



**TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE RISARALDA
SALA CUARTA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE LEONARDO RODRÍGUEZ ARANGO**

Aprobado por la Sala en sesión de hoy
Pereira, tres de febrero de dos mil veintidós

Providencia:	Sentencia primera instancia
Radicado:	66001-23-33-000-2019-00443-00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho (Lesividad)
Demandante:	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP
Demandado:	UGPP
Tercero vinculado:	Edison Romero Herrera.
Temas	<ul style="list-style-type: none">➤ Pensión especial de vejez por alto riesgo –empleado del INPEC.➤ Requisitos de la Ley 32 de 1986 (artículo 96).➤ Aplicación del régimen de transición del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003 – requisito adicional del artículo 36 ley 100 de 1993.
Decisión	Niega súplicas.

1. ANTECEDENTES ¹

1.1. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En lo relevante se resume así:

1.1.1. El señor Edison Romero Herrera nació el 27 de marzo de 1958, prestó sus servicios en el INPEC desde el 13 de septiembre de 1982 hasta el 30 mayo de 2009, según certificado de información laboral número 2018-760 de 18 de mayo de 2017.

1.1.2. Mediante Resolución 004412 del 8 de mayo de 2009, se le aceptó renuncia a partir del 1 de junio de 2009.

1.1.3. El último cargo desempeñado fue el de dragoneante código 414 grado 11 en el establecimiento penitenciario de Mediana Seguridad Carcelario de Belén de Umbría.

1.1.4. Que mediante Resolución número 08393 del 2 de mayo de 2002, la extinta Cajanal, negó el reconocimiento de la pensión de jubilación, argumentando que no cumplía con los requisitos del artículo 36 de la ley 100 de 1993 para ser beneficiario del régimen de transición.

¹ De conformidad con lo señalado en los folios visibles 1 y s.s. del cuaderno 1.

1.1.5. Con la Resolución 00627 del 13 de febrero, resolvió recurso de apelación, confirmando en todas sus partes la Resolución número 08393 del 2 de mayo de 2020.

1.1.6. Que mediante Resolución número 12341 del 24 de marzo de 2009, la extinta Cajanal, reconoció pensión de vejez a favor del señor Edison Romero Herrera, en cuantía de \$873.793.95, efectiva a partir del 1 de noviembre de 2007, de conformidad con lo establecido en la ley 32 de 1986, por haber laborado por más de 20 años al servicio del INPEC, efectuando la liquidación con el 75% del promedio de lo devengado, los último 10 años de servicio, incluyendo asignación básica, bonificación por servicios prestados y sobresueldos, quedando condicionado a demostrar el retiro definitivo del servicios.

1.1.7. Que mediante Resolución número PAP 0008438 del 10 de agosto de 2010, se reliquidó la pensión de vejez por retiro definitivo del servicio a favor del peticionario, en cuantía de \$967.748.00, efectiva a partir del 01 de junio de 2009. Efectuando liquidación con el 75% del promedio de lo devengado en los últimos diez años de servicio.

1.1.8. El señor Edison Romero Herrera, instauró medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando la nulidad de las Resoluciones número 12341 de 2009 y la PAP 0008438 de 2010, así como la reliquidación de la pensión con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

1.1.9. Mediante Resolución número RDP 014822 de fecha 12 de mayo de 2014, esta entidad reliquidó la pensión de jubilación, en cumplimiento de un fallo judicial proferido por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Pereira, en cuantía de \$1.146.164 efectiva a partir del 1 de junio de 2009.

1.1.10. Por medio de Resolución número RDP 009597 del 15 de marzo de 2018, la UGPP negó la reliquidación de la pensión en favor del interesado, toda vez que por medio de la Resolución número RDP 014822 del 12 de mayo de 2014, se profirió de conformidad con lo ordenado por la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Pereira, el 23 de mayo de 2013, la cual se encuentra debidamente ejecutoriada y hace tránsito a cosa juzgada.

1.1.11. A través de auto número ADP 006221 del 19 de junio de 2014, Colpensiones declaró improcedente el recurso de reposición y en subsidio de apelación presentado contra la Resolución número RDP 14822 del 12 de mayo de 2014, por cuanto la Resolución objeto de impugnación es un acto administrativo de ejecución frente al cual no procede recurso alguno.

1.1.12. La Unidad demandante interpuso recurso extraordinario de revisión, por la causal prevista en el literal b) del artículo 20 de la ley 797 de 2000, contra la sentencia de fecha 23 de mayo de 2013, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Pereira, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado bajo el número 66001-33-31-003-2012-000031-00, solicitando que se declara que el señor Edison Romero Herrera no es

acreedor de la liquidación pensional con el 75% de lo devengado en el último año de servicio y que en su lugar, se ordenará reliquidar y pagar la mesada pensional conforme a las reglas conforme previstas en las sentencias C-168 de 1995, C-258 de 2013, auto 326 de 2014, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-210 de 2017, auto 229 de 2017, SU-395 de 2017, SU 631 DE 2017, T-039 DE 2018, proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, adoptando como ingreso base de liquidación las directrices fijadas en el inciso 3 del artículo 36 o las consignadas en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, así como los factores base de cotización taxativamente determinados en el Decreto 1158 de 1994 y fijando como monto pensional o tasa de reemplazo el 75% previsto en la ley 33 de 1985, por adquirir el status pensional, conforme a las condiciones del régimen de transición creado por el Sistema General de Pensiones, y no antes.

1.1.13. Recurso del cual avocó conocimiento este Tribunal, que, en sentencia del 16 de mayo de 2019, se decidió declarar fundado el recurso extraordinario de revisión presentado por la UGPP, contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Pereira, el día 29 de mayo de 2013; igualmente, infirmó la sentencia recurrida, y se dispuso negar las súplicas de la demanda.

