



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

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., ocho (8) de julio de dos mil veinte (2020)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 25000 23 42 000 2017 03352 02 (1641-2019)
Demandante: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP)
Demandado: JUAN CARLOS FERNÁNDEZ ORTEGA
Tema: RECONOCIMIENTO PENSIONAL.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA/LEY 1437 DE 2011

I. ASUNTO

1. La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes contra el fallo de 28 de noviembre de 2018, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1 La demanda¹.

2. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, en ejercicio del

¹ Folios 6 a 15.



medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), en la modalidad de lesividad, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en contra del señor Juan Carlos Fernández Ortega.

2.1.1 Pretensiones.

3. La entidad demandante en el escrito introductorio del proceso solicitó que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución PAP 014327 de 21 de septiembre de 2010, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social EICE -En Liquidación-, por medio de la cual reconoció al señor Juan Carlos Fernández Ortega una pensión de jubilación (i) conforme a la Ley 32 de 1986, (ii) liquidada «*con el 75% sobre el salario promedio de 10 años*» y (iii) condicionada al retiro definitivo del servicio.
- Resolución RDP 018657 de 7 de diciembre de 2012 de la UGPP, a través de la cual se reliquidó la anterior prestación «*con base en todos los factores salariales devengados en el último año de servicios de conformidad con el decreto 1045 de 1978*».

4. Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, pidió que se declare que el accionado no tiene derecho al reconocimiento y a la reliquidación pensional referenciados y, por ende, debe devolver las sumas recibidas, debidamente indexadas.

2.1.2 Hechos.

5. La **UGPP** relató que el demandado no está amparado por el régimen de transición regulado por el artículo 6º del Decreto Ley 2090 y, en ese orden, no podía acceder al reconocimiento y a la reliquidación pensional



efectuados, a través de las Resoluciones cuestionadas PAP 014327 de 2010 y RDP 018657 de 2012.

2.1.3 Normas violadas y concepto de violación.

6. La entidad actora citó como normas violadas por las resoluciones enjuiciadas los artículos 36 de la Ley 100 de 1993, 96 de la Ley 32 de 1986, 168 del Decreto 407 de 1994 y 3º de la Ley 33 de 1985, y el Decreto 2090 de 2003.

7. Argumentó que las Resoluciones PAP 014327 de 2010 y RDP 018657 de 2012 generan un detrimento del erario, por cuanto imponen una carga prestacional sin fundamento legal.

8. Que el régimen de transición del Decreto 2090 de 2003, también prevé que se deben cumplir los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, presupuestos que el señor Juan Carlos Fernández Ortega no observa, por cuanto al 1º de abril de 1994, no tenía 15 años de servicio, ni 40 años de edad.

2.2 Trámite procesal².

9. El magistrado sustanciador de primera instancia admitió la demanda por auto de 9 de agosto de 2017 y ordenó la notificación al señor Juan Carlos Fernández Ortega, al agente del Ministerio Público y al Director General de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

2.3 Contestación de la demanda³.

10. El **señor Juan Carlos Fernández Ortega** precisó que *«los funcionarios de la Guardia Nacional Penitenciaria que ingresaron al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC antes del 26 de julio*

² Folios 134 y 135.

³ Folios 155 a 162.



de 2003, se les aplica lo dispuesto en la Ley 32 de 1986 y dicha norma en el artículo 114 remite a la general vigente para el momento de su expedición, se tiene [entonces] que las disposiciones aplicables no son otras que la ley 4ª de 1966 y el Decreto 1045 de 1978».

11. Que «por haber ingresado con anterioridad al 26 de Julio de 2003 al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-INPEC tiene derecho a que se le reconozca la pensión con 20 años de servicio y cualquier edad, por así disponerlo el artículo 96 de la Ley 32 de 1986».

12. Propuso las excepciones de inepta demanda, inexistencia de fundamento legal, cobro de lo no debido e innominada.

2.3.1 Suspensión provisional⁴.

13. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, mediante proveído de 29 de noviembre de 2017, decretó la suspensión provisional de los efectos de las Resoluciones PAP 014327 de 2010 y Resolución RDP 018657 de 2012, porque de las documentales aportadas al plenario se observa que «el señor Juan Carlos Fernández ortega no cumplió los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión que se le otorgó conforme a la Ley 32 de 1986, valga decir con 20 años de servicios y sin consideración a la edad».

