



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDÍO**

-SALA DE DECISIÓN CUARTA-

Magistrado Ponente: RIGOBERTO REYES GÓMEZ

Armenia Quindío, Tres (03) de Diciembre de dos mil Veinte (2020)

Referencia: Sentencia de Primera instancia.
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Demandante: UGPP.
Demandado: RUBÉN DARIO MONTOYA.
Vinculado: COLPENSIONES.
Radicado: 63001-2333-000-2019-00128-00.

024-002-2020.

ASUNTO.

Cumplidas todas las etapas previstas en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de la referencia sin que se observen causales de nulidad, y cumplidos los presupuestos procesales atinentes al Medio de Control, la Sala de Decisión Cuarta del Tribunal Administrativo del Quindío dictará la Sentencia que en derecho corresponda, previos los siguientes,

ANTECEDENTES.

1. LA DEMANDA.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP actuando a través de *Apoderada Judicial* y en ejercicio del Medio de Control de *Nulidad y Restablecimiento del Derecho*, interpuso demanda de lesividad en contra del Acto Administrativo de reconocimiento pensional Resolución RDP 004522 del 10 de Febrero de 2014 así como de la Resolución RDP 001271 del 19 de Enero de 2016 efectuado al señor Rubén Darío Montoya, pretendiendo que en Sentencia se resuelva acerca de las siguientes:

1.1 PRETENSIONES.

1.1.1 Se declare la nulidad de la Resolución RDP 004522 del 10 de Febrero de 2014, mediante la cual se reconoció una pensión de vejez al señor Rubén Darío Montoya en cuantía de \$1.458.990 efectiva a partir del 1 de Enero de 2014, pero con efectos fiscales una vez demuestre el retiro definitivo del servicio, liquidación de la pensión que se conforma por un 75% sobre el ingreso base de liquidación conformado por el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado o aportado entre el 01 de Enero de 2013 al 20 de Diciembre de 2013.

1.1.2 Así mismo, se declare la nulidad de la Resolución RDP 001271 del 19 de Enero de 2016, mediante la cual se resolvió un Recurso de Reposición y se revocó la Resolución RDP 040973 del 05 de Octubre de 2015, reliquidando la pensión de vejez

del señor Rubén Darío Montoya, elevando la suma de \$1.475.642 efectiva a partir del 01 de Abril de 2014, liquidando la pensión sobre un 75% del ingreso base de liquidación conformado por el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado o aportado el interesado entre el 01 de Abril de 2013 al 30 de Marzo de 2014.

1.1.3 Que como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene al señor Rubén Darío Montoya reintegrar la totalidad de las sumas canceladas en virtud de los Actos demandados, declarándose que al señor Montoya no le asiste el derecho al reconocimiento y reliquidación de la pensión, en los términos de las Resoluciones demandadas, aplicando el Artículo 96° de la Ley 32 de 1986, ni con el IBL del último año de servicios.

1.2 FUNDAMENTO FÁCTICO.

Se indica en la demanda que el señor Rubén Darío Montoya nació el día 01 de Marzo de 1966 conforme su registro civil de nacimiento, prestando como tiempos de servicio al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC desde el 17 de Noviembre de 1987 al 30 de Marzo de 2014, siendo el último cargo desempeñado por el causante el de Dragoneante, en el EPMSC de Calarcá Quindío, según la certificación N° 2407 del 22 de Agosto de 2016, expedida por el Subdirector Operativo.

Menciona que el demandado, fue retirado del servicio mediante Resolución N° 5597 del 25 de Febrero de 2014, a partir del 30 de Marzo de 2014, solicitando el señor Rubén Darío Montoya ante la Unidad mediante escrito del 12 de Noviembre de 2013, el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, en aplicación de extensión de Jurisprudencia.

La UGPP, mediante la Resolución 0000175 del 07 de Enero de 2014, niega el reconocimiento de la pensión de vejez al señor Rubén Darío Montoya, pues resulta improcedente extender los efectos jurídicos de la Sentencia del 4 de Agosto de 2010 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, pues si bien el derecho pensional del interesado fue reconocido con amparo en el régimen especial para los funcionarios del INPEC, establecido en la Ley 32 de 1986, circunstancias que ubica al interesado en una situación distinta a la estudiada en la Sentencia invocada, si se tiene en cuenta que en dicha Providencia los supuestos fácticos son el haber obtenido en el régimen de transición previsto en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, porque dicha Providencia no es una Sentencia de Unificación, según lo previsto en el Artículo 270 y 271 de la Ley 1437 de 2011, y además, el interesado no encuadra en los supuestos fácticos de la Sentencia que solicita, conforme el numeral 2° del inciso 5° del Artículo 102 *ibidem*.

La Unidad, mediante la Resolución N° RDP 004522 del 10 de Febrero de 2014, reconoció una pensión de vejez al señor Rubén Darío Montoya en cuantía de \$1.458.990 efectiva a partir del 1 de Enero de 2014, pero con efectos fiscales una vez demuestre el retiro definitivo del servicio, liquidación de la pensión que se conforma por un 75% sobre el ingreso base de liquidación conformado por el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado o aportado el interesado entre el 01 de Enero de 2013 y el 30 de Diciembre de 2013, conformada por asignación básica,

auxilio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones.

Así mismo, se ordena descontar de las mesadas atrasadas a las que tiene derecho el señor Rubén Darío Montoya, la suma de \$3.548.135, por concepto de aportes para pensión de factores de salario no efectuados y enviar copia de la Resolución al área competente para que efectúe los trámites pertinentes al cobro de lo adeudado por concepto de aporte patronal por INPEC en suma de \$10.764.722, indicando que el demandado solicita el 9 de Marzo de 2015 la reliquidación de la pensión de vejez, la cual fue negada mediante la Resolución RDP 040973 del 05 de Octubre de 2015, pues una vez efectuada la operación aritmética se observó que el valor arrojado es inferior o igual al inicialmente reconocido, por lo que en aplicación al *principio de favorabilidad* se tuvo en cuenta los certificados de factores salariales allegados por el petente el día 27 de Enero de 2015, expedidos por el INPEC.

Expresa que mediante proyecto se comunicó a COLPENSIONES de la cuota parte de la reliquidación de la pensión de vejez a favor del causante, sin tener en cuenta que por favorabilidad debía negarse la solicitud. Con Resolución RDP 001271 del 19 de Enero de 2016, la Unidad resuelve el Recurso de Reposición y revoca la Resolución N° RDP 040973 del 05 de Octubre de 2015, reliquidando la pensión vejez del señor Rubén Darío Montoya, elevando la suma de \$1.475.642 efectiva a partir del 01 de Abril de 2014, liquidación de la pensión que se conforma por un 75% sobre el IBL conformado por el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado o aportado el interesado entre el 1 de Abril de 2013 y el 30 de Marzo de 2014, tales como asignación básica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones.

Ordenándose descontar de las mesadas atrasadas a las que tiene derecho la suma de \$4.247.763 por concepto de aportes para pensión de factores de salario no efectuados y enviar copia al área competente para los trámites de cobro de lo adeudado por concepto de aporte patronal por INPEC en suma de \$12.743.546, expresa que en solicitud del 25 de Febrero de 2016 el señor Rubén Darío Montoya requiere se revise la Resolución RDP 001271 del 19 de Enero de 2016, y en consecuencia se reliquidó la pensión de vejez especial, transcribiendo apartes de las razones de su inconformidad.

Mediante Auto ADP 04269 del 30 de Marzo de 2016, se aclaró que el valor que se ve reflejado en la columna de valor acumulado corresponde a 12 meses del año 2013, y haciendo parte del último año laborado únicamente 12 meses, por consiguiente el valor de la columna IBL para auxilio de alimentación y transporte del año 2013 corresponde a 9 meses, a razón de \$46.192 y \$70.500 mensuales respectivamente, y en el 2014, están reflejados los restantes tres meses, los otros factores que aparecen igual las 2 columnas, porque no fueron certificados en el 2014, luego se toma completo el valor del 2013.

1.3 NORMAS QUEBRANTADAS Y CONCEPTO DE SU INFRACCIÓN.

Aludiendo a lo dispuesto por la Sentencia C-539 del 2012 de la Corte Constitucional, manifiesta que los Actos Administrativos acusados quebrantan lo dispuesto en el Artículo 1, 2 y 4 de la Constitución, así como los Artículos 6, 121, 122, 123 y 209, efectuando un recuento de las normas aplicables a los funcionarios del INPEC, citando

para ello decisión emanada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual expresa se enlistan las disposiciones de la Ley 100 de 1993, el Decreto 691 de 1994 que incorporó servidores públicos al sistema general de pensiones, aludiendo al Decreto 2160 de 1992 y a la naturaleza del INPEC como establecimiento público adscrito al Ministerio de Justicia, mencionando que el Artículo 279 de la Ley 100 de 1993 no excluye de su aplicación a los funcionarios del INPEC, entendiéndose por incorporados según el Decreto 691 al régimen integral de seguridad social.

Sobre los funcionarios del INPEC y regulación de actividades de alto riesgo, cita lo dispuesto por el Artículo 140 así como el Decreto 1853 de 1994, así como la Ley 65 de 1993 en su Artículo 72, el Decreto Ley 407 de 1994 en su Artículo 168 sobre el régimen pensional del personal del INPEC, refiriendo a la Ley 2090 de 2003, para mencionar que el presente Medio de Control tiene por objeto obtener la nulidad de los Actos Administrativos que reconocieron y reliquidaron la pensión del señor Montoya, quien nació el 1 de Marzo de 1966 según los hechos narrados, y que prestó sus servicios al INPEC desde el 17 de Noviembre de 1987 hasta el 30 de Marzo de 2014, aplicando la Ley 32 de 1986, reconociendo la pensión sin tener en cuenta la edad y sólo los 20 años de servicios continuos o discontinuos al servicio de la guardia nacional, y teniendo en cuenta factores salariales, resaltando como cargo primero el de ser manifiestamente violatorios de las normas citadas y la Jurisprudencia, en cuanto reconocieron y liquidaron la pensión aplicando la Ley 32 de 1986 en su Artículo 96 sin ser la norma aplicable.

Expresa que dicho cargo se sustenta en lo dispuesto en el Artículo 6° de la Ley 2090 de 2003, que claramente establece que para reconocer la pensión en las mismas condiciones establecidas por las normas que regulaban las actividades de alto riesgo, esto es, la Ley 32 de 1986, el funcionario debe cumplir con tres requisitos: i) haber efectuado por lo menos 500 semanas de cotización especial al 28 de Julio de 2003, ii) cumplir con el número de semanas exigidas en la Ley 797 de 2003 y iii) cumplir con los requisitos señalados en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Refiriendo al Artículo 36 mencionado, así como a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, mencionando que el señor Montoya adquirió su estatus pensional con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, y para el 1 de Abril de 1994 no tenía 40 años ni 15 años de servicio, y como quedó establecido en virtud del Decreto 691 de 1994, estos funcionarios quedaron incorporados al régimen general de seguridad social desde el 1 de Abril de 1994.

Sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Artículo 36 de la Ley 100 sobre la edad o tiempo de servicios para acceder al régimen previsto en la Ley 32 de 1986, existen numerosos pronunciamientos judiciales que constituyen precedente, que son consonantes con la tesis expuesta en la demanda, y que expresan son de obligatorio cumplimiento, aludiendo así a pronunciamientos del Consejo de Estado, para mencionar que el Artículo 96 de la Ley 32 de 1986, dispone los requisitos necesarios para reconocer la pensión de jubilación a los miembros del INPEC, el cual establecía que los miembros del INPEC tendrían derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir 20 años de servicios continuos o discontinuos al servicio de la guardia nacional, sin tener en cuenta la edad, sin embargo, con la entrada del sistema de

seguridad social el 1 de Abril de 1994, se dispuso la aplicación general de sus disposiciones, y no incluyó al INPEC dentro de las excepciones.

Resalta que la citada Ley 100 de 1993 al establecer el régimen de 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 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.

Señala que la disposición en materia pensional vigente 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 en su Artículo 1 fijó los requisitos de tiempo y edad necesarios para el reconocimiento de una pensión, no obstante excluyó de esta regla a los empleados oficiales que disfrutaban de un régimen especial de pensiones, como es el caso de los integrantes del INPEC.

Bajo estos supuestos, para que a un empleado del INPEC y 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 Ley 100 de 1993, esto es, edad o tiempo de servicio.

Transcribiendo así otros apartes Jurisprudenciales, expresa en sustento de ello que los Actos demandados son manifiestamente violatorios de las normas superiores citadas, esto es, la Ley 32 de 1986, que solo exigía 20 años de servicio en esta actividad sin consideración a la edad, desconociendo, que por estar vinculados los funcionarios del INPEC al régimen general de seguridad social, para poderse beneficiar del régimen de transición, tenían que cumplir con alguno de los dos requisitos que exige el Artículo 36 de la Ley 100, esto es, edad o tiempo de servicio al 1 de Abril de 1994, requisito que no cumplió el señor Montoya quien para la fecha no tenía 40 años de edad ni 15 años de servicio, como está probado con el registro civil de nacimiento y las certificaciones de tiempos de servicio que reposan en el expediente administrativo, y teniendo en cuenta que cumplió el estatus en vigencia del Decreto 2090 de 2003.

Por estas razones expresa, los Actos transgreden abiertamente la normatividad, esto es, la Ley 100 de 1993, el Decreto 2090 de 2003, el Acto Legislativo 01 de 2005 en lo que al régimen aplicable a los funcionarios del INPEC concierne, la Ley 797 de 2003, en cuanto a que no se exigió el número de semanas mínimas cotizadas de las cuales 700 semanas debe efectuarse cotización especial, ni la edad de 55 años aplicando un régimen del que no era beneficiario.

Como segundo cargo refiere a la liquidación de la pensión con el promedio de lo devengado en el último año de servicios, desconociendo que el IBL no hace parte de la transición, que al liquidar la pensión solo se tiene en cuenta del régimen anterior la edad, el tiempo de servicios y el monto del 75%, ya que el IBL es el contenido en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Indicando que el concepto de violación al segundo cargo sugiere que los mismos son manifiestamente contrarios al Artículo 36°, la Ley 100 de 1993, el Decreto 1158 de

1994 y la Sentencia SU 230 de 2015 y C 258, refiriendo a Sentencia del Consejo de Estado del 28 de Agosto de 2018 sobre el IBL en el régimen de transición, así como a la Sentencia T-109 de 2019, normas y precedente que aduce son claras en cuanto a que la pensión no puede liquidarse con el promedio de lo devengado en el último año sino conforme lo establecido en la Ley 100 de 1993 en su Artículo 36, es decir, el tiempo que le hiciera falta o los últimos 10 años de servicio y los factores salariales del Decreto 1185 de 1994, y contemplados en el régimen del INPEC.

Como tercer cargo aduce que CAJANAL no es la entidad competente para el reconocimiento de la pensión del demandado, refiriendo que la competente para ello no era la UGPP sino COLPENSIONES, ya que estuvo vinculado con posterioridad a la vigencia del Decreto 2090 de 2003, esto es, el 16 de Febrero de 2008, y conforme con el traslado masivo de que trata el Decreto 2196 de 2009, es esta última entidad a quien corresponde el reconocimiento de la prestación al cumplir 55 años y 1.300 semanas de cotización, lo que apenas ocurrirá el 21 de Marzo de 2021.

Citando el Artículo 4° del Decreto 2196 de 2009, concluye que los Actos acusados realizaron 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.

Así, confrontado el marco jurídico y el expediente, queda establecido el requisito de normas violadas y el concepto de violación, por lo que deberá declararse su nulidad y ordenarse el restablecimiento del derecho conculcado, pues es manifiesta su contradicción con el orden jurídico vigente aplicable, pues reconoció y reliquidó una pensión cuando ni siquiera a la fecha de presentación del Medio de Control el beneficiario reúne los requisitos para acceder a tal prestación.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.1 RUBÉN DARÍO MONTOYA (fol. 500 a 513).

El señor Rubén Darío Montoya, a través de Apoderado Judicial dio contestación a la demanda, comenzando por efectuar un recuento de lo pretendido en esta y como antecedentes, indicando frente a los hechos que el primero es cierto así como el segundo, según se desprende de lo consignado en la historia laboral del señor Rubén Darío Montoya expedida por la Dirección General del INPEC, siendo ciertos los hechos tercero a noveno.

En cuanto a las pretensiones, manifiesta que se opone a todas y cada una de las contenidas en el escrito de demanda y en consecuencia solicita sean negadas en su totalidad, absolviéndole, teniendo en cuenta que con la documentación obrante en el expediente se desprende que el demandado tiene derecho al reconocimiento de una pensión mensual vitalicia de vejez, por desempeño de actividad de alto riesgo.

Como argumentos de la defensa, trae a colación el régimen prestacional de los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional, citando el Artículo 58 de la Constitución y refiriendo a la irrenunciabilidad de la seguridad social como servicio público, refiriendo así al Decreto 407 de 1994, el cual establece que los

miembros del INPEC que a la fecha del mismo estuvieren prestando sus servicios a la entidad, tendrían derecho a la pensión de jubilación en los términos del Artículo 96 de la Ley 32 de 1986, esto es, acceder a la pensión de jubilación a cualquier edad, siempre y cuando hayan laborado 20 años, y en lo que respecta a su base de liquidación será el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, conforme lo establecido en la Ley 4 de 1966 y el Decreto 1045 de 1978.

Mencionando que la Ley 100 creó un régimen especial de seguridad social con el objeto de integrar o unificar todos los regímenes pensionales especiales que existían hasta esa época y salvaguardar el derecho a la igualdad de los pensionados, de tal manera que todos los trabajadores se pensionaran con idénticos requisitos de edad, tiempo y monto de pensión, no obstante, en su Artículo 36, consagró un régimen de transición, esto es, propendiendo por el respeto de los derechos adquiridos de quienes tenían la expectativa o habían alcanzado su derecho, conforme con las normas existentes anteriormente, refiriendo la Ley 100 en su Artículo 140 que respecto a aquellos servidores públicos que prestaran sus servicios en actividades de riesgo, se les tendría en cuenta una menor edad de jubilación o número menor de semanas de cotización, o en caso tal, ambos requisitos.

Por su parte el Código Penitenciario y Carcelario contenido en la Ley 65 de 1993 en su Artículo 172, revistió de facultades extraordinarias al Presidente para dictar normas con fuerza de Ley, expidiéndose así el Decreto 407 de 1994, el cual consagró un régimen especial y diferente al contemplado en la Ley 100 de 1993, más benévolo para esta clase de servidores públicos, quienes desempeñaran actividades de alto riesgo, estableciendo en su Artículo 7 los destinatarios y ámbito de aplicación, disponiendo en su Artículo 8, que quienes se encuentren vinculados al INPEC, gozan de un régimen especial.

Seguidamente, y con relación a la pensión de jubilación de estos empleados públicos, se consagró en su Artículo 168 que gozarían de dicha prestación social en los términos establecidos en la Ley 32 de 1986 Artículo 96, sin embargo, la norma fue derogada por el Decreto 2090 de 2003, no obstante, teniendo en cuenta que el Decreto 407 de 1994 ya había salvaguardado el derecho de los funcionarios del INPEC que se hallaren vinculados antes de la vigencia de la norma, esto es, el 21 de Febrero de 1994, a pensionarse con base en la normatividad anterior, esto es, la Ley 32 de 1986.

Menciona, que después de adoptado 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 de 1993, cita el Artículo 1° el Decreto 1950, para expresar que el Acto Legislativo 1 de 2005, que adicionó el Artículo 48 de la Constitución, dispuso en el inciso séptimo que a partir de su vigencia, quedaban suprimidos todos los regímenes especiales pensionales, como regla general, con las excepciones o bajo las condiciones señaladas en el mismo Acto legislativo, y en el Parágrafo transitorio 5° se ocupó expresamente del régimen pensional especial de los miembros del INPEC.

Así, la normatividad vigente con anterioridad al Decreto 407 de 1994, es la Ley 32 de 1986, la cual en su Artículo 1° establece su objeto. Por otro lado, en su Artículos 10 y 96, define qué personal hace parte del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional, y establece la pensión de jubilación para el mismo.

Sobre 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, cita apartes Jurisprudenciales del Consejo de Estado, así como concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de dicha Corporación sobre las normas aplicables a dicho régimen, de tal manera que el régimen de transición contemplado en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no le es aplicable al señor Rubén Darío Montoya, toda vez que de acuerdo con lo estipulado en el Acto Legislativo, el régimen a él aplicable será el vigente con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto, esto es, la Ley 32 de 1986.

La parte demandante basa su petición en el hecho de que al señor Rubén Darío Montoya, se le debe aplicar lo establecido en el Parágrafo del Artículo 6 del Decreto 2090 de 2003, en el sentido de que para poder ejercer los derechos que se establecen en tal Decreto, cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales allí señalados, los previstos por el Artículo 36° de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 18 de la Ley 797 de 2003, sin embargo, resulta pertinente indicar que no le asiste razón a la entidad demandante, en atención a que frente a las exigencias contenidas en el Parágrafo del Artículo 6° del Decreto 2090 de 2003, existe una norma posterior, de mayor jerarquía, que estableció como único requisito para que los integrantes del INPEC accedan a la transición, el cual fue cumplido por el señor Rubén Darío Montoya.

