



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
- SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "D"**

MAGISTRADO PONENTE: Dr. ISRAEL SOLER PEDROZA

Bogotá D.C., cuatro (04) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA ANTICIPADA

Expediente: 250002342000-2019-01116-00
Demandante: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIÓN Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP-
Demandado: JOSÉ FAIR MORENO
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Tema: **Lesividad** pensión de vejez - Régimen INPEC, **Dragoneante y Distinguido. Niega pretensiones.**

I. ASUNTO

En virtud de lo dispuesto en el **artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020¹** procede la Sala a dictar **sentencia anticipada** y en consecuencia a decidir la demanda promovida por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIÓN Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el señor JOSÉ FAIR MORENO.

II. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES. La parte actora solicitó que se declare la nulidad de la **Resolución No.RDP 021663 del 14 de mayo de 2013**, por medio de la cual se reconoció una pensión de vejez al señor José Fair Moreno (fls. 167 vto -170 C No.1) y de

¹ “Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.”

la **Resolución No. RDP 049942 de 28 de octubre de 2013**, mediante la cual se ordenó reliquidar la pensión por retiro definitivo del servicio (fls.170 vto – 172 vto C No. 1).

Asimismo solicitó que se declare: **i)** que al señor José Fair Moreno no le asuste el derecho al reconocimiento de una pensión de vejez, en aplicación del régimen especial previsto para los empleados del INPEC, ya que no cumplió con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100/93; **ii)** que para la fecha de reconocimiento de la pensión, no estaba afiliado a CAJANAL, ya que había perdido competencia por el traslado masivo de sus afiliados al ISS; **iii)** que el ISS, hoy Colpensiones, fue la última entidad en recibir cotización y es la encargada de pagar la pensión de vejez del demandando, en aplicación del régimen previsto en la Ley 100/93.

Como consecuencia de tales declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene cesar todos los efectos jurídicos de las resoluciones acusadas, y que el señor José Fair Moreno debe reintegrar la totalidad de las sumas canceladas en virtud del errado reconocimiento y reliquidación pensional efectuada con base en el régimen pensional del INPEC, de manera indexada.

2. HECHOS. Señaló la entidad demandante, que el señor José Fair Moreno solicitó a la UGPP el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, en aplicación del régimen especial del INPEC por haber laborado en dicha entidad entre el 7 de mayo de 1984 y el 31 de julio de 2013 en los cargos de Dragoneante y Distinguido.

Que conforme el expediente administrativo, el señor Moreno efectuó aportes a la extinta Cajanal, entre el 7 de mayo de 1984 y el 30 de junio de 2009; del 1 de julio de 2009 al 30 de septiembre de 2012 al ISS; y del 1 de octubre de 2012 al 31 de julio de 2013, a Colpensiones.

Mediante Resolución No. RDP 021663 de 14 de mayo de 2013, la UGPP le reconoció la pensión de vejez, de conformidad con el régimen especial del INPEC, esto es, con el 75% del promedio de salarios devengados entre el 1 de mayo de 2007 y el 30 de abril de 2008, pero con efectos fiscales a partir del retiro definitivo.

Posteriormente, el INPEC le aceptó la renuncia al demandado, a partir del 1 de agosto de 2013, por lo cual el 21 de octubre de 2013 solicitó a la UGPP la

reliquidación de su pensión, a lo cual se accedió mediante Resolución No. RDP 049942 de 28 de octubre de 2013, por la cual se liquidó la pensión con el 75% de los salarios cotizados entre el 1 de agosto de 2012 y el 30 de julio de 2013 y con **inclusión de la asignación básica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones.**

Expresó, que la UGPP no tenía competencia para el reconocimiento y reliquidación de la pensión, debido al traslado masivo efectuado al ISS, en virtud de lo establecido en el artículo 4 del Decreto 2196 de 2009.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Violación de normas constitucionales. Artículos 1, 2, 6, 121, 122 y 209.

Violación de normas legales. Ley 100 de 1993 y Decretos 1045/1968, 1848/1969, 929/1976, 720/1978, 407/1994, 2090/2003 y 2196/2009.

Consideró, que los actos demandados que reconocieron y reliquidaron la pensión del demandado, atentan contra principios y derechos de orden legal y constitucional, así como contra los recursos público, ya que la UGPP asumió erróneamente que el señor José Fair Moreno se encontraba cobijado por el régimen especial de la Ley 32 de 1986, que regula la pensión de vejez para los trabajadores del INPEC.

