



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

CONSEJERO PONENTE: JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

Bogotá, D.C., seis (6) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 44001-23-33-000-2015-00103-01 (4208-2016)
Demandante: William Giraldo Díaz
Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social¹

Temas: Reconocimiento pensión de jubilación, régimen especial de los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad². Inaplicabilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por regularse el derecho por norma especial. **ADICIONA, MODIFICA Y CONFIRMA LA SENTENCIA**

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el veinticuatro (24) de junio de dos mil dieciséis (2016) por el Tribunal Administrativo de La Guajira, por medio de la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor William Giraldo Díaz instauró demanda contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con el fin de que se acceda a las siguientes:

¹ En adelante UGPP

² En adelante DAS



Radicado: 44001 23 33 000 2015 00103 01 (4208-2016)
Demandante: William Giraldo Díaz

PRETENSIONES

Que se declare la nulidad de las Resoluciones RDP 15863 del 23 de abril de 2015; RDP 019430 del 19 de mayo de 2015; y RDP 026564 del 30 de junio de 2015, proferidas por la UGPP, por las cuales se negó el reconocimiento de una pensión de vejez de alto riesgo.

Que como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a: i) que se le reconozca la pensión especial vitalicia de jubilación, a partir del 27 de mayo de 2010, liquidada en monto equivalente al 75% del salario promedio devengado por el trabajador durante el último año de servicio, conforme a lo dispuesto en el Decreto 1045 de 1978, la Ley 33 de 1985 y el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; ii) que se paguen las mesadas causadas y dejadas de cancelar y se actualicen las sumas de dinero reconocidas; iii) que se indexe la primera mesada pensional y; iv) que se condene al pago de intereses moratorios y costas.

HECHOS

La demanda se fundamentó en los hechos que se resumen de la siguiente manera:

Que nació el 27 de mayo de 1960 y a la fecha de radicación de la demanda tenía más de 54 años.

Que laboró al servicio del DAS en forma ininterrumpida 18 años y 15 días, desde el 24 de febrero de 1981 hasta el 15 de marzo de 1999.

Que el último cargo que desempeñó fue como detective profesional 207-09, asignado a la Seccional Guajira.

Que el 23 de diciembre de 2014 solicitó ante la UGPP el reconocimiento y pago de



Radicado: 44001 23 33 000 2015 00103 01 (4208-2016)
Demandante: William Giraldo Díaz

la pensión especial de jubilación por alto riesgo y la entidad negó la petición a través de los actos demandados.

TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida el 10 de agosto de 2015 y notificada a la demandada en su oportunidad legal, la cual contestó, oponiéndose a las pretensiones e indicando que el demandante no cumplió con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100, pues no contaba con 40 años de edad o 15 de servicio al 1.º de abril de 1994, de modo que no era posible acudir a las normas pensionales anteriores a esta, y por lo tanto debe acreditar los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003. Propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación y prescripción.

La audiencia inicial se llevó a cabo el 20 de enero de 2016, en la que se dispuso no resolver en dicha etapa las excepciones propuestas, se fijó el litigio, se incorporaron las pruebas y se estableció como fecha para la audiencia de pruebas el 10 de febrero de 2016. En esta última se practicaron las pruebas decretadas y se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión.

SENTENCIA OBJETO DE IMPUGNACIÓN

El Tribunal Administrativo de La Guajira accedió a las pretensiones de la demanda, mediante sentencia³ del 24 de junio de 2016, considerando que el demandante es beneficiario del régimen de transición regulado en la Ley 860 de 2003, por lo que su derecho pensional se rige por lo dispuesto en el Decreto 1933 de 1989, según el cual, los empleados públicos del DAS que permanezcan en dicha entidad por 18 años de servicio, pueden acceder a una pensión especial de jubilación al cumplir 50 años de edad. Lo anterior, sin necesidad de acreditar funciones de dactiloscopista o curso de acreditación del mismo, según lo dispuesto por el Consejo de Estado en

³ Folios 193 a 203.



Radicado: 44001 23 33 000 2015 00103 01 (4208-2016)
Demandante: William Giraldo Díaz

sentencia del 22 de junio de 2006⁴.