La Corte Constitucional en Sentencia C-663 de 2007, que revisó la constitucionalidad del referido Parágrafo 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 dicho el Consejo de Estado, no resulta proporcionado exigirle a los beneficiarios del Decreto 2090 de 2003 los requisitos de transición de la Ley 100, 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 INPEC con el régimen general, contrario a lo sostenido por el Consejo de Estado, como por ejemplo en la Sentencia del 12 de Mayo de 2004, en la que indicó que los empleados del INPEC según 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.

Aludiendo al principio de la buena fe, señala que el mismo no solo tiene lugar en el momento del nacimiento de la relación jurídica sino que desarrolla sus efectos en el tiempo, hasta que ésta se extinga, según el Artículo 83 de la Constitución Política, citando apartes Jurisprudenciales emanados de la Corte Constitucional, proponiendo así como excepciones las siguientes.

-Estricto cumplimiento a los mandatos legales: Menciona que mediante las Resoluciones acusadas, la UGPP reconoció el pago de una pensión especial de vejez por desempeño en actividad de alto riesgo a favor del demandado, con estricto cumplimiento de las normas constitucionales y legales vigentes para tal reconocimiento.

- Cobro de lo no debido, por ser el demandado un poseedor de buena fe: Expresa que con la declaratoria de nulidad de los Actos de reconocimiento pensional, se pretende el reintegro de la totalidad de las sumas canceladas en virtud de tales Actos, amén de la declaratoria que no le asiste el derecho al reconocimiento y reliquidación de la pensión en los términos de las resoluciones demandadas, indicando que el señor Rubén Darío Montoya siempre ha actuado de buena fe, haciendo uso de las facultades legales para acceder a la prestación, siendo adquirido su derecho mediante dicho Acto y que ahora se demanda, pretendiendo endilgarle responsabilidad y solicitando la devolución de las mesadas ya percibidas, lo cual resulta desproporcionado y contrario a la Ley, en atención a que actuó con transparencia y con apego a la normatividad vigente.

Así, peticiona que con base en lo expuesto, se declaren probadas las excepciones y en consecuencia se decida que no hay lugar a la declaratoria de nulidad de los Actos atacados, por medio de los cuales se concedió y se reliquidó el pago de una pensión especial de vejez por desempeño en actividad de alto riesgo a favor del señor Rubén Darío Montoya, así como que se declare que no hay lugar al reintegro de las sumas de dinero canceladas en virtud del Acto Administrativo demandado.

2.2 COLPENSIONES (fol. 493 a 485).

La vinculada COLPENSIONES dio contestación a la demanda, comenzando por efectuar un recuento de la naturaleza jurídica de la entidad, e indicando frente al hecho primero y quinto que son ciertos, sin que le conste los hechos segundo, tercero y cuarto, toda vez que en el expediente administrativo no reposa documental que así lo demuestre, refiriendo al hecho sexto que no le consta, toda vez que en el expediente administrativo solo reposa un proyecto de Resolución donde se logra evidenciar algunos hechos que están relacionados con la demanda, lo cual refiere así del hecho subsiguiente número, refiriendo que al hecho que debería ser el 7 es parcialmente cierto, pues es real que mediante proyecto de Resolución se comunicó a COLPENSIONES la cuota de la reliquidación, sin embargo, no le consta que se debió negar tal reliquidación.

Al hecho Séptimo indica que no le consta por la argumentación antes dicha de solo reposar un proyecto de Resolución, sin que sobre el hecho Octavo obre documental que así lo demuestre, y al haberse hecho la solicitud ante una entidad diferente a COLPENSIONES, lo cual alude también al hecho Noveno.

En cuanto a las pretensiones señala que se opone a todas y cada una de las mismas, solicitando sean negadas en su totalidad y en consecuencia sea absuelta la entidad, teniendo en cuenta que lo pretendido es que se declare la nulidad de un Acto emitido por la UGPP, siendo así que no está legitimada COLPENSIONES para pronunciarse sobre el asunto, oponiéndose a cada una individualmente consideradas, y en tanto no están dirigidas a que se realice por su parte gestión alguna, encontrándose así una falta de legitimación en la causa por pasiva.

Como excepciones propone las de:

- Falta de legitimación: En el caso se tiene que la demandante se encuentra atacando y solicitando la nulidad de un Acto Administrativo expedido por la misma entidad, es decir, la UGPP, resultando apropiado que el demandante*

haya dirigido sus pretensiones contra dicha entidad, toda vez que es la responsable del Acto del que se pretende declarar la nulidad. Así las cosas, COLPENSIONES carece de legitimación en la causa por pasiva, y de competencia para pronunciarse sobre los hechos y pretensiones de la demanda, pues no ha reconocido prestación alguna en favor del demandado, siendo así el llamado a establecer la solicitud presentada de manera precisa, concreta y de fondo la UGPP. Así, insiste en que se evidencia una clara falta de legitimación por pasiva, lo cual solicita sea declarada y en consecuencia se proceda a su desvinculación, desestimando las pretensiones.

- *Inexistencia de la obligación demandada: Lo solicitado corresponde a una declaratoria de nulidad de un Acto Administrativo emitido por la UGPP, en consecuencia, nos encontramos frente a una falta de legitimación en la causa por pasiva, siendo así como debe tenerse en cuenta que las entidades públicas sólo pueden realizar las funciones que la Ley expresamente les atribuye, prohibiendo de manera expresa desarrollar aquellas que no están expresamente permitidas por las normas.*
- *Prescripción: Con base en el Artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, propone dicha excepción como medio ante cualquier derecho reclamado que pudiere ser probado y frente al cual haya operado ese fenómeno.*

Como fundamentos de derecho y consideraciones jurídicas de la defensa, indica que resulta tener claridad en cuanto al demandado frente a la cual se está pretendiendo el reintegro de los valores pagados y por cuanto este goza de legitimación en la causa por pasiva, no siendo este el caso para la entidad COLPENSIONES, toda vez que está demandado el Acto Administrativo expedido por una entidad diferente, esto es, la UGPP y no COLPENSIONES, solicitando así se nieguen o absuelva de todas las pretensiones de la demanda, pues las mismas no están dirigidas a la entidad, en tanto COLPENSIONES no posee legitimación en la causa por pasiva por no haber expedido el Acto que se pretende declarar como nulo, con la finalidad del reintegro de las sumas reconocidas al señor Rubén Darío Montoya.

Expresa, que es acertado defender la posición de que COLPENSIONES no está legitimado en la causa por pasiva, toda vez que el Acto del que se pretende la nulidad fue expedido por la UGPP, solicitando la absolución de COLPENSIONES pues en las pretensiones de la demanda, no se vislumbra razón alguna para ser condenada, y así obtener un fallo favorable a la entidad, al ser evidente la falta de legitimación en la causa por pasiva, y la falta de competencia para intervenir en el asunto, toda vez que el Acto Administrativo atacado fue dictado por autoridad diferente.

Citando apartes Jurisprudenciales sobre dicha figura, no obstante resalta que para obtener el ingreso base de liquidación de la prestación del demandado, debe darse aplicación a lo dispuesto en el Artículo 21 de la Ley 100 de 1993, refiriendo a la decisión del Consejo de Estado del 28 de Agosto de 2018, Sentencia de Unificación sobre el criterio de interpretación del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de la cual transcribe apartes, para mencionar que en cuanto a sus efectos, se dispuso la aplicación del precedente sentado mediante la citada Providencia en forma retrospectiva, es decir,

los argumentos expuestos en el fallo de Unificación se aplicarán a todos los casos pendientes de solución en la vía administrativa y Judicial, a través de las acciones ordinarias.

3. TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES.

Efectuado lo propio, la parte demandante frente a las excepciones propuestas por el demandado y la entidad vinculada, guardó silencio (fol. 518).

4. AUDIENCIA INICIAL.

El día Nueve (09) de Octubre de dos mil Veinte (2020) se realizó la *Audiencia Inicial* a que alude el Artículo 180 del CPACA, efectuándose el saneamiento del proceso sin que se advirtiera irregularidad alguna como tampoco la configuración de causales de nulidad procesal, expresándose que sobre las excepciones propuestas las mismas por ser de fondo se resolverían en la Sentencia y por facultarlo así el inciso 2° del Artículo 187 del CPACA, expresándose en relación a la falta de legitimación así rotulada por COLPENSIONES que la misma también sería objeto de pronunciamiento en la decisión que diera fin a la instancia, pues si bien su rótulo sugeriría excepción previa, no obstante, al afirmarse en la demanda que la entidad competente para el reconocimiento de la pensión no era la UGPP sino COLPENSIONES, era necesario establecer profusamente y definir allí si le asiste o no responsabilidad alguna a la vinculada como entidad del sistema de seguridad social, frente al derecho pensional controvertido, con relación a los cargos que le han sido endilgados, decisión que no tuvo pronunciamiento ni objeción alguna por las partes.

Se efectuó en la diligencia el llamado a conciliación judicial en cumplimiento al ítem del numeral 8° del Artículo 180 del CPACA y pese a que lo discutido en el proceso es un derecho pensional de carácter irrenunciable, declarándose fallido dicho intento al ser expresa la no voluntad de la demandante UGPP y la vinculada COLPENSIONES, según Actas de sus Comités de Conciliación, *fijándose el litigio*, dejándose *constancia* de la *inexistencia* de Medidas Cautelares pendientes de resolver, profiriéndose el Auto de pruebas y ordenándose la presentación de los alegatos de conclusión.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

5.1 PARTE DEMANDANTE UGPP.

La demandante UGPP allegó escrito presentando alegatos de conclusión, comenzando por efectuar un recuento del régimen jurídico aplicable a los servidores del INPEC, debiendo tenerse en cuenta el Decreto 1817 de 1964 y quienes cuentan con un régimen especial de carrera penitenciaria. Tiempo después, la Ley 32 de 1986, determinó lo concerniente al régimen prestacional de dicho personal, otorgándoles la categoría de empleados públicos. Por su parte el Artículo 96 de dicha Ley, estipuló que el beneficio para gozar de la pensión de jubilación de los miembros del INPEC era haber cumplido 20 años de servicios continuos o discontinuos sin tener en cuenta la edad, refiriendo así mismo en sus alegaciones la entidad demandante a lo dispuesto en el Decreto 407 de 1994, el Decreto 2160 de 1992, el Decreto 1835 de 1994 y el Decreto 2090 de 2003, este último que en su Artículo 6° regló régimen de transición.

Así menciona que para el reconocimiento pensional, bajo los términos de las normas anteriores al Decreto 2090 de 2003, se debían cumplir los requisitos del régimen de transición allí previstos, a saber, acreditar al menos 500 semanas de cotización en actividades de alto riesgo, cumplir el mínimo de semanas exigidas por la Ley 797 de 2003, y cumplir los requisitos del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993. 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 del Artículo 96 de la Ley 31 de 1986.