14. En armonía con lo anterior, precisó que el antes nombrado «no cumple las condiciones establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos del régimen anterior a ese estatuto».

2.3.2 Audiencia Inicial⁵.

⁴ Folios 167 a 175.

⁵ Folios 196 a 200.



15. En esta diligencia, celebrada el 26 de abril de 2018, el magistrado sustanciador de primera instancia (i) evidenció que no existe ninguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad; (ii) declaró no probada la excepción de inepta demanda e indicó que los demás medios exceptivos propuestos *«se fundan en argumentos que atacan el fondo del asunto»*; (iii) fijó el litigio⁶; (iv) tuvo por fallida la etapa de conciliación, (v) incorporó formalmente al expediente las pruebas aportadas por las partes y (vi) corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran, en su orden, sus alegaciones y concepto.

2.4 Sentencia de primera instancia⁷.

16. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, en sentencia de 28 de noviembre de 2018, declaró la nulidad de las Resoluciones PAP 014327 de 2010 y RDP 018657 de 2012 y ordenó a la UGPP excluir de nómina de pensionados al señor Juan Carlos Fernández Ortega.

17. Puntualizó que el demandado *«no cumple las condiciones establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 de haber acreditado 40 años de edad o 15 años de servicio al 1º de abril de 1994 y, por lo tanto, tampoco cumple con las del artículo 6º del Decreto ley 2090 de 2003 para ser beneficiario del régimen de transición y, en consecuencia, no tiene derecho a la aplicación del régimen pensional anterior [...], que era el contenido en el Decreto Ley 407 de 1994 y la Ley 32 de 1986»*.

18. Consideró que, en ese orden, *«es procedente acceder a las pretensiones de la demanda, en el sentido de declarar la nulidad de los actos administrativos demandados [...], puesto que de los medios documentales de prueba aportados y analizados bajos las reglas de la sana crítica, se observa, que el señor Juan Carlos Fernández Ortega no*

⁶ *«En este proceso se debe determinar si los actos demandados [...], están o no viciados de nulidad por los cargos expuestos en la demanda, o por los que encontrare este Tribunal demostrados».*

⁷ Folios 219 a 230.



cumplió los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión que se le otorgó conforme a la Ley 32 de 1986, valga decir con 20 años de servicio y sin consideración a la edad».

19. *Precisó que el accionado «se encuentra sujeto en materia pensional al Decreto 2090 de 2003, el cual, en su artículo 4º, establece como requisito para tener derecho a la pensión, entre otros, tener 55 años de edad. En atención a que el accionante nació el 10 de diciembre de 1968, a la fecha de esta providencia tiene 49 años de edad, por lo que aún no cumple con los requisitos para pensionarse de conformidad con esta norma y la pensión de jubilación que actualmente disfruta no tiene causa legal».*

20. *Que «la situación jurídica del demandado no es la de una persona con derecho pensional especial, y el acceso a la prestación no es un derecho legítimo, no tiene causal legal; sin embargo, se entiende recibida de buena fe, pero no hay lugar a mantener en el ordenamiento jurídico los actos administrativos demandados». En ese orden «no es procedente acceder a la pretensión de restablecimiento del derecho de ordenar a la parte demandada, señor Juan Carlos Fernández Ortega, devolver las sumas de dinero pagadas por la UGPP a título de pensión, habida cuenta que el literal c) del numeral 1º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 establece que “no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”».*

21. *Finalmente, no condenó en costas a «la parte vencida, porque la discusión planteada se entiende de buena fe, y no se demostró que haya incurrido en conducta procesal temeraria que amerite esta carga sancionatoria».*

2.5 Recursos de apelación.



(22.) **2.5.1 El demandado**⁸ inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación por cuanto «*la pensión de jubilación para el personal de Custodia y Vigilancia Penitenciaria al servicio del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC fue consagrada por el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, reconociendo como único requisito para tener derecho a la misma, el haber laborado por veinte (20) años o más, continuos o discontinuos al servicio del citado Instituto*».

23. Adujo que a los miembros «*de la guardia que penitenciaria que ingresaron con anterioridad al 26 de julio de 2003, no se les podrá exigir el cumplimiento de los requisitos del [...] art. 36 de la L. 100/93, pues dicho régimen quedó tácitamente derogado para los citados funcionarios, a pesar de haber sido incorporados al SGSS por el decreto 691 de 1994*».