Que está demostrado que laboró en la entidad entre el 24 de febrero de 1981 y el 15 de marzo de 1999, para un total de 18 años y 20 días, y que nació el 27 de mayo de 1960, por lo que cumplió los 50 años en 2010, motivo por el cual tiene derecho a la pensión especial de jubilación.

Que, se deben tener en cuenta los factores devengados en el último año de servicio por concepto de asignación básica, bonificación por servicios, primas de navidad, vacaciones y riesgo, así como las vacaciones.

Declaró la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 23 de diciembre de 2011, toda vez que entre la fecha de causación del derecho (27 de mayo de 2010) y la de reclamación administrativa (23 de diciembre de 2014) transcurrieron más de tres años.

RAZONES DE LA IMPUGNACIÓN

El apoderado de la UGPP interpuso recurso de apelación contra la decisión adoptada solicitando que se revoque y, en su lugar, se denieguen las pretensiones de la demanda, para lo cual insistió que el señor Giraldo Díaz no es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y, por lo tanto, debe acreditar los requisitos previstos en la Ley 797 de 2003⁵.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte demandante** presentó alegatos de conclusión en segunda instancia, reiterando los argumentos expuestos en la primera y solicitó confirmar la sentencia apelada⁶.

⁴ Radicación 25000-23-25-000-2002-12944-01 (3114-05).

⁵ Folios 206 a 210.

⁶ Folios 236 a 240.



Radicado: 44001 23 33 000 2015 00103 01 (4208-2016)
Demandante: William Giraldo Díaz

La **entidad demandada** descorrió el término para alegar, pero los razonamientos allí expuestos no coinciden con los fundamentos fácticos del proceso de la referencia⁷.

POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

La procuradora segunda delegada rindió concepto en el cual solicitó confirmar la sentencia apelada, al considerar demostrado que el demandante es beneficiario del régimen especial de pensiones regulado en favor de los empleados públicos del DAS que acrediten 18 años de servicio y 50 años de edad⁸.

Se decidirá la controversia, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala deberá resolver si el señor William Giraldo Díaz tiene derecho al reconocimiento de su pensión de vejez con el régimen especial del DAS por haberse desempeñado como detective de esa entidad por más de 18 años, pese a no haber cumplido los requisitos del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Marco normativo y jurisprudencial

En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 5.^a de 1978, el Gobierno nacional expidió el Decreto 1047 del 7 de junio del mismo año⁹, el cual en su artículo 1.º dispuso que los empleados que desempeñaran funciones de dactiloscopistas en el DAS, por 20 años continuos o discontinuos y que hubieran aprobado el curso de formación impartido por el instituto de dicho ente, tendrían derecho a gozar de una pensión de jubilación a cualquier edad¹⁰. Adicionalmente,

⁷ Folios 241 a 243.

⁸ Folios 243 Bis a 250.

⁹ «Por el cual se determina el régimen de pensión vitalicia de jubilación para las personas que desempeñen funciones de dactiloscopistas en el Departamento Administrativo de Seguridad»

¹⁰ «Los empleados públicos que ejerzan por veinte años continuos o discontinuos las funciones de las dactiloscopistas en el Departamento Administrativo de Seguridad, y que hayan aprobado el curso de formación



Radicado: 44001 23 33 000 2015 00103 01 (4208-2016)
Demandante: William Giraldo Díaz

en el artículo 2 ordenó que los servidores que hubieran aprobado el curso ya referido y permanezcan al servicio de la entidad por un término no inferior a 18 años continuos como dactiloscopistas, pueden acceder a la prestación al cumplir 50 años de edad, siempre que para ese momento estuvieran vinculados.

El Decreto Ley 1933 del 28 de agosto de 1989¹¹ dispuso que los empleados del DAS serían beneficiarios de las prestaciones sociales previstas para las entidades públicas del orden nacional, en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 451 de 1984 y en las demás reglas que los adicionen o modifiquen¹² y, en el artículo 10¹³ previó que se regirían por los cánones generales sobre pensión de jubilación, al tiempo que quienes desarrollaran funciones de dactiloscopistas en los cargos de detective agente, profesional o especializado, en sus diferentes grados y denominaciones, se gobernarían por lo previsto en el Decreto Ley 1047 de 1978¹⁴.