Sobre el régimen general de pensiones y aplicación del mismo a los funcionarios del INPEC, expresa que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se estableció el dicho régimen de seguridad social integral, en el que se incorporó mediante el Decreto 691 de 1994 a los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, entre los cuales estaban los propios del INPEC, a partir del 1 de Abril de 1994, dado que ellos no fueron excluidos de su aplicación, según el Artículo 279 de dicha norma.

Así las cosas expresa, fueron claras las normas en señalar que 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 objeto de análisis no los excluyó de su aplicación.

Bajo ese contexto resulta claro que el señor Rubén Darío Montoya se encuentra amparado por la normatividad especial que rige en materia pensional al INPEC, debiendo respetarse lo regulado en la Ley 100 de 1993, motivo por el cual no obstante debe efectuarse el cumplimiento de los requisitos allí exigidos, sin poder dejarse de lado lo dispuesto en el *Acto Legislativo 01 de 2005*, y citando apartes Jurisprudenciales emanados del Consejo de Estado aplicables a la materia, para mencionar que el señor Rubén Darío Montoya, quien nació el 01 de Marzo de 1966, y prestó sus servicios en el INPEC desde el 17 de Noviembre de 1987 al 30 de Marzo de 2014, se puede determinar que al 01 de Abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para servidores del orden Nacional, el hoy pensionado no tenía 15 años de servicios ni 40 años de edad como lo exige el Artículo 36° para ser beneficiario del régimen de transición allí establecido, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 6° del Decreto 2090 de 2003, norma aplicable pues los 20 años de servicios en cargos de excepción del INPEC los cumplió en vigencia del Decreto 2090 de 2003, que exige 20 años de servicios y haber cumplido los requisitos señalados en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para ser merecedor de los beneficios señalados en la Ley 32 de 1986, hecho que no lo hace merecedor del régimen especial de la Ley 32 de 1986, situación que es contraria a lo señalado en el Acto objeto de demanda, pues las normas como la Jurisprudencia aplicable al caso sí establecieron que se debía regir por lo señalado en el régimen general de pensiones señalado en la Ley 100 de 1993, concordante con el Artículo 1 del Decreto 691 de 1994.

Pronunciándose sobre el Ingreso Base de Liquidación pensional para efectos de la reliquidación pensional, aludiendo a los precedentes de Unificación de las Altas Cortes menciona que el señor *Rubén Darío Montoya* no tenía derecho al régimen de transición contemplado en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siendo así el régimen aplicable la Ley 100 de 1993, lo que conlleva que el demandado debe cumplir los requisitos de la Ley general para poder acceder a su derecho pensional.

Así, manifiesta que se configuran las causales de falsa motivación e infracción de las normas en las que debía fundarse el Acto Administrativo, situación que genera se acceda de forma favorable a las pretensiones de la demanda declarando la nulidad de los Actos, y el consecuente restablecimiento del derecho.

5.2 PARTE DEMANDADA RUBÉN DARÍO MONTOYA.

Manifestando reafirmar y reiterar los argumentos que sirvieron de base a la contestación de la demanda, ello en lo que concierne a las circunstancias que rodean el régimen especial salarial, prestacional y pensional de los miembros del INPEC, y aludiendo a Jurisprudencial del Consejo de Estado, trae a colación lo dispuesto en la Ley 32 de 1986 en su Artículo 144, así como al Decreto 407 de 1994, en el cual expresa se consignó que los miembros del INPEC tendrían derecho a una pensión de vejez en los términos que establezca el Gobierno en desarrollo del Artículo 140 de la Ley 100 de 1993 para las actividades de alto riesgo, lo cual ocurrió sólo hasta el año 2003, cuando se estableció el régimen pensional para los trabajadores que laboran en actos de alto riesgo, esto es, el Decreto 2090 de 2003, de acuerdo al cual, el Artículo 168 del Decreto 407 de 1994, fue derogado sólo hasta el 28 de Julio de 2003.

Refiriendo a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, alude así mismo a lo dicho por la Corte Constitucional en la Sentencia C-651 de 2015, ello respecto a la discusión suscitada en el debate que finalmente quedó convertido en el Acto Legislativo, siendo claro 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 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 ese Decreto, y en general las pensiones de alto riesgo, tendrían una vigencia no interferida por el Acto Legislativo en trámite.

Así es claro que mediante el Artículo 140 de la Ley 100 de 1993, se ordenó al Gobierno Nacional la expedición del régimen de funcionarios públicos que se desempeñen en actividades de alto riesgo, haciendo referencia específicamente a los miembros de cuerpo de custodia y vigilancia nacional penitenciaria, originándose solo en el año 2003 el Decreto 2090, concretamente el 28 de Julio de 2003.

Ello lleva a concluir que la voluntad del Legislador, fue sustraer a los servidores del INPEC de la generalidad de la Ley 100 de 1993, y ubicarlos en el plano especial, teniendo en cuenta la complejidad y peligrosidad de las funciones que desempeñan, que no es otra que la custodia y vigilancia de los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país, así como de las personas privadas de la libertad que allí están.

Así, la pensión especial de vejez por desempeño de actividad de alto riesgo del señor Rubén Darío Montoya, debió ser reconocida como en efecto ocurrió, con fundamento en los parámetros de la Ley 32 de 1986.

Solicita se declaren probadas las excepciones propuestas y en consecuencia se denieguen las pretensiones de la demanda, situación que debe dar lugar a la condena en costas en contra de la entidad demandante.

5.3 COLPENSIONES.

Reiteró sus argumentaciones tendientes a indicar que no está legitimada en la causa por pasiva y que por lo tanto se debe desvincular del proceso y tener por probada la excepción, ello toda vez que la UGPP se encuentra atacando y solicitando la nulidad de sus propios Actos.

Reitera así la excepción por ella propuesta de falta de legitimación, citando apartes Jurisprudenciales emanados de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, para solicitar se declare probada la excepción tal y como en casos similares expresa lo ha adoptado este Tribunal, ello en virtud a la carencia del presupuesto procesal de legitimación en la causa por pasiva de la entidad, solicitando se dé por terminado el proceso y su pronunciamiento frente a las pretensiones sean desestimatorias.

5.4 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Guardó silencio.

VI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

Observado el cumplimiento y debido acatamiento de las garantías judiciales consagradas en el Artículo 8º de la *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, así como las previstas en el Artículo 14º del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* que dispone la igualdad de todas las personas ante los Tribunales y Cortes de Justicia, se tiene que dichas garantías relativas al debido proceso judicial de las partes comparecientes a la Litis en el marco de los estándares internacionales de Derechos Humanos vigentes para Colombia, se acatan de manera irrestricta.

Se advierte así mismo que no hay inconveniente de ninguna naturaleza en cuanto a la Jurisdicción y competencia del Tribunal; la demanda en forma; la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, tanto de la parte demandante como de la entidad demandada; ambas partes se encuentran representadas por Apoderados debidamente constituidos; así como en cuanto a que el Medio de Control no se haya extinguido por caducidad, fenómeno que no resulta aplicable al asunto por discutirse la legalidad de Actos Administrativos que reconocieron derechos pensionales, todo lo anterior conforme la Ley 1437 de 2011.

De otra parte se observa que la demanda se presentó cumpliendo los requisitos de las normas procesales, especialmente de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) y que el proceso fue tramitado en forma legal, sin que existan causales de nulidad que invaliden lo actuado.

Por consiguiente se procede a dictar Sentencia conforme al siguiente:

6.1 PROBLEMA JURÍDICO.

Tal como se fijara durante la Audiencia Inicial, el problema jurídico a resolver en el *sub judice* es:

¿Habrá lugar a declarar la nulidad de la Resolución RDP 004522 del 10 de Febrero de 2014, así como la que reliquidó y aumentó la pensión de vejez del señor Rubén Darío Montoya expedidas por la demandante UGPP, declarando en consecuencia que el demandado no tiene derecho al reconocimiento y reliquidación de tal prestación,

ordenando en consecuencia el reintegro de las sumas canceladas en virtud de los Actos demandados, o por el contrario, habrá lugar a denegar las pretensiones?

Para dar respuesta al problema jurídico planteado, se analizará el material probatorio obrante en el expediente así como de los distintos planteamientos que motivaron el ejercicio del presente Medio de Control, abordándose en primer lugar lo relativo al régimen pensional del personal adscrito al INPEC y con base en ello, resolver lo que en derecho corresponda en el caso concreto.

7. RÉGIMEN PENSIONAL DEL PERSONAL PERTENECIENTE AL INPEC.

El fin de la previsión adoptada en el Acto Legislativo 1 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.

Así, haciendo una recopilación normativa constitucional y legal del régimen pensional del personal del INPEC, inicialmente la Ley 32 del 3 de Febrero 1986, que adoptó el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, estableció en su Artículo 1°:

“Artículo 1°. Materias que regulan la presente Ley. La presente Ley regula todo lo relativo al ingreso, formación, capacitación, ascensos, traslados, retiros, administración y régimen prestacional del personal de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional.” (Negrillas de la Sala).

A su vez, consagra el Artículo 96 ibidem:

“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” (Negrillas de la Sala).

Por su parte, el Artículo 114 de la normativa en comento, dispuso la remisión al régimen general, en los aspectos no previstos en la precitada Ley.

Posteriormente, el Artículo 168 del Decreto 407 de 1994, *“Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario”*, señaló:

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

Con relación a los puntos porcentuales de cotización, serán determinados por el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO 1°. Las personas que ingresen a partir de la vigencia de este decreto, al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán

derecho a una pensión de vejez en los términos que establezca el Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993 para las actividades de alto riesgo.

PARÁGRAFO 2º. El personal Administrativo del Instituto se regirá por las normas establecidas en la Ley 100 de 1993” (Negrillas de la Sala).

En ese orden de ideas, a la entrada en vigencia del Decreto 407 de 1994, esto es, al 21 de Febrero de 1994, la pensión de jubilación para el personal del INPEC vinculado para ese entonces a la institución, sería reglada por la Ley 32 de 1986; y los vinculados con posterioridad, por la Ley 100 de 1993 (que entró en vigencia el 1º de Abril de 1994).

El Artículo 140 de la Ley 100 de 1993, establece:

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

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

Sin embargo, el Gobierno Nacional solamente hasta el año 2003 estableció el régimen pensional para los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, por medio del Decreto 2090 de Julio 26 de 2003, en el que se determinó:

ARTÍCULO 1o. DEFINICIÓN Y CAMPO DE APLICACIÓN. El presente decreto se aplica a todos los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, entendiéndose por actividades de alto riesgo aquellas en las cuales la labor desempeñada implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo.

