



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

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., cinco (5) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente : 25000-23-42-000-2017-05144-01 (456-2021)
Demandante : **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)**
Demandado : Orlando Niño Amaya
Tema : Reconocimiento de pensión de jubilación de exservidor del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec)

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia de 30 de abril de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección E de la sección segunda), mediante la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 Medio de control (ff. 1 a 20). La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), por intermedio de apoderada, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra el señor Orlando Niño Amaya, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare la nulidad de las Resoluciones UGM 16062 de 2 de noviembre de 2011 y RDP 26535 de 12 de junio de 2013, por las que la entonces Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) reconoció y reajustó, respectivamente, la pensión de jubilación del accionado, sin «[...] *cumpl[ir] los requisitos de tiempo de servicio y edad, establecidos en el artículo 6° del Decreto 2090 de 2003*».

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene reintegrar los dineros pagados por concepto de la aludida prestación, con sus respectivos intereses y ajustes monetarios. Por último, se le condene en costas.



ELMER JAIME CARO HERNANDEZ

ABOGADO

CEL. 313 4978717

Expediente 25000-23-42-000-2017-05144-01 (456-2021)

Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

UGPP contra Orlando Niño Amaya

1.3 Fundamentos fácticos. Relata la accionante que el señor Orlando Niño Amaya nació el 28 de noviembre de 1966, prestó sus servicios para el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) del 19 de mayo de 1989 al 14 de diciembre de 2010 y su último empleo fue el de distinguido, código 4112, grado 12.

Que, a pesar de que con Resolución PAP 8583 de 10 de agosto de 2010 la desaparecida Cajanal le negó al citado servidor la pensión de jubilación, al estimar que no colmaba «[...] *la condición legal de tiempo de servicio de 20 años exclusivos al INPEC, pues [...] solo contaba con 19 años, 11 meses y 12 días [...]*»; a través de Resolución UGM 16062 de 2 de noviembre de 2011 concedió dicha prestación (en sede de reposición), calculada sobre el 75% del promedio de lo cotizado durante los últimos diez (10) años de servicio, como lo prevé el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, reliquidada con Resolución RDP 26535 de 12 de junio de 2013.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por los actos censurados el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la Ley 32 de 1986 y los Decretos 407 de 1994 y 2090 de 2003.

Arguye que al demandado «[...] *no le es aplicable el régimen especial de los empleados del INPEC contenido en la Ley 32 de 1986 porque el requisito de 20 años de servicio en cargos de excepción allí establecido lo completo con posterioridad al 28 de julio de 2003 (fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003), luego entonces, al tenor de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 6° ibidem [...] debió efectuar aportes para pensión cuando menos Sus semanas de cotización especial, además cumplir con el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo y por lo menos uno de los dos requisitos exigidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para gozar del régimen de transición, requisitos que no cumple comoquiera que al 01 de abril de 1994 no tenía 40 años de edad o 15 años de servicio, de manera que en este caso no se puede predicar que el interesado goce de un derecho adquirido*» (sic).

1.5 Medida cautelar. La UGPP, en el escrito de demanda, solicitó suspender provisionalmente los efectos jurídicos de los actos cuestionados; medida cautelar negada con auto de 9 de abril de 2018 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (ff. 76 a 81 vuelto c. de medida cautelar).



1.6 Contestación de la demanda (ff. 215 a 236 y 262 a 267). El accionado, por conducto de apoderado, se opuso a la prosperidad de las súplicas de la demanda y se refirió a cada uno de los hechos, en el sentido de que algunos son ciertos y los demás no. Asimismo, propuso las excepciones denominadas inexistencia del derecho, la obligación y de causa para demandar, cobro de lo no debido y buena fe.

Que el «**VERDADERO RÉGIMEN DE TRANSICIÓN APLICABLE**» a los servidores del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional es el contenido en el párrafo transitorio 5° del Acto legislativo 1 de 2005, según el cual quienes ingresen al Inpec antes de la entrada en vigor del Decreto 2090 de 2003, se les aplica el régimen pensional de que trata la Ley 32 de 1986, sin que resulte necesario acudir a la Ley 100 de 1993.

