



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

**CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

**Bogotá D.C., seis (6) de octubre de dos mil veintidós (2022)**

**Referencia:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (LESIVIDAD)  
**Radicación:** 73001-23-33-000-2018-00369-01 (2807-2022)  
**Demandante:** UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL<sup>1</sup>  
**Demandado:** EDILBERTO ARGUELLO CORTÉS  
**Vinculada:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES<sup>2</sup>

**Temas:** Lesividad. Reconocimiento de pensión especial de jubilación de la Ley 32 de 1986. Aplicación del régimen de transición del artículo 168 del Decreto 407 de 1994 y del artículo 6.º del Decreto 2090 de 2003. No son aplicables los postulados del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

**SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA**

**Ley 1437 de 2011 (Modificada por la Ley 2080 de 2021)**

**O-173-2022**

**ASUNTO**

Decide la Subsección los recursos de apelación formulados por la parte demandante y demandada (reconviniente) contra la sentencia proferida el 20 de enero de 2022 por el Tribunal Administrativo del Tolima que negó las pretensiones de la demanda inicial y de la demanda de reconvención.

**ANTECEDENTES**

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de lesividad, que consagra el artículo 138 de la Ley 1437 del 2011<sup>3</sup>, formuló en síntesis las siguientes:

<sup>1</sup> En adelante UGPP.

<sup>2</sup> Colpensiones.

<sup>3</sup> «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», o CPACA.



➤ **Demanda principal**

**Pretensiones (Folio 235 vuelto, C1)**

1. Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:
  - i) Resoluciones PAP 6635 del 19 de julio de 2010 y UGM 041394 del 2 de abril de 2012, por medio de las cuales la extinta Cajanal reconoció y reliquidó una pensión de vejez a favor del señor Edilberto Arguello Cortés en aplicación de los preceptos de la Ley 32 de 1986.
  - ii) Resolución RDP 031901 del 15 de julio de 2013 con la que se reliquidó la referida prestación en el sentido de incrementar su valor.
  - iii) Resolución RDP 037384 del 14 de agosto de 2013 a través de la cual se confirmó la decisión precitada al resolver recurso de apelación presentado por el demandado.
2. Como consecuencia de estas declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se ordene al demandado reintegrar de forma actualizada la totalidad de las sumas abonadas a su favor por concepto de pensión de jubilación reconocida y reliquidada conforme a los actos censurados.
3. Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte pasiva.

**Supuestos fácticos relevantes de la demanda principal y de la de reconvencción (Folio 234 vuelto a 235, C1)**

1. El señor Edilberto Arguello Cortés nació el 21 de junio de 1964. Estuvo vinculado al servicio del INPEC como dragoneante desde el 1.º de agosto de 1986 hasta el 30 de junio de 2009 con aportes realizados a Cajanal, y posteriormente del 1.º de julio de 2009 al 31 de diciembre de 2012 con cotizaciones efectuadas a Colpensiones.
2. La autoridad libelista por medio de la Resolución PAP 6635 del 19 de julio de 2010 reconoció y ordenó el pago de la prestación deprecada por el demandado, para lo cual aplicó el régimen especial del INPEC previsto en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 y el Decreto 407 de 1994. Por ello liquidó la pensión con el 75% de los salarios devengados por el señor Arguello Cortés durante los últimos 10 años de servicio, para lo cual tuvo en cuenta solamente la asignación básica, de manera que se fijó el monto del derecho en \$612.769, efectiva a partir del 1.º de julio de 2009, pero con efectos fiscales una vez se demostrara el retiro definitivo del servicio.
3. La UGPP mediante la Resolución UGM 041394 del 2 de abril de 2012 revocó parcialmente el acto anterior en respuesta a un recurso de reposición formulado por el demandado, ello con el fin de incluir como factores salariales de liquidación el sobresueldo y la bonificación por servicios devengados por aquel, por lo que se incrementó el valor de la prerrogativa a la suma de \$991.619, efectiva a partir del 1.º de agosto de 2010.
4. La entidad demandante profirió la Resolución RDP 031901 del 15 de julio de 2013 con la que reajustó la prestación otorgada al señor Arguello



Cortés, ello en el sentido de calcularla con base en el 75% del promedio de salarios o rentas percibidas por aquel durante su último año de servicio con inclusión de la asignación básica, el auxilio de alimentación, el auxilio de transporte, la bonificación por servicios, la prima de navidad, la prima de servicios y la prima de vacaciones, ello determinado en una cuantía de \$1.419.625 y con efectividad desde el 1.º de enero de 2013. Esta decisión fue impugnada y a la vez confirmada mediante la Resolución RDP 037384 del 14 de agosto de 2013.

5. Por medio de la Resolución RDP 003498 del 31 de enero de 2018 la UGPP negó la reliquidación pensional que solicitó por segunda vez el demandado, ello por arrojar un resultado inferior al reconocido a través de la Resolución RDP 031901 del 15 de julio de 2013.

➤ **Demanda de reconvención**

**Pretensiones (Folio 72 a 73, C2)**

4. Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:
  - i) Parcialmente de las Resoluciones i) PAP 6635 del 19 de julio de 2010; ii) UGM 041394 del 2 de abril de 2012; iii) RDP 031901 del 15 de julio de 2013; iv) RDP 037784 del 14 de agosto de 2013; y v) RDP 003498 del 31 de enero de 2018, por medio de las cuales la extinta Cajanal y la UGPP reconoció y reliquidó una pensión de vejez a favor del señor Arguello Cortés en aplicación de los preceptos de la Ley 32 de 1986.
  - ii) Auto ADP 004240 del 8 de junio de 2018 que rechaza un recurso de apelación formulado por el reconviniente contra el último acto enlistado.
  - iii) Acto administrativo presunto derivado de la configuración del silencio administrativo negativo por falta de respuesta a la solicitud reliquidatoria presentada por el señor Arguello Cortés ante la UGPP el 31 de julio de 2018.
5. Como consecuencia de estas declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la autoridad reconvenida, reliquidar la pensión de jubilación otorgada a favor del reconviniente, ello en el sentido de corregir el error aritmético presentado en la Resolución RDP 031901 del 15 de julio de 2013 al haber tenido en cuenta solo el 50% del valor de la prima de vacaciones y no su total.
6. Como pedimento subsidiario solicitó que se reajuste la prerrogativa en comento calculada con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados por el señor Arguello Cortés durante su último año de servicio.
7. Que se condene en costas a la UGPP.
8. Que dicha autoridad cumpla la sentencia de conformidad con los preceptos de los artículos 192 y 195 del CPACA.

**DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL**



La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias de allí que la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo»<sup>4</sup>, porque es guía y ajuste de esta última. De esta manera se preserva la congruencia que garantiza el debido proceso, razón por la cual el juez al proferir la sentencia debe resolver el litigio en forma concordante con los hechos, las pretensiones, las excepciones; puntos que fueron condensados y validados por las partes al precisar el «acuerdo sobre el desacuerdo» en la audiencia inicial. De allí que los problemas jurídicos adecuadamente formulados y aceptados por los sujetos procesales se convierten en una eficiente guía para el decreto de las pruebas, las alegaciones, la sentencia y sustentación de los recursos pertinentes. Por lo dicho, la audiencia inicial es el punto de partida más legítimo y preciso para fundamentar adecuadamente la sentencia.

**Fecha de la audiencia inicial:** 3 de diciembre de 2019.

### **Resumen de las principales decisiones**

#### **Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)**

En el acta se consignó lo siguiente:

##### **«[...] Ineptitud sustantiva de la demanda**

Dicha excepción fue propuesta por el apoderado judicial del Edilberto Arguello Cortés (sic), argumentando que la UGPP no le mandó (sic) la Resolución del 31 de enero del 2018, mediante la cual le negó la reliquidación de la pensión, y el Auto del 08 de junio del mismo año, lo que configuraría ineptitud sustantiva de la demanda por falta de proposición jurídica completa e indebida acumulación de pretensiones.

Así mismo, señala que hay inepta demanda por indebida acumulación de las pretensiones, aludiendo que en la primera y segunda pretensión, la UGPP solicitó la nulidad de varias resoluciones de forma indiscriminada, incumpliendo lo señalado en el artículo 163 del CPACA, al no haberlas formulado de manera separada.

De conformidad con lo señalado por el apoderado judicial de la parte demandada, de entrada se advierte que las excepciones propuestas tienen vocación de prosperidad, como quiera que lo pretendido en presente medio de control, es que se declare la nulidad de las resoluciones que reconocieron y reliquidaron la pensión del señor Edilberto Arguello, al presuntamente haberse reconocido transgrediendo la Constitución y la ley, por lo que no era obligatorio solicitar la nulidad de los actos administrativos que negaron la reliquidación solicitada por el señor Arguello Cortés, o el auto que negó el recurso de apelación, como quiera esto no se controvierte con la demanda principal.

Aunado a ello, al revisar el libelo demandatorio, se observa que la UGPP cumplió con lo dispuesto en el artículo 163 del CPACA, al haber individualizado las pretensiones, puesto que en la primera pretensión, diferenció la declaratoria de nulidad que pretende, en la segunda lo referente a la condena a título de restablecimiento del derecho, en la tercera la solicitud de actualización de la condena, y como cuarta y última, la condena en costas y agencias en derecho.

En consecuencia, se **DECLARA NO PROBADA** la excepción previa de ineptitud sustantiva de la demanda propuesta por el apoderado judicial que representa los

---

<sup>4</sup> Ver: Hernández Gómez William. Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB. (2015).



intereses del señor EDILBERTO ARGUELLO CORTÉS. [...]». (Negrilla y mayúscula del texto original. Folios 385 a 386 y CD que obra a folio 397, C1).

### **Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)**

El litigio se fijó en los siguientes términos:

«[...] *El problema jurídico de fondo a resolver, se contrae en establecer si efectivamente los actos administrativos que reconocieron y reliquidaron la pensión de vejez del señor Edilberto Arguello Cortes, se encuentran viciados de nulidad, al presuntamente no ser beneficiario de la Ley 32 de 1986, debiéndose aplicar el régimen contenido en el Decreto 2090 del 2003, al ser la norma que se encontraba vigente al momento en que adquirió su status pensional, o por el contrario los actos administrativos gozan de legalidad.*

*En cuanto a la demanda de reconvenición, el problema jurídico que se contrae a establecer, es si al señor Edilberto Arguello le asiste derecho a que su pensión de vejez sea reliquidada debiendo arreglar el presunto error aritmético que hubo durante su liquidación en el acto administrativo del 15 de julio del 2013, debiéndole incluir todos los factores salariales devengados, o si por el contrario no le asiste el derecho deprecado. [...]».* (Folios 386 a 392 y CD que reposa a folio 397, C1).

### **SENTENCIA APELADA (Folios 425 a 435, C1)**

El *a quo* profirió sentencia escrita el 20 de enero de 2022 por medio de la cual negó las pretensiones tanto de la demanda principal como de la de reconvenición, ello con fundamento en las siguientes consideraciones:

Inicialmente, el tribunal de primera instancia resaltó que los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC que para el 21 de febrero de 1994 (fecha de entrada en vigencia del Decreto 407 de 1994), prestaran su servicio a dicha entidad, tendrían derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos fijados en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986. Contrario a ello, quienes ingresaron a laborar como guardias de dicha institución con posterioridad a la mencionada fecha, la prestación será reconocida conforme a lo previsto por el Gobierno Nacional sobre la materia en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, sostuvo que el señor Edilberto Arguello Cortés al haber ingresado a laborar al servicio del INPEC el 1.º de agosto de 1986, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 407 de 1994, no debe ser sujeto de aplicación del régimen general de pensiones como lo solicita la UGPP, sino del especial que le es propio a funcionarios como este.

Manifestó que dicha regulación diferencial implica que los servidores públicos que ejercen actividades de alto riesgo, para ser beneficiarios del régimen de transición, deberán acreditar al menos 500 semanas cotizadas al 26 de julio de 2003, fecha en que entró en vigencia el Decreto 2090 de 2003, y una vez cumpla las 1.000 semanas cotizadas, tendrá derecho a que su pensión sea reconocida con la norma anterior, esto es, con la Ley 32 de 1986.

Aseguró que de acuerdo con el material probatorio que reposa en el plenario, se dilucida que el señor Arguello Cortés al haber ingresado a laborar el 1.º de agosto de 1986, claramente para el 26 de julio del 2003 este contaba con un



tiempo de servicios de 16 años, 11 meses y 25 días, lo que equivale, a 664.95 semanas de cotización en el régimen especial, lo que sin duda alguna, permite evidenciar que es beneficiario a que su pensión de vejez sea reconocida de conformidad a los presupuestos establecidos en la Ley 32 de 1986, pues al momento del reconocimiento de su pensión acreditó las 1.000 semanas de cotización, tal y como lo hizo la extinta Cajanal al momento de reconocerle su prestación pensional.