ARTÍCULO 2o. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO PARA LA SALUD DEL TRABAJADOR. Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:

(...)

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

ARTÍCULO 3o. PENSIONES ESPECIALES DE VEJEZ. Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el

artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.

ARTÍCULO 4o. CONDICIONES Y REQUISITOS PARA TENER DERECHO A LA PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ. *La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:*

1. Haber cumplido 55 años de edad.

2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9o de la Ley 797 de 2003.

La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.

ARTÍCULO 5o. MONTO DE LA COTIZACIÓN ESPECIAL. *El monto de la cotización especial para las actividades de alto riesgo es el previsto en la Ley 100 de 1993, más diez (10) puntos adicionales a cargo del empleador.*

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.*

(...)

ARTÍCULO 11. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. *El presente decreto regirá a partir de su publicación y deroga todas las normas que le sean contrarias, en particular, el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, los Decretos 1281, 1835, 1837 y el artículo 5o del Decreto 691 de 1994, el Decreto 1388 y el artículo 117 del Decreto 2150 de 1995 y el Decreto 1548 de 1998.”*

Así, por disposición del Artículo 11 del Decreto 2090 de 2003, solo hasta el 28 de Julio de 2003, fue derogado el Artículo 168 del Decreto 407 de 1994. Luego, por medio del Acto Legislativo 01 de 2005, “Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”, en el parágrafo transitorio 5º, se decidió aclarar la vigencia de los regímenes pensionales para los trabajadores del INPEC, así:

"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" (Negrillas de la Sala).

Al respecto, dispuso la Corte Constitucional en Sentencia C-651 de 2015,

"25.3. En tercer lugar, quizás lo anterior lleva a preguntarse por qué entonces, si era claro que el Acto legislativo no interferiría en la vigencia y validez de las pensiones de alto riesgo, contempladas en el Decreto 2090 de 2003, resultaba necesario contemplar el actual parágrafo transitorio 5º del artículo 48 de la Constitución. La respuesta se halla hacia el final del trámite de formación del Acto, ya dentro del tercer debate de la segunda vuelta, en el Senado de la República. En ese momento adquirió fuerza una preocupación parlamentaria que antes se venía discutiendo, ya no en torno a la posible afectación de las pensiones de vejez por actividades de alto riesgo, pues había claridad acerca de que no las impactaba la reforma, sino en torno de una situación puntual de los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, pues al parecer había un vacío regulatorio en el tiempo en relación con este personal, que el Congreso consideró necesario colmar.¹ Esa intervención concluyó con una constancia.² Pero en una sesión de Comisión posterior, dentro del mismo tercer debate de la segunda vuelta, se convirtió la constancia en una proposición aditiva, suscrita por miembros de distintos partidos.³

¹ En la sesión de la Comisión Primera del Senado, ocurrida el 31 de mayo del año 2005, el Senador Andrés González dijo al respecto lo siguiente: "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 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 a delante 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, pero que de darse como se ha anunciado por parte del Gobierno una definición en este tema, pues lo retiraría porque perdería su fundamento, pero dejó constancia de que el tema ha sido tratado en los dos Ministerios y hay una salida sobre el particular." Gaceta 535 de 2005.

² La constancia obró como propuesta de pliego de modificaciones. Decía en lo pertinente: "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." Gaceta 535 de 2005.

³ En el Acta de la sesión de Comisión del 1º 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 parágrafos 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. Firmado

El texto finalmente aprobado en Comisión Primera del Senado, fue en su sentido el que en definitiva quedó en el Acto Legislativo.⁴ Pero lo que queda claro es entonces que el origen del párrafo transitorio 5º del artículo 48 de la Constitución fue la preocupación por colmar una aparente deficiencia regulatoria en relación con un grupo de personas debidamente 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.

26. De acuerdo con lo anterior, tanto el texto del artículo 48 de la Constitución, interpretado sistemáticamente en sus incisos y párrafos, como el sentido de las deliberaciones que precedieron a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, indican que las pensiones de vejez por actividades de alto riesgo, tal como son reguladas en el Decreto 2090 de 2003, no solo no fueron eliminadas con la entrada en vigencia de la reforma constitucional, sino que aparte no estaban llamadas a desaparecer tampoco con el advenimiento del 31 de julio de 2010, pues no les era aplicable específicamente lo previsto en el párrafo transitorio 2º del artículo 48 Superior. Pero además de estas razones hay otra, que la Corte Constitucional comparte de forma parcial con el Procurador General de la Nación, y es que

honorables Senadores Andrés González, Luis Elmer Arenas, Carlos H. Andrade, Hernán Andrade, Ciro Ramírez, Carlos Gaviria, Antonio Navarro, Claudia Blum, Carlos Holguín, Juan Fernando Cristo, Darío Martínez, Germán Vargas, Mauricio Pimiento, Luis Humberto Gómez Gallo, José Renán Trujillo García.” Gaceta 533 de 2005. Luego, el Senador Andrés González la explicó del siguiente modo: “Señor Presidente, voy a tratar de explicar brevemente el sentido de esta propuesta y el contexto de la misma que son los siguientes: En el año, a principios de los años 90, este Congreso adoptó todo un régimen especial para el cuerpo de custodia y vigilancia de prisiones, y lo adoptó en el entendido de la grave crisis carcelaria que se presentaba en ese momento. En ese sentido se creó un Instituto especial, se creó el Inpec que no existía, se le dieron facultades al Congreso para que expidiera un régimen prestacional especial, y al mismo tiempo en la Ley 100, en la Ley 100 específicamente se dijo que los miembros de custodia y vigilancia desempeñaban actividades de alto riesgo, fue el único grupo de trabajadores respecto de los cuales específicamente la Ley 100 dijo cumplen actividades de alto riesgo y su régimen será regulado por el Gobierno Nacional. Dos meses después de estar rigiendo la Ley 100, dos o tres meses después se expide un decreto ley, de facultades extraordinarias, decretó que establece claramente, expresamente que quienes estuvieran en ese momento en el Inpec tendrían un régimen especial que era el de la Ley 32 de 1986, y así mismo que esas personas de alto riesgo tendrían el régimen que estableciera el Gobierno Nacional. El Gobierno Nacional nunca estableció ese régimen sino hasta el año 2003, a partir del cual como personas vinculadas a una actividad de alto riesgo, tendrían un sistema que se regirían por unas semanas especiales de cotización, quiere decir esto que en este caso el Estado cotiza más para que tengan ese régimen especial, y ese régimen ya está funcionando hoy desde el 2003, sin dificultad, incluso se presentaron algunas dudas, y el Gobierno Nacional intervino y ya están resueltas en esa materia en cuanto a las cotizaciones especiales. No obstante, han surgido una serie de interpretaciones jurídicas que han llegado hasta los Tribunales y los Tribunales y el Consejo de Estado han venido fallando condenando reiteradamente a la Nación, diciendo que uno, que son actividades de alto riesgo, dos, que tenían un régimen especial establecido a través de un decreto ley del año 94, tuve la oportunidad como Ministro de firmar esa disposición, tengo la plena conciencia de información de a qué obedecía. Y por ese decreto ley posterior a la Ley 100 que creó una situación jurídica muy precisa y muy clara hay unos derechos adquiridos, derechos adquiridos, ¿por qué? Por una consideración elemental, pocos funcionarios como los guardianes de prisiones tienen las jornadas, a que ellos están sometidos y segundo tienen que vivir en las cárceles durante una serie de tiempo que le supone que haya un tratamiento especial. Por eso desde esa época este Congreso tanto en la Ley 100, como en un decreto ley posterior fijó un régimen especial. Lo que se pide con esta norma, no es nada hacia el futuro, no es ningún régimen especial hacia adelante, es simplemente que haya una claridad de interpretación, por eso es una norma transitoria de 2003, hacia atrás. Que se diga ¿qué? Pues que se aplica en los derechos que siempre tuvieron y que han tenido, que han reconocido los jueces y que están claramente en un decreto ley, esa es la pretensión que se reconozca esa situación jurídica del 2003 hacia atrás. Yo debo honrar la verdad en el tratamiento de este tema, al señalar que por parte del Gobierno Nacional se ha dispuesto y se ha señalado, y se ha considerado por el señor Ministro, podrá explicar aquí en esta materia, que existiría una vía paralela, alterna de solución a este tema, a través de un decreto del Gobierno Nacional. Uno podría pensar que con ese decreto, simplemente se resuelve este tema y queda aclarado, no obstante muchos colegas con razón me han dicho, pero si mañana ese decreto cambia, si cambia la situación no habrá alguna duda jurídica sobre ese particular, por eso debo exponer la situación con todos sus pormenores, yo he presentado en conjunto con muchos otros Senadores el tema en el sentido de que esta es una situación jurídica clara, un derecho adquirido clarísimo, indiscutible, judicialmente reconocido, que no se está modificando nada hacia, no se pretende un régimen especial hacia el futuro, ya este Acto Legislativo dice que habrá actividades de alto riesgo que se rijan conforme a la ley. De manera que yo lo dejo a consideración de esta Comisión, en el sentido de que es un acto de plena justicia, y de absoluta y clara juridicidad.” Gaceta 533 de 2005.

⁴ Si bien con cambios de redacción, pues el aprobado por la Comisión Primera del Senado de la República decía: “Párrafo 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. 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”.

admitir la validez de las pensiones de vejez por actividades de alto riesgo se ajusta, y no desconoce, las finalidades de sostenibilidad financiera que buscaba alcanzar el Acto Legislativo 01 de 2005.

(...)

a. Conclusiones en cuanto al primer cargo

31. En definitiva, el Decreto 2090 de 2003 no consagra un régimen especial de pensiones, sino un esquema normativo de pensiones de alto riesgo que se inscribe en el régimen de prima media con prestación definida, dentro del sistema general de pensiones. Aparte, el Acto Legislativo 01 de 2005 no solo no prohíbe expresamente la existencia de reglas especiales para pensiones de alto riesgo, que se inserten en los regímenes generales del sistema general de pensiones, sino que de acuerdo con una lectura literal, sistemática, contextual y teleológica, tampoco previó su desaparición inmediata o diferida. El texto de los incisos 11 y 13, y del párrafo transitorio 2, del artículo 48 de la Carta, no solo no excluyen expresa e inequívocamente estas reglas, sino que de hecho, en una lectura conjunta de sus previsiones con el párrafo transitorio 5º del mismo precepto, las consideran como parte del sistema general de pensiones, y las deja a salvo de las limitaciones y restricciones previstas por el Acto Legislativo 01 de 2005. Esta conclusión encuentra pleno respaldo en los debates parlamentarios que antecedieron a la expedición de la reforma constitucional del año 2005, así como en una lectura teleológica o finalista del Acto Legislativo, y en una interpretación integral de la Constitución que tenga en cuenta su vocación igualitaria, expresada ante todo en su artículo 13, incisos 2 y 3, que consagra una “cláusula de erradicación de las injusticias presentes”.⁵

32. 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. El Decreto 2090 de 2003 incluye como beneficiarios de las pensiones de alto riesgo, por ejemplo, a quienes desempeñan trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos; trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles; trabajos con exposición a radiaciones ionizantes o a sustancias comprobadamente cancerígenas; trabajos en los Cuerpos de Bomberos, en actividades relacionadas con la función específica de actuar en operaciones de extinción de incendios; trabajos en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, en actividades de custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor (art 2º). En los considerandos del Decreto se observa también que según “los estudios realizados se han determinado como actividades de alto riesgo para el Sistema General de Pensiones aquellas que generan por su propia naturaleza la disminución de la expectativa de vida saludable del trabajador, independiente de las condiciones en las cuales se efectúe el trabajo”.