Dice que al haberse vinculado a esa entidad el 19 de mayo de 1989, es decir, catorce (14) años antes de que fuera expedido el Decreto 2090 de 2003, «[...] *es beneficiario de la normatividad de orden constitucional, legal y jurisprudencial [...], necesariamente nos debemos remitir a lo establecido por la Ley 32 de 1986 sobre la forma como deben reconocerse las pensiones de jubilación de [...]*» (sic) aquel grupo de servidores, de manera que al completar veinte (20) años de servicios (19 de mayo de 2009), sin perjuicio de su edad, tenía derecho al disfrute de esa prestación.

1.7 Providencia impugnada (ff. 378 a 385). El Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección E de la sección segunda), en sentencia de 30 de abril de 2020, negó las pretensiones de la demanda (con condena en costas), al considerar que si bien, «[...] *de conformidad con el párrafo del artículo 6° del Decreto 2090 de 2003, las personas que aspiren a obtener una pensión por actividad de alto riesgo [...] deben acreditar, además de las 500 semanas de cotización especial, los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, condición última que no cumple el [accionado], habida cuenta que para el 1° de enero de 1993¹ tenía 27 años [...] y 5 de servicios en el INPEC [...]*» (sic); en todo caso, «[...] *los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional tienen derecho a que se les reconozca la pensión conforme los lineamientos del artículo 96 de la Ley 32 de 1986 –20 años de servicios continuos o discontinuos, sin importar la edad– siempre y cuando a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003 –28 de julio de 2003– acrediten 500 semanas de cotización en actividades “calificadas*

¹ Fecha de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 [sic].



como de alto riesgo” –art. 6–, pues [...] el parágrafo del artículo 6º de esa disposición no puede aplicarse a los regímenes especiales, en la medida que resulta desproporcionado y contrario a la finalidad de tales pensiones, la cual no es otra que establecer requisitos más favorables que los fijados para los beneficiarios del régimen general de pensiones» (sic).

1.8 El recurso de apelación (ff. 394 a 398). Inconforme con el anterior fallo, la demandante interpuso recurso de apelación, para lo cual insiste en que como el accionado no es beneficiario de la transición de la Ley 100 de 1993, no le resulta aplicable el régimen especial de la Ley 32 de 1986, sino el creado por el Decreto 2090 de 2003 (artículo 6º), que exige «[...] cotizar el número de semanas mínimas [...] contenidas en la ley 797 de 2003, y en ese orden de ideas para hacerse acreedor de la pensión [...] debe cumplir con el requisito de los 55 años de edad y 1300 semanas de cotización [...]» (sic), lo que no satisfizo, toda vez que «[...] hasta el 1 de julio de 2023 estaría acreditando el requisito de edad y adicional a ello debe acreditar las 1300 semanas exigidas en el artículo 9 [...]» (sic) *ibidem*.

Por otro lado, dice que no hay lugar a la imposición de condena en costas en su contra, por cuanto la controversia suscitada en el *sub lite* «[...] ventila un interés público [...]», lo que desvirtúa un actuar infundado o desprovisto de buena fe.

II. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación fue concedido mediante proveído de 25 de noviembre de 2020 (f. 400) y admitido por esta Corporación a través de auto de 30 de noviembre de 2021 (f. 414), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 del CPACA.

2.1 Alegatos de conclusión. Admitida la alzada, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de providencia de 18 de febrero de 2022 (f. 416), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por las primeras para reiterar sus argumentos de demanda, apelación y defensa².

² Los alegatos de conclusión allegados reposan en expediente digital contenido en la herramienta electrónica para la gestión judicial denominada SAMAI.