1.2. PRETENSIONES

Se solicitó lo siguiente:

1.2.1. Que se declare la nulidad de la Resolución número 12341 del 24 de marzo de 2009, expedida por la extinta Cajanal, reconoció una pensión de vejez a favor del señor Edison Romero Herrera, en cuantía de \$873.793.95, efectiva a partir del 1 de noviembre de 2007, de conformidad con lo establecido en la ley 32 de 1986, por haber laborado por más de 20 años al servicio del INPEC, efectuando la liquidación con el 75% del promedio de lo devengado los últimos 10 años de servicio incluyendo asignación básica, bonificación por servicios prestados y sobresueldos, quedando condicionados a demostrar el retiro definitivo del servicio. Y de la Resolución número PAP 0008438 del 10 de agosto de 2010, que reliquidó la pensión de vejez definitiva del servicio a favor del peticionario, en cuantía de \$967.748.00, efectiva a partir del 1 de junio de 2009, efectuando liquidación con el 75% del promedio de lo devengado los últimos 10 años de servicios.

1.2.2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene al señor Edison Romero Herrera reintegrar la totalidad de las sumas canceladas en virtud de los actos demandados.

1.2.3. Que se declare que al señor Edison Romero Herrera, no le asiste el derecho al reconocimiento y reliquidación de la pensión, en los términos de las Resoluciones demandadas con aplicación de la ley 32 de 1986.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La entidad demandante señala como normas quebrantadas las siguientes:

- Constitución Política de Colombia. Artículos: 1, 2, 4, 6, 121, 122 y 209.
- Ley 100 de 1993: artículo 36,
- Ley 797 de 2003, artículo 9
- Acto legislativo 01 de 2005.

Como concepto de violación invoca los cargos de nulidad de falta de competencia y violación directa de la ley o el quebrantamiento de las normas en que debió fundarse el acto administrativo demandado en cuanto se reconoció y liquidó la pensión con fundamento en la ley 32 de 1986 sin ser la norma aplicable, sintetizando lo siguiente:

El acto demandado es manifiestamente violatorio de las normas superiores citadas, ya que reconocieron y liquidaron la pensión del demandado aplicando el régimen anterior, 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 art. 36 de la ley 100, esto es edad o tiempo de servicio al 1 de abril de 1994, y cotizar el número de semanas exigido en el artículo 9 de la ley 797 de 2007, de las cuales 700 semanas debe efectuarse cotización especial y 55 años de edad, requisitos que no cumplió el demandante.

Aduce que los actos transgreden abiertamente la Ley 100 de 1993, decreto 2090 de 2003, el Acto Legislativo 01 de 2005 cuando se invocó el régimen aplicable a los funcionarios del INPEC, ley 797 de 2003 ya 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, que cumplió en el 2013.

1.4. INTERVENCIÓN DEL TERCERO INTERESADO.

El apoderado judicial del señor Edison Romero Herrera, presentó escrito de contestación de la demanda a folios 321 y s.s. del cuaderno 1-1, en el cual se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, no les aplicable al señor Edison Romero Herrera, toda vez que de acuerdo con lo estipulado en el acto legislativo 01 de 2005, el régimen aplicable al señor Romero Herrera, será el vigente con anterioridad a la entrada en vigencia del acto, esto es, la ley 32 de 1996.

Explica que la parte demandante base su petición de nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad) en el hecho de que al señor Edison Romero Herrera, 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.

No obstante, indica que no le asiste razón a la entidad demandante, en atención a

que frente a las exigencias contenidas en el párrafo del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003, por los siguientes razonamientos:

- Existe una norma posterior, de mayor jerarquía que estableció un único requisito para que los integrantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia accedan a la transición, el cual fue cumplido por el señor Edison Romero Herrera.
- La Corte Constitucional en la sentencia C-663 de 2007, que revisó la constitucionalidad del referido párrafo 6 indicó de manera expresa que el régimen de transición del Decreto 2090 de 2003 es distinto al de la Ley 100 de 1993, razón por la cual, al igual que lo ha sostenido el Honorable Consejo de Estado, no resulta proporcionado exigirle a los beneficiarios del Decreto 2090 de 2003, los requisitos de transición de la ley 100 de 1993, comoquiera que ello vulnera el principio de inescindibilidad de la ley y favorabilidad en materia laboral.
- Debe tenerse en cuenta que el párrafo 6 del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003, conlleva a combinar el régimen especial del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC con el régimen general, en contravía de lo que ha sostenido el Tribunal de Cierre de la Jurisdicción contenciosa administrativa, como por ejemplo en la sentencia del 12 de mayo de 2004 en la que reiteró: “ los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1 de la ley 33 de 1985 están exceptuados del régimen pensional general de que trata la Ley 100 de 1993 por gozar de un régimen especial consagrado en la ley 32 de 1986”.

Finalmente, propone como excepciones las que denominó “estricto cumplimiento a los mandatos legales” y “cobro de lo no debido”, por ser el demandado un poseedor de buena fe”,

1.5. ALEGACIONES DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

|

A la convocatoria debida que se dio mediante auto del 20 de enero de 2021 visible a folio 370 del cuaderno 1, dentro del término establecido para tal fin, la parte demandante presentó escrito visible a folio 04 del expediente digital, de manera extemporánea, y el tercero vinculado y el Agente del Ministerio Público, guardaron silencio, conforme se evidencia en la constancia secretarial obrante a folio 05 del expediente digital.

2. ACTUACIÓN PROCESAL.

2.1. La entidad actora presentó el libelo introductorio el 17 de julio de 2019, ante la Oficina Judicial de Reparto de Pereira², correspondiéndole su conocimiento al Magistrado ponente dentro del presente asunto, siendo admitida a través de auto

² Folio 311 del cuaderno 1-1

del 10 septiembre de 2019³, para notificarse por estados electrónico el 11 de septiembre de 2019⁴, por notificación personal al tercero vinculado, el 18 de septiembre de 2019⁵

El vocero judicial del tercero interesado Edison Romero Herrera dentro del término contestó la demanda por memorial visible de folios 321 y s.s. conforme se lee en constancia secretarial⁶, solicitando se negaran las pretensiones de la demanda, y proponiendo como excepciones las que denominó “estricto cumplimiento a los mandatos legales” y “cobro de lo no debido”, de las cuales se le dio el traslado al tercero interesado, según lo anotado a folio 339 del cuaderno 1.