El artículo 140¹⁵ de la Ley 100 de 1993¹⁶ previó, en un principio, lo siguiente:

«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.

en dactiloscopia impartido por el instituto correspondiente de dicho Departamento, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación cualquiera sea su edad.»

¹¹ «Por el cual se expide el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad»

¹² **«Artículo 1º Norma General.** Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad tendrán derecho a las prestaciones sociales previstas para las entidades de la administración pública del orden nacional en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 451 de 1984, artículo 3º y en los que los adicionan, modifican, reforman o complementan y, además, a las que este decreto establece.»

¹³ **«Artículo 10. Pensión de jubilación.** Las normas generales sobre pensión de jubilación previstas para los empleados de la administración pública del orden nacional se aplicarán a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad.

Los empleados que cumplan funciones de dactiloscopistas en los cargos de Detective Agente, Profesional o Especializado, se regirán por lo establecido en cuanto a régimen de pensión vitalicia de jubilación, por el Decreto-ley 1047 de 1978, cuyas normas serán igualmente aplicables al personal de detectives en sus distintos grados y denominaciones.»

¹⁴ «Los empleados públicos que hayan aprobado el curso a que se refiere el artículo anterior y que permanezcan al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad por un término no menor de 18 años continuos en el desempeño de funciones de dactiloscopista, tendrán derecho a la pensión de jubilación al cumplir 50 años de edad, siempre que para esta época fueren funcionarios de ese Departamento.»

¹⁵ Declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-003 de 1996.

¹⁶ «Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones».



Radicado: 44001 23 33 000 2015 00103 01 (4208-2016)
Demandante: William Giraldo Díaz

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

El Decreto 691 de 1994 extendió el régimen general de pensiones a los servidores que laboraran en actividades de alto riesgo para su salud. No obstante, bajo los parámetros de la Ley 4.^a de 1992, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 1835 de 1994, que reglamentó las actividades de alto riesgo de los servidores públicos en los siguientes términos:

«**Artículo 2º. Actividades de alto riesgo.** En desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993, sólo se consideran actividades de alto riesgo las siguientes:

1. En el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS: Personal de detectives en sus distintos grados y denominaciones de especializado, profesional y agente. [...]»

De acuerdo con lo anterior, la labor de los detectives del DAS también se clasificó como de alto riesgo.

Dicha norma también estableció un régimen de transición especial¹⁷ para aquellos que a su entrada en vigencia (4 de agosto de 1994) laboraran en dicha actividad, con el beneficio de acceder a la pensión en las condiciones indicadas por las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, es decir, los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989, así:

«**ARTÍCULO 4.** Régimen de transición. Los funcionarios de las entidades señaladas en este capítulo que laboren en las actividades descritas en el numeral 1 del artículo 2 de este Decreto, que estuviesen vinculados a ellas con anterioridad a su vigencia, no tendrán condiciones menos favorables, en lo que respecta a la edad para acceder a la pensión de vejez o jubilación, el tiempo de servicio requerido o el número de semanas cotizadas, y el monto de esta pensión, a las existentes para ellos en las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

Para los demás servidores, las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez o jubilación, se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993

¹⁷ «Artículo 4. Los funcionarios de las Entidades señaladas en este capítulo, que laboren en las actividades descritas en los numerales 1o. y 5o. del artículo 2o., de este Decreto, que estuviesen vinculados a ellas con anterioridad a su vigencia, no tendrán condiciones menos favorables, en lo que respecta a la edad para acceder a la pensión de vejez o jubilación, el tiempo de servicio requerido o el número de semanas cotizadas y el monto de ésta pensión, a las existentes para ellos en las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993. Para los demás servidores las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez o jubilación, se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos, particularmente en lo relacionado al monto de las cotizaciones a cargo del respectivo empleador.»



Radicado: 44001 23 33 000 2015 00103 01 (4208-2016)
Demandante: William Giraldo Díaz

y sus reglamentos, particularmente en lo relacionado al monto de las cotizaciones a cargo del respectivo empleador.»