Señaló, que aunque el Decreto 407 de 1994 indicaba que a los miembros del Cuerpo oficial de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que al 12 de febrero de 1994 se encontraran prestado sus servicios para el INPEC, tendrían derecho a gozar de la pensión de jubilación prevista en la Ley 32 de 1996, dicha norma fue derogada por el Decreto 2090 de 2003, disposición que si bien incluyó al Cuerpo de Custodia y Vigilancia como una actividad de alto riesgo, también precisó que para mantener los beneficios de la Ley 32/86, el funcionario debía acreditar los correspondientes aportes de cotización en la actividad de alto riesgo de mínimo 500 semanas, para el 28 de julio de 2003, y estar en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993., condiciones que le permiten el reconocimiento de la pensión en las condiciones establecidas en las normas anteriores, al cumplir el mínimo de semanas cotizadas exigidas por la Ley 797/03.

Por anterior, precisó que el señor José Fair Moreno cumplió con el mínimo de semanas requeridas por el Decreto 2090/03, ya que ingresó al INPEC el 7 de mayo de 1984, sin embargo, la mencionada norma exige adicional y concurrentemente, que el aspirante a la pensión, se encuentre en el régimen de transición de la Ley 100/93, requisito que no cumple el demandado, toda vez que a la entrada en vigencia de la Ley 100/93, tenía 32 años y un tiempo de servicios de 9 años, 10 meses y 25 días.

En consecuencia, al no estar cobijado por el régimen de transición, no podía haber adquirido su pensión de vejez conforme a la Ley 32 de 1986, ni debía haber sido reliquidada bajo el mismo régimen.

Aunado a lo anterior, agregó que el reconocimiento de la pensión también es irregular, en tanto que la UGPP no tenía competencia para acceder a la prestación, pues la última entidad a la que cotizó fue al ISS, hoy Colpensiones, por cuanto el artículo 4 del Decreto 2196 de 2009, ordenó el traslado masivo de los afiliados a Cajanal al ISS, y teniendo en cuenta los supuestos de hecho que debía satisfacer el señor José Fair Moreno para que Cajanal, hoy UGPP, le reconociera la pensión, los cuales no cumple, la entidad eventualmente competente para el reconocimiento sería Colpensiones.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

COLPENSIONES (fls. 215- 231). Se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual señaló, que el demandado cumplió los requisitos para el reconocimiento de la pensión, cuando se encontraba afiliado a Cajanal, ya que reunió los requisitos de edad y tiempo, con anterioridad al 1 de julio de 2009, fecha en la que se perfeccionó el traslado de afiliados de Cajanal al ISS y como consecuencia, el reconocimiento de la prestación es de competencia de la UGPP.

El señor **José Fair Moreno** (fls. 246-313), a través de apoderado, señaló que se opone a las pretensiones, al considerar que el régimen especial de transición del orden constitucional contemplado para los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC (parágrafo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2005), es totalmente diferente al régimen de transición del orden legal establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Indicó, que el párrafo 5º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, estableció que a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, que ingresaron con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, esto es, al **28 de julio de 2003**, se les aplica el régimen especial dispuesto en la Ley 32 de 1986, y quienes ingresaron con posterioridad a la fecha en mención, son beneficiarios de la pensión de vejez establecida en el citado Decreto.

En ese sentido afirmó, que el **7 de mayo del año 1984**, el señor José Fair Moreno ingresó como servidor público del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, y desempeñó el cargo de Dragoneante, por un periodo de 19 años, 2 meses y 20 días, antes de la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, por lo que le es aplicable el régimen establecido en la Ley 32 de 1986, lo que significa, que el reconocimiento pensional se encuentra ajustado a la Constitución y la Ley.

Trajo a colación jurisprudencia de la Corte Constitucional, con el fin de señalar que la Ley debe respetar la jerarquía normativa de la Carta Política, lo anterior, para enfatizar que en su caso debe aplicarse el régimen de transición de orden constitucional previsto en el párrafo del Acto Legislativo 01 de 2005, por ser una norma posterior y de superior jerarquía.

IV. TRÁMITE.

Mediante auto de 3 de noviembre de 2020, se señaló, que teniendo en cuenta que el proceso se encontraba para programar fecha para audiencia inicial, no existían excepciones previas por resolver, toda vez que mediante auto de 3 de septiembre de 2020 (fls. 326-329), se resolvió la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por Colpensiones, y no se requería la práctica de pruebas adicionales a las ya aportadas por las partes, se cumplían los requisitos legales, para proferir sentencia anticipada, en los términos del numeral 1 del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, por lo cual se incorporaron las pruebas aportadas por las partes y se concedió el término de 10 días para que presentaran los alegatos de conclusión, término dentro del cual el Ministerio Público podría rendir el concepto respectivo (fls. 332-334²).

² Folios correspondientes al expediente híbrido.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La parte actora (fls. 427-437³), señaló que al señor José Fair Moreno no le asiste el derecho al reconocimiento y reliquidación de la pensión, con aplicación del régimen del INPEC, habida consideración que no es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93 y por ende, no es posible aplicarle el régimen pensional previsto en la Ley 32 de 1986. Teniendo en cuenta lo anterior, sostuvo que es procedente el reintegro de las sumas de dinero pagadas al demandado, en virtud de los actos acusados.