Mediante auto del 20 de enero de 2021 se dio aplicación al artículo 13 del Decreto 806 de 2020, teniendo como prueba los documentos aportados por las partes, y corriendo traslado de alegatos, con el fin de proferir sentencia anticipada.⁷

3. CONSIDERACIONES

3.1. COMPETENCIA.

Por cuanto no se observa ninguna causal de nulidad de la actuación que hasta ahora se ha surtido, procede el Tribunal a proferir la decisión que en derecho corresponde, lo cual hará en **primera instancia**, de conformidad con el artículo 152 numeral 2º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3.2. OBJETO DE LA DECISIÓN.

3.2.1. Problemas jurídicos:

3.2.1.1. Principales: ¿Es procedente el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación de un empleado público cuya vinculación lo fue en calidad de dragoneante del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC en vigencia de la ley 100 de 1993, aplicando lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, y artículo 1º del Decreto 1950 de 2005? ¿En qué eventos le son aplicables a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario del INPEC el régimen de transición dispuesto en el artículo 6 del Decreto 2090 de 2003?

3.2.1.2. Asociados: ¿Resulta válidamente jurídico afirmar que el párrafo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2005, derogó el requisito adicional contemplado en el artículo 6 del Decreto 2090 de 2003 (régimen de transición), que señala como exigencia la del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993? ¿Los servidores del INPEC fueron incorporados al Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, al no ser excluido de su aplicación conforme lo dispone el

³ Folios 313 y s.s. ibidem.

⁴ Folio 314 ibidem

⁵ Folio 317 cuaderno 1-1.

⁶ Folio 355 Cdno 1-1.

⁷ Folio 370 y 371 ibidem.

artículo 279 dicha normatividad?

3.2.2. Asunto a resolver: Corresponde a esta Corporación determinar la legalidad de la Resolución número 12341 del 24 de marzo de 2009, y de la PAP 0008438 del 10 de agosto de 2010, mediante las cuales reconoció y reliquidó la pensión de vejez especial por haber laborado en el INPEC, al señor Edison Romero Herrera, a efectos de establecer si se encuentran viciadas de nulidad por falsa motivación e infracción de las normas en las que debía fundarse, por no ser acreedor de la pensión especial de vejez, de conformidad con el régimen pensional especial aplicable al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario del INPEC, previsto en la Ley 32 de 1986, al no haber cumplido con los requisitos señalados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario del régimen de transición. Igualmente, en caso de que se accedan a las pretensiones de la demanda, se determinará si el tercero interesado está en la obligación de realizar la devolución de los valores percibidos por dicho concepto.

3.2.3 Tesis de las partes:

3.2.3.1. Entidad demandante: Considera que el tercero interesado, no tenía 15 años de servicio ni los 40 años de edad, como lo exige el artículo 36 de la ley 100 de 1993, para ser beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 6º del Decreto 2090 de 2003, norma aplicable, comoquiera que los 20 años de servicios en cargo de excepción del INPEC, los cumplió en vigencia del aludido Decreto, por ende, no es merecedor del régimen especial de la ley 32 de 1986, situación que es contraria a lo señalado en los actos administrativo demandados.

3.2.3.2. El tercero vinculado: sostiene que, a los miembros del Cuerpo y Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, no se les exige el cumplimiento de los requisitos de transición previstos en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, con ocasión a lo consagrado en el Decreto 2090 de 2003, pues ello vulneraría el principio de inescindibilidad de la ley y favorabilidad en materia laboral.

3.3. EXCEPCIONES.

En cuanto a los medios de defensa denominados como “cobro de lo no debido”, ningún análisis hará la Sala toda vez que no constituye excepción propiamente dicha, por cuanto no se dirige a atacar la pretensión mediante la formulación de hechos nuevos que por sí solos tengan la virtud de destruir, aplazar o modificar los efectos de aquella, sino que se limitan a contradecir o negar los hechos de la demanda o los elementos constitutivos del derecho invocado, conforme lo ha señalado la doctrina⁸ y jurisprudencia.⁹

⁸ Betancur Jaramillo, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Sexta edición 2.002. pág. 325, y Mora Caicedo, Esteban – Rivera Martínez, Alfonso. Derecho Administrativo y Procesal Administrativo. Octava edición 2.008. pág. 391.

⁹ Consejo de Estado, sentencias de la Sección Quinta: (i) Expediente radicado: 11001-03-28-000-2004-00008-01(3216), 9 de marzo de 2006, consejero ponente Filemón Jiménez Ochoa (ii) Expediente radicado: 11001-03-28-000-2010-00001-00, 8 de julio de 2010, consejera ponente: Susana Buitrago de Valencia.

3.4. ACERVO PROBATORIO.

Reposan en el expediente los documentos que a continuación se relacionan y que son relevantes para la decisión que habrá de adoptarse:

- Expediente prestacional del señor Edison Romero Herrera, de conformidad con los folios 76 y s.s. del cuaderno 1.
- Solicitud prestacional presentada por el tercero interesado ante la extinta Cajanal, para que le sea reconocida la pensión de vejez especial, según los folios 77 y s.s. del cuaderno 1.
- Registro civil de nacimiento del señor Edison Romero Herrera, el cual consagra como fecha de nacimiento el 27 de marzo de 1958 (fl. 81)
- Certificado del 27 de julio de 2001, expedido por la jefe de la División de Gestión Humana del INPEC, dentro de la cual hacen constar que el señor Romero Herrera, labora en dicho instituto desde el 13 de septiembre de 1982, como guardián código 5175 grado 02, hasta la fecha del certificado, obrante a folio 82 del cuaderno 1.
- Certificado de información laboral – formato número 1 del tercero interesado, en el cual se constata que ingresó al servicio del INPEC, desde el 13 de septiembre de 1982 y que se encontraba activo, de acuerdo con el folio 128 vuelto ibidem.
- Resolución número 12341 del 24 de marzo de 2009, por la cual se reconoce y se ordena el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez al señor Romero Herrera, la cual da cuenta que este estuvo vinculado al INPEC desde el 13 de septiembre de 1982 hasta el 30 de octubre de 2007, que nació el 27 de marzo de 1958 y que el último cargo desempeñado fue el de dragoneante (fls. 136 y s.s. cdno 1).
- Solicitud de reliquidación pensional, presentada por el tercero vinculado, según los folios 147 y s.s. ibidem.
- A folio 150, se encuentra Resolución número 004412 del 8 de mayo de 2009, por la cual se acepta la renuncia del señor Romero Herrera, a partir del 1 de junio de 2009, en el cargo de dragoneante código 4114 Grado 11, del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Belén de Umbría.
- Resolución número PAP 008438 del 10 de agosto de 2010, por medio de la cual se reliquida la pensión de vejez por retiro definitivo, del señor Romero Herrera, conforme a los folios 157 y s.s. del expediente.
- Resolución número 014822 del 12 de mayo de 2014, por la cual se reliquida la pensión de vejez del señor Romero Herrera, en cumplimiento de un fallo judicial proferido por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Pereira, conforme al cual se ordenó que le fuera reconocida pensión de vejez al tercero, según lo preceptuado por la ley 33 de 1985, artículo 4 de la ley 4ª de 1966, teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, visible

a folios 191 y s.s. del plenario.

- Sentencia del 23 de mayo de 2013, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Pereira, la cual ordenó la reliquidación de la pensión de vejez del señor Romero Herrera, obrante a folio 215 y s.s. cuaderno 1.

3.5. ANÁLISIS JURÍDICO PROBATARIO.

Conforme al objeto de la presente decisión, se aplicará esta colegiatura judicial en el análisis de las pretensiones encaminadas a la declaratoria de nulidad de las Resoluciones número 12341 del 24 de marzo de 20091, mediante la cual la extinta Cajanal reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez en favor del señor Edison Romero Herrera y número PAP 008438 del 10 de agosto de 2010, mediante la cual se reliquidó la pensión, para lo cual deberá analizarse si el tercero vinculado es beneficiario, como funcionario del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, del régimen pensional especial contemplado en la Ley 32 de 1986; o si como lo dedujo la entidad demandante no le es aplicable dicho régimen anterior, por no acreditar los requisitos de la transición establecida en el artículo 6 del Decreto 2090 de 2003, esto es, los presupuestos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (edad o tiempo de servicio) al 01 de abril de 1994, toda vez que no se encuentra amparado por el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y en forma consecencial, a título de restablecimiento del derecho, se pretende la devolución de la mesadas pagadas desde la fecha de su inclusión en nómina.

Conforme a lo anterior, la Sala de Decisión para resolver el problema jurídico que ha quedado planteado, analizará conforme las pautas de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado y de la H. Corte Constitucional: 1) el régimen pensional de los servidores del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC, con miras a establecer 2) si el señor Edison Romero Herrera es beneficiario del régimen pensional anterior establecido en la Ley 32 de 1986 y, por tanto, si le asiste o no derecho a la pensión de vejez cuestionada, y en caso que haya lugar a la declaratoria de nulidad de los actos administrativos acusados, si deben ser reintegrados por el tercero vinculado las sumas percibidas en virtud del reconocimiento pensional.

Esta Corporación ya se ha pronunciado en casos similares por lo que se acogerán los argumentos allí esbozados¹⁰, para la decisión que en el *sub judice* habrá de proferirse.

3.5.1. Régimen pensional de los servidores del Cuerpo de Custodia y

¹⁰ Ver sentencia proferida el 15 de agosto de 2019 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado bajo el No. 66001-33-33-004-2017-00122-01 (P-0344-2018). M.P. Leonardo Rodríguez Arango. Sentencia del 15 de noviembre de 2017 proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado bajo el No. 66001-33-33-003-2015-00024-01 (J-1705-2015). M.P. Juan Carlos Hincapié Mejía; sentencia del 30 de abril de 2020 proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado bajo el No. 66001-33-33-005-2017-00114-01 (J-0458-2018). M.P. Juan Carlos Hincapié Mejía; sentencia del 31 de junio de 2020 proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado bajo el No. 66001-33-33-004-2018-00349-01(D-1538-2019) M.P. Dufay Carvajal Castañeda; sentencia del 29 de enero de 2021 proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado bajo el No. 66001-33-33-006-2018-00149-01 (D-1070-2019) M.P. Dufay Carvajal Castañeda, entre otras.

Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC.

El cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC es un organismo integrado por personal uniformado, jerarquizado con régimen y disciplina especiales, en atención a lo cual se expidió la Ley 32 del 3 de febrero de 1986 “Por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia”, que tuvo como objeto regular el ingreso, la formación, la capacitación, los ascensos, traslados y retiros del personal de custodia y vigilancia penitenciaria nacional, su administración y el régimen prestacional y pensional, organismo que se define así:

“ART. 2º—Definición del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional. El cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional es un organismo armado, de carácter civil y permanente al servicio del Ministerio de Justicia e integrado por personal uniformado. Sus miembros recibirán formación y capacitación en la Escuela Penitenciaria Nacional; pertenecerán a la carrera penitenciaria de que trata el artículo 100 del Decreto 1817 de 1964 y no podrán elegir o ser elegidos para corporaciones políticas ni participar en organizaciones u actividades de índole partidista”.

Ahora bien, en los artículos 73 al 80 del citado estatuto se estableció para el personal de custodia y vigilancia penitenciaria nacional, un catálogo de prestaciones entre las cuales se encuentra la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicio, prima de instalación, prima de clima, prima de antigüedad, prima de vigilantes instructores y prima extra carcelaria. Empero en cuanto al tema pensional, el artículo 96 de la precitada ley reguló lo relativo a las pensiones de los servidores del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional, y señaló sobre el particular:

“ART. 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**”. (Negritas de la Sala).