⁵ Sentencia SU-225 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz. SV José Gregorio Hernández, Carlos Gaviria Díaz y Antonio Barrera Carbonell).

33. Por encontrarse en estas condiciones, y para garantizar el goce efectivo del derecho a la seguridad social en pensiones de estas personas, se prevé entonces una edad especial para adquirir el derecho a la pensión de vejez. No obstante, este beneficio está precedido por una carga contributiva superior, y no introduce entonces un probado “desequilibrio pensional” que haga insostenibles las finanzas públicas, pues en primer lugar por estos trabajadores se debe pagar un monto de cotización superior al general, en tanto el artículo 5º del Decreto 2090 de 2003 dice que “[e]l monto de la cotización especial para las actividades de alto riesgo es el previsto en la Ley 100 de 1993, más diez (10) puntos adicionales a cargo del empleador”. Pero, además, en segundo lugar solo es posible reducir adicionalmente la edad de pensión, cuando se ha superado la base mínima de cotizaciones exigida en el sistema general de pensiones, pues el artículo 4º del Decreto ley referido establece que “[l]a edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años”. No hay entonces un desequilibrio pensional pues los beneficios se ven compensados con cargas contributivas especiales.

34. En conclusión, el artículo 8º del Decreto con fuerza de ley 2090 de 2003 no desconoce el artículo 48 de la Constitución Política, aun cuando prevea que la vigencia de sus reglas sobre pensión de vejez por actividades de alto riesgo supera la fecha de entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, y también el 31 de julio de 2010, fecha límite en la cual por mandato de la reforma constitucional referida debían expirar todos los regímenes especial y exceptuados, así como los demás que allí se indican. Por tanto, la Sala Plena procederá a resolver el segundo cargo de inconstitucionalidad.

(...)

42. Efectivamente, lo que hace el Decreto 2090 de 2003 es prever que sus beneficios no se extenderán a quienes se vinculen a actividades de alto riesgo después del 31 de diciembre de 2024, y que ese plazo podía incluso acelerarse si antes del 31 de diciembre de 2014 no se expedía un decreto por parte del Gobierno Nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Riesgos Profesionales. Esto, para empezar, resulta razonable en el contexto de una regulación sobre actividades de alto riesgo, toda vez que los niveles de riesgo pueden variar con las circunstancias y el tiempo. Así, por ejemplo, en la sentencia C-853 de 2013, la Corte señaló que antes de la creación del sistema general de pensiones se consideraban como de alto riesgo actividades que luego ya no tenían tal carácter. Se mencionó entonces que conforme a la ley laboral,

“[...] se consideraron como actividades de alto riesgo las desempeñadas por los trabajadores ferroviarios, operadores de radio, cables y similares, aviadores de empresas comerciales, trabajadores de empresas mineras que presten sus servicios en socavones, los que realizan labores a temperaturas anormales, los profesionales o ayudantes de establecimientos particulares dedicados al tratamiento de la

tuberculosis, estableciendo para ellos unos requisitos especiales para adquirir el derecho a la pensión”.⁶

En casos similares al presente, este Tribunal en sus distintas Salas de Decisión⁷, tal y como se verá seguidamente, dispuso estarse a lo anotado de la lectura constitucional hecha en líneas anteriores, y del *Acto Legislativo 1 de 2005*; no obstante recientemente ~~preferirse~~ se profirieron pronunciamientos del Consejo de Estado, como Juez de Segunda instancia y en Sede de Tutela, en los cuales se admite que para la aplicación del régimen especial consagrado en las disposiciones anteriores al Decreto 2090 de 2003, debe así mismo cumplirse los requisitos del régimen de transición de que trata la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, providencias de las cuales se abordarán sus apartes precisos sobre el régimen pensional aplicable en cuestión, debiendo analizarse los tópicos puntuales de esta controversia en el siguiente,

8. CASO CONCRETO.

El precedente de esta Corporación, acogiendo y aplicando a su vez el trazado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional al respecto del régimen pensional que corresponde a quienes desempeñan sus funciones en el cuerpo de vigilancia y custodia del INPEC, se señaló en Providencia del 12 de Marzo de 2020⁸, en la que se expresó lo siguiente:

“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 6⁹ del Decreto 2090 de 2003 que establece que para poder ejercer los derechos que se establecen en ese decreto, si bien exige el cumplimiento en adición a los requisitos

⁶ Sentencia C-853 de 2013 (MP Mauricio González Cuervo. SV María Victoria Calle Correa. AV Jorge Iván Palacio Palacio).

⁷ Tribunal Administrativo del Quindío- Sala Quinta de Decisión- MP. Luis Javier Rosero Villota, Sentencia del 9 de julio de 2020. Proceso 63001-3333-003-2016-00477-01.

⁸ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDÍO - SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL Armenia, catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020) - MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS - MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - RADICACIÓN: 63-001-2333-000-2019-00125-00 - DEMANDANTE: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP" - DEMANDADO: NORBERTO GARCÍA TORRES Y COLPENSIONES.

⁹ 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.

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 2003¹⁰) 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”.¹¹

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 5º del Acto Legislativo 01 de 2005 que remite de forma clara a la Ley 32 de 1986”.

Por su parte, la Sala Segunda de Decisión del Tribunal en decisión del 25 de Abril de 2019 respecto al régimen pensional del personal del INPEC y el régimen de transición que les cobija, había anunciado que:

“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 5º 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

¹⁰ 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.

¹¹ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-651 del 14 de octubre de 2015. Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa.

contrario y como sostuvo la Corte Constitucional, no habría sido necesario haber incorporado el precitado parágrafo transitorio No. 5.

Este criterio interpretativo fue reiterado más recientemente por la Corte Constitucional en sentencia C- 093 de 2017¹² 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 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...”

(...)

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. En consecuencia admitir los argumentos de la demanda implicaría

¹² MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

contravenir el orden constitucional y las garantías laborales que se materializaron en 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 – Decreto 2090/03, cumplía 16 años continuos de servicio en el INPEC, situación que convenientemente previó el Acto Legislativo No. 01 de 2005”.

No obstante lo anterior, en recientes pronunciamientos emanados del Consejo de Estado, el máximo órgano de esta Jurisdicción abordando los tópicos de la temática aquí referida, indicó que el régimen aplicable a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, conforme lo dispuesto por el Acto Legislativo 01 de 2005, determinaba que quienes se vincularan con posterioridad a la vigencia del Decreto 2090 de 2003 se les aplicaría el régimen de dicho Decreto, y a quienes ingresaron antes se les aplicaría el régimen anterior, esto es, la Ley 32 de 1986 : “(...) siempre y cuando se cumplieran las condiciones del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo dispuesto en el régimen de transición del Decreto 2090 de 2003”, ello además porque, como lo indicó la Alta Corporación actuando como Juez de Tutela al resolver una impugnación¹³, que:

“Tampoco se evidencia que la interpretación o aplicación de las normas que regulan la pensión de vejez para los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC sea irracional, puesto que se basó en la literalidad de la norma y en la interpretación de la Corte Constitucional sobre la exequibilidad del artículo 8 del Decreto 2090 de 2003.

Esto es así porque, tal y como lo indicó la autoridad judicial demandada, el régimen anterior al Decreto 2090 de 2003 es el Decreto 407 de 1994, que específicamente indicaba que la pensión de aquellos miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, vinculados con posterioridad al 21 de febrero de 1994, se regía por la Ley 100 de 1994.

Sin embargo, el Decreto 2090 de 2003 contempló un régimen de transición en el que se precisaba que aquellos funcionarios que, al 26 de julio de 2003, hubieran cotizado menos de 500 semanas de cotización especial, tendrían derecho a acceder a la pensión, una vez cumplidos los requisitos de la Ley 797 de 2003, siempre y cuando fueran beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, adicionalmente.

Por su parte el Acto Legislativo 01 de 2005 señaló que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC que estuvieran vinculados con posterioridad a la vigencia del Decreto 2090 de 2003, se les aplicaría el régimen de dicho decreto y a aquellos que ingresaron antes se les aplicaría el régimen anterior, esto es, la Ley 32 de 1986, siempre y cuando se cumplieran las condiciones del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo dispuesto en el régimen de transición del Decreto 2090 de 2003.

¹³ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN QUINTA - Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO - Bogotá D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil veinte (2020) - Referencia: ACCIÓN DE TUTELA - Radicación número:11001-03-15-000-2020-03420-01 (AC) - Actor: YHON JAIRÓ MARÍN RAMÍREZ - Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RISARALDA - Tema: Tutela contra providencia judicial – Régimen pensional del INPEC.

La Sala considera que el Acto Legislativo 01 de 2005 protegió las expectativas legítimas de quienes se beneficiaban del régimen de transición previsto en el Decreto 2090 de 2003, el cual, como ya se indicó exige el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, la autoridad judicial demandada no se sustrajo del análisis de las normas aplicables en conjunto, ya que, como se explicó, los miembros del INPEC que debían pensionarse con el régimen vigente antes del Decreto 2090 de 2003, esto es, el Decreto 407 de 1994, debían cumplir el régimen de transición incluido en el primer cuerpo normativo¹⁴.

(...)

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Risaralda, tal y como se transcribió, consideró que para ser beneficiario de la pensión de vejez para profesionales de alto riesgo se deben tener en cuenta las normas del Decreto 2090 de 2003 y las generales de la Ley 100 de 1993, por lo que para ser beneficiario del régimen de transición debe cumplirse con los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003, para así gozar de la aplicación de la Ley 32 de 1986, toda vez que la pensión por actividad de riesgo no constituye un régimen exceptuado en relación con las reglas del sistema general de pensiones, conclusión que se sustentó en las consideraciones de la sentencia C-651 de 2015, proferida por la Corte Constitucional”.

