 de 2003, que a su vez exige el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por su parte, el Tribunal Administrativo del Quindío negó las pretensiones al encontrar acreditado que el señor JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA ingresó al INPEC el 18 de marzo de 1987, en vigencia de la Ley 32 de 1986 que estableció como único requisito para la pensión de vejez de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, 20 años de servicio continuo o discontinuo al servicio de la Guardia Nacional.

Como sustento de lo anterior, aclaró que aun cuando el Consejo de Estado ha señalado que para la aplicación de la Ley 32 de 1986 es necesario el cumplimiento de uno de los requisitos contenidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no acogería esa posición puesto que a su parecer difiere del propósito mismo de la modificación realizada al artículo 48 de la Constitución Política como se puede constatar en los debates legislativos y es validado por la Corte Constitucional.

4.1. Hechos probados.

La Sala tendrá en cuenta el acervo probatorio allegado al proceso, cuya autenticidad no fue controvertida por las partes, el cual le permite tener por acreditados los siguientes hechos relevantes para resolver la controversia planteada en esta instancia:



a). Edad del demandante. El señor JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA nació el 8 de marzo de 1963 de acuerdo con el registro civil de nacimiento y la copia de la cédula visibles en folios 62 a 63 del expediente.

b). Tiempo de servicios cotizados. El señor JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA laboró los siguientes tiempos:

- ✓ Del 11 de enero de 1984 al 27 de diciembre de 1984 como soldado bachiller del Batallón de Servicios No. 8 de guarnición Armenia (fol. 64).
- ✓ Desde el 16 de marzo de 1987 hasta el 1 de mayo de 2017 en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC en el cargo de dragoneante. (fol. 65, 66, 105, 120,122).

c). Factores salariales devengados. Se tiene constancia en el expediente según los certificados de salarios allegados que el señor JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA, percibió durante sus años de labor la asignación básica, el sobresueldo, la prima de riesgo, el subsidio de alimentación, el auxilio de transporte, el subsidio familiar, bonificación por servicios, prima de navidad, bonificación especial de recreación, prima de vacaciones (fls. 68 a 84 y 106 a 119).

d). Actos administrativos demandados: Mediante Resolución PAP 016293 del 6 de octubre de 2010 CAJANAL le reconoció la pensión de vejez al señor JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA en cuantía de \$884.969 a partir del 1 de junio de 2008 de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 32 de 1986. La liquidación de la prestación la hizo sobre el 75% del salario promedio de 10 años, desde el 1 de junio de 1998 al 30 de mayo de 2008 conforme lo señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la sentencia 168 del 20 de abril de 1995 proferida por la Corte Constitucional (fols.88 a 90).

El 15 de octubre de 2010, el señor JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA presentó recurso de reposición contra la Resolución anterior para que se le liquidara la pensión sobre el 75% de todo lo devengado **durante el último año de servicio** de acuerdo con las leyes 33 y 62 de 1985, tomando como base todos los factores de salario que percibió según el Decreto 1158 de 1994, modificado por el Decreto 2091



de 2003(sic), esto es, la asignación básica, el sobresueldo, la bonificación por servicios, el subsidio de alimentación, el auxilio de transporte, el subsidio de unidad familiar 7%, las primas de riesgo, de servicios, de vacaciones y de navidad y la bonificación especial por recreación. De igual forma, requirió que se le aumentara la tasa de reemplazo del 75% al 85% en razón a las 184 semanas que cotizó adicional y según lo indicado en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003 (fols.94 a 97).

Por medio de Resolución PAP 041050 del 20 de febrero de 2011, CAJANAL, resolvió el recurso de reposición presentado en el sentido de confirmar en todas sus partes la Resolución PAP 016293 del 6 de octubre de 2010 pues la liquidación de la pensión se realizó teniendo en cuenta el Decreto 1158 de 1994 que entre sus factores no consagra el auxilio de alimentación, de transporte, el subsidio de unidad familiar 7% ni las primas de riesgo, vacaciones, navidad o servicios. En lo referente al porcentaje de liquidación al 85%, aseguró que no era posible reconocer la pensión según lo indicado en la Ley 100 de 1993 porque si bien acreditó 1400 semanas no acreditó el requisito de 60 años de edad (fols.99 a 101).