Adicionalmente afirmó que si bien la UGPP solicitó que se vinculara a Colpensiones como litisconsorte necesario, en el presente caso debe tenerse en cuenta que es la primera la que debe asumir el pago de la pensión demandado, ello en atención al pronunciamiento del Consejo de Estado emitido en el concepto del 30 de julio de 2019 emitido en el expediente 11001-03-06-000-2019-00088-00. Con base en lo anterior aseguró que el señor Edilberto Arguello Cortés al pensionarse bajo las prerrogativas de la Ley 32 de 1986 y adquirir su derecho pensional cuando aún se encontraba afiliado a la extinta CAJANAL, debía obtener el reconocimiento prestacional a cargo de la UGPP.

En cuanto al error aritmético alegado por la parte reconviniente evidenció que este no existe, pues de conformidad con la certificación suscrita por la coordinadora del grupo de tesorería del INPEC, durante el último año de servicios percibió como prima de vacaciones la suma equivalente a un millón seiscientos nueve mil novecientos ochenta y dos pesos (\$1.609.982), y este valor fue el que se tuvo en cuenta para la reliquidación que la UGPP le efectuó a su pensión mediante la Resolución RDP 031901 del 15 de julio de 2013.

Respecto a la pretensión subsidiaria, advirtió que de acuerdo con la certificación salarial visible a folio 199 del cuaderno principal, se logra evidenciar que durante el último año de servicio del demandado, esto es del periodo comprendido entre el 1.º de enero y el 31 de diciembre del 2012, percibió salario básico, prima de riesgo, subsidio de alimentación, subsidio por unidad familiar, auxilio de transporte, bonificación por recreación, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad.

Ante lo esgrimido por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, precisó que la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 del Consejo de Estado no es extensible a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia, pues se trata de empleados exceptuados de la aplicación de la Ley 33 de 1985, y por ello, para quienes son beneficiarios de la Ley 32 de 1986, su derecho pensional se debe liquidar con el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicio con los factores determinados en el Decreto 446 de 1994 que contempla los siguientes emolumentos: prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de instalación y alojamiento, prima de capacitación, derecho a pasajes y gastos de transporte, prima de clima, prima extra carcelaria, prima de seguridad, prima de riesgo, prima de vigilantes instructores, subsidio de transporte, subsidio de alimentación, subsidio familiar y bonificación por servicios prestados, de los cuales se advierte no todos constituyen factor salarial.

De conformidad con lo esbozado aseveró que no es procedente la inclusión de la bonificación especial por recreación ni del subsidio de unidad familiar, pues estos no constituyen factor salarial para efectos prestacionales.



Ante este panorama, indicó que la pensión de vitalicia de vejez reconocida a favor del señor Edilberto Arguello Cortes se realizó de acuerdo con los parámetros legales y jurisprudenciales aplicables, ello al no evidenciarse el error aritmético alegado en la demanda de reconvención, y al no ser procedente la reliquidación de la pensión de vejez del demandado.

## RECURSOS DE APELACIÓN

**Parte demandada – reconviniente (Folios 439 a 441, C1):** formuló recurso de apelación contra la decisión reseñada anteriormente y solicitó que esta sea revocada a fin de que se acceda a las pretensiones de la demanda de reconvención.

Al respecto argumentó que con la Resolución RDP 031901 de 15 de julio de 2013, la UGPP reliquidó la pensión de jubilación del demandado con el 75 % del último año de servicio y conforme los factores salariales contemplados en el Decreto 1045 de 1978 relacionados con la asignación básica (sueldo y sobresueldo), bonificación por servicios prestados, auxilio de transporte, subsidio de alimentación y las primas de navidad, de servicios y de vacaciones, ello conforme los requisitos de que trata el artículo 96 de la Ley 32 de 1986.

Añadió que en dicho acto se ordenaron descuentos de aportes para pensión al señor Arguello Cortés y al empleador INPEC en cuantía de \$3.395.218 y \$10.185.824, respectivamente, esto es, sobre los factores que no se habían realizado descuentos: auxilio de transporte, subsidio de alimentación y las primas de navidad, de servicios y de vacaciones. Lo anterior significa que al empleador y al trabajador se le hicieron los descuentos de cotización por toda la vida laboral sobre los emolumentos enunciados sobre los que se reconoció la prestación, es decir, los previstos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

No obstante, planteó que dicha resolución presenta un error aritmético que la entidad se negó a rectificar, y que en sede judicial nuevamente se desconoce, el cual consiste en que el factor salarial denominado prima de vacaciones solo fue tomado por la entidad demandante de manera parcial, esto en casi un 53% de su monto y no en su valor totalidad, ello por cuanto se tuvo en cuenta en una suma equivalente a \$1.609.982, pese a que tenía que ser computada en cuantía de \$3.142.310.

**Parte demandante (Folios 444 a 447, C1):** interpuso recurso de alzada contra la sentencia de primera instancia, a fin de que esta sea revocada en el sentido de acceder a los pedimentos del libelo.

Acotó que el señor Edilberto Arguello Cortés no cumple con los requisitos para hacerse merecedor de la pensión de vejez, ya que al 1.º de abril de 1994 (fecha entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 para servidores del orden Nacional) el hoy pensionado no tenía 15 años de servicio, ni 40 años de edad como lo exige el artículo 36 *ibidem* para ser beneficiario del régimen de transición allí previsto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6.º del Decreto 2090 de 2003, norma aplicable habida cuenta de que los 20 años de servicio en cargos de excepción del INPEC los cumplió el 30 de Julio de 2006.

Al respecto señaló que en el proceso se encuentra demostrado que el demandado nació el 21 de junio de 1964 y prestó los siguientes tiempos de



servicio en el INPEC: i) desde el 1.º de agosto de 1986 hasta el 30 de junio de 2009 con aportes a Cajanal y ii) desde el 1.º de julio de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2012 con aportes al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, computado así más de 20 años de servicio público desempeñando el cargo de dragoneante.

Bajo dicha intelección manifestó que al señor Arguello Cortés 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 lo completó con posterioridad al 28 de Julio de 2003 (fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003), específicamente el 30 de julio de 2006, luego entonces, al tenor de lo consagrado en el parágrafo del artículo 6.º *ibídem*, el demandado debió efectuar aportes para pensión cuando menos 500 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 previstas 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 aquel no cumple, habida cuenta de que 1.º de abril de 1994 no tenía 40 años de edad o 15 años de servicio.