Esta norma estableció como requisito para la pensión, **tan solo acreditar 20 años de servicio, sin tener en cuenta la edad**, y guardó silencio en cuanto al IBL aplicable para establecer su monto, no obstante, el artículo 114 señaló que “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”.

Dicho compendio normativo se configuró como un régimen especial en materia pensional para el personal de custodia y vigilancia penitenciaria nacional del INPEC, en consideración a que el artículo 1º, inciso segundo de la Ley 33 del 29 de enero de 1985 los excluyó de dicho régimen general de pensiones; la norma se refirió a los sujetos excluidos de la misma, en los siguientes términos:

“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”

La Ley 100 del 23 de diciembre de 1993¹¹, dispuso que el Gobierno Nacional debía determinar cuáles eran las actividades de alto riesgo que requerían de tratamiento especial respecto del número de semanas cotizadas y el monto de la pensión. Por su parte, el artículo 140 catalogó la actividad desarrollada por el Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC como de alto riesgo, dispuso que sería el Gobierno Nacional quien debía expedir un régimen para este tipo de servidores y lo circunscribió **a una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos.**

En desarrollo de las facultades extraordinarias estipuladas en el artículo 172 del Código Penitenciario y Carcelario -Ley 65 de 1993-, fue expedido el Decreto Ley 407 de 1994, que entró a regir el día 21 de febrero de esa anualidad, y que clasificó al personal del INPEC en dos categorías: a) Personal administrativo, y b) Personal del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional. Por su parte, el artículo 168 dispuso lo que a continuación se trae a colación:

“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 1º. 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”. (Negritas y subrayas de la Sala).

De conformidad con el decreto en cita, los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC que, para el 21 de febrero de 1994, se encontraran prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC tendrían derecho a gozar de la pensión de jubilación establecida en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986; y quienes ingresaran con posterioridad a dicha fecha, tendrían derecho a una pensión de vejez en los términos que estableciera el Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993 para las actividades de alto riesgo. Igualmente dispuso en su artículo 184 que en los aspectos no previstos en este Decreto se aplicarían las normas vigentes para los servidores públicos nacionales.

Luego es expedido el Decreto 691 del 29 de marzo de 1994¹², a través del cual se incorporó al sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 a: los servidores públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, departamental,

¹¹ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

¹² “Por el cual se incorporan los servidores públicos al sistema general de pensiones y se dictan otras disposiciones”.

municipal o Distrital, así como de sus entidades descentralizadas, y los servidores públicos del Congreso de la República, de la rama judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la organización electoral y la Contraloría General de la República; y su artículo 6º estableció el salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos que se incorporaban. Sin embargo, este decreto fue modificado en este último aspecto por el Decreto 1158 del 03 de junio de 1994¹³.

La ley 797 de 2003 otorgó facultades al Gobierno Nacional para la expedición de normas relacionadas con el régimen legal para los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, lo cual se materializó con la expedición del Decreto 2090 del 26 de julio 2003¹⁴, el cual valga la pena resaltar en su artículo 11 derogó el Decreto 407 de 1994 y además estableció lo siguiente:

“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 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”.

¹³ “ARTÍCULO 1º. El artículo 6º del Decreto 691 de 1994, quedará así:
"Base de cotización".

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

a) La asignación básica mensual;
b) Los gastos de representación;
c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;
e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
g) La bonificación por servicios prestados”

¹⁴ “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”.

La misma norma dispuso el siguiente régimen de transición:

“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 7º. Normas aplicables. **En lo no previsto para las pensiones especiales por el presente decreto, se aplican las normas generales contenidas en la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003 y sus decretos reglamentarios**. (Negritas y subrayas de la Sala).

El artículo sexto transcrito previó un régimen de transición según el cual, para aplicar por transición el régimen anterior, esto es, el previsto en la Ley 32 de 1986 (que establece como requisito para obtener la pensión, tan solo 20 años de servicio), se requiere que el trabajador hubiese: **i) cotizado por lo menos 500 semanas antes del 28 de julio de 2003¹⁵ y ii) acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993¹⁶.**

Posteriormente el Decreto 1950 del 13 de junio de 2005¹⁷, si bien dispuso que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decretoley 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto (28 de julio de 2003), a los miembros del INPEC se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo decreto y que con anterioridad a dicha fecha, el régimen hasta ese entonces vigente, esto es, el dispuesto por la Ley 32 de 1986, lo cierto es que dicha normativa no derogó el régimen de transición establecido en el Decreto 2090 de 2003, por lo que quienes se hubieren vinculado con anterioridad y pretendan la aplicación del régimen anterior establecido en la referida ley, deben cumplir con los requisitos allí establecidos para beneficiarse de dicho régimen, sin que en modo alguno pueda entenderse que con la expedición del Decreto 1950 de 2005 perdió vigencia o fueron subrogados y menos que desaparecieron las reglas sobre pensiones de alto riesgo y presupuestos de la transición establecidos en el

¹⁵ Diario Oficial de Colombia, 28 de Julio de 2003 (núm. 45262)

¹⁶ “ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014*, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley...”

¹⁷ por el cual se reglamenta el artículo 140 de la Ley 100 de 1993

Decreto 2090 de 2003.

Se reafirma la vigencia y rigor íntegro del régimen de alto riesgo contemplado en el Decreto 2090 de 2003, cuando el Acto Legislativo 01 de 2005¹⁸, en lo aquí relevante dispuso:

“ ...

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

"Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

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

"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 y subrayas fuera de texto original).

Estima la Sala que el Acto Legislativo 01 de 2005 no dispuso la derogatoria ni modificación de los requisitos exigidos por el artículo 6º del Decreto 2090 de 2003 en materia de régimen de transición para gozar de los beneficios pensionales consagrados en la referida Ley 32 de 1986, al contrario, advirtió que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el mismo Decreto 2090 de 2003, las personas ingresadas **con anterioridad al 28 de julio de 2003** (fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090), mantendrán el régimen de transición allí previsto, el cual precisamente exige las **500 semanas cotizadas** y adicionalmente el cumplimiento de los **presupuestos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993** (edad o semanas cotizadas) al 01 de abril de 1994.