ELMER JAIME CARO HERNANDEZ

ABOGADO

CEL. 313 4978717

Expediente 25000-23-42-000-2017-05144-01 (456-2021)
Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho
UGPP contra Orlando Niño Amaya

III. CONSIDERACIONES

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 150 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

3.2 Problema jurídico. De acuerdo con el recurso de apelación³, corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si se ajusta a derecho el reconocimiento de la pensión de jubilación del accionado realizado a través de los actos acusados, pues, al no ser beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 (artículo 36), no le era dable acceder a aquella prestación en los términos del artículo 96 de la Ley 32 de 1986, por lo que le es aplicable el Decreto 2090 de 2003, en armonía con la Ley 797 del mismo año, como lo aduce la parte actora.

3.3 Marco jurídico. En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

Lo primero que ha de anotarse es que la Ley 100 de 1993, «*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*», fue expedida por el Congreso de la República con el fin, entre otros, de unificar la normativa en cuanto a la diversidad de regímenes pensionales especiales existentes.

No obstante lo anterior y con el objetivo de evitar menoscabar derechos a personas que se encontraban próximas a ser pensionadas o tuviesen cierto tiempo de servicio, se previó el régimen de transición, consagrado en el artículo 36 de la referida Ley 100 de 1993.

En efecto, en dicha norma se dispuso que las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social integral (1º de abril de 1994) contaran con 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 más años de servicios cotizados, se les reconocerá la pensión de jubilación de conformidad con el

³ Según el artículo 328 del Código General del Proceso, «*El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley*»; asimismo, «*El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella*».



régimen anterior al cual se encontraban afiliados, es decir, la pensión de jubilación respecto de la edad, tiempo de servicio y monto se les aplicará el régimen anterior.

Por otro lado, en lo atinente a la normativa a la que se contrae la demanda, el presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias otorgadas en el artículo 17 (numeral 2)⁴ de la Ley 797 de 2003, que reformó «[...] *algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales*», emitió el Decreto ley 2090 de 26 de julio de 2003, «*Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades*»⁵, que en lo pertinente, preceptúa:

Artículo 1°. Definición y campo de aplicación. El presente decreto se aplica a todos los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, entendiéndose por actividades de alto riesgo aquellas en las cuales la labor desempeñada implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo.

Artículo 2°. 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 3°. Pensiones especiales de vejez. Los afiliados al Régimen de

⁴ «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

[...].»

⁵ Publicado en diario oficial 45262 de 28 de julio de 2003.



Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.

Artículo 4°. 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^[6].

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 5°. Monto de la cotización especial. El monto de la cotización especial para las actividades de alto riesgo es el previsto en la Ley 100 de 1993, más diez (10) puntos adicionales a cargo del empleador.

Artículo 6°. 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^[7].

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^[8].

⁶ «[...] Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015».

⁷ En sentencia C-663 de 29 de agosto de 2007, la Corte Constitucional, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, declaró este artículo exequible condicionalmente, «[...] en el entendido que para el cómputo de las 500 semanas, también se podrán acreditar semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiere sido calificada jurídicamente como de alto riesgo».

⁸ Sobre la aplicación del parágrafo del artículo 6º del Decreto 2090 de 2013, esta subsección, en sentencia de 29 de junio de 2017, C. P. Cesar Palomino Cortés, expediente 08001-23-33-000-2012-00082-01 (0391-2014),



De la norma trascrita se concluye que la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de internos en centros carcelarios del Inpec y de otros establecimientos penitenciarios tiene el carácter de alto riesgo, por tanto, goza del régimen pensional establecido por el aludido Decreto ley 2090 de 2003, sin embargo, este dispuso un régimen de transición consistente en que quienes a 28 de julio de 2003 hubieren cotizado al menos 500 semanas, tendrán derecho a que una vez cumplidas 1000⁹, la pensión de jubilación les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo, esto es, la Ley 32 de 1986 (en el caso de quienes pertenecen al cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional, incluidos los del Inpec, por remisión del Decreto 407 de 1994, como se anotará más adelante).