La parte demandada (fls. 339-426⁴), insistió en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, resaltando que debe darse prevalencia al régimen de transición previsto en el parágrafo del Acto Legislativo 01 de 2005, el cual es de orden constitucional y por ende, de superior jerarquía y totalmente distinto al del régimen general de pensiones previsto en la Ley 100/93. Reiteró que el requisito exigido por el acto legislativo consiste en haberse vinculado al cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional antes de la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, exigencia que cumple a cabalidad, ya que se vinculó al INPEC en el año 1984.

Agregó, que no es dable la aplicación del régimen de transición de la Ley 100/93, toda vez que esa misma disposición excluyó de su aplicación a los empleados que realizaran actividades de alto riesgo, como la del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria del INPEC, quienes quedaron sujetos a un régimen especial de pensiones.

Colpensiones (fls. 438-450⁵), ratificó los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, e insistió en que el demandado adquirió el status pensional con anterioridad al 1 de julio de 2009, fecha en la que se perfeccionó el traslado masivo de afiliados de Cajanal al ISS, por lo tanto, la UGPP sí era la entidad competente para el reconocimiento de la pensión de vejez del señor Moreno, razón por la cual las posibles irregularidades en el reconocimiento y posterior reliquidación de la prestación, no son imputables a Colpensiones.

³ Folios correspondientes al expediente híbrido.

⁴ Folios correspondientes al expediente híbrido.

⁵ *Ibíd.*

El **Ministerio Público** guardó silencio, pese a que fue notificado en debida forma, como consta a folios 335 a 338 del plenario.

VI. CONSIDERACIONES

1. Planteamiento de los problemas jurídicos.

a. Consiste en determinar, si no era procedente que se reconociera y reliquidara la pensión de vejez del señor JOSE FAIR MORENO, conforme al régimen especial previsto para los empleados del INPEC, por cuanto no era beneficiario del régimen de transición de dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en consecuencia, si es procedente el reintegro de las sumas percibidas por ese concepto, o si por el contrario la pensión se reconoció de conformidad con la ley, dado que según la parte demandada, el único régimen de transición aplicable a su caso, es el previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

b. De igual forma se debe establecer si la UGPP era la encargada del reconocimiento y posterior reliquidación de la pensión de vejez del señor José Fair Moreno.

2. Marco Normativo aplicable.

2.1 El inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció un **régimen de transición** para que quienes, por razón de la edad o del tiempo trabajado, pudieran encontrarse próximos a adquirir el derecho pensional, quienes continuarán sujetos al régimen pensional que gobernaba su expectativa, en cuanto a la edad, al tiempo de servicios o al número de semanas cotizadas, y al monto de la pensión, si a la entrada en vigencia tuvieran 35 años o más de edad, si es mujer o 40 años si es hombre, o 15 o más años de servicios.

Ahora bien, entre las leyes que se hallaban vigentes a la fecha en que entró a regir el Sistema Integral de Seguridad Social de la Ley 100 de 1993, 1º de abril de 1994 para los empleados nacionales, y 30 de junio de 1995 para los de carácter territorial, encontramos el régimen pensional especial previsto para los empleados del **Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC-**, dadas las características que comporta su labor; dicho régimen especial se encuentra consagrado en la **Ley 32 de 1986** y el **Decreto 407 de 1994**, modificado por el **Decreto 2090 de 2003**.

La **Ley 32 de 1986**, “*Por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC*”, frente a la pensión de jubilación señala:

“ARTÍCULO 96. *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 servicios, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta la edad”.*

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 407 de 1994** “*Por el cual se establece el régimen de personal de Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*”, el cual estableció que el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, está compuesto por Oficiales, Suboficiales, Dragoneantes, Alumnos y los Bachilleres Auxiliares que presten el servicio militar en la Institución.

Dicha norma en su artículo 168, previó:

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

(...)

“PARÁGRAFO 1º. *Las personas que ingresen a partir de la vigencia de este derecho, 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.”.* (Negrilla fuera de texto original)

De acuerdo con lo anterior, los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del “INPEC”, **que a la fecha que entró en vigencia el Decreto 407**, esto es, **al 21 de febrero de 1994**, se encuentren prestando sus servicios, tendrán derecho a pensionarse conforme al régimen anterior, esto es al establecido en el **artículo 96 de la Ley 32 de 1986**, es decir, con 20 años de servicio continuos o discontinuos y a cualquier edad.

Y para aquellos empleados que ingresaron al servicio del INPEC, **a partir de la vigencia del Decreto 407 de 1994**, se beneficiarán de una pensión de vejez **en los términos del artículo 140 de la Ley 100 de 1993**, que al efecto dispone:

“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.”