### **SOBRE LA ETAPA DE ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

Una vez presentados los recursos de apelación por las partes demandada y demandante, al estar dentro del término procesal correspondiente, el Despacho ponente mediante auto del 29 de junio de 2022 admitió ambas impugnaciones y, en concordancia con el artículo 212 del CPACA y el ordinal 5.º del artículo 67 de la Ley 2080 de 2021 a través del cual se modificó el artículo 247 del CPACA, dispuso que por Secretaría, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de mencionada providencia, pasara el expediente al Despacho para dictar sentencia, salvo que las partes presentaran solicitud probatoria.

En cumplimiento de lo anterior y en atención a la constancia del 12 de agosto de 2022, proferida por la Secretaría visible en el índice 9 del registro en SAMAI, en la cual se indicó que no hubo solicitud de pruebas, se procede a decidir de fondo el asunto.

### **CONSIDERACIONES**

#### **Competencia**

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos. De igual forma, según el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia resolverá sin limitaciones cuando las partes hayan controvertido la totalidad de la sentencia, tal como sucede en el presente caso.

#### **Problema jurídico**

En ese orden, el problema jurídico a resolver en esta instancia se resume en las siguientes preguntas:



¿El señor Edilberto Arguello Cortés era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por lo tanto, se ajusta a derecho el reconocimiento de la pensión especial de jubilación por actividades de alto riesgo conforme a las previsiones de la Ley 32 de 1986, otorgada por la entidad demandante en virtud de la Resolución PAP 6635 del 19 de julio de 2010 y en la forma de liquidación determinada en la Resolución RDP 031901 del 15 de julio de 2013?

Al respecto la Sala sostendrá la siguiente tesis: al demandado no le eran aplicables las exigencias del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sino las contempladas en el artículo 168 del Decreto 407 de 1994 y en el artículo 6.º del Decreto 2090 de 2003, las cuales en todo caso, este acreditó en debida forma, y por lo tanto lo hacían titular del derecho al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación conforme al artículo 96 de la Ley 32 de 1986, tal como lo determinó la entidad demandante, ello sin que proceda ajuste alguno sobre el monto liquidado por la parte activa. Lo anterior de acuerdo con las siguientes consideraciones:

➤ **Régimen pensional aplicable a los funcionarios del INPEC**

En primer lugar, debe ponerse de presente que la Ley 100 de 1993<sup>5</sup> reglamentó en su artículo 11 lo siguiente:

«**Artículo 11. Campo de aplicación.** El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general. [...]».

Conforme con la norma citada, el Sistema General de Pensiones aplica para todos los habitantes del territorio nacional, sin hacer distinción entre servidores públicos, trabajadores oficiales, empleados del sector privado, o independientes, entre otros. Lo anterior, desde el 1.º de abril de 1994 según el artículo 151 *ibidem* y, en el caso de los servidores públicos del orden territorial, a partir del 30 de junio de 1995 de acuerdo con el párrafo del mismo artículo.

Asimismo, con el fin de proteger expectativas legítimas de aquellas personas que se encontraban más cerca de acceder a su pensión a la fecha en que hizo tránsito de regulación, el legislador diseñó un régimen de transición en dicha materia, regulado en el artículo 36 *ejusdem*, según el cual:

«[...] 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 más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás

<sup>5</sup> «Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones».



condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley. [...]».

Por su parte, el artículo 279 de la regulación bajo estudio indicó:

«[...] **Artículo 279. Excepciones.** El sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 914 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato.

Igualmente, el presente régimen de seguridad social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de seguridad social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.

**Parágrafo 1.º** La empresa y los servidores de que trata el inciso anterior, quedan obligados a efectuar los aportes de solidaridad previstos en esta ley.

Las entidades empleadoras referidas en el presente artículo, quedan facultadas para recibir y expedir los bonos correspondientes a los períodos de vinculación o cotización a que hubiere lugar, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto se expida. [...]»

De acuerdo con los preceptos transcritos, es evidente que con la Ley 100 de 1993 se derogaron los regímenes pensionales existentes para ese momento, y se unificaron e integraron en uno solo de carácter general. No obstante, el legislador dejó vigentes transitoriamente algunas de las normas preexistentes para aquellas personas que se encontraran cobijadas por lo regulado en el artículo 36 *ibidem*, y en los preceptos especiales expresamente indicados en el artículo 279<sup>6</sup>.

En segundo lugar, el mentado Sistema General de Seguridad Social en su artículo 140 reguló unas normas especiales previstas para quienes desarrollaran actividades de alto riesgo en la siguiente forma:

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 23 de mayo de 2013. Radicación 11001032500020100029100 (2390-10).



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

El Gobierno Nacional establecerá los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador, o del empleador y el trabajador, según cada actividad.» (Negrilla fuera del texto original).

Pues bien, en lo que respecta a la normativa en materia prestacional consagrada para el personal de vigilancia y custodia del INPEC, debe tenerse en cuenta que incluso con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, dichos funcionarios ya tenían consolidado un régimen especial desarrollado en la Ley 32 de 1986<sup>7</sup>, la cual en su artículo 96 previó frente al derecho pensional lo siguiente:

**«Artículo 96. Pensión de jubilación.** Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta su edad.»

No obstante, con la expedición de la Ley 65 de 1993, el Legislador otorgó al presidente de la República facultades extraordinarias para dictar normas con fuerza de ley sobre la composición, clasificación y categoría del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, así como sobre el régimen salarial, prestacional y pensional del personal que laboraba en tal calidad, ello en armonía con el precitado artículo 140 de la Ley 100 de 1993.

En virtud de aquel mandato, tuvo origen el Decreto Ley 407 del 20 de febrero de 1994, que en su artículo 168 fijó un régimen especial en materia pensional para el personal de custodia y vigilancia del INPEC, el cual respetaba los preceptos de la Ley 32 de 1986 que cobijaba a quienes ejercían como tal antes del 21 de febrero de 1994<sup>8</sup>. Al respecto, el canon en comento señaló lo siguiente:

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

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

PARAGRAFO 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

<sup>7</sup> «Por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia.»

<sup>8</sup> Fecha de entrada en vigencia del Decreto Ley 407 de 1994.



Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993 para las actividades de alto riesgo.

PARAGRAFO 2o. El personal Administrativo del Instituto se registrará por las normas establecidas en la Ley 100 de 1993.».

Ahora, sin perjuicio de lo anterior, con posterioridad al marco regulatorio en mención, se profirió el Decreto Ley 2090 de 2003<sup>9</sup> con fundamento en las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno Nacional en la Ley 797 del mismo año, esto a fin de regular en materia laboral y prestacional a los trabajadores que desempeñaran actividades de alto riesgo como lo era el cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC.

En tal sentido, se observa que el campo de aplicación del Decreto 2090 de 2003 se definió así:

«**Artículo 1º. Definición y campo de aplicación.** El presente decreto se aplica a todos los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, entendiendo 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.»

Sobre ello, debe precisarse que el mentado decreto derogó la regulación anterior prevista en el Decreto Ley 407 de 1994, al punto de que el artículo 4.º *ibidem* fijó las condiciones y requisitos para obtener la pensión especial de jubilación para los servidores referidos, así:

«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 [...].»

Empero, aún bajo dicho entendido, el artículo 6.º del Decreto 2090 de 2003 previó un régimen de transición para aquellos trabajadores que estuvieren próximos a adquirir el derecho pensional en virtud de las prerrogativas anteriores al decreto en mención, ello con el fin de salvaguardar sus expectativas legítimas y que estas no se vieran afectadas por el tránsito normativo de nuestro ordenamiento. Lo anterior, de la siguiente forma:

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

Parágrafo. Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente

<sup>9</sup> 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.



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<sup>10</sup> de la Ley 797 de 2003.»

El primer inciso de esta última normativa fue declarado exequible condicionadamente por la Corte Constitucional mediante sentencia C-663 de 29 de agosto de 2007, al estimar que «para el cómputo de las '500 semanas de cotización especial', se podrán acreditar las semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiere sido calificada jurídicamente como de alto riesgo.».

Esta norma también ha sido analizada por la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>11</sup> para señalar que demostrar 500 semanas de cotización en actividades de alto riesgo para la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, concede el derecho a acceder a la prestación en los términos de la norma inmediatamente anterior y lo que debe entenderse del párrafo del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003 es que la intención del legislador fue la de complementar este requisito en armonía con el régimen general de pensiones.

Igualmente, se interpretó que exigir adicionalmente el estar cobijado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resulta desproporcionado y más gravoso cuando el servidor aspira al reconocimiento en los términos de la norma anterior, por cuanto conlleva una situación más desventajosa en virtud del tránsito legislativo. En suma, destacó que la finalidad de un régimen de transición consiste en que el legislador defina un sistema de protección para que los cambios producidos por una reforma en la normativa no afecten a quienes, pese a no haber adquirido el derecho a la pensión porque les falta reunir todos los requisitos, sí tienen una expectativa legítima de adquirir el derecho.

Al respecto, la Sección Segunda<sup>12</sup> se ha pronunciado de manera reciente frente al aludido punto, al confirmar que sería contraria a la intención del legislador exigir a los trabajadores beneficiarios del régimen de transición del Decreto 2090 de 2003, el cumplimiento adicional de los aspectos contenidos en el Sistema General de Pensiones. Lo anterior, conforme se cita:

«[...] Más adelante, con la expedición del Decreto 2090 de 2003, por medio del cual se definieron las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modificaron las condiciones [...] previó en su artículo 6 un régimen de transición para aquellos quienes a su entrada en vigencia -28 de julio de 2003-, acreditaran 500 semanas de cotización en ejercicio o desempeño de las ya mencionadas actividades alto riesgo [...]

De la lectura del párrafo de este último artículo se advierte que este exige, además de los requisitos contemplados en dicha norma, el cumplimiento de las condiciones reguladas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para acceder al régimen pensional de alto riesgo.

<sup>10</sup> Artículo declarado inexecutable mediante sentencia C-1056/03

<sup>11</sup> En este sentido se puede ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 29 de junio de 2017, radicación: 08001-23-33-000-2012-00082-01(0391-14), demandante: Gilberto Antonio Rondón Sepúlveda.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 28 de octubre de 2021, demandante: María Yolanda Castañeda Orjuela, radicación: 17001-23-33-000-2016-00572-01(0614-20).



Al respecto, encuentra esta Sala que tal y como se ha indicado en providencias previas de esta Corporación, la lectura literal de dicha disposición contraviene la naturaleza del régimen de transición del mencionado canon, y transgrede la intencionalidad del legislador al reglamentar este tipo de prerrogativas a favor de los trabajadores, que no es otra que la de salvaguardar las garantías del ordenamiento jurídico y proteger la expectativa legítima de acceder a la pensión especial de vejez bajo las condiciones previstas en el régimen aplicable.

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

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

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

[...]

En virtud de la norma en cita, aquellas personas que desarrollan alguna de las actividades de alto riesgo reguladas en el Decreto 2090 de 2003 tienen derecho a la aplicación de los requisitos previstos en los Decretos 1281 de 1994 o 1835 de 1994, según el caso, siempre y cuando:

1. Hubiesen cotizado a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, esto es, el 28 de julio de dicho año, cuando menos 500 semanas de cotización en la ejecución de una actividad catalogada como de alto riesgo.

Para el efecto, se advierte que la exigencia de semanas de cotización especial a que hace referencia el artículo 6 del Decreto 2090 ejusdem puede interpretarse como «[...] semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiere sido calificada jurídicamente como de alto riesgo [...]», de acuerdo con el ordinal primero de la sentencia C-663 de 2007 que declaró la exequibilidad condicionada de la norma en cita [...]

2. La segunda parte del inciso primero del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003 prevé que el derecho se causa «[...] una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión [...]», a partir de lo cual se les reconocerá la pensión «[...] en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo [...]».

[...] Tal como indicó la Sección en la sentencia recién citada, la Sala considera que el requisito al que se hace alusión únicamente contempla cotizar 1000 semanas, sin que aplique el aumento de estas, estipulado en la Ley 797 de



2003 al modificar el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Ello en virtud de que no es razonable ni proporcional exigir el requisito de densidad de la Ley 797 *ejusdem* cuando las previsiones de la norma anterior al Decreto en cita, esto es, el Decreto 1281 de 1994 exige 1000 semanas para causar el derecho y, según el caso concreto, una edad de 55 años. [...]».