El 29 de mayo de 2015, el señor JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA, solicitó la reliquidación de su pensión sobre el 75% del salario promedio de los últimos 12 meses tomando como base de liquidación todo lo devengado habitual y periódicamente, el salario básico, sobresueldo, bonificación por servicios prestados, prima de riesgo, subsidio de alimentación, subsidio de unidad familiar, auxilio de transporte, bonificación por recreación, prima de vacaciones, de servicios y de navidad (fs. 125 a 127).

Por medio de Resolución RDP 043350 del 21 de octubre de 2015, la UGPP reliquidó la pensión del demandado sobre el 75% del último año de servicios, entre el 1 de enero de 2014 y el 30 de diciembre de 2014, teniendo en cuenta los siguientes factores salariales: asignación básica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios y las primas de navidad, servicios y vacaciones, para una cuantía de \$1.508.741 efectiva a partir de la acreditación de su retiro. El fundamento legal de la Resolución fueron la Ley 32 de 1986, el Decreto 407 de 1994 y el Acto Legislativo 01 de 2005, el CPACA y el CCA. La prima de riesgo no se incluyó y el



subsidio de unidad familiar no se tuvo en cuenta con sustento en que el Decreto 446 del 24 de febrero de 1994 no constituyen factor salarial. (fls. 138 a 140).

El señor JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA presentó nueva solicitud de reliquidación pensional para que se tuviera en cuenta el último año de servicio, del 1 de enero de 2016 al 30 de diciembre de 2016 más los primeros cuatro meses cotizados del año 2017, incluyendo todos los factores salariales (f. 132).

A través de Resolución RDP 014156 del 23 de abril de 2018 la UGPP, negó la nueva solicitud de reliquidación de la pensión presentada por el señor JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA en el sentido que no era procedente porque la Entidad encargada del reconocimiento de la pensión es COLPENSIONES por cuanto adquirió el estatus pensional el 15 de marzo de 2007, esto es, con posterioridad al 29 de julio de 2003, en vigencia del Decreto 2090 de 2003, de tal manera que en virtud del Decreto 2196 de 2009 le corresponde es a esa Entidad. En este acto administrativo, ordenó que se presentará acción de lesividad contra las Resoluciones que reconocieron la pensión (fls. 130 a 131).

Mediante la Resolución RDP 018465 del 23 de mayo de 2018, la UGPP resolvió el recurso de reposición presentado por el interesado contra la Resolución precitada (fls. 132 a 134). y por medio de Resolución RDP 024228 del 25 de junio de 2018 decidió el recurso de apelación. En los dos casos, la UGPP decidió confirmar el acto recurrido por las mismas razones que lo fundamentaron (fls. 135 a 137).

4.2. Análisis sustancial.

De acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto y el análisis del acervo probatorio recaudado en el expediente la Sala de Decisión resolverá el problema jurídico planteado.

En ese orden de ideas, está acreditado en el proceso que el señor JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA se vinculó al INPEC el **16 de marzo de 1987**, es decir, ingresó con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003.

De igual forma, quedó demostrado que para la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, el 28 de julio de 2003, el demandado cumplía con las 500 semanas de



cotización exigidas por el artículo 6 de dicha norma pues según los certificados de tiempo laborado para esa fecha sumaba más de 10 años de servicio al INPEC (fol. 65, 66, 105, 120,122).

No obstante lo anterior, no se probó que el señor JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003¹⁶, cumpliera con algunos de los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario del régimen de transición.

Lo expuesto teniendo en cuenta que nació el 8 de marzo de 1963 (fol. 62 a 63), de modo que para el 1 de abril de 1994, tenía **31 años** de edad, menos de los 40 exigidos, y contaba con **8 años** de servicio de acuerdo con los certificados de tiempos laborados (fol. 65, 66, 105, 120,122).

Como se dejó expuesto en el marco normativo, para que a un empleado del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria 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 2° del artículo 36 del Sistema General de Seguridad Social, cuales son: edad o tiempo de servicios.