A su turno la **Ley 797 de 2003**, “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”, señaló en el numeral 2º del artículo 17, lo siguiente:

*“Artículo 17. Facultades Extraordinarias. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese por seis (6) meses al Presidente de la República de facultades extraordinarias para:
(...)*

2. Expedir o modificar las normas relacionadas con el régimen legal para los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo y en particular para modificar y dictar las normas sobre las condiciones, requisitos y beneficios, incluyendo la definición de alto riesgo, conforme a estudios y criterios actuariales de medición de disminución de expectativa de vida saludable y ajustar las tasas de cotización hasta en 10 puntos, siempre a cargo del empleador, con el objeto de preservar el equilibrio financiero del sistema.”

En virtud de las normas anteriores, se expidió el **Decreto 2090 de 2003**, “Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades”, **norma que derogó el Decreto 407 de 1994** y que en el numeral 7º del artículo 2º estableció **como actividad de alto riesgo para la salud de los trabajadores, las ejercidas en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, por el personal dedicado a la**

custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública.

El artículo 6 del Decreto en mención, contempló un régimen de transición en los siguientes términos:

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

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

Luego se expidió el Decreto 1950 de 2005, por medio del cual se reglamentó el artículo 140 de la Ley 100 de 1993, el cual en su artículo 1º dispuso:

“Artículo 1º. *De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto-ley 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. Con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, esto es, el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes de conformidad con el Decreto-ley 407 de 1994 en concordancia con el artículo 1º del Decreto 1835 de 1994.”* (Negrilla y subrayas de la Sala)

Por su parte, el párrafo 5º del artículo 1º del **Acto Legislativo 01 de 2005**, adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, 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. (Negrilla fuera de texto)

De lo anterior se puede concluir, que a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional que ingresaron **con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, esto es, al 28 de julio de 2003, se les aplica el régimen especial dispuesto en la Ley 32 de 1986** y a quienes ingresaron con posterioridad a la fecha en mención, **son beneficiarios de la pensión de vejez establecida en el citado Decreto.**

Sobre este tema la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado en proveído de 23 de mayo de 2018, estudió el reconocimiento y pago de una pensión de vejez de una funcionaria del INPEC, previo recuento normativo para lo cual concluyó:

“ (...)

De conformidad con la normativa transcrita, para la Sala el Acto Legislativo el cual es una norma posterior y de superior jerarquía, estableció el régimen aplicable para los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional. De acuerdo con ello, el régimen aplicable para estos funcionarios del INPEC es el contemplado en el Decreto 2090 de 2003 salvo, para aquellos miembros de dicho Cuerpo que se hubieren vinculado al mismo con anterioridad a la entrada en vigencia de este, en cuyo caso el régimen aplicable continuaría siendo el establecido en la Ley 32 de 1986⁶.”

De igual forma, es de resaltar que para los trabajadores del alto riesgo aplica **un régimen especial**, por disposición del artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y por lo tanto, **no les es aplicable el régimen de transición del artículo 36 de este cuerpo normativo**, disposición que cobija a quienes desean beneficiarse de un régimen anterior, pero que no tiene categoría de especial. Así se pronunció igualmente la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en un Concepto reciente, en donde concluyó al respecto lo siguiente:

“Hace notar la Sala que el párrafo final del Parágrafo transitorio 5º dispuso de manera expresa la continuidad del régimen especial de la Ley 32 de 1986, para quienes se habían vinculado al cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria, con antelación a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003,

⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 8 de junio de 2016. Radicación No. 11001-03-06-000-2016-00048-00.

esto es, antes del 28 de julio de 2003, fecha en la cual el mencionado decreto fue publicado en el Diario Oficial 42262.

La continuidad dispuesta en la norma constitucional clarifica, más allá de toda duda, la inaplicación del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, artículo 36, para el personal del mencionado cuerpo de vigilancia”⁷.

A esa misma conclusión se llegó en providencia de 29 de octubre de 2020, proferida por esta Subsección dentro del proceso No. 11001-33-35-018-2017-00445-01, con Ponencia de la Dra Alba Lucia Becerra Avella, en la cual se reiteró que de lo plasmado en el Acto Legislativo 01 de 2005, se extrae con total claridad que el régimen especial dispuesto en la Ley 32/86 se aplica para aquellos servidores vinculados con anterioridad al 26 de julio de 2003 fecha en que entró a regir el Decreto 2090 de 2003, único requisito que exige el mencionado acto legislativo “*norma constitucional especial y de mayor jerarquía*” que prima sobre las disposiciones del Decreto 2090 de 2003.