24. Que el *a quo* también soslayó que cumplió el supuesto del artículo 6º del Decreto 2090 de 2003, pues, para el 26 de julio de 2006, contaba con 807 semanas cotizadas, lo que supera las 500 semanas exigidas en tal ordenamiento.

(25.) **2.5.2 La UGPP**⁹ apeló para que se ordene al señor Juan Carlos Fernández Ortega restituir las sumas que le fueron pagadas por concepto de mesadas pensionales.

2.6 Trámite en segunda instancia.

26. El magistrado sustanciador, mediante autos de 23 de abril¹⁰ y 17 de junio de 2019¹¹, admitió los recursos de apelación interpuestos y corrió traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presenten sus respectivos alegatos de conclusión y concepto.

⁸ Folios 236 a 240.

⁹ Folios 241 a 245.

¹⁰ Folio 264.

¹¹ Folio 270.



27. En dicha oportunidad se pronunciaron las partes, así:

- El señor **Juan Carlos Fernández Ortega**¹² señaló que conforme lo estimó la Corte Constitucional, en sentencia C-651 de 2015, a los servidores de la guardia nacional penitenciaria que, ingresaron con anterioridad al 28 de julio de 2003, no se les puede aplicar el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 6º del Decreto 2090 de 2003.
- La **UGPP**¹³ insistió en que el accionado no está amparado por el régimen de transición especial del Decreto 2090 de 2003, el cual se cumple, en adición, con el de la Ley 100 de 1993.

III. CONSIDERACIONES

3.1 Competencia.

28. Esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia, conforme a la preceptiva del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo¹⁴. Dado que ambas partes apelaron, la competencia en esta instancia es sin limitaciones.

29. Problema jurídico.

30. Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar *¿si el señor Juan Carlos Fernández Ortega tiene derecho o no a la pensión bajo el régimen especial del INPEC previsto en la Ley 32 de 1986?*

31. *¿si es procede la devolución de las sumas pagadas al demandado*

¹² Folios 275 a 278.

¹³ Folios 284 a 289.

¹⁴ Código Contencioso Administrativo. Artículo 129. «*El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión*».

835



por concepto de mesada pensional?

32. Para resolver los anteriores interrogantes, se desarrollará el siguiente orden metodológico: (i) marco normativo aplicable y (ii) análisis del caso concreto.

3.2.1 Marco normativo aplicable. Régimen especial del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC

33. Los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Penitenciaria Nacional, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1º de la Ley 33 de 29 de enero de 1985¹⁵, están exceptuados del régimen general previsto para los empleados oficiales, por gozar de un sistema especial consagrado en la Ley 32 de 3 de febrero de 1986¹⁶.

34. El artículo 172 de la Ley 65 de 19 de agosto de 1993¹⁷ otorgó al Presidente de la República facultades extraordinarias para dictar normas con fuerza de ley sobre la composición, clasificación y categoría del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, así como sobre el régimen salarial, prestacional y pensional del personal que labora en dicho Cuerpo.

35. En esa línea, el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 estableció que los servidores públicos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacional Penitenciaria, en razón al tipo de labores que ejercen, realizan actividades de alto riesgo, por lo cual deben tener un régimen especial en materia de pensiones, que debe ser expedido por el Gobierno Nacional de conformidad con la Ley 4 de 1992.

36. Luego, se expidió el Decreto Ley 407 de 20 de febrero de 1994¹⁸, en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas en el artículo 172

¹⁵ «Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público».

¹⁶ «Por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia»

¹⁷ «Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario».

¹⁸ «Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario».



de la Ley 65 de 1993. Esta normativa, en sus artículos 117 y 126, precisó, en su orden, que el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional (i) es un organismo armado, de carácter civil y permanente, al servicio del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC, integrado por personal uniformado, jerarquizado, y sometido a un régimen y disciplina especial y (ii) está compuesto por «*Oficiales, Suboficiales, Dragoneantes, Alumnos y los Bachilleres Auxiliares que presten el servicio militar en la Institución*».