En consecuencia, el señor JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA no cumplió las exigencias para ser acreedor de la pensión de vejez que le fue reconocida porque no era beneficiario del régimen de transición del Decreto 2090 de 2003, por lo que su pensión debía liquidarse con las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

Sobre un asunto de similares contornos fácticos al presente, la Subsección B, en sentencia de 28 de octubre de 2016¹⁷ precisó lo siguiente:

“Aplicando lo anterior, podría decirse que el demandante se encuentra dentro del régimen de transición consagrado en el artículo 6 de la Ley 2090 de 2003, tal como se alega, pero lo cierto es que para poder ejercer los derechos

¹⁶ «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.»

¹⁷ Radicado 25000-23-24-000-2013-04113-01.



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 parágrafo, es decir, que además de contar con más de 500 semanas de cotización especial y cumplir con el requisitos establecido por la Ley 797 del 2003, se tendrá que acreditar 35 o más años de edad si son mujeres, o 15 o más años de servicios cotizados antes del 1 de abril de 1994”

Aunado a lo anterior, cabe precisar que, en el caso de que el demandado fuera beneficiario del régimen de transición de que trata el Decreto 2090 de 2003, tampoco tendría derecho a que se incluyan todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, por cuanto el IBL no fue objeto de dicha prerrogativa. Es decir, los beneficios de la transición son únicamente edad, tiempo y monto, siendo aplicable el IBL previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, los actos administrativos demandados deben ser declarados nulos en cuanto reconocieron la prestación social al demandado sin cumplir con los requisitos para acceder a ella, específicamente **los dispuestos en el parágrafo del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003.**

Empero, con el propósito de no desproteger el derecho a la seguridad social del señor JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA, quien en la actualidad cumple los requisitos de 55 años de edad y semanas cotizadas **para acceder a la pensión de jubilación del Decreto 2090 de 2003**, se ordenará a la UGPP que realice el estudio pensional bajo el marco normativo del artículo 4 del Decreto 2090 de 2003 aplicable por tratarse de actividades de alto riesgo, a fin de pronunciarse sobre el reconocimiento de la prestación del demandado bajo el régimen que le es aplicable.

Ahora bien, en cuanto a la devolución de los dineros recibidos por el demandado, la Sala no accederá a esta pretensión pues se entiende que los mismos fueron recibidos de buena fe, esto es, al amparo de los actos administrativos demandados, respecto de lo cual no se demostraron maniobras fraudulentas.

En conclusión, de acuerdo con los argumentos precedentes la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda será revocada y en su lugar se declarará la nulidad de los actos administrativos demandados, se negará la pretensión de devolución de los dineros recibidos de buena fe y se ordenará a la



UGPP que realice el estudio pensional del demandado de cara al régimen establecido en el Decreto 2090 de 2003.

5. Condena en costas

Al tenor del **artículo 188 de la Ley 1437 de 2011** no hay lugar a imponer condena en costas, dado que en el presente proceso se ventila un interés público, pues la pretensión de nulidad pretende el restablecimiento del orden jurídico quebrantado y la protección del erario.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

FALLA:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia del 25 de abril de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío que negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP contra el señor JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En su lugar:

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad de las Resoluciones PAP 16293 del 6 de octubre de 2010, PAP 41050 del 28 de febrero de 2011 y No. RDP 043350 del 21 de octubre de 2015 mediante las cuales la entidad demandante le reconoció y reliquidó la pensión de vejez al señor JORGE HUMBERTO RINCÓN SIERRA de acuerdo con lo establecido en la Ley 32 de 1986, por las razones manifestadas en la parte considerativa de este fallo.

En concordancia con la declaratoria de nulidad, se ordenará a la UGPP que realice el estudio de la situación pensional del demandado bajo el marco normativo del artículo 4 del Decreto 2090 de 2003, aplicable por tratarse de actividades de alto



riesgo, a fin de que emita un nuevo pronunciamiento sobre el reconocimiento de la prestación bajo el régimen que le resulte aplicable.

TERCERO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO. Sin condena en costas en esta instancia

QUINTO. Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa “SAMAI” y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Constancia: La anterior providencia fue firmada electrónicamente por la Sala a través de la plataforma SAMAI del Consejo de Estado, con lo cual se garantiza su autenticidad, integridad, conservación, y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y demás normas concordantes del Código General del Proceso.