El Decreto Ley 2090 de 2003¹⁸ derogó el Decreto 1835 de 1994 y definió una vez más cuáles actividades son consideradas de alto riesgo, sin incluir las desarrolladas por el personal del DAS. No obstante, la Ley 860 de 2003¹⁹ se ocupó de regular la materia pensional para quienes desempeñaran labores de alto riesgo en el DAS y en su parágrafo 5.º previó un régimen de transición en los siguientes términos:

«Parágrafo 5º. Régimen de transición. Los detectives vinculados con anterioridad al 3 de agosto de 1994 que a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley hubieren cotizado 500 semanas les serán reconocida la pensión de vejez en las mismas condiciones del régimen de transición contenidas en el Decreto 1835 de 1994.»

La norma citada prevé entonces que los detectives que se vincularon al DAS con anterioridad al 3 de agosto de 1994, les siguen aplicando las reglas de transición reguladas en el artículo 4 del Decreto 1835 de 1994, según las cuales se les debe respetar la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de las normas pensionales vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

En cuanto al ingreso base de liquidación para el personal beneficiario de las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, esto es, de los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989, la Sección Segunda del Consejo de Estado advirtió²¹ que se habían emitido diversidad de pronunciamientos dentro de procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y acciones de tutela, en los cuales se consideró que el cambio jurisprudencial que introdujo la sentencia del 28 de agosto de 2018²², que modificó el criterio interpretativo frente al IBL en el régimen de transición y se alineó con el expuesto por la Corte Constitucional a partir de la sentencia C-258 de 2013, conllevaba a considerar que las reglas aplicables a la liquidación de las pensiones de los detectives del DAS se derivaban de la aplicación del artículo 36 de la Ley 100

¹⁸ «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.»

¹⁹ «Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones.»



Radicado: 44001 23 33 000 2015 00103 01 (4208-2016)
Demandante: William Giraldo Díaz

de 1993 y los factores que se deberían incluir son los taxativamente previstos por el Decreto 1158 de 1994²³.

Por lo que en reciente sentencia de unificación, la Sección Segunda del Consejo de Estado fijó las siguientes reglas²⁴:

i) Que los servidores que desarrollaron actividades de alto riesgo del DAS, cobijados por los regímenes de transición de que tratan los Decretos 1835 de 1994, 2090 de 2003 y la Ley 860 de 2003, tienen derecho a que se respeten las condiciones de edad, tiempo de servicios y monto, entendido como el porcentaje o tasa de retorno, señalados por los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989. Sin embargo, el ingreso base de liquidación es el previsto por los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993.

ii) Que los factores salariales a tener en cuenta para liquidar las pensiones allí referidas son los devengados por el servidor que, de acuerdo con el Decreto 1158 de 1994 y demás normas aplicables, constituyen la base de cotización para pensión. En el caso del personal del DAS, la prima de riesgo debe incluirse para liquidar la pensión a partir de la entrada en vigor de la Ley 860 de 2003, en los porcentajes señalados por el artículo 2 de la misma ley.

iii) Que si el empleador no cumplió la obligación de realizar los descuentos en el porcentaje a su cargo y el del empleado, destinados a las cotizaciones para el sistema de pensión sobre los factores devengados que, de conformidad con el Decreto 1158 de 1994 y la Ley 860 de 2003, debían ser base de cotización o si omitió el traslado de la cotización especial por alto riesgo, sin que la entidad de previsión social hubiera adelantado las gestiones pertinentes para su cobro, ello no es oponible al interesado para que la pensión especial se reconozca y liquide de acuerdo con los parámetros indicados en esta sentencia.

Caso concreto



Radicado: 44001 23 33 000 2015 00103 01 (4208-2016)
Demandante: William Giraldo Díaz

La parte apelante considera que el demandante no tiene derecho al reconocimiento pensional toda vez que no acreditó ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, sin discutir la aplicación de la norma especial que permite a los detectives pensionarse con 18 años de servicio y 50 de edad, ni la forma en que el tribunal reconoció la prestación.

La Sala advierte que el demandante nació el 27 de mayo de 1960 y se vinculó al DAS como detective el 24 de febrero de 1981, de modo que no tenía ni 40 años de edad ni 15 de servicio al 1.º de abril de 1994.

Sin embargo, comoquiera que laboraba para el DAS antes del 3 de agosto de 1994, es evidente que se encontraba cobijado por el régimen de transición regulado por el parágrafo 5 del artículo 2 de la Ley 860 de 2003, que remite a las disposiciones del artículo 4 del Decreto 1835 de 1994.