Lo anterior, en consonancia con la Carta Política, que en su artículo 48 (párrafo transitorio 5^o¹⁰) prescribe: *«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».*

Asimismo, el Decreto 1950 de 2005, *«por el cual se reglamenta el artículo 140 de la Ley 100 de 1993»*, en su artículo 1^o, insistió en que *«De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto-ley 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. Con anterioridad*

dijo: *«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 [...]»* y *«[...] 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».* Criterio reiterado por la subsección A de esta sección, en fallo de 23 de enero de 2020, expediente 76001-23-33-000-2014-00174-01 (2689-15).

⁹ Artículo 9^o de la Ley 797 de 2003. *«[...] A partir del 1^o de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1^o de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015».*

¹⁰ Adicionado por el artículo 1^o del Acto legislativo 1 de 22 de julio de 2013.



ELMER JAIME CARO HERNANDEZ

ABOGADO

CEL. 313 4978717

Expediente 25000-23-42-000-2017-05144-01 (456-2021)

Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

UGPP contra Orlando Niño Amaya

a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, esto es, el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes de conformidad con el Decreto-ley 407 de 1994 en concordancia con el artículo 1º del Decreto 1835 de 1994».

Por otra parte, por resultar relevante para la resolución del caso concreto, cabe precisar que la Ley 32 de 3 de febrero de 1986, «*Por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia*», definió que este «[...] *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*» (artículo 2º).

De igual modo, en su artículo 96 dispuso que «*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 la edad*».

Luego, el Decreto 407 de 20 de febrero de 1994, que contiene el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, publicado el 21 de febrero del mismo año, en su artículo 168 preceptuó:

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.

Por tanto, se tiene que la Ley 32 de 1985 contiene las normas que rigen al personal del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional (entendido como aquel integrado por empleados públicos uniformados y armados, de carácter civil, al servicio del Ministerio de Justicia y del Derecho), las cuales regulan, entre otros aspectos, lo relacionado con la pensión especial de jubilación, la cual será concedida una vez alcanzados veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos, a la guardia nacional; prestación que, con el Decreto 407 de 1994, fue extendida a los servidores del Inpec (excepto al personal administrativo), en el que, además, se dispuso que quienes se vincularan con posterioridad al mencionado cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional tendrían derecho a una pensión de vejez, en virtud del artículo 140 de la Ley 100 de 1993, por actividad de alto riesgo, que se halla prevista en el Decreto 2090 de 2003.

3.4 Caso concreto. A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

a) Cédula de ciudadanía del accionado, según la cual nació el 28 de noviembre de 1966 (ff. 80 vuelto y 136).

b) «*Certificación de periodos de vinculación laboral para Bonos Pensionales y Pensiones*» (sic) expedida por el Inpec el 18 de febrero de 2013, en la que consta que el demandado prestó sus servicios para ese organismo en condición de dragoneante¹¹ y distinguido¹², en su orden, del 19 de mayo de 1989 al 9 de octubre de 1994 y entre el 10 siguiente y el 14 de diciembre de 2010 (f. 133).

c) Resolución 15370 de 13 de diciembre de 2010, mediante la cual el señor

¹¹ Según el artículo 134 del Decreto ley 407 de 20 de febrero de 1994, «*Son Dragoneantes los egresados de la Escuela Penitenciaria Nacional, que hayan aprobado el curso de formación y hubieren sido propuestos por su Director para ejercer funciones de base, seguridad, resocialización, disciplina y orden de los establecimientos penitenciarios y carcelarios, los cuales tendrán la obligación de cumplir las órdenes relativas al servicio y a las funciones de los Directores Regionales del Instituto, Subdirectores de centros de reclusión, de los oficiales y suboficiales del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria*».