Por su parte en fallo de Segunda instancia, el Consejo de Estado en decisión del 29 de Octubre de 2020 con ponencia del Consejero William Hernández Gómez, expresó que:

“En similar sentido, se avizora que, contrario a lo que afirmó el solicitante del amparo, la autoridad judicial accionada no se sustrajo del análisis de lo previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, sino que explicó que, en el sub judice, no podía aplicarse la Ley 32 de 1986, para efectos del reconocimiento pensional reclamado, comoquiera que si bien el señor Gutiérrez Parra se vinculó al cuerpo de custodia antes de la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, lo cierto era que inició a prestar sus servicios en la entidad, después de la fecha en que entró a regir el Decreto 407 de 1994, por tanto, no le era aplicable la normativa anterior. Además, determinó que el régimen normativo del que era beneficiario era el definido en el Decreto 2090 de 2003 y, por tanto, para que pudiera pensionarse bajo los derroteros de la Ley 32 de 1986, debía cumplir con los requisitos de transición de esa disposición y, adicionalmente, acreditar los presupuestos definidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993”¹⁵.

En línea con lo anterior, se pronunció el Alto Tribunal en Primera instancia y en Sede Constitucional, tal y como lo efectuó en pronunciamientos del 22 de Octubre de 2020¹⁶

¹⁴ Posición reiterada por la Sala, para lo cual puede revisarse la sentencia dictada el 7 de mayo de 2020, en el proceso 11001031500020200074100 con ponencia de la magistrada Rocío Araujo Oñate.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A - Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veinte (2020) - Radicación número: 11001-03-15-000-2020-03501-01(AC) - Actor: JUAN CARLOS GUTIÉRREZ PARRA - Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RISARALDA, SALA TERCERA DE DECISIÓN.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN QUINTA - Consejero ponente: LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA - Bogotá D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil veinte (2020) - Radicación número: 11001-03-15-000-2020-03951-00(AC) - Actor: ONECIMO BERNARDO VALLEJO ORTIZ - Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA Y OTRO.

del 17 de Septiembre de 2020¹⁷ y del 10 de Septiembre de 2020¹⁸, precisando ya en sede de impugnación en Providencia del 08 de Octubre de 2020 con ponencia de la Consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez¹⁹ que:

“En ese orden de ideas, como bien lo advirtió el Tribunal Administrativo del Meta el demandante no es beneficiario de la Ley 32 de 1986, por cuanto a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003 no tenía las 500 semanas de cotización, además, al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba apenas con 16 años de edad y la norma exige 40 años y tampoco tenía los 15 años de servicios, pues fue en 1995 que ingresó al INPEC, es decir que ingresó con posterioridad a ello, por tanto, no acreditó los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición previsto en el Decreto 2090 de 2003, razón por la cual no era dable reliquidar la pensión de acuerdo con el régimen pensional de la Ley 32 de 1986”.

Y más puntualmente, en una decisión dictada al agotarse la Segunda instancia ante el Consejo de Estado en un proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho del cual conoció este Tribunal en Primera instancia y en un asunto de idénticas características, expresó la Sección Segunda – Subsección A del Consejo de Estado²⁰ que:

“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 2003²¹, cumpliera con algunos de los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario del régimen de transición.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN CUARTA - Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO - Bogotá D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020) - Radicación número: 11001-03-15-000-2020-03420-00(AC) - Actor: YHON JAIRO MARIN RAMIREZ - Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RISARALDA

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A - Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO - Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020) - Radicación número: 11001-03-15-000-2020-03501-00 (AC) - Actor: JUAN CARLOS GUTIÉRREZ PARRA - Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RISARALDA - Referencia: ACCIÓN DE TUTELA (SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA). - Temas: ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL – Niega el amparo solicitado / DEFECTO SUSTANTIVO – No se configuró – Régimen aplicable a miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN QUINTA - Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ - Bogotá, D.C., ocho (8) de octubre de dos mil veinte (2020) - Radicación número: 11001-03-15-000-2020-02940-01(AC) - Actor: NILSON ALLENDY DAZA VACA - Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META.

²⁰ 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.

²¹ «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.»

*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.

(...)

*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”.*

De la revisión del expediente administrativo aportado al judicial por la demandante UGPP, y de las relativas al caso del señor Rubén Darío Montoya, en tanto en el mismo se observan otras pruebas documentales de pensionados distintos a aquel, se observa que reposa certificación 1439 de valores pagados expedida por el Coordinador del grupo de tesorería del INPEC al demandado, y en el cual se registra como periodos los causados desde el 01 de Enero hasta el 31 de Diciembre de 1994 a Diciembre del año 2014, certificación que también aparece a su vez en el archivo digital judicial rotulado 3.EXPEDIENTE DE RUBEN DARÍO MONTOYA pdf, con el número 3887.

Así mismo, reposa copia del proceso judicial adelantado en su oportunidad por el hoy demandado contra la UGPP, y que según Auto admisorio de demanda de fecha 03 de Febrero de 2017 del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Armenia, fue incoado: “(...) con miras a obtener la reliquidación de su pensión de vejez con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio”.

En el informativo, obra copia de la Resolución N° 000597 del 25 de Febrero de 2014 “Por la cual se acepta una renuncia en la planta de personal del INPEC”, y en la cual se

consigna lo propio para el caso del señor Rubén Darío Montoya, efectiva a partir del día 30 de Marzo de 2014, como titular del cargo de Dragoneante Código 4114, Grado 11, del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Calarcá.

Reside en el plenario judicial digital, certificación del Subdirector de Talento Humano del INPEC N° 5276, en la que se consigna: *“Que el señor MONTTOYA RUBEN DARÍO, quien se identifica con Cédula de ciudadanía N° 7548983, expedida en Armenia (Quindío), ha laborado en este Instituto desde el 17 de noviembre de 1987 a la fecha”*, certificación que data del 12 de Diciembre de 2013.

Reposa en el informativo digital, copia del escrito rotulado Recurso de Reposición con subsidio de Apelación de fecha Noviembre 23 de 2015, en el cual el demandado Rubén Darío Montoya cuestiona la Resolución RDP 040973 del 05 de Octubre de 2015, mediante la cual se negó el derecho a obtener una reliquidación de su pensión de jubilación, indicando entre otras que: *“No es cierto que adquirí el estatus jurídico de pensionado el 16 de febrero de 2.008, mi fecha de posesión fue el 17 de noviembre de 1.987 adquiriendo el estatus jurídico de pensionado el 16 de Noviembre de 2.007. Es decir 20 años continuos o discontinuos sin tener en cuenta la edad ley 32 de 1.986 y normas reglamentarias”*.

Se allegan las resultas de la solicitud efectuada por el demandado ante la UGPP de extensión de Jurisprudencia en el cual se estimó que: *“(…) en el caso de ahora no debe extenderse los efectos jurídicos de la sentencia invocada, en primer lugar, porque dicha providencia no es una sentencia de unificación, según lo previsto en el artículo 270 y 271 de la Ley 1437 de 2011, y además, el interesado no encuadra en los supuestos fácticos de la sentencia que solicita, de conformidad con el numeral 2° del inciso 5 del artículo 102 ibidem”*, obrando así mismo en el expediente, copia de los formatos exigidos para liquidar pensiones, y en el que se consignan los correspondientes aportes a 2015, observándose allegada copia de una solicitud de conciliación extrajudicial en derecho, convocada la UGPP, en busca de la revocatoria de los Actos Administrativos proferidos por el ente, a través de los cuales se reconoció y reliquidó la pensión sin incluir la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Se arriba al *expediente digital judicial*, liquidación efectuada por la UGPP demandante en el que se alude como Resolución a demandar la N° RDP 001271 del 19 de Enero de 2016, que reconoció al pensionado Rubén Darío Montoya una mesada por valor de \$1.475.642, registrándose como valor cuantía últimos 3 años la suma de \$73.321.727, y un valor total pagado en exceso de \$119.134.935.

En el consecutivo de foliaturas allegadas y que reposan en los cuadernos del judicial digital, obra copia de la Resolución RDP 004522 del 10 de Febrero de 2014 *“Por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de VEJEZ”* al señor Rubén Darío Montoya, y en la cual entre otras se consigna que:

CONSIDERANDO

Que el (a) señor (a) **MONTOYA RUBEN DARIO**, identificado (a) con CC No. 7,548,983 de ARMENIA, solicita el 15 de enero de 2014 el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de VEJEZ, radicada bajo el No SOP201400001528.

Que el(a) peticionario (a) ha prestado los siguientes servicios:

ENTIDAD LABORO	DESDE	HASTA	NOVEDAD	DIAS
INPEC	19871117	20090630	TIEMPO SERVICIO	7784
INPEC	20090701	20131230	TIEMPO SERVICIO	1620
INPEC	90 DIAS		INTERRUPCION	90

Que conforme lo anterior, el interesado acredita un total de 9,314 días laborados, correspondientes a 1,330 semanas.

Que nació el 1 de marzo de 1966 y actualmente cuenta con 47 años de edad.

Que el último cargo desempeñado por el peticionario (a) fue el de DRAGONEANTE.

Seguidamente en dicho Acto Administrativo, se observa que la UGPP demandante, motiva su decisión aludiendo a lo dispuesto por el Artículo 96 de la Ley 32 de 1986, así como al Artículo 168 del Decreto 407 de 1994, refiriendo así mismo al Parágrafo 5 del Acto Legislativo N° 001 de 2005, decisión que fue aclarada mediante Auto ADP 004269 del 30 de Marzo de 2016 suscrito por la Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales de la UGPP, en cuanto a valores acumulados e IBL aplicado.

En el Cuaderno N° 002 del expediente judicial digital, archivo 4. CONTINUACIÓN DE EXPEDIENTE RUBEN DARÍO MONTOYA, reposa copia del formato certificado de información laboral en el que se consigna como periodos de vinculación al INPEC del demandado desde el 17 de Noviembre de 1987, obrando así mismo el Formato N° 2 certificación de salario base, y copia de la Resolución RDP 040973 del 05 de Octubre de 2015 *“Por la cual se niega la reliquidación (sic) de una pensión mensual vitalicia de VEJEZ del Sr. (a) MONTOYA RUBEN DARÍO, con CC. No. 7,548,983”*; ello entre otras indicando que: *“De conformidad a lo anterior se aclara al peticionario que resolución No. 004522 del 10 de febrero de 2014, se encuentra ajustada a derecho toda vez que la misma representa una cuantía superior a la arrojada en la reliquidación”*.

Mediante Resolución RDP 001271 del 19 de Enero de 2016, la UGPP demandante resolvió el Recurso de Reposición y revocó la Resolución 40973 del 05 de Octubre de 2015, disponiendo así en su Artículo Segundo: *“Reliquidar la pensión de VEJEZ a favor del (a) señor (a) MONTOYA RUBEN DARÍO (...)”*, pensión a cargo del FOPEP en suma de \$1.207.315, y de COLPENSIONES en suma de \$268.327. Aparece en el informativo, copia de la demanda incoada por el hoy demandado en lo que a la consecución de su reliquidación concierne, obrando copia del documento de identidad del demandado en el cual se registra como fecha de nacimiento el día 01 de Marzo de 1966.