Ahora bien, el régimen especial aplicable a los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC no contempló los factores sobre los cuales se debía liquidar la pensión de jubilación, por lo tanto, es preciso remitirse a las normas vigentes para los empleados públicos nacionales, en virtud de la remisión que hace la Ley 32 de 1986 en su artículo 114 y el Decreto 407 de 1994 en el artículo 184.

2.2. Factores salariales. Normas aplicables.

El régimen especial aplicable a los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, no previó los factores sobre los cuales se debía liquidar la pensión de jubilación, por lo tanto, es preciso acudir a las normas vigentes para los empleados públicos nacionales, en virtud de la remisión que hace la Ley 32 de 1986 en su artículo 114 y el Decreto 407 de 1994 en el artículo 184.

El artículo 114 de la Ley 32 de 1986 dispone:

“Artículo 114. Normas subsidiarias. En los aspectos no previstos en esta Ley o en sus decretos reglamentarios, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, se les aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales.”

El artículo 184 del Decreto 407 de 1994 señala:

⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 9 de julio de 2019. Rad No. 1101-03-06-000-2019-00043-00 (C). CP Germán Alberto Bula Escobar.

“Artículo 184. Normas Subsidiarias. En los aspectos no previstos en este Decreto o en los reglamentarios, a los empleados del Instituto se les aplicarán las normas vigentes para los servidores públicos nacionales.”

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 excluyó de su aplicación a los empleados oficiales que disfrutaban de un régimen especial en pensiones, como es el caso de los integrantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-. Al respecto el artículo 1º de la Ley 33/85 dispone:

“Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

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

Por lo anterior, es preciso remitirse a la **Ley 4º de 1966** que preceptúa:

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

Ahora bien, como la norma citada tampoco contempló los factores a tener en cuenta para efectos de liquidar la pensión de jubilación, debe acudirse a lo dispuesto en el artículo 45 del **Decreto Ley 1045 de 1978**, que de manera general determinó los factores salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación.

Sobre los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, en el régimen especial de la Ley 32/68, el H. Consejo de Estado, precisó lo siguiente:

“Ahora bien, es preciso señalar que en vista de que el régimen especial en materia pensional aplicable a los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria, no contempló los factores a tener en cuenta para su liquidación, se deberá atender a la remisión de los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, que señalan que en los aspectos no previstos en ellas, se aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales.

Por lo anterior, es importante precisar que si bien la norma vigente para los empleados del orden nacional, a que hacen referencia los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, era la Ley 33 de 1985, esta norma no aplica a los servidores cobijados por un régimen especial, dada la exclusión expresa en el artículo 1º inciso

segundo¹ y por tanto en cuanto a los factores es necesario acudir al Decreto 1045 de 1978.

Bajo estos supuestos, para determinar qué factores deben tenerse en cuenta para liquidar la pensión de jubilación del señor Orozco Bedoya debe acudirse a la normatividad anterior a la Ley 33 de 1985, esto es, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.⁸

En este punto, es importante precisar que el Decreto 1045/78 determina los factores para la liquidación de las cesantías y pensiones, razón por la cual deberá verificarse que los factores devengados en el último año de servicios se encuentren enlistados en dicha norma para ser incluidos en la reliquidación pensional.

2.3 Ahora bien, se debe precisar que las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en las Sentencias **C-258 de 2013** y **SU-230 de 2015**, invocadas por la entidad demandada en su recurso de alzada, en las cuales se realizó un análisis del Ingreso Base de Liquidación en el régimen de transición de la Ley 100/93, señalando que a los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se les debe aplicar la norma anterior respecto a los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto, pero para efectos de calcular el IBL se debe acudir a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, ya que este último no fue un aspecto de la transición, no obstante, **no son aplicables en el presente caso**, toda vez que las mismas hacen alusión a los beneficiarios del régimen de transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y como quedó expuesto en párrafos anteriores, los que trabajaron para el INPEC pueden ser beneficiarios del régimen especial anterior a dicha Ley, por cumplir los requisitos señalados en las normas especiales que regulan las actividades de alto riesgo, sin que sea necesario que cumplan los requisitos previstos en dicha norma.

De otro lado, se debe destacar que el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo, en virtud de las facultades previstas en los artículos 111.3 y 271 de la Ley 1437 de 2011, profirió **Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2018**, Expediente No. 52001-23-33-000-2012-0143-01, con ponencia del Dr. César Palomino Cortés, la cual si bien también realizó un análisis del Ingreso Base de Liquidación en el régimen de transición de la Ley 100/93 y el régimen pensional previsto en la Ley 33/85, considera la Sala que los argumentos expuestos en dicho proveído relacionados con la taxatividad de los factores a incluir en la liquidación de

⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 21 de mayo de 2014. Exp. 5001-23-31-000-2008-00239-01(0889-13). CP. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

la pensión, pueden ser tenidos en cuenta como referentes interpretativos para decidir el caso, como quiera que la tesis de incluir sólo los factores sobre los cuales se realizaron aportes, se sustenta en la sostenibilidad del sistema pensional, que predica el Acto Legislativo 01 de 2005, **de manera que los factores a tener en cuenta son los taxativos del régimen especial.**

3. DECISIÓN DEL CASO.

3.1. Régimen aplicable. El señor **JOSÉ FAIR MORENO** nació el 16 de noviembre de 1961 y actualmente cuenta con 58 años de edad (fl. 102).