¹² De acuerdo con el parágrafo *ibidem*, «*Son distinguidos los Dragoneantes que con un tiempo mínimo de dos (2) años de servicio han sobresalido por sus calidades profesionales y requisitos cumplidos, están capacitados para continuar ejerciendo las funciones de base, seguridad y orden de los establecimientos penitenciarios y carcelarios*».



director general de dicho Instituto acepta la renuncia del accionado, a partir del 15 de los mismos mes y año, del empleo de distinguido, código 4112, grado 12, de la subdirección Escuela Penitenciaria Nacional «*Enrique Low Murtra*» (f. 84).

d) Resolución PAP 8583 de 10 de agosto de 2010, por la que la extinguida Cajanal niega la pensión de jubilación solicitada por el accionado el 13 de julio de 2009, por cuanto «[...] *no cumple con la condición legal de tiempo de servicio de 20 años de servicio exclusivos al INPEC, pues [...] [los] ha prestado [...] desde el 19 de octubre de 1989, hasta el 30 de abril de 2009 [...], es decir que solo cuenta con 19 años – 11 meses – 12 días*» (sic; ff. 67 y 68).

e) Resolución UGM 16062 de 2 de noviembre de 2011, por medio de la cual la aludida entidad revocó el anterior acto administrativo y, en su lugar, reconoció la pensión de jubilación reclamada desde el 15 de diciembre de 2010, con el 75% «[...] *del promedio de lo devengado en los últimos diez años de servicios. Es decir, el período comprendido entre el 01 de julio de 2000 y el 30 de junio de 2010 [...]*»¹³, esto es, asignación básica y bonificación por servicios prestados, en un monto de \$1.043.430,22, en armonía con las Leyes 33 de 1985, 32 de 1986 y 100 de 1993 (artículo 21), el Acto legislativo 1 de 2005 y el Decreto 1158 de 1994 (ff. 103 a 106).

f) Resolución RDP 26535 de 12 de junio de 2013, por cuyo conducto la accionante reajustó aquella prestación (en respuesta a una petición formulada por el demandado el 15 de enero anterior), con el 75% de lo cotizado durante los doce (12) meses anteriores al retiro del servicio (15 de diciembre de 2009 a 14 de diciembre de 2010), en la que se incluyó la asignación básica, la bonificación por servicios prestados, las primas de navidad, vacaciones y servicios y los auxilios de alimentación y transporte, con efectos fiscales a partir del 15 de diciembre de 2010, cuyo valor ascendió a \$1.366.342,00; modificada con la Resolución RDP 8668 de 13 de marzo de 2014, en el sentido de corregir las operaciones aritméticas allí efectuadas (por cuanto calculó de manera errada la asignación básica y la prima de servicios devengadas durante 2009 y 2010, en su orden), para fijarla en \$1.367.804,00 (ff. 139 vuelto a 142 vuelto y 146 vuelto a 149).

g) Resolución RDP 40285 de 25 de octubre de 2016, por la que la demandante

¹³ En tal sentido, advierte la citada entidad que «[...] *para efectos de liquidación se tomo hasta el 30 de junio de 2010, ya que el peticionario no aporta hasta el 15 de diciembre de 2010, día hasta el cual laboro, pero aclarando que la efectividad es a partir del 15 de diciembre de 2010*» (sic).



niega la revisión de la pensión de jubilación del accionado, con inclusión de las primas de riesgo y capacitación y subsidio por unidad familiar devengados durante el último año trabajado, puesto que (i) no son de aquellos emolumentos que figuran expresamente en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, (ii) tampoco constituyen factor salarial y (iii) no se hicieron los respectivos aportes (ff. 157 vuelto a 160).

De las pruebas anteriormente enunciadas se desprende que el demandado laboró en el Inpec, en condición de dragoneante y distinguido, del 19 de mayo de 1989 al 9 de octubre de 1994 y entre el 10 de los mismos mes y año y el 14 de diciembre de 2010, es decir, durante 21 años, 6 meses y 23 días, por lo que la desaparecida Cajanal, a través de Resolución UGM 16062 de 2 de noviembre de 2011, le reconoció pensión de jubilación desde el 15 de diciembre de 2010, de acuerdo con el requisito de tiempo de servicios contenido en la Ley 32 de 1986 y la tasa pensional (75%) establecida en la Ley 33 de 1985, calculada sobre el promedio de lo cotizado durante los últimos diez (10) años de trabajo (1° de julio de 2000 a 30 de junio de 2010), conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con la asignación básica y la bonificación por servicios prestados.