37. También consagró un régimen especial para el personal de custodia y vigilancia del INPEC, conformado por la Ley 32 de 1986, para los que ya estaban ejerciendo esa actividad antes del 21 de febrero de 1994, en los siguientes términos:

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

38. Posteriormente, el artículo 17 (numeral 2º)¹⁹ de la Ley 797 de 2003, confirió facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para regular el tema de los trabajadores de alto riesgo. En virtud de lo anterior, se expidió el Decreto Ley 2090 de 26 de julio de 2003²⁰, que derogó la

¹⁹ «**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».

²⁰ «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».



normativa anterior (Decreto-Ley 407 de 1994) y en el artículo 4º estableció las condiciones y requisitos para obtener la pensión especial de jubilación para los trabajadores de alto riesgo, entre los cuales, se encuentran los servidores del INPEC:

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 [...].

39. De igual forma, en el artículo 6º, consagró un régimen de transición para los servidores que ya laboraban en actividades de alto riesgo, consistente en que para quedar cobijados por las normas anteriores en materia pensional (Decreto-Ley 407 de 1994 y Ley 32 de 1986), debían (i) haber efectuado cuando menos 500 semanas de cotización especial a la entrada en vigor del referenciado Decreto Ley 2090 (Diario Oficial No. 45.262, de 28 de julio de 2003)²¹, (ii) acreditar el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 [1.000²²] y (iii) cumplir las condiciones previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993:

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

²¹ «ARTÍCULO 11. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. El presente decreto regirá a partir de su publicación y deroga todas las normas que le sean contrarias [...]».

²² «ARTÍCULO 9º. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

*Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:
[...]*

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo».



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** (negrita con subrayas fuera del texto).

40. En otras palabras, las personas que cumplen los presupuestos fijados en la disposición transcrita tienen derecho a acceder a la pensión en los términos del artículo 168 del Decreto Ley 407 de 1994, que, como se vio, remite al requisito contemplado en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 (20 años de servicio, sin importar la edad):

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** (negrita con subrayas fuera del texto).

41. Consecutivamente, el párrafo transitorio 5º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, se refirió a los dos regímenes descritos hasta el momento y al límite temporal que permite identificarlos, esto es, la entrada en vigor del Decreto Ley 2090 de 2003 (Diario Oficial No. 45.262, de 28 de julio de 2003), 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** (negrita con subrayas fuera del texto).



42. La Sala ha precisado que exigir, de forma adicional, el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resulta desproporcionado y más gravoso²³, en los siguientes términos:

En criterio de la Sala, entender a partir de la literalidad de la norma que el régimen especial de transición en pensiones de alto riesgo señalado en el artículo 6 del Decreto 2090 de 2003, además del requisito de las 500 semanas de cotización especial, exige para el caso del demandante el cumplimiento adicional de los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resulta desproporcionado y más gravoso, pues el señor [...] cumple con el requisito especial de las 500 semanas, y aspira a un reconocimiento pensional bajo las condiciones establecidas en el artículo 6º del Decreto 1835 de 1994.

Acogiendo en esta oportunidad el criterio interpretativo ya expresado en asuntos similares al presente, debe señalar la Sala que las exigencias adicionales a las que se refiere el parágrafo del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003 colocan en una situación desventajosa, en virtud del tránsito legislativo, al demandante que se encontraba próximo a cumplir los requisitos para obtener la pensión de vejez en las condiciones previstas en el artículo 6 del Decreto 1835 de 1994.

La finalidad de un régimen de transición consiste en que el legislador establezca un sistema de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho.

“Los regímenes de transición, en consecuencia, (i) recaen sobre expectativas legítimas de los asociados y no sobre derechos adquiridos; (ii) su fundamento es el de salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior y (iii) su propósito es el de evitar que la subrogación, derogación o modificación del régimen anterior, impacte excesivamente las aspiraciones válidas de los asociados, especialmente si existe la posibilidad de minimizar esa incidencia y de armonizar las expectativas ciudadanas y los cambios legislativos a través de un régimen de transición”¹⁵

²³ Véanse entre otras: sentencia de 12 de junio de 2014 proferida dentro del proceso 05001233100020120010001 (número interno: 3287-2013), demandante: Jaime Villamil Castro, demandado: Cajanal; sentencia de 22 de abril de 2015 proferida dentro del proceso 25000232500020110080701 (número interno: 2555-13), demandante: Fernando Sandoval Cabrera, demandado: Cajanal y sentencia de 20 de mayo de 2021, proceso 25000234200020170490601 (número interno 5983-2019), demandante: Hernando Quiñones Rincón, demandado Colpensiones.