Las anteriores normas no exigen la acreditación de los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para su materialización, resultando aplicable el principio general del derecho según el cual la norma especial prevalece sobre la general, toda vez que la Ley 860 reguló expresamente el régimen pensional para los servidores públicos del DAS con funciones de alto riesgo como los detectives, por lo que su aplicación es preferente.

En consecuencia, no es un requisito indispensable para gozar del régimen de transición de que trata el parágrafo 5 del artículo 2 de la Ley 860 de 2003, norma especial que aplica para los detectives del DAS vinculados con anterioridad al 3 de agosto de 1994.

Ahora bien, pese a que los demás fundamentos de la sentencia no fueron discutidos, la Sala considera que en el presente caso resulta procedente pronunciarse sobre otros aspectos relacionados con el reconocimiento pensional, bajo lo dispuesto por los artículos 187 del CPACA y 328 del CGP, los cuales



Radicado: 44001 23 33 000 2015 00103 01 (4208-2016)
Demandante: William Giraldo Díaz

permiten al juez de segunda instancia adoptar decisiones de oficio siempre que estas no agraven la situación del apelante único.

En ese sentido, esta subsección ha considerado que la pensión de jubilación especial que se reclama, por virtud de lo dispuesto en el parágrafo 5 del artículo 2 de la Ley 860 de 2003²⁵, se aplica a los empleados que cumplan funciones de dactiloscopistas en los cargos de detective agente, profesional o especializado, y «se registrarán por lo establecido en cuanto a régimen de pensión vitalicia de jubilación, por el Decreto-ley 1047 de 1978, cuyas normas serán igualmente aplicables al personal de detectives en sus distintos grados y denominaciones».²⁶ La norma a la que se alude señala lo siguiente:

«Artículo 1. Los empleados públicos **que ejerzan por veinte años continuos o discontinuos** las funciones de las dactiloscopistas en el Departamento Administrativo de Seguridad, y que hayan aprobado el curso de formación en dactiloscopia impartido por el instituto correspondiente de dicho Departamento, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación cualquiera sea su edad.

Artículo 2. Los empleados públicos que hayan aprobado el curso a que se refiere el artículo anterior y que permanezcan al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad **por un término no menor de 18 años continuos** en el desempeño de funciones de dactiloscopista, tendrán derecho a la pensión de jubilación al cumplir 50 años de edad, **siempre que para esta época fueren funcionarios de ese Departamento.**» [Resalta la Sala].

Del primer artículo transcrito se puede concluir que el decreto dispuso que los empleados que se desempeñaran como dactiloscopistas en el DAS por 20 años y que hubieran aprobado el curso de formación impartido por el instituto de dicho ente, tendrían derecho a gozar de una pensión de jubilación a cualquier edad. Sin embargo, en el artículo 2, ordenó que los servidores que hubieran aprobado el curso ya referido y permanezcan al servicio de la entidad por un término no inferior a 18 años continuos como dactiloscopistas, podrían acceder a la prestación al cumplir 50 años de edad, siempre que para ese momento estuvieran vinculados.

Siendo ello así, el demandante no sería beneficiario del derecho pensional regulado en el artículo 1 del Decreto 1047 de 1978 porque no acreditó 20 años de servicio; sin embargo, en relación con lo previsto en el artículo 2, se advierte que, si bien no



Radicado: 44001 23 33 000 2015 00103 01 (4208-2016)
Demandante: William Giraldo Díaz

demonstró que hubiere aprobado el curso de dactiloscopista ni que se encontrara vinculado a la entidad al cumplir los 50 años de edad, tal y como lo exige la literalidad de la norma, esta misma Sala ha considerado que, con base en el artículo 12²⁷ y del literal c) del artículo 15²⁸ del Decreto 1550 de 1978²⁹, así como del artículo 50³⁰ del Decreto 2147 de 1989³¹, es posible inferir que, si el demandante ingresó al DAS como detective rural alumno y permaneció en la institución e incluso fue promovido en los cargos de detective agente y profesional en sus diferentes códigos y grados, es porque aprobó el curso exigido en el Decreto 1047 de 1978, razón suficiente para entender acreditado este requisito³².