Laboró en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC del 7 de mayo de 1984 al 28 de diciembre de 1999, desempeñándose en el cargo de Dragoneante y del 29 de diciembre de 1999 al 31 de julio de 2013 en el cargo de Distinguido, tal como consta en el formato No. 1 de Certificado de Información Laboral (fls. 155 Cdo. Principal), cargos que hacen parte de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional – INPEC, toda vez, que el **artículo 126 del Decreto Ley 407 de 1994**⁹, señala que componen dicho cuerpo entre otros, los **dragoneantes** y según el **artículo 127, literal c)**, esta categoría se divide en dragoneantes y **distinguidos**.

Cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, esto es, el 1º de abril de 1994 – puesto que su vinculación en ese momento era como empleado público del orden nacional-, el demandado contaba con más de 32 años de edad, porque nació el 16 de noviembre de 1961, según consta en la fotocopia de la cédula de ciudadanía (fl. 102), por lo tanto, no lo cobija el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, como se expuso, para el caso del régimen especial del INPEC, con miras a verificar los requisitos para pensión, el aspecto relevante es determinar si la persona se vinculó a esa entidad **con anterioridad a la entrada en vigencia del**

⁹ “Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario”

(...)

Composición, clasificación y categoría del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional.

ARTÍCULO 126. COMPOSICION. El Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional está compuesto por Oficiales, Suboficiales, Dragoneantes, Alumnos y los Bachilleres Auxiliares que presten el servicio militar en la Institución.

ARTÍCULO 127. CATEGORIAS Y GRADOS. Para efectos de mando, régimen disciplinario, obligaciones y derechos consagrados en este decreto, las categorías de oficiales, Suboficiales, **Dragoneantes**, Alumnos y Auxiliares de Guardia comprenden los siguientes grados:

(...)

c) Categoría de Dragoneantes: 1. Dragoneantes. 2. Distinguidos (...)

Decreto 2090 de 2003, esto es, al 28 de julio de 2003, por lo cual **se le aplica el régimen especial dispuesto en la Ley 32 de 1986**, lo cual ocurre en el presente asunto, porque el demandante entró al servicio del INPEC el 7 de mayo de 1984, según el Formato No. 1 - Certificado de Información Laboral (fl. 155 Cppal).

A pesar de que, en efecto, el demandado no es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se aplican las normas especiales, teniendo en cuenta la fecha de su vinculación al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional – INPEC, pues, **el parágrafo 5 del Acto Legislativo 01 de 2005**, claramente señaló que a quienes ingresaron con anterioridad al 28 de julio de 2003 (fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003), se les aplicaba el régimen hasta ese entonces vigente para dichos servidores, por razón de los riesgos de su labor, esto es, el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, tal como lo sostuvo la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto del 9 de julio de 2019, Rad No. 1101-03-06-000-2019-00043-00 (C), con ponencia Germán Alberto Bula Escobar, citado en acápite anterior.

Ahora bien, a través de la **Resolución No. RDP 021663 de 14 de mayo de 2013** (fls. 167 vltto - 170), la UGPP, le reconoció pensión por alto riesgo al actor, para lo cual aplicó una tasa reemplazo del 75% bajo los parámetros de la Ley 32 de 1986, indicando que la misma quedaba en suspenso respecto del ingreso a la nómina de pensionados hasta que se llegara el acto de retiro del servicio. Posteriormente, a través de la **Resolución No. RDP 049942 de 28 de octubre de 2013**, la entidad reliquidó la pensión con el 75% de los factores devengados entre el 1 de agosto de 2012 y el 30 de julio de 2013, último año de servicios y con inclusión de la asignación básica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicios y prima de servicios, de conformidad con el régimen especial del INPEC.

Lo anterior deja ver a la Sala, que la entidad respetó el régimen que le es aplicable, esto es, la Ley 32 de 1986, que solo exige un tiempo de 20 años de servicio, sin tener en cuenta la edad y liquidó su pensión teniendo en cuenta el 75% de los valores devengados en el último año de servicios, con inclusión de los factores previstos en el Decreto 1045/78, en consideración a que es beneficiario de un régimen especial.