En ese orden, se ha entendido que como el artículo 6.º del Decreto 2090 de 2003 prevé unos supuestos para la transición de un régimen especial y al mismo tiempo para un régimen general, se debe dar la interpretación que más favorezca al servidor, es decir, la que permite la aplicación preferente de la regla de transición que le posibilite el reconocimiento de su pensión especial de jubilación, con fundamento en el principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política.

De otro lado, se agrega que el Acto Legislativo 01 de 2005 delimitó bajo ciertas circunstancias la extensión de los regímenes pensionales especiales hasta el 31 de julio de 2010, así

«[...] Parágrafo transitorio 2o. Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los parágrafos del presente artículo, **la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010.** [...]» (Negritas intencionales).

Es así como se desprende que hasta el 31 de julio de 2010, podían afianzarse situaciones jurídicas que comprometieran el reconocimiento de pensiones de vejez a aquellos empleados que, por la actividad que desempeñaran o por la naturaleza de la entidad a la cual se encontraran vinculados, gozaran de un régimen excepcional de pensiones.

Por consiguiente, es diáfano que el Acto Legislativo 01 de 2005 procuró fijar el derrotero que debía seguirse de cara a aplicar uno u otro régimen especial de pensión, en el sentido de delimitar la configuración de este derecho de carácter económico sujeto al cumplimiento de ciertas exigencias temporales específicas en cada caso para que, como resultado de ello, el interesado pueda hacerse acreedor legítimo de la prestación pretendida.

Bajo esta intelección, es plausible colegir que los siguientes son los requisitos de la transición prevista en el Decreto 2090 de 2003:

- i) que para el 28 de julio de 2003, fecha en que entró a regir aquella norma, el servidor que estuviere próximo a adquirir el derecho a la pensión bajo las prerrogativas anteriores, contara con al menos 500 semanas de cotización en cualquier actividad que haya sido calificada legalmente como de alto riesgo, y;
- ii) en lo que atañe a las cotizaciones, debe cumplir con «el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión», esto es, al menos con 1.000 semanas, como lo prevé el numeral 2 del artículo 9 de la Ley 797 *ejusdem*. Este aspecto debe entenderse como requisito necesario para ser beneficiario de la transición.



En suma, para el caso de los servidores del INPEC que hubiesen desempeñado actividades peligrosas, como es el caso del demandado por haber ejercido el cargo de dragoneante (perteneciente al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional. Ver certificado de información laboral obrante a folio 102 del cuaderno 1), no resulta válido estudiar su situación en punto a la aplicación de los preceptos del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 como lo hizo el *a quo* en el fallo apelado.

Lo expuesto se justifica en la medida en que dicha regulación general no les era aplicable a aquellos funcionarios por expreso mandato del artículo 140 *ibidem*, habida cuenta de que no solo con anterioridad a la entrada en vigencia del SGSS estos tenían una regulación específica en materia prestacional contenida en la Ley 32 de 1986, sino que además en el primer precepto aludido se conminó al Gobierno Nacional a expedir el régimen propio de estos empleados.

En virtud de ello, para funcionarios como el señor Edilberto Arguello Cortés, las condiciones, requisitos y postulados relacionados con la verificación de la transición normativa aplicable en lo que respecta a sus derechos pensionales, no pueden ser los contemplados en la Ley 100 de 1993, sino en el artículo 168 del Decreto 407 de 1994 y el artículo 6.º del Decreto 2090 de 2003 (según sea el caso), tal como se expuso con anterioridad, aunado a la salvedad jurisprudencial respecto de la imposibilidad de atender las exigencias del parágrafo de este último precepto enlistado, por cuanto lo propio implicaría tornar más gravosa la situación de quien se supone que debe verse beneficiado con la observancia de un régimen de transición.

En tal sentido, no son de recibo los argumentos de nulidad de la entidad demandante al aducir que el demandado no cumplió con los postulados del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para que con motivo del aludido marco jurídico transicional, le hubiera sido reconocida la pensión con base en la Ley 32 de 1986. Esto en razón a que aquellos requisitos no eran los que debían verificarse, sino los de la normativa especial y determinada exclusivamente para los servidores que ejecutaban actividades peligrosas, tal como pasa a verificarse a continuación.

➤ **Sobre la situación particular del demandado**

Al respecto, se torna indispensable poner de presente los medios de convicción recaudados y practicados que demarcan el contexto factual del presente caso, los cuales se relacionan a continuación:

- Certificado de información laboral emitido por el INPEC, en el que se indica que el señor Edilberto Arguello Cortés desempeñó el cargo de dragoneante al servicio de dicha institución desde el 1.º de agosto de 1986 hasta el 31 de diciembre de 2012.

También se observa que aquel efectuó cotizaciones especiales de alto riesgo entre el 1.º de agosto de 1986 y el 30 de junio de 2009 ante Cajanal, y posteriormente del 1.º de julio de 2009 al 31 de diciembre de 2012 con cotizaciones efectuadas a Colpensiones. (Folio 102, C1).



• Resolución 005816 del 27 de diciembre de 2012, a través de la cual el director general del INPEC aceptó la renuncia presentada por el señor Arguello Cortés al cargo de dragoneante, código 4114, grado 11, adscrito al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Melgar, lo anterior con efectividad a partir del 1.º de enero de 2013. (Folio 215, C1).

• Resolución RDP 031901 del 15 de julio de 2013 (folios 231 a 233, C1), por medio de la cual la entidad demandante reliquidó la pensión de jubilación reconocida a favor del demandado, calculada con base en el 75% del promedio de la asignación básica, el auxilio de alimentación, el auxilio de transporte, la bonificación por servicios prestados, la prima de navidad, la prima de servicios y la prima de vacaciones devengados por aquel durante su último año de labor oficial (2012).

Una vez evidenciado el material probatorio obrante en la actuación, se hace necesario resaltar que la discusión en la presente instancia radica en determinar si el demandado era beneficiario del régimen de transición que permite que su pensión de jubilación se encuentre legalmente reconocida al haberse dado aplicación a la Ley 32 de 1986; o si por el contrario, como lo planteó la parte activa, el señor Arguello Cortés no había adquirido aquella garantía transicional por no haber colmado las exigencias del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al punto de que el derecho otorgado en virtud de los actos administrativos demandados no se ajusta a derecho.