Asimismo, el 15 de enero de 2013 el accionado pidió la reliquidación de dicha prestación, decidida por la UGPP el 12 de junio siguiente, mediante Resolución RDP 26535 (modificada con la Resolución RDP 8668 de 13 de marzo de 2014, para corregir las operaciones matemáticas inicialmente realizadas), en el sentido de reajustarla con el 75% de lo cotizado durante el año previo a su desvinculación (15 de diciembre de 2009 a 14 de diciembre de 2010), es decir, asignación básica, bonificación por servicios prestados, primas de navidad, vacaciones y servicios y auxilios de alimentación y transporte.

Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, lo primero que ha de advertirse es que el demandado está amparado por el régimen pensional preceptuado en la Ley 32 de 1986, toda vez que en virtud de los artículos 48 (parágrafo transitorio 5°) de la Carta Política y 1° del Decreto 1950 de 2005, los servidores del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario vinculados con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto 2090 de 2003 (28 de julio del mismo año), se les «[...] aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, esto es, el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes de conformidad con el Decreto-ley 407 de 1994 en concordancia con el artículo 1° del Decreto 1835 de 1994»; además, (i) para esa fecha había alcanzado 14 años, 2 meses y 9 días de labores en los empleos de dragoneante y distinguido



del Inpec, esto es, más de 500 semanas¹⁴; y (ii) para la época en que se expidió el aludido Decreto 407 de 1994 ya se había vinculado a la referida entidad.

Así las cosas, no le asiste razón a la actora cuando asegura, en el escrito de alzada, que como el accionado no colmó los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, «[...] *no le era posible aplicar el [...] especial del Inpec dispuesto en el artículo 96 de la ley 32 de 1986, sino que se debía acreditar los requisitos pensionales dispuestos en el artículo 6 del decreto 2090 de 2003*» (sic); pues, se insiste, los servidores públicos que ejercen actividades en el cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional que se encontraban amparados por la Ley 32 de 1986, les fue concedido un régimen de transición con el Decreto 2090 de 2003, consistente en que quienes al 28 de julio de 2003 hubieren cotizado al menos 500 semanas, tendrán derecho a que una vez cumplidas 1000¹⁵ les sea reconocida la pensión de jubilación en las mismas condiciones establecidas en la norma anterior que regula las actividades de alto riesgo, valga decir, la Ley 32 de 1986, aplicada en el *sub lite*.

Sin perjuicio de lo anotado, y dado que, como ya se explicó, el demandado tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación en los términos de la Ley 32 de 1986, por mandato del artículo 48 (parágrafo transitorio 5º) de la Constitución Política, por lo que no resulta acertado exigirle el cumplimiento de los requisitos para acceder al régimen transición contenidos en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993¹⁶ (como lo alega la recurrente), lo cierto es que la citada Ley 32 solo prevé la posibilidad de los servidores del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional de obtener esa prestación al colmar 20 años (continuos o discontinuos) al servicio de la guardia nacional, sin importar la edad, por lo que en lo atinente al ingreso base de liquidación se someten a los mandatos contenidos en los artículos 21 o 36 de la Ley 100 de 1993¹⁷, máxime cuando aquel adquirió el estatus pensional en vigor de esta última y del Acto legislativo 1 de 2005, que introdujo aquel parágrafo y que, de igual modo, dispuso que «*Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las*

¹⁴ 14 años, 2 meses y 9 días, que equivalen a 5183 días ÷ 7 (días de la semana) = 740,42 semanas.

¹⁵ Artículo 9º de la Ley 797 de 2003: «[...] *A partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015*».

¹⁶ Vale recordar, que al momento de entrar en vigor el sistema de seguridad social integral (1º de abril de 1994) se cuenta con no menos de 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 más años de servicios cotizados.

¹⁷ Al respecto ver, de esta sala de decisión, fallo de 9 de septiembre de 2021, expediente 50001-23-33-000-2014-00174-02 (1709-2020), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.