La norma en mención exige a los beneficiarios del régimen de transición en ella establecido cumplir, además de los requisitos especiales, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Al respecto, como quiera que la disposición jurídica establece requisitos para la transición de un régimen pensional especial y a su vez requisitos para ser beneficiario del régimen de transición general, la interpretación que más favorece al demandante es la que permite, ante dos normas concurrentes, la aplicación preferente de la regla de transición que le posibilite el reconocimiento de su pensión especial de vejez.

[...]

De otra parte, y respecto del requisito previsto en el mencionado inciso primero del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003 sobre la cotización especial cuando menos de 500 semanas, la Corte Constitucional en sentencia C-663 de 2007 declaró la exequibilidad condicionada de dicho artículo, acogiendo la interpretación más favorable a los trabajadores *“que es aquella que les permite acreditar el número de semanas de cotización para mantenerse en el régimen de transición, con las semanas cotizadas en los diferentes regímenes previos donde tales cotizaciones hayan sido jurídicamente calificadas como de alto riesgo, así tales cotizaciones no tuvieron el carácter de “especiales” al momento de entrar a regir el Decreto 2090 de 2003”*. Y, frente a la coexistencia del régimen de transición previsto en el Decreto 2090 de 2003 y el que establece la Ley 100 de 1993 señaló que *“El régimen de transición previsto en el Decreto 2090 de 2003..resulta ser un régimen de transición distinto al de la Ley 100 de 1993, lo cual plantea cuestiones atinentes a la aplicación del régimen más favorable al trabajador...En ese orden de ideas, en el hipotético caso en que en una situación concreta un trabajador se vea amparado por ambos regímenes de transición, el de la Ley 100 y el del Decreto 2090 de 2003-, lo cierto es que al existir dos normas vigentes y aplicables para una misma situación, debe prevalecer a la luz de la Constitución aquel régimen que resulte más favorable y benéfico para el trabajador involucrado, por tratarse de disposiciones pensionales”*.

Luego entonces, por ser más favorable frente a las expectativas pensionales del demandante quien estaba próximo a cumplir con los requisitos para acceder al derecho en las condiciones descritas en el Decreto 1835 de 1994, y en virtud del principio de inescindibilidad de la norma frente a una disposición en la que se fijan requisitos de un régimen de transición de naturaleza especial y a la vez los previstos en el régimen de transición dispuesto en la Ley 100 de 1993, para la Sala la fuente que debe aplicarse en el caso particular es el inciso primero del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003, y entender que el actor es beneficiario del régimen especial de transición por haber acreditado 500 semanas de cotización en actividades de alto riesgo al 28 de julio de 2003, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003 [...] (Cursiva del texto original).



3.2.2 Caso concreto

3.2.2.1 Hechos probados

43. En el caso del señor Juan Carlos Fernández Ortega se encuentra acreditado lo siguiente:

- (i) De acuerdo con el registro civil del demandado, nació el 10 de diciembre de 1968²⁴.
- (ii) Conforme a la certificación de períodos de vinculación laboral para bonos pensionales y pensiones de 17 de julio de 2008, el accionado prestó sus servicios al Inpec por más de 19 años, así:

| Entidad | Períodos |
|-------------------------------|------------------------------|
| Inpec | |
| Guardián de Prisiones 5175-02 | Del 17/11/1987 al 12/02/1997 |
| Dragoneante 5260-06 | Del 13/02/1997 al 29/12/1998 |
| Dragoneante 5260-09 | Del 30/12/1998 al 29/12/1999 |
| Dragoneante 5260-11 | Del 30/12/1999 al 30/11/2020 |
| Inspector 5170-13 | Del 01/12/2000 al 31/03/2007 |
| Inspector 4137-13 | Del 01/04/2007 |

- (i) Por escrito de 1º de agosto de 2008, el demandado solicitó de la Caja Nacional de Previsión Social-Cajanal el reconocimiento de una pensión de jubilación, en los términos de la Ley 32 de 1986²⁵.
- (ii) Mediante Resolución PAP 014327 de 21 de septiembre de 2010, Cajanal EICE -En liquidación- reconoció al señor Juan Carlos Fernández Ortega una pensión de jubilación (a) conforme a la Ley 32 de 1986, (b) liquidada «con el 75% sobre el salario promedio de 10 años», incluyendo la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y el sobresueldo y (c) «efectiva a partir del 01 de julio de 2008» o del momento en que se acredite el retiro definitivo del servicio. Lo anterior, porque el antes nombrado

²⁴ Folio 35.