Pues bien, en primer lugar se advierte que el demandado fue vinculado directamente al INPEC donde ocupó de manera ininterrumpida la plaza de dragoneante desde el 1.º de agosto de 1986 hasta el 31 de diciembre de 2012. Sobre la calidad de las labores que el pensionado ha ejercido en virtud de la mentada relación legal y reglamentaria, debe tenerse en cuenta que este efectivamente ha desempeñado actividades de alto riesgo en razón de su cargo, pues el empleo en mención hace parte del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional según los artículos 126 y 127 del Decreto 407 de 1994<sup>13</sup>, cuyas labores son catalogadas de tal manera conforme

<sup>13</sup> «ARTÍCULO 126. COMPOSICION. El Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional está compuesto por Oficiales, Suboficiales, Dragoneantes, Alumnos y los Bachilleres Auxiliares que presten el servicio militar en la Institución.

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

a) Categoría de oficiales:

1. Comandante Superior.
2. Mayor.
3. Capitán.
4. Teniente;

b) Categoría de Suboficiales:

1. Inspector Jefe.
2. Inspector.
3. Subinspector;

c) Categoría de Dragoneantes:

1. Dragoneantes.
  2. Distinguidos;
- [...]



al artículo 140 de la Ley 100 de 1993, al punto de que su situación prestacional debía ser regulada especialmente de conformidad con los Decretos 407 de 1994 y 2090 de 2003.

Es decir, en este escenario de competencia del *ad quem*, no existe discusión sobre la calificación como riesgosa de las funciones realizadas por el pensionado al servicio del INPEC en virtud de la posición funcional de dragoneante, pues la alzada solo se centra en el debate acerca del cumplimiento de los requisitos por parte de este último para acceder a los beneficios de la transición normativa y la consecuente aplicación de los postulados pensionales de la Ley 32 de 1986.

Advertido lo anterior, el primer análisis que se logra desprender del contexto fáctico y jurídico del *sub examine*, es que el señor Arguello Cortés efectivamente era titular de los beneficios de la transición prevista en el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, según la cual podía obtener el reconocimiento de una pensión de vejez en aplicación de los postulados del artículo 96 de la Ley 32 de 1986.

Al respecto se encuentra que, la primera norma en comentario planteó lo siguiente: «[...] 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. [...]».

Como se aprecia, el demandado antes del 21 de febrero de 1994 cuando entró en vigencia el Decreto 407 de 1994<sup>14</sup>, ya se encontraba vinculado al INPEC, pues había sido nombrado como dragoneante desde el 1.º de agosto de 1986. De hecho, lo cierto es que aquel había adquirido o consolidado válidamente su derecho pensional desde el 1.º de agosto de 2006 cuando acreditó el cumplimiento de 20 años de servicio oficial en actividades de alto riesgo, pues conforme al artículo 96 de la Ley 32 de 1986, no debía demostrar ninguna edad específica para acceder a la prerrogativa en mención.

No obstante, al margen de la prestación que en su momento el demandado ya había estructurado a su favor, este solo reclamó el reconocimiento de la pensión hasta el año 2010, es decir, en vigencia de la Ley 100 de 1993 y del Decreto 2090 de 2003 que derogó el artículo 168 del Decreto 407 de 1994. Ahora, como se adujo con antelación, la segunda norma aludida contempló un régimen de transición en su artículo 6.º, según el cual, a quienes resultaran beneficiarios de sus postulados, les sería aplicable para el acceso al derecho pensional en comentario, el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, ello en punto a los requisitos y monto.

En ese orden, a fin de determinar si el señor Arguello Cortés es beneficiario del marco jurídico transicional del Decreto 2090 de 2003, y en consecuencia verificar si en efecto era destinatario de las previsiones sobre pensión de jubilación conforme a la Ley 32 de 1986, es pertinente recordar que con base en lo expuesto en el acápite del marco normativo aplicable, aquel debía acreditar al 28 de julio de 2003<sup>15</sup> el cumplimiento de un mínimo de 500

<sup>14</sup> Publicado en el Diario Oficial 41.233 del 21 de febrero de 1994.

<sup>15</sup> Fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003.



semanas de cotización especial por actividades de alto riesgo, tal como lo exige el primer inciso del artículo 6.º del decreto en mención.

Sobre el punto se destaca a partir del material probatorio recaudado que el demandado, a la fecha previamente señalada, contaba con 896,27 semanas de cotización derivadas de labores de alto riesgo desarrolladas al servicio del INPEC como dragoneante desde el 1.º de agosto de 1986, ello para un tiempo acumulado de 16 años, 11 meses y 27 días de servicio oficial. Al acreditar este monto, claramente se superaron las 500 semanas mínimas requeridas en el inciso primero del artículo 6.º del Decreto 2090 de 2003 para aplicar el régimen de transición desarrollado en dicho precepto.

Sin perjuicio de lo anterior, se recuerda que en adición a la exigencia temporal en comento, según lo precisado por la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>16</sup> en casos similares al *sub examine*, sin tener en cuenta el párrafo del artículo 6.º del Decreto 2090 de 2003 que incrementaba de manera desproporcionada la carga de requisitos a los beneficiarios del aludido régimen de transición, lo que también debían demostrar los reclamantes para consolidar su derecho prestacional bajo la égida de la normativa anterior sobre pensiones de alto riesgo como la consagrada en la Ley 32 de 1986, era acumular el «[...] número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 [...]», el cual debe entenderse para todos los efectos en un monto equivalente a 1.000 semanas.

Lo propio fue objeto de pronunciamiento por parte del Consejo de Estado<sup>17</sup> de la siguiente forma:

«[...] Tal como indicó la Sección en la sentencia recién citada, la Sala considera que **el requisito al que se hace alusión únicamente contempla cotizar 1000 semanas**, sin que aplique el aumento de estas, estipulado en la Ley 797 de 2003 al modificar el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Ello en virtud de que **no es razonable ni proporcional exigir el requisito de densidad de la Ley 797 ejusdem cuando las previsiones de la norma anterior al Decreto en cita, esto es, el Decreto 1281 de 1994 exige 1000 semanas para causar el derecho** y, según el caso concreto, una edad de 55 años. [...]». (Negrita fuera de texto).

De esta forma, en lo que respecta a la densidad de tiempo cotizado por el particular demandado, se observa que para completar este requisito en comento, a aquel le hacía falta un monto total de 104 semanas contadas desde el 28 de julio de 2003 cuando acumulaba 896 semanas como se precisó anteriormente. Por ello, al margen de haber demostrado más de 500 semanas que lo hacían beneficiario de la transición aludida, lo cierto es que aún estaba pendiente que realizara aportes por actividades de alto riesgo a lo largo de 1 año, 11 meses y 5 días (equivalentes a 104 semanas), tiempo que satisfizo hasta el 3 de julio de 2005.