Frente a la edad, bajo el supuesto del artículo 2 del Decreto 1047 de 1978, el interesado debe acreditar 50 años «siempre que para esta época fueren funcionarios de ese Departamento», esto es, al servicio del DAS; sin embargo, el señor Giraldo Díaz alcanzó la edad cuando su relación con la entidad había fenecido. Ahora, esta Subsección también ha señalado que la interpretación que corresponde otorgar a esta disposición, en el caso concreto, es que no es necesario el cumplimiento de los 50 años de edad en vigencia del vínculo legal y reglamentario, cuando el interesado ya había acumulado el tiempo de servicio indispensable para estructurar la prestación, aunque la edad sí sea una condición para otorgar el derecho, de manera que la adquisición del estatus jurídico de pensionado ocurrirá cuando se alcance ese momento.

Así las cosas, la Sala considera que debe desatenderse el aparte del artículo 2 del Decreto 1047 de 1978 aludido, por vía de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, en virtud de la cual el operador inaplica un enunciado normativo manifiestamente contrario a los principios, garantías y derechos superiores de la Constitución Política, por desconocerlos o contrariarlos.

Lo anterior, en atención a que, como lo ha indicado la Sala en asuntos similares, la exigencia de cumplir 50 años de edad a fin de consolidar una pensión de vejez, pero que además esto ocurra en la época de vinculación oficial con la entidad, resulta violatorio del derecho a la igualdad y desproporcionado frente a la situación de quienes logran acreditar 20 años de labor, pues a estos últimos no se les exige la



Radicado: 44001 23 33 000 2015 00103 01 (4208-2016)
Demandante: William Giraldo Díaz

permanencia en el servicio estatal, con lo que, además, se vulnera el principio de favorabilidad de quienes acreditan el cumplimiento de los requisitos de tiempo de servicio y edad necesarios para ser titular de una pensión especial de jubilación.

Resulta importante destacar igualmente, que si el artículo 2 del Decreto 1047 de 1978 pretendía generar algún beneficio o flexibilizar los requisitos para quienes hubiesen acumulado un tiempo considerable de servicio, implica entender que, exigirle a estos servidores que permanezcan hasta los 50 años al servicio del DAS, no resultaría acorde con la finalidad de la norma, si se tiene en cuenta que se debían vincular entre los 20 y 26 años de edad, según lo dispuesto en el Decreto 1550 de 1978.

De modo que si un detective se vincula, incluso en la edad máxima posible de ingreso (26 años), al alcanzar el tiempo de servicio (18 años) cumpliría apenas 44 de edad, y no colmaría el requisito de permanecer hasta los 50 años en vigencia del vínculo legal y reglamentario, como lo establece la norma; lo que se traduce en que dicha disposición carecería de un efecto útil, ya que ningún servidor lograría acreditar esos supuestos y, a la postre, le correspondería una carga mayor y de imposible cumplimiento.

En consecuencia, si el propósito de la disposición era disminuir la rigurosidad de los preceptos que le permitían alcanzar el estatus de pensionado, imponer condicionamientos que superen tal propósito haría inane el fin pretendido y conllevaría a dar un tratamiento desigual entre detectives con una expectativa similar ante la ley.

Por lo expuesto, y en atención a que el señor William Giraldo Díaz se vinculó al DAS con anterioridad al 3 de agosto de 1994; a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003 ya había cotizado 941 semanas³³; acreditó más de 18 años de servicio en calidad de detective; y cumplió los 50 años de edad el 27 de mayo de 2010, la Sala concluye que sí es beneficiario del régimen especial previsto en el artículo 2 del Decreto 1047 de 1978, por virtud de lo dispuesto en los artículos 2, parágrafo 5 de la Ley 860 de 2003, 4 del Decreto 1835 de 1994 y 10 del Decreto 1933 de 1989.



Radicado: 44001 23 33 000 2015 00103 01 (4208-2016)
Demandante: William Giraldo Díaz

Por último, en cuanto a la forma de liquidar la prestación, con sustento en la sentencia de unificación SUJ-028-CE-SE-2022 del 28 de julio de 2022³⁴, la prestación que se le debe reconocer al aquí demandante, deberá liquidarse con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, anteriores a la fecha de retiro, toda vez que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante contaba con 33 años, 10 meses y 5 días de edad.