Así las cosas, no le asiste razón a la entidad demandada cuando afirma que el demandado también debía acreditar ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100/93, pues como se señaló fue esa misma disposición la que estableció que para el Gobierno Nacional debía expedir un régimen pensional distinto para el personal que desempeñe actividades de alto riesgo, por lo cual se creó el Decreto 2090 de 2003, norma que estableció **como actividad de alto riesgo para la salud de los trabajadores**, las ejercidas en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- y que contempló los nuevos requisitos para ser beneficiario de una pensión especial por tal actividad, reemplazando el antiguo régimen previsto en la Ley 32 de 1986.

No obstante, con posterioridad se expidió el **Acto Legislativo 01 de 2005**, que en el parágrafo 5 del artículo 1 dispuso que los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional que ingresaron **con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003 (28 de julio de 2003) se les aplica el régimen especial dispuesto en la Ley 32 de 1986.**

De manera que, el requisito para acceder al régimen pensional previsto en la Ley 32/86 es la vinculación a la entidad con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, pues así lo dispuso una norma posterior y de superior jerarquía y en el presente caso, el demandado cumple con dicha exigencia, como quiera que se vinculó al INPEC en el año 1984 y en uno de los cargos que conforman el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, luego, no la pretensión de declarar que el señor José Fair Moreno no tenía derecho al régimen especial del INPEC **no tiene vocación de prosperidad.**

3.2 Entidad que debía reconocer la pensión.

Se observa que la entidad demandante UGPP, sostiene que no era la competente para el reconocimiento y reliquidación de la pensión de vejez del demandado, pues la última caja de previsión para la cual realizó aporte el señor Moreno fue Colpensiones.

Al respecto, se deben traer a colación las normas que determinaron la competencia de la UGPP, tras la supresión y liquidación de Cajanal, para establecer qué entidad debía reconocer la pensión de jubilación solicitada, ya que el demandado efectuó cotización a Cajanal, como se desprende del formato No. 1 visible a folio 155.

Dando cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 1151 de 2007, “*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010*”, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 2196 de 2009**, a través del cual suprimió CAJANAL y ordenó su liquidación y dispuso el traslado masivo de sus afiliados al ISS.

De acuerdo con lo dispuesto en el **Decreto No. 4269 de 2011**, por medio del cual el Presidente de la República distribuyó unas competencias, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), creada mediante la Ley 1151 de 2007, asumió el trámite y reconocimiento de obligaciones pensionales y demás actividades afines con dichos trámites, así como la administración de la nómina de pensionados de la Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal EICE en Liquidación, desde el 8 de noviembre de 2011.

El **artículo 6 del Decreto 575 de 2013**, dispuso que la UGPP cumpliría, entre otras funciones, la de “*Efectuar el reconocimiento de los derechos pensionales de los servidores públicos que hayan cumplido el tiempo de servicio requerido por la ley para acceder a su reconocimiento y se hubieren retirado o desafiliado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin cumplir el requisito de edad señalado, con anterioridad a la cesación de actividades de la administradora a la que estuviese afiliado.*”.

Por su parte, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de 7 de febrero de 2019, Radicación número: 05001-23-33-000-2018-00976-01(5418-18), CP. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, trajo a colación las reglas generales de competencia de la UGPP y Colpensiones fijadas por la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación, a partir de la interpretación de los Decretos que regulan la materia. En dicha providencia se indicó lo siguiente:

“De la argumentación jurídica antes expuesta, emerge que le compete a la UGPP el reconocimiento y pago de las pensiones de las personas que al 1º de julio de 2009, fecha del traslado masivo al ISS de afiliados ordenado por el Decreto 2196 de 2009, ya habían consolidado el derecho a la pensión, por haber reunido los requisitos de edad y número de semanas o tiempo de servicios exigidos por la ley, siempre que, para entonces, estuvieran afiliadas a CAJANAL.

A la anterior conclusión llegó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado a partir de la interpretación integral y sistemática de los Decretos 2196 de 2009, 5021 de 2009, 2380 de 2012 y 0575 de 2013 y fijó las reglas generales de competencia en cabeza de la UGPP y de COLPENSIONES, así:

“1. Compete a la UGPP el reconocimiento y pago de las pensiones de las personas que al 01 de julio de 2009, fecha del traslado masivo al ISS de afiliados ordenado por el Decreto 2196 de 2009, ya habían consolidado el derecho a la pensión, por haber

reunido los requisitos de edad y número de semanas o tiempo de servicios exigidos por la ley, siempre que, para entonces, estuvieran afiliadas a CAJANAL EICE.

2. Compete a la UGPP el reconocimiento y pago de las pensiones de las personas que, estando afiliadas a CAJANAL EICE cumplieron el requisito de tiempo de servicios o número de semanas cotizadas exigido por la ley, y se retiraron o desafiliaron del régimen de prima media con prestación definida antes de la cesación de actividades de la caja, para esperar el cumplimiento de la edad.