En suma, desde esta última data era viable considerar que el señor Arguello Cortés colmaba las exigencias propias del artículo 6.º del Decreto 2090 de 2003, a fin de que fuera beneficiario de las condiciones normativas para el reconocimiento de la pensión de jubilación especial contemplada en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, esto es, cuando lograra 20 de años de servicio adscrito como servidor del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 28 de octubre de 2021, demandante: María Yolanda Castañeda Orjuela, radicación: 17001-23-33-000-2016-00572-01(0614-20).

<sup>17</sup> *Idem*.



Nacional (consolidados el 1.º de agosto de 2006), sin que debiera demostrar edad alguna.

De conformidad con lo expuesto hasta este punto, resulta evidente que el demandado efectivamente fue beneficiario en su momento del régimen de transición del artículo 168 del Decreto 407 de 1994, y en todo caso, también lo fue respecto de las previsiones propias del artículo 6.º del Decreto 2090 de 2003. Por ello, sin hesitación la Sala infiere que su pensión de jubilación efectivamente debía reconocerse como lo determinó la UGPP a través de las Resoluciones PAP 6635 del 19 de julio de 2010 y UGM 041394 del 2 de abril de 2012.

Bajo tal intelección, la decisión de reconocimiento pensional efectuada por la entidad demandante, se ajusta a derecho conforme a las consideraciones esbozadas a lo largo de esta providencia, al punto de que los referidos actos administrativos deben permanecer incólumes frente a su presunción de legalidad, habida cuenta de que no existe duda de que el señor Arguello Cortés sí es titular legítimo del derecho al pago de una pensión de jubilación especial por actividades de alto riesgo como la que fue concedida.

#### ➤ **Sobre la liquidación pensional**

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

Sin embargo, la norma vigente para los empleados del orden nacional a que aluden los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, es la Ley 33 de 1985, canon que no aplica a los servidores cobijados por un régimen especial, dada la exclusión expresa consagrada en el Artículo 1.º inciso 2.º y por tanto, en cuanto a la forma de liquidación es necesario acudir al Decreto 1045 de 1978.

Bajo estos supuestos, para determinar la forma y factores a tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación del señor Arguello Cortés debe acudirse a lo contemplado en el Artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 que a su tenor señala:

**«ARTÍCULO 45. De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones.** Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;



- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del Artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.»

Como se observa, de los factores de salario enlistados en la norma precitada, los percibidos por el demandado durante su último año de labor oficial, fueron debidamente computados en la Resolución RDP 031901 del 15 de julio de 2013.

Ahora, en punto al supuesto error de la UGPP al computar un supuesto valor inferior de la prima de vacaciones en el IBL de la pensión otorgada a la parte reconviente, se destaca que como lo halló el *a quo*, de la certificación de salarios devengados suscrita por la coordinadora de tesorería del INPEC (folio 199, C1), aquel percibió el referido emolumento en una cuantía de \$1.609.982, valor que corresponde al mismo tenido en cuenta por la entidad demandante en la Resolución precitada que es la que finalmente definió la situación jurídica del señor Arguello Cortés de manera ajustada a la normativa aplicable.

En tal sentido, el demandado no tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación con inclusión de más factores adicionales a los tenidos en cuenta y sin ningún ajuste sobre el monto de la prima de vacaciones, pues este corresponde al realmente devengado, certificado y probado en la actuación, que equivale al verificado por la parte activa en los actos de determinación de la prestación.

**En conclusión:** al demandado no le eran aplicables los requisitos y condiciones propias del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a fin de verificar la normativa aplicable para el reconocimiento de su pensión de jubilación, pues debido a su labor como miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, la cual implicaba actividades de alto riesgo, el marco jurídico transicional que en realidad gobernaba su situación, era el consagrado en el artículo 168 del Decreto 407 de 1994 y posteriormente el previsto en el artículo 6.º del Decreto 2090 de 2003.



Ahora, debido a que el demandado acreditó el cumplimiento de las exigencias propias de la transición contemplada en las últimas dos normas referidas, se colige que aquel había adquirido el derecho a que su prestación fuera reconocida con base en los postulados del artículo 96 de la Ley 32 de 1986, tal como se determinó en cuanto a la liquidación por parte de la entidad demandante en los actos administrativos reprochados, razón por la cual estos deben entenderse ajustados a la ley respecto de los argumentos de anulación esgrimidos en esta causa judicial, y por lo tanto, tendrán que permanecer en el tránsito jurídico.

### Decisión de segunda instancia

Según lo expuesto, se impone confirmar la sentencia proferida el 20 de enero de 2022 por el Tribunal Administrativo del Tolima que negó las pretensiones tanto de la demanda principal como de la de reconvención, ello habida cuenta de que no prosperan los argumentos de los recursos de apelación formulados por el demandado y la entidad demandante.

### De la condena en costas

Esta subsección en providencia de 7 de abril de 2016<sup>18</sup>, sobre la condena en costas en vigencia del CPACA determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de dicha carga bajo los siguientes fundamentos:

- a) «El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP<sup>19</sup>, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.»

<sup>18</sup> Al respecto ver sentencia de 7 de abril de 2016, expedientes: 4492-2013, demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

<sup>19</sup> «ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]».



De lo anterior se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA regula que tratándose de costas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público<sup>20</sup>, tal como acontece en el presente caso en el que una entidad estatal promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de lesividad con el fin de proteger el erario, por lo que no hay lugar a que esta condena en costas.

**En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,**

### FALLA

**Primero:** Confirmar la sentencia proferida el 20 de enero de 2022 por el Tribunal Administrativo del Tolima que denegó las pretensiones tanto de la demanda principal como de la de reconvenición, en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) contra el señor Edilberto Arguello Cortés y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).

**Segundo:** Sin condena en costas en esta instancia.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones pertinentes en el sistema de registro SAMAI.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Subsección en la sesión de la fecha.

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

Firmado electrónicamente

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

Firmado electrónicamente

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

Firmado electrónicamente

La anterior manifestación fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando el código QR que aparece a la derecha, o accediendo a la dirección <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/> donde deberá ingresar el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.



<sup>20</sup> Regula la norma lo siguiente: “[...] 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 [...]].»