Sobre la necesidad de acreditar los requisitos de transición exigidos por la Ley 100 de 1993 a los miembros del **Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC**, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha considerado: "...Por lo tanto, para que el demandante se pensionara bajo los derroteros de la Ley 32 de 1986, debía cumplir con los requisitos de transición que estableció el Decreto 2090 de 2003, en cuanto a cotizaciones y, adicionalmente, acreditar al 1º de abril de 1994,

¹⁸ "Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política".

40 o 35 años de edad según sea hombre o mujer, o 15 años de servicios...”¹⁹.

En igual sentido, la Sección Segunda de dicho alto tribunal, en **sentencias del 7 de noviembre de 2013**²⁰ y **28 de octubre de 2016**²¹, luego de estudiar el contenido del Decreto Ley 2090 de 2003, concluyó que «para beneficiarse del régimen de transición se requiere: i) acreditar para el 28 de julio del 2003 cuanto menos 500 semanas de cotización especial, ii) completar con el número mínimo exigido por la 797 del 2003, y adicionalmente, iii) cumplir con los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993». De esta manera, expuso:

“...No obstante lo anterior, el 1º de abril de 1994 entró a regir el Sistema de Seguridad Social en pensiones para el nivel nacional, creado por la Ley 100 de 1993, la cual dispuso la aplicación general de sus disposiciones y no incluyó al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC dentro de los regímenes especiales exceptuados de las mismas (artículo 279). Sin embargo, la mencionada ley al establecer el régimen de transición, previsto en el inciso 2º del artículo 36, permitió que la situación particular de los empleados que se encontraban, en ese momento, próximos a adquirir su estatus pensional, se siguiera rigiendo, en cuanto a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, por las disposiciones normativas existentes con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo régimen general de pensiones.

(...)

De este modo, para que un empleado del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, **le fuera reconocida una pensión de jubilación con aplicación del régimen especial previsto en los artículos 96 de la Ley 32 de 1986 y 168 del Decreto 407 de 1994, debía acreditar una de las condiciones descritas en el inciso 2º del artículo 36 del Sistema General de Seguridad Social, cuales son: edad o tiempo de servicio.**” (Negrillas fuera del texto original).

En pronunciamiento²² más reciente, precisó:

“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

¹⁹ Consejo de Estado – Sección Quinta, Sentencia del 25 de octubre de 2018, radicación: 11001-03-15-000-2018-03523-00(AC)

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de 7 de noviembre de 2013, exp. N° 6800123300020100083101, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

²¹ Exp. N° 25000234200020130411301, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

²² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “A”, consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, sentencia del seis (6) de agosto de dos mil veinte (2020), dentro del proceso con radicación número: 63001-23-33-000-2018-00155-01(3320-19)

2090 de 2003²³, cumpliera con algunos de los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario del régimen de transición.

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

Como se dejó expuesto en el marco normativo, para que a un empleado del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le fuera reconocida una pensión de jubilación con aplicación del régimen especial previsto en los artículos 96 de la Ley 32 de 1986 y 168 del Decreto 407 de 1994, debía acreditar una de las condiciones descritas en el inciso 2° del artículo 36 del Sistema General de Seguridad Social, cuales son: edad o tiempo de servicios.

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

En sede de tutela, la Sección Cuarta de la referida Corporación, en **sentencia del 14 de junio de 2018²⁴**, encontró ajustada a derecho la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en dicho sentido, esto es, la necesidad de acreditar las condiciones descritas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a quien pretendía el reconocimiento de 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, criterio ratificado por la misma sección en fallo de tutela del **12 de agosto de 2021²⁵**, en el cual se dejó sentando:

“5.3. De acuerdo con lo anterior, para la Sala, la decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda fue producto de la adecuada y razonable interpretación de las normas aplicables al caso, pues tuvo en cuenta los requisitos que, como se vio en el acápite anterior, exige la transición del Decreto 2090 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005, para ser beneficiario del régimen anterior aplicable al personal del INPEC, esto es, la Ley 32 de 1986. Como el tribunal no encontró probado que el actor cumpliera los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para que le fuera aplicable el régimen de transición establecido en el Decreto 2090 de 2003, hizo bien al concluir que el actor no tenía derecho a la reliquidación pensional reclamada.

5.4. Adicionalmente, encuentra la Sala que la sentencia, además del estudio normativo, se fundamentó en decisiones adoptadas por la Sección Segunda en casos similares al aquí estudiado y tuvo en cuenta las sentencias de la Corte Constitucional, en las que se analizó los alcances del Acto Legislativo No. 01 de 2005 y el régimen pensional especial de las actividades de alto riesgo.”

Igualmente, en recientemente también en sede de tutela (impugnación) por la

²³ «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.»

²⁴ Exp. No. 11001-03-15-000-2017-02811-01

²⁵ Radicación número: 11001-03-15-000-2021-02330-01(AC)

Sección Segunda del H. Consejo de Estado, mediante sentencia del **29 de octubre de 2020**²⁶, en la que se encontró ajustada a derecho y no haber incurrido en defecto sustantivo, por no existir precedente judicial en los términos de la Ley 1437 de 2011 frente al régimen especial de pensiones de los miembros del **Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC**, la decisión proferida por este Tribunal, adoptada conforme dicho criterio, esto es, que para tener derecho a la aplicación del régimen pensional de la Ley 32 de 1986, se debía acreditar el cumplimiento de los requisitos para acceder al régimen de transición contemplados, tanto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 como en el artículo 6° del Decreto Ley 2090 de 2003.

En sentido similar, la Corte Constitucional en la **Sentencia C-651 de 2015**, consideró lo siguiente sobre los alcances del Acto Legislativo número 01 de 2005 en relación con los integrantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC.