²⁵ Folios 33 y 34.



acreditó 20 años al servicio del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC²⁶.

- (iii) A través de la Resolución 002313 de 7 de junio de 2011, el Director General del INPEC aceptó la renuncia al cargo de Inspector 4137-13, presentada por el demandando, a partir del 1º de julio de 2011²⁷.
- (iv) Acorde a la certificación de información laboral de 15 de febrero de 2012, el accionado estuvo vinculado al INPEC en el período comprendido entre el 17 de noviembre de 1987 y el 30 de junio de 2011²⁸ (23 años, 7 meses y 13 días).
- (v) Por medio de la Resolución RDP 018657 de 7 de diciembre de 2012, la UGPP reliquidó la prestación controvertida «*del régimen de transición consagrado en la Ley 32 de 1986*», aplicando el 75% sobre un ingreso base de cotización conformado por el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el demandado entre el 1º de julio de 2010 y el 30 de junio de 2011 (último año de servicio), con inclusión de la asignación básica, el auxilio de alimentación, el auxilio de transporte y las primas de navidad, vacaciones y servicios. Lo anterior, efectivo a partir del 1º de julio de 2011²⁹.
- (vi) Con la Resolución RDP 003398 de 31 de enero de 2017, la UGPP negó la reliquidación de la pensión reconocida al señor Juan Carlos Fernández Ortega, porque el Decreto 1158 de 1994 «*no contempla la prima de riesgo, el subsidio de unidad familiar y la prima de capacitación como factores de salario para la liquidación de pensiones, motivo por el cual no son tenidos en cuenta en la liquidación prestacional*»³⁰.
- (vii) Vía Resolución RDP 015479 de 17 de abril de 2017, la UGPP

²⁶ Folios 68 a 71.

²⁷ Folio 202.

²⁸ Folio 103, c. anexo.

²⁹ Folios 118 a 120.

³⁰ Folios 113 a 115.



confirmó el acto administrativo relacionado en el numeral anterior³¹. En este acto administrativo precisó que no es procedente acceder a una nueva reliquidación de la pensión de jubilación, toda vez que si se da aplicación a lo resuelto por el Comité Jurídico de Conciliación de Defensa Judicial de la entidad, se tendría que realizar un ajuste prestacional con los 10 últimos años y los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994, lo que disminuiría la mesada pensional que devenga el accionado.

3.2.2.2 Análisis de la Sala

44. Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, lo primero que ha de advertirse es que el demandado se vinculó al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario el **17 de noviembre de 1987**, es decir, con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto Ley 2090 de 2003 (28 de julio de 2003). Condición que impone verificar si cumple los presupuestos fijados en el régimen de transición previsto en el artículo 6º *ibidem*, para efecto de determinar si tiene derecho acceder a la pensión de jubilación en los términos de los artículos 168 del Decreto Ley 407 de 1994 y 96 de la Ley 32 de 1986 (20 años de servicio, sin importar la edad).

44. (i) **Haber efectuado cuando menos 500 semanas de cotización especial antes del 28 de julio de 2003.** Para la aludida fecha, el señor Juan Carlos Fernández Ortega acreditaba 15 años, 8 meses y 11 días de servicio, esto es, aproximadamente 819.03 semanas.

45. (ii) **Acreditar el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 (1.000).** Como el accionado estuvo vinculado al Inpec por 23 años, 7 meses y 13 días, esto es, 1.232,39 semanas, es claro que cumple este requisito.

³¹ Folios 116 y 117.



46. Este mínimo de 1.000 semanas de cotización debe entenderse como requisito necesario para ser beneficiario de la transición y no como un requisito para acceder al derecho pensional. Una vez acreditado, el servidor público tendrá derecho a que la pensión le sea reconocida en las condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

47. **(iii) Cumplir las condiciones previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.** Este régimen de transición tiene lugar siempre que se acredite, a 1º de abril de 1994³², una de las siguientes condiciones: (a) contar como mínimo con 35 años de edad para las mujeres y 40 para los hombres y (b) demostrar 15 años o más de servicios prestados.