3. En los casos en los que al 01 de julio de 2009 los afiliados se trasladaron de CAJANAL EICE al ISS sin haber cumplido los requisitos exigidos por la normatividad aplicable o alguno de ellos, el reconocimiento y pago de las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida compete a COLPENSIONES, como administradora principal de dicho régimen en la actualidad. 4. En aquellos eventos en que el servidor público se traslada voluntariamente al Instituto de Seguros Sociales, corresponde a dicha entidad (hoy COLPENSIONES), resolver de fondo las solicitudes de reconocimiento pensional.

4. El afiliado cumple con el estatus jurídico de pensionado antes del 01 de julio de 2009 cotizando en CAJANAL EICE y cotizó al ISS y/o COLPENSIONES como resultado de traslado masivo". (Subrayas fuera de texto original)

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que el señor José Fair Moreno cumplió el tiempo de servicios exigido por la Ley 32/86 para adquirir la pensión (20 años) **en el año 2004**, pues laboró en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC desde 1984 hasta 2013, cotizando a Cajanal entre el 7 de mayo de 1984 y el 30 de junio de 2009, pues desde el 1 de julio de 2009 empezó a cotizar en el ISS, debido al traslado masivo de afiliados ordenado en el Decreto 2196 de 2009, que suprimió y ordenó la liquidación de CAJANAL, tal como consta en el formato No. 1 (fl.155) y como fue aceptado por la entidad demandante.

En ese sentido, se puede afirmar que el caso del demandado, se enmarca en el presupuesto número uno de la providencia citada en precedencia, por lo cual el reconocimiento de la pensión de vejez del señor José Fair Moreno le correspondía a la UGPP y no a Colpensiones, pues el demandado había consolidado el derecho a la pensión con el régimen pensional del INPEC antes del traslado masivo al ISS hoy Colpensiones y para ese momento se encontraba afiliado a Cajanal.

Finalmente, respecto a las excepciones de falta de causa, inexistencia del derecho, buena fe y cobro de lo no debido propuestas por la UGPP, se debe indicar que al ser argumentos de defensa encaminados a atacar el derecho reclamado, quedaron resueltos con los argumentos expuestos en esta providencia, como quiera que se decidirá que el actor tiene derecho a la prestación reclamada y que la entidad competente para su reconocimiento es la UGPP, prosperando únicamente la

excepción de prescripción, de manera que las denominadas excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado y buena fe propuestas por Colpensiones tienen vocación de prosperidad, por lo ya expuesto.

En ese orden de ideas, la Sala concluye que la demanda no tiene vocación de prosperidad, como quiera que el demandado si tenía derecho al régimen pensional especial previsto para miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC, como en efecto fue reconocida y reliquidada la prestación y la entidad competente para asumir la carga pensional era la UGPP, de manera que la pretensión relativa a la devolución de sumas pagadas por concepto de mesadas pensionales, tampoco está llamada a prosperar.

4. Costas procesales. Teniendo en cuenta que en el presente caso se ventila un asunto de interés público, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, la Sala no impondrá condena en esta materia contra la entidad demandante.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sub Sección D, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

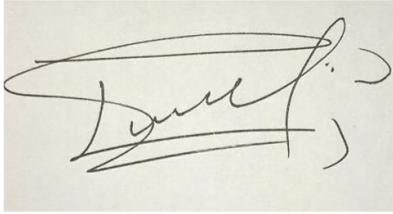
PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: No se condena en costas a la parte vencida, por lo expuesto.

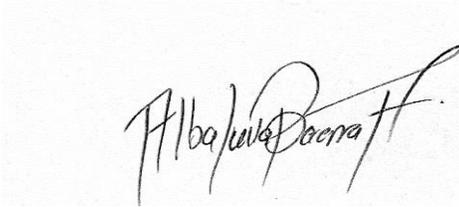
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, previa la liquidación correspondiente, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si lo hubiere, y solamente una vez realizado lo ordenado, **archívese** el expediente dejando las constancias del caso.

Cópiese, notifíquese, y cúmplase.

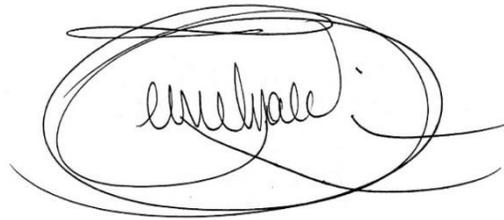
Aprobado según consta en Acta de Sala virtual de la fecha.



ISRAEL SOLER PEDROZA
Magistrado



ALBA LUCÍA BECERRA AVELLA
Magistrada



CERVELEÓN PADILLA LINARES
Magistrado

ISP/Van