“...24. Esto indica entonces que el régimen pensional, con sus reglas especiales para pensiones de alto riesgo contenidas en el Decreto 2090 de 2003, consideradas en sus implicaciones estrictas, no se sujetan conforme al texto del párrafo transitorio 2° del artículo 48 constitucional, al término de expiración del 31 de julio de 2010, pues a sus previsiones alude otro párrafo del artículo 48 de la Constitución sin precisar un término de vigencia específico para ellas, y concluyente. Lo cual se refuerza además con la lectura integral del artículo 48, inciso 11, pues esta norma dice que “[l]os requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del sistema general de pensiones”. El actor y los intervinientes que lo acompañan estiman que esta previsión no tiene otro sentido que el de sujetar a todos los trabajadores de alto riesgo a las reglas generales de pensiones de vejez, eliminando los requisitos y beneficios especiales de pensiones de alto riesgo. No obstante, cuando la disposición constitucional dice que los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, “incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo”, serán los definidos en el sistema general de pensiones, lo que hace es justamente aclarar que los beneficios y requisitos contenidos en reglas sobre pensiones de alto riesgo se encuentran “incluidos” en el sistema general de pensiones, y no excluidos de él y, por tanto, que no están llamados a desaparecer del orden jurídico por el Acto Legislativo.

25. Esta interpretación adquiere mayor sustento cuando se estudian los debates parlamentarios que antecedieron a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005. En efecto, como pasará a mostrarse a continuación, en las deliberaciones del Congreso se advierte que hubo claridad en torno a tres puntos: (i) primero, desde el comienzo del trámite se aclaró que las reglas sobre pensiones de alto riesgo, contenidas en el Decreto 2090 de 2003, no iban a verse afectadas por la reforma constitucional, ni inmediatamente ni hacia futuro por el Acto Legislativo, bien porque se consideró que formaban parte del sistema general de pensiones, o bien porque eran reglas especiales que se justificaban en el proyecto de reforma; (ii) segundo, cuando se introdujo el texto que hoy corresponde al inciso 11 del artículo 48 de la Constitución se buscaba consciente y justamente precisar que las reglas pensionales de alto riesgo se entendían incorporadas al sistema general de pensiones, y no debían entonces considerarse eliminadas, sino incluidas en el

²⁶ Sección Segunda Subsección A. CP William Hernández Gómez. Radicación número: 11001-03-15-000-2020-03501-01(AC). Actor: Juan Carlos Gutiérrez Parra. Demandado: Tribunal Administrativo de Risaralda, Sala Tercera de Decisión

orden constitucional y los regímenes generales; (iii) tercero, que la decisión de contemplar el párrafo transitorio 5º se debió a una pregunta específica, sobre la regulación aplicable a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, basada en el presupuesto de que el Decreto 2090 de 2003 no perdería su vigencia por el Acto Legislativo 01 de 2005..." (Subrayado de la Sala).

Así, el Acto Legislativo no excluyó del régimen general de pensiones al personal que por actividad de riesgo se encuentra sujeto al Decreto 2090 de 2003; contrario a ello lo mantuvo por fuera del límite temporal del 31 de julio del año 2010, fijado en el Acto Legislativo número 01 de 2005, es decir, que luego de esa fecha, el régimen de transición y las disposiciones del Decreto 2090 de 2003 para las personas que ingresaron a tal actividad con anterioridad a su vigencia, se mantiene, sin que esto quiera decir que la exigencia de los requisitos de edad o tiempo de servicios ordenadas en el artículo 6 del citado Decreto y en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hubieren dejado de tener efecto por primacía constitucional del Acto Legislativo.

Respecto de la pensión de vejez en los regímenes especiales por actividades de riesgo, la sentencia proferida por la Corte Constitucional²⁷, anteriormente referenciada, dispuso:

"...16. El Decreto ley 2090 de 2003 no solo dice también que pertenece al régimen de prima media, sino que en la configuración de los requisitos para adquirir la pensión de alto riesgo, y para definir sus reglas aplicables, se remite permanentemente al sistema general de pensiones, que es entonces el fondo regulatorio de estas prestaciones de vejez:

16.1. En primer lugar, el artículo 4º del Decreto dice que el derecho a esta pensión se adquiere tras "[h]aber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 3[3] de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003". Como se aprecia, en cuanto al número de semanas de cotización, el requisito base es el establecido en el sistema general de pensiones.

16.2. En segundo lugar, el mismo artículo 4º dispone que es requisito de acceso a la pensión de vejez por actividades de alto riesgo, alcanzar la edad de 55 años. No obstante, luego precisa que esa edad "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". En consecuencia, reafirma el presupuesto anterior, pues dice que a efectos de acceder a esta progresiva disminución de la edad para pensionarse por vejez, debe haberse cumplido el número mínimo de semanas de cotización definido en el sistema general de pensiones, y entonces es solo a partir de ese punto que puede aplicarse dicho beneficio legal.

16.3. En tercer lugar, el artículo 5º regula el monto de cotización para efectos de adquirir estas pensiones, y dice que será "el previsto en la Ley 100 de 1993, más diez (10) puntos adicionales a cargo del empleador". Nuevamente, la regulación se efectúa como un ajuste puntual de las normas del sistema general de pensiones, y no como la creación paralela de un nuevo régimen autónomo.

16.4. En cuarto lugar, el artículo 6º del Decreto 2090 de 2003 regula el régimen de transición aplicable a los beneficiarios de la pensión de vejez por

²⁷ Sentencia C-651 de 2015.

actividades de alto riesgo, y dice de modo expreso en su párrafo que “[p]ara 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”. 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.

16.5. En quinto lugar, el artículo 7 del mismo Decreto establece una regla residual, en virtud de la cual “[e]n lo no previsto para las pensiones especiales por el presente decreto, se aplican las normas generales contenidas en la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003 y sus decretos reglamentarios”. Esto se entiende entonces como la asunción material de que las reglas pensionales de vejez de alto riesgo no constituyen un régimen aparte, sino que forman parte de un trasfondo normativo conformado por el sistema general de pensiones...” (Subrayado y negrillas de la Sala).