47. El señor Juan Carlos Fernández Ortega no acreditó ninguno de los anteriores presupuestos, por cuanto, a 1º de abril de 1994, (i) **tenía 25 años**, 3 meses y 21 días de edad³³ -de los 40 exigidos- y (ii) **acreditó 6 años**, 4 meses y 14 días de servicio³⁴ -de los 15 exigidos-. Razón por la cual no era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

48. Sin embargo, como ya denotó en el acápite que antecede, este requisito resulta desproporcionado y gravoso, por cuanto la interpretación que más favorece al trabajador es la que permite, ante dos normas concurrentes **-transición especial y general-**, la aplicación preferente de la regla de transición que le posibilite el reconocimiento de su pensión especial de vejez.

45. Así las cosas, como el demandado cumplió los presupuestos especiales fijados en la transición prevista en el artículo 6º del Decreto Ley 2090 de 2003, tiene derecho a acceder a la pensión en los términos del artículo 168 del Decreto Ley 407 de 1994, que, como se vio, remite

³² El sistema general de pensiones empezó a regir el 1º de abril de 1994, sin embargo, para los servidores públicos a nivel departamental, municipal y distrital, su vigencia se fijó a partir del 30 de junio de 1995.

³³ Si se cuenta que nació el 10 de diciembre de 1968.

³⁴ Si se tiene en cuenta que se vinculó al INPEC el 17 de noviembre de 1987.



al requisito contemplado en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 (20 años de servicio, sin importar la edad):

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 (negrita con subrayas fuera del texto).

Como el accionado completó los 20 años de servicio el 18 de enero de 2008³⁵, conforme a la Resolución 003398 de 31 de enero de 2017, es claro que a partir de ese día, por sobrepasar el límite de las 1.000 semanas mínimas exigidas en el régimen de transición especial, podía acceder a la pensión especial de vejez, sin importar la edad.

Así las cosas, el demandado tenía derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación con el requisito de tiempo de servicio fijado en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, como beneficiario del régimen de transición del artículo 6° del Decreto 2090 de 2003, pero calculada en los términos de los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993 y con los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los cuales hubiere cotizado.

Como la reliquidación efectuada en la Resolución acusada RDP 018657 de 2012, no atendió los parámetros descritos habrá lugar a declarar su nulidad.

53. En este punto, resulta pertinente advertir no hay lugar a la devolución de sumas pagadas en exceso, por cuanto las mismas fueron recibidas de buena fe, esto es, al amparo de los actos administrativos demandados, respecto de lo cual no se demostraron maniobras fraudulentas.

³⁵ Fecha que se obtiene de (i) atender el período comprendido entre el 17 de noviembre de 1987 y el 17 de noviembre de 2007: 20 años y (ii) sumar las interrupciones: 62 días.



55. En conclusión, de acuerdo con los argumentos precedentes la sentencia de primera instancia será revocada para mantener el reconocimiento pensional -PAP 014327 de 2010- y disponer solo la reliquidación de esta prestación - RDP 018657 de 2012-.

3.3 Condena en costas

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

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 28 de noviembre de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C que accedió parcialmente a las pretensiones formuladas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social-UGPP contra el señor Juan Carlos Fernández Ortega. En su lugar, declarar la nulidad de la Resolución RDP 018657 de 7 de diciembre de 2012 y ordenar la reliquidación de la pensión especial de vejez del accionado, la cual quedará así:

A título de restablecimiento del derecho, se ordenará ajustar la pensión especial de vejez reconocida al señor Juan Carlos Fernández Ortega, en los términos de los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993 y con los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los cuales hubiere cotizado, efectiva a partir del retiro definitivo del servicio.



Radicado: 25000 23 42 000 2017 03352 02

Número interno: 1641-2019

Demandante: UGPP

SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: Ejecutoriada esta decisión, devolver el expediente al Tribunal de origen previas las anotaciones pertinentes en el programa «SAMA!».

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de ocho (8) de julio de dos mil veintiuno (2021).

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

Esta providencia fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando con su celular el código QR que aparece a la derecha, o ingresando a la dirección <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080> , en donde debe colocarse el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