ELMER JAIME CARO HERNANDEZ

ABOGADO

CEL. 313 4978717

Expediente 25000-23-42-000-2017-05144-01 (456-2021)

Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

UGPP contra Orlando Niño Amaya

cotizaciones [...]»); empero, este no fue un asunto objeto de reproche por la parte accionante en la demanda y, por ende, tampoco pudo ser controvertido por el pensionado en las presentes diligencias, motivo por el cual no es dable decidir el litigio por fuera de lo pedido. Lo anterior encuentra sustento en los principios de congruencia¹⁸ y justicia rogada, que gobiernan el proceso contencioso-administrativo e imponen al juez la obligación de pronunciarse de acuerdo con lo pedido y probado¹⁹.

Por último, dado que la actora en el recurso de apelación solicita se revoque en su integridad el fallo impugnado, incluida la condena en costas, la Sala estima al respecto que el *a quo* aplicó de manera restrictiva lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP), por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, a la parte vencida, pues no estudió aspectos como la temeridad o mala fe en la que esta pudo incurrir, sino que adoptó esa decisión con el único fundamento de que la norma en mención preceptuaba de manera inexorable la imposición de tal condena. En este sentido, se pronunció esta Corporación, en sentencia de 1º de diciembre de 2016²⁰, así:

En ese orden, la referida norma especial que regula la condena en costas en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo dispone:

Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

La lectura interpretativa que la Sala otorga a la citada regulación especial gira en torno al significado del vocablo disponer, cuya segunda acepción es entendida por la Real Academia Española como «2. tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse».

¹⁸ Código General del Proceso: «Artículo 281. *Congruencias.* La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley».

¹⁹ Esta subsección, en fallo de 17 de octubre de 2017 (expediente: 66001-23-33-000-2012-00161-01 [3605-14]), anotó que «[...] el juez debe tomar su decisión de manera congruente con los hechos, pretensiones y excepciones probadas dentro del proceso. Por lo tanto, no podrá proferir una sentencia en la que se pronuncie acerca de algo que no fue solicitado por las partes (*extra petita*) o en la que otorgue más de lo pedido (*ultra petita*), pero tampoco podrá fallar sin pronunciarse acerca de todas las pretensiones, pues de lo contrario deberá explicar de manera suficiente las razones por las cuales omitió referirse a algún pedimento, por ello, el principio de congruencia de la sentencia garantiza el oportuno uso del derecho de defensa por las partes, puesto que les permite hacer uso de cada una de las herramientas establecidas en la ley para tal propósito».

²⁰ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, expediente 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter, actor: Ramiro Antonio Barreto Rojas, demandada: Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).



Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación *per se* contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución (artículo 366 del CGP).

En tal virtud, a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.

Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, cuando por ejemplo sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; se aduzcan calidades inexistentes; se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP).

Así las cosas, frente al resultado adverso a los intereses del demandante, se tiene que ejerció de forma legítima el reclamo por la vía judicial del derecho que le asistía de acceder a la pensión gracia, pues con base en el ordenamiento que la rige y los lineamientos jurisprudenciales en la materia, así lo consideró.

Por consiguiente, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, puesto que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultados del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, análisis que, se reitera, no desplegó el *a quo*, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte accionante, se revocará la condena en costas.

Con base en los razonamientos que se dejan consignados, en armonía con los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se



confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda, y se revocará la condena en costas, que incluye las agencias en derecho, impuesta a la demandante.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1°. Confírmase parcialmente la sentencia de 30 de abril de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección E de la sección segunda), que negó las súplicas de la demanda en el proceso instaurado por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) contra el señor Orlando Niño Amaya, por las razones expuestas en la parte motiva.

2°. Revócase la condena en costas, que incluye las agencias en derecho, impuesta a la actora.

3°. Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de la fecha.

Firmado electrónicamente
CARMELO PERDOMO CUÉTER

Firmado electrónicamente
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Firmado electrónicamente
CÉSAR PALOMINO CORTÉS