Dicha sentencia de constitucionalidad, al analizar la naturaleza del régimen pensional de las profesiones de alto riesgo, consagrado en el Decreto 2090 de 2003, consideró que la mentada disposición no determinó un régimen especial de pensiones sino que, por el contrario, estableció normas especiales para la adquisición de la pensión de vejez por la actividad desarrollada dentro del régimen general estatuido por la Ley 100 de 1993; y reiteró la exigencia de los requisitos del régimen de transición del artículo 36 y los requeridos por el artículo 6 del Decreto 2090 de 2003 para gozar de la aplicación de la Ley 32 de 1986; de tal manera que la actividad de riesgo no se considera un régimen exceptuado en relación con el sistema general de pensiones²⁸.

3.5.2. CASO CONCRETO.

Ahora bien, en el caso concreto de acuerdo con los certificados laborales allegados al plenario, se puede evidenciar que el señor Edison Romero Herrera estuvo vinculado al servicio del INPEC por más de 20 años, ya que ingresó el 13 de septiembre de 1982 y se retiró el 30 de mayo de 2009, periodo en el cual ocupó el cargo de dragoneante código 414 grado 11 al servicio del INPEC.

Ahora bien, con fundamento en una interpretación integral de las normas aplicables al asunto *sub examine* y de las pautas trazadas en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional antes reseñadas, estima esta colegiatura judicial que, al acreditar el actor la prestación por más de 20 años de servicio para el Instituto Nacional Penitenciario -INPEC como dragoneante (desde el 13 de septiembre de 1982 hasta el 30 de mayo de 2009), esto es, más de 26 años, el demandante **sí puede** ser beneficiario del régimen especial de la Ley 32 de 1986, no por la aplicación de los presupuestos de la transición establecida en el Decreto 2090 de 2003, sino por una circunstancia especialísima, como es que el actor para antes de la expedición de dicho decreto 2090 (26 de julio de 2003), ya había reunido

²⁸ «...si el legislador hubiera en ese contexto querido atribuirles la connotación de un régimen especial o exceptuado, las previsiones habrían estado, mejor, ubicadas en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, donde se enunciaron los regímenes especiales, exceptuados de las prescripciones del nuevo sistema general de pensiones...» (Sentencia C-651-15).

los presupuestos para causar su derecho a la pensión de jubilación o de vejez especial establecida en la Ley 32 de 1986, que exigía únicamente los 20 años de servicios, ello en virtud de la aplicación del artículo 168 del Decreto 407 del 20 de febrero de 1994, por cuanto que al haber ingresado éste al servicio del Instituto Nacional Penitenciario -INPEC como dragoneante a partir del 13 de septiembre de 1982, es claro que para antes de dicha fecha (26-07-2003), independiente de su falta de reconocimiento, ya había cumplido con el presupuesto de los 20 años de servicio establecidos en la Ley 32 de 1986 para causar su pensión, concretamente 20 años, 10 meses y 12 días; fue en tal virtud que en la Resolución 12341 de 2009, que se reconoció que éste adquirió el status jurídico de pensionado el 12 de septiembre de 2002, esto es, cuando cumplió los 20 años de servicios, reiterándose antes de la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, que consagró en su artículo 6º un régimen de transición especial.

Bajo el criterio que ha quedado expuesto, considera la Sala que no es necesario que el tercero vinculado reúne los presupuestos de la transición consagrada en el artículo 6º de Decreto 2090 de 2003, que regula el régimen pensional de alto riesgo de los servidores del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, en concordancia con el párrafo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2005, de tal manera, contrario a lo aducido por la entidad demandante, si le resulta aplicable en su favor el régimen pensional establecido en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, por tanto, le asiste a mantener su derecho a la pensión de vejez en los términos en que fue reconocida, esto es, únicamente con la exigencia de 20 años de servicio al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC.

En cuanto, a la Resolución número PAP 008438 del 10 de agosto de 2010, expedida por la extinta Caja Nacional de Previsión Social EICE- en liquidación, de su contenido advierte la Sala, que la misma fue expedida por efectos de reliquidar la pensión del tercero vinculado, por el retiro del servicio, siendo liquidada con el 75% del salario promedio de 10 años, conforme los establecido en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, entre el 01 de junio de 1999 y 30 de mayo de 2009, razón por la cual, ningún pronunciamiento de legalidad se hará en relación con está, máxime que la entidad demandante solo basó su argumento en el incumplimiento de los requisitos del régimen de transición consagrado en el Decreto 2090 de 2003.

Así las cosas, no queda camino diferente que negar las súplicas de la demanda teniendo en cuenta, que el señor Edison Romero Herrera, sí cumple con las prerrogativas dispuestas en la Ley 92 de 1986, para hacerse acreedor a la pensión especial de vejez, sin que sea necesario ser beneficiario del régimen de transición, previsto en el Decreto 2090 de 2003, como quedó visto, en tal virtud permanece incólume la legalidad de los actos administrativo demandados.

4. COSTAS

Debido a que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP-, cumple las veces tanto de demandante como de demandada dentro de la presente acción, no se

causarán costas a su cargo.

Lo anterior, teniendo en consideración la pauta fijada por el Consejo de Estado²⁹ en la que se indica que no es viable en estos casos condenar en costas, pues en este tipo de eventos en los cuales se ventilan intereses públicos, como lo es el patrimonio estatal, no es posible afirmar que el titular de la prestación sea la parte «vencida» en el litigio, aun cuando resulte afectado con la decisión.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1. **NIÉGANSE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA**, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.
2. Sin costas en esta instancia, por lo considerado.
3. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el remanente de la cuota de gastos si a ello hubiere lugar, y archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LEONARDO RODRÍGUEZ ARANGO

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

DUFAY CARVAJAL CASTAÑEDA

«Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la sentencia oficial con el número de radicación en <https://samairj.consejodeestado.gov.co>»

²⁹ Sentencia del 4 de diciembre de dos mil diecisiete (2017) Radicación: 25000234200020150109301 No. Interno: 1712-17 Apelación sentencia. Reliquidación pensión gracia Actor: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscal de la Protección Social (UGPP).