De la revisión minuciosa del expediente según el recuento probatorio antes efectuado, se evidencia que en efecto el demandado Rubén Darío Montoya al momento de entrar en vigencia el Decreto 2090 de 2003, esto es, al 28 de Julio de 2003, se encontraba vinculado al cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC como Dragoneante, ello toda vez que según las certificaciones laborales antes enlistadas, ingresó a la entidad desde el 17 de Noviembre de 1987, situación ante la cual si bien imperaría en aplicación al criterio trazado por este Tribunal anteriormente en similares casos, considerar que el demandado tendría 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, régimen que como se indicó es el dispuesto en la Ley 32 de 1986, el cual sólo exige veinte años de servicios continuos o discontinuos y al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta la edad; no obstante, acatándose las últimas decisiones y consideraciones que en la materia ha trazado el Consejo de Estado como Juez de lo Contencioso Administrativo así como en Sede de Tutela, para considerar que el cumplimiento de los requisitos para ser acreedor al régimen de transición y por ende a la aplicación de las normas anteriores, no solo se sujetaba a la vigencia del Decreto 2090 de 2003 sino que también debía acreditarse el cumplimiento de una de las condiciones previstas en el inciso 2° del Artículo 36° del Sistema General de Seguridad Social, a saber: edad o tiempo de servicios, se accederá al decreto de nulidad de los Actos.

En consecuencia, y teniendo en cuenta que el señor Rubén Darío Montoya según las documentales analizadas, nació el día 1 de Marzo de 1966, se tiene que al primero (1) de Abril de 1994, contaba con 28 años de edad de los 40 exigidos para el efecto, y a ostentar a dicha fecha, como tiempo de servicios cumplidos desde su vinculación a la entidad el día 17 de Noviembre de 1987, aproximadamente 7 años; razones por las cuales es dable estimar fundadas las pretensiones incoadas por la entidad demandante respecto al reconocimiento pensional, Actos Administrativos sobre los cuales se dispondrá su nulidad, pero por las razones expuestas, esto es, en lo que a la determinación del régimen pensional aplicable concierne.

Así entonces, para esta Sala de Decisión, conforme a las pruebas aportadas al proceso por la demandante, es claro que la pensión de vejez reconocida al señor Rubén Darío Montoya no se encuentra ajustada a derecho, ello a partir de la lectura de las normas aplicables hechas con antelación según los pronunciamientos del Consejo de Estado al respecto, sin que haya lugar a accederse a lo pretendido a título de restablecimiento del derecho consistente en el reintegro de la totalidad de las sumas canceladas en virtud de los Actos demandados, ello pues tal y como lo estimó el Consejo de Estado: *“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”*²².

Así mismo, y en atención a que el demandado a la fecha del trámite venía devengando el emolumento prestacional, y con miras a no desproteger su derecho a la seguridad social del señor Rubén Darío Montoya, quien en la actualidad cumple 54 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 en mención, aplicable por tratarse del desempeño laboral en actividades de alto riesgo, a fin de pronunciarse sobre el reconocimiento de la prestación del demandado bajo el régimen que le es aplicable, misma orden que recaerá en la vinculada COLPENSIONES respecto al porcentaje que le correspondería

²² 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.

asumir, de ser el caso, y en el marco de la garantía mancomunada entre las entidades del *sistema de seguridad social*, sin que por tales razones estén llamadas a ser acogidas las excepciones propuestas tanto por el demandado como por dicha *Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES*, especialmente, la *de falta de legitimación en la causa por pasiva*, ante la prosperidad parcial de las pretensiones, según lo expuesto.

Con base en lo expresado es dable concluir que conforme los precedentes traídos a comento y que sustentan esta decisión, impera para el caso del señor Rubén Darío Montoya efectuarse un nuevo estudio de su derecho prestacional en lo que a la debida aplicación del régimen pensional que le cobija concierne, situación ante la cual se dispondrá la declaratoria de nulidad de los Actos Administrativos cuestionados, negándose lo pretendido a título de restablecimiento del derecho en lo que a la devolución de unas mesadas pagadas concierne, ordenándose a la UGPP así como a la vinculada COLPENSIONES que en el marco de sus competencias y porcentajes según corresponda, adelanten el estudio del cumplimiento de requisitos para que el señor *Rubén Darío Montoya* sea acreedor al emolumento prestacional *pensional* con sujeción al régimen legal que le es aplicable, con base en las consideraciones expuestas.

8. CONCLUSIÓN.

Así, las cosas, se declarará la nulidad de la Resolución RDP 004522 del 10 de Febrero de 2014, mediante la cual se reconoció una pensión de vejez al señor Rubén Darío Montoya, así como de la Resolución RDP 001271 del 19 de Enero de 2016 mediante la cual se ordenó la reliquidación de la misma, por cuanto para ser acreedor al régimen de transición contenido en el Decreto 2090 de 2003, adicional a su vinculación antes de la entrada en vigencia, debió demostrar a su vez el cumplimiento de los requisitos exigidos en la Ley 797 de 2003, según el régimen de transición previsto para los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC, sin que para el 01 de Abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del sistema general de seguridad social, el señor Rubén Darío Montoya hubiera demostrado la edad o el tiempo de servicios exigido, pues a dicho momento, según su fecha de nacimiento, ostentaba la edad de 28 años, y por tiempo de servicios desde su vinculación el 17 de Noviembre de 1987, acreditaba aproximadamente 7 años de labores.

Respecto al restablecimiento del derecho perseguido en la demanda, atinente a que se ordene la devolución de las sumas pagadas ante el reconocimiento pensional en su momento la misma no se acogerá, en aplicación a la consideración atinente a que el demandado ostentaba la calidad de acreedor de la prestación en buena fe, pues los Actos acusados hasta este pronunciamiento gozaban de presunción de legalidad, ordenándose en consecuencia la UGPP que proceda a efectuar el respectivo estudio para el caso del señor Rubén Darío Montoya y determinar si a la fecha, cumple con las exigencias a lugar según los parámetros aquí trazados, para el reconocimiento y pago de la prestación a que tendría derecho, según el régimen pensional que le es aplicable, esto es, el Decreto 2090 de 2003, debiendo COLPENSIONES en tal sentido prestar su colaboración, en tanto según se vislumbró en el informativo, el demandado hizo cotizaciones que derivaron en que dicha entidad asumiera un porcentaje del reconocimiento pensional hecho en su oportunidad.

De otro lado, en cuanto a la causación de condena en costas en el asunto, este Tribunal se abstendrá de imponerlas atendiendo al criterio objetivo valorativo en lo que a dicho tema concierne, pues al regirse en la actualidad dicho aspecto en el proceso contencioso administrativo bajo tal régimen objetivo valorativo, no se encuentra que se hubiere incurrido en emolumento alguno, por lo cual al no existir prueba del gasto que dé lugar a su causación, no resulta procedente condenar en costas.

En cuanto a las agencias en derecho, debe indicarse que las distintas etapas procesales rituadas se ciñeron al trámite legal mismo del proceso, situación ante la cual atendiendo además a la calidad y duración de la gestión realizada, no se observan elementos de prueba por ella allegados que permitan establecer su causación, sin superarse el requisito de idoneidad de las agencias en derecho, por lo que conforme al criterio de la Sección Primera del Consejo de Estado²³ y acogido por este Tribunal en Sala Plena del 1 de Noviembre de 2018²⁴, considerándose que no hay lugar a reconocerlas, máxime si se tiene en cuenta que de las actuaciones de la parte demandada no se advierte que existan otros gastos adicionales por la defensa judicial ejercida. Por tales razones, no se impondrá condena en costas.

**En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Quindío,
administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de las Resoluciones RDP 004522 del 10 de Febrero de 2014, y de la Resolución 001271 del 19 de Enero de 2016, mediante las cuales la entidad demandante le reconoció y reliquidó la pensión de vejez al señor Rubén Darío Montoya de acuerdo a lo establecido en la Ley 32 de 1986, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta Providencia.

SEGUNDO: ORDENAR en concordancia con la declaratoria de nulidad, a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL 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, mismo concurso que por las razones expuestas deberá prestar la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES**, según corresponda.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con las consideraciones expuestas.

CUARTO: Sin condena en costas por lo indicado.

²³ La Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia del primero (1º) de marzo de dos mil dieciocho (2018), emitida en el proceso 66001-23-31-000-2010-00356-02(AP) en relación con la condena en costas señaló: "(...) En el caso bajo examen, el recurrente solicita que se condene en costas a la entidad demandada. Sobre el punto, la Sala advierte que no es procedente acceder a tal petición, toda vez que no aparece probado dentro del proceso que las mismas se causaron. Igualmente, tampoco es procedente el reconocimiento de agencias en derecho, como quiera que el actor no probó la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada al haber litigado personalmente y la Sala tampoco advierte gestión alguna distinta a la presentación de memoriales manuscritos. (...)"

²⁴ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDÍO. SALA PLENA. Sentencia 01 de noviembre de 2018. Magistrado ponente: Alejandro Londoño Jaramillo. Radicación: 63001-3340-005-2016-00066-01. Demandante: José Romel Gutiérrez Salcedo. Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional- CASUR.

QUINTO: Por Secretaría de la Corporación procédase de conformidad a efectuar las notificaciones a lugar. En firme el presente proveído, archívese el expediente, previa finalización en el Sistema Justicia Siglo XXI y en la base de datos del Despacho.

Esta Sentencia se discutió y aprobó por la Sala de Decisión Cuarta conforme consta en el Acta Ordinaria N° 036 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

RIGOBERTO REYES GÓMEZ

LUIS JAVIER ROSERO VILLOTA

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS


TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDÍO
Creado por la ley 2 del 07 de enero de 1966
ARMENIA - SISTEMA ORAL
CONSTANCIA DE EJECUTORIA
La providencia que antecede, quedó legalmente ejecutoriada a las 5:00 p.m. del día _____ de _____ del año _____
Armenia Quindío _____ de _____ del año _____
_____ Secretaria General

Firmado Por:

RIGOBERTO REYES GOMEZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

DESPACHO 002 SECCION PRIMERA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO QUINDIO

LUIS CARLOS ALZATE RIOS

MAGISTRADO

TRIBUNAL 04 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD DE ARMENIA-QUINDIO

LUIS JAVIER ROSERO VILLOTA

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

DESPACHO 001 SECCION PRIMERA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO QUINDIO

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

Código de verificación: **471b380673ac6143599cb7abe9bd0139d880f1a377ed476553e0be8ce66decdf**

Documento generado en 03/12/2020 01:55:09 p.m.