En cuanto a los factores salariales a tenerse en cuenta, serían los previstos en el Decreto 1158 de 1994 y la prima de riesgo en los porcentajes señalados por el artículo 2 de la Ley 860 de 2003. De manera que de aquellos que el demandante percibió solo tiene derecho a que sean incluidos en el IBL la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, pero no se computará la prima de riesgo, toda vez que esta constituye factor salarial a partir de la Ley 860 de 2003 y el demandante se retiró en el año 1999, por lo que, en ese sentido, se modificará la sentencia de primera instancia.

Finalmente, se advierte que el demandante adquirió el derecho a percibir la pensión el 27 de mayo de 2010, fecha en la cual adquirió el respectivo estatus jurídico por cumplir la edad exigida en la ley; no obstante, aquel presentó la reclamación administrativa ante la UGPP el 23 de diciembre de 2014, mientras que la demanda la promovió el 14 de julio de 2015³⁵, por lo que se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 23 de diciembre de 2011.

De la condena en costas

De acuerdo con lo expuesto en el artículo 188 del CPACA y en sentencia del 7 de abril de 2016 de esta Subsección²⁰, la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo. Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.



Radicado: 44001 23 33 000 2015 00103 01 (4208-2016)
Demandante: William Giraldo Díaz

en costas, bien sea total o parcial o con abstención; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación, sin que en ella se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Conforme a las anteriores reglas, y atendiendo lo dispuesto en los numerales 1 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso²¹, la Sala se abstendrá de condenar en costas de segunda instancia a la UGPP en atención a que su recurso de apelación resultó parcialmente favorable.

Decisión de segunda instancia

En conclusión, la Sala considera que las pretensiones de la demanda deben despacharse favorablemente, toda vez que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación del régimen especial de los servidores del DAS; no obstante, en atención a lo dispuesto en los artículos 187 del CPACA y 328 del CGP y a que la presente decisión no afecta o hace más gravosa la situación del apelante único, se modificará la sentencia de primera instancia, para liquidar la prestación con base en el 75% del promedio de lo cotizado en los 10 años anteriores a su retiro definitivo del servicio, con la inclusión de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados.

De igual forma, se adicionará un ordinal el cual quedará de la siguiente forma:

Primero bis: Inaplicar, por vía de excepción de inconstitucionalidad, la expresión «siempre que para esta época fueron funcionarios de ese Departamento», contenida en el artículo 2 del Decreto 1047 de 1.978, por las razones expuestas en esta decisión.

En lo demás, se confirmará la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre

²¹ «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».



Radicado: 44001 23 33 000 2015 00103 01 (4208-2016)
Demandante: William Giraldo Díaz

de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. ADICIONAR un ordinal a la sentencia proferida el 24 de junio de 2.016, el cual quedará de la siguiente forma:

Primero bis: Inaplicar, por vía de excepción de inconstitucionalidad, la expresión «siempre que para esta época fueren funcionarios de ese Departamento», contenida en el artículo 2 del Decreto 1047 de 1.978, por las razones expuestas en esta decisión.

SEGUNDO. MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia, el cual quedará así:

Segundo: Condenar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) a reconocer, liquidar y pagar la pensión de jubilación del señor William Giraldo Díaz, identificado con cédula 17.352.337 teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo cotizado en los 10 años anteriores al retiro definitivo del servicio, con la inclusión de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados.

TERCERO. CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 24 de junio de 2016 por el Tribunal Administrativo de La Guajira, que accedió a las pretensiones de la demanda, en el proceso promovido por el señor William Giraldo Díaz, contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. Sin costas en esta instancia.

QUINTO. Aceptar la renuncia al poder presentada por el abogado Jorge Fernando Camacho Romero, como apoderada judicial de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), en la forma y términos del escrito obrante a índice 21 de la plataforma Samai.



Radicado: 44001 23 33 000 2015 00103 01 (4208-2016)
Demandante: William Giraldo Díaz

SEXTO. En firme esta providencia, devolver el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones en el aplicativo Samai.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Los consejeros,

JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