

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO
SISTEMA ORAL – DESPACHO No. 003

ESTADOS – AVISOS

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-03-administrativo-de-narino.jsessionid=32D650D2D5051FC550B5AD9DC5520C72.worker4>

Fecha: 19 de abril de 2021

MAGISTRADA PONENTE: SANDRA LUCIA OJEDA INSUASTY

En este documento puede consultar las providencias notificadas

PSO NRO.	MEDIO DE CONTROL	Partes ACTO OBJETO DE CONTROL:	AUTO	FECHA AUTO
1. 52001-23-33-000-2020-00094-00	Nulidad y restablecimiento del Derecho	Demandante: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP Demandado: Luis Eduardo Ipiales López	Auto que decide medida cautelar de suspensión provisional del acto acusado	16 de abril de 2021



OMAR BOLAÑOS ORDOÑEZ
Secretario Tribunal Administrativo de Nariño

Consulta de Procesos Rama Judicial -

<https://consultaprocesos.ramajudicial.gov.co/Procesos/Index>

Despacho 03 Magistrada Sandra Lucia Ojeda Insuasty

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del Derecho
Radicación: 52001-23-33-000-2020-00094-00
Demandante: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP
Demandado: Luis Eduardo Ipiales López
Referencia: Auto que decide medida cautelar de suspensión provisional del acto acusado

Auto Interlocutorio N° D003 - 124 -2021

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO
SALA UNITARIA DE DECISIÓN**

MAGISTRADA PONENTE: SANDRA LUCÍA OJEDA INSUASTY

San Juan de Pasto, dieciséis (16) de abril de dos mil veintiuno (2021).

I. ASUNTO.

Procede la Sala a resolver la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional de los siguientes actos administrativos:

- Resolución N° 513 de 20 de enero de 2009 expedida por la extinta CAJANAL, en virtud de la cual se reconoció una pensión de vejez al demandado.
- Resolución N° PAP 12939 de 9 de septiembre de 2010 expedida por la extinta CAJANAL, mediante la cual se reliquidó la pensión de vejez del demandado.
- Resolución N° RDP 036971 de 10 de septiembre de 2015, en virtud de la cual se reliquidó la pensión del señor Ipiales López.

La petición en comento la formuló el apoderado de la parte actora de manera simultánea con la demanda.

II. ANTECEDENTES.

2.1. La demanda y solicitud de medida cautelar.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, actuando por conducto de apoderado judicial debidamente constituido, radicó demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando que se declare la nulidad de los siguientes actos:

- Resolución N° 513 de 20 de enero de 2009 expedida por la extinta CAJANAL, en virtud de la cual se reconoció una pensión de vejez al demandado.

- Resolución N° PAP 12939 de 9 de septiembre de 2010 expedida por la extinta CAJANAL, mediante la cual se reliquidó la pensión de vejez del demandado.
- Resolución N° RDP 036971 de 10 de septiembre de 2015, en virtud de la cual se reliquidó la pensión del señor IpiALES López.

En torno a la solicitud, es pertinente señalar que la demanda se sustenta en términos generales, en los hechos que se resumen así (documento en PDF "5 DEMANDA- UGPP VS LUIS EDUARDO IPIALES_000006"):

- El señor Luis Eduardo IpiALES nació el 8 de marzo de 1964 y prestó sus servicios al INPEC desde el 16 de marzo de 1987 hasta el 30 de abril de 2009, desempeñando varios cargos. El último cargo fue el de inspector - código 5179, Grado 13, en el cual inició el 27 de febrero de 2000 y el último lugar de prestación de servicios fue el Municipio de Tumaco.
- Preciso que el tiempo que se tuvo en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez, se cuenta desde el 1 de octubre de 1980 hasta el 30 de abril de 2009, periodo en el cual se encontraba afiliado a la extinta CAJANAL.
- Cajanal le negó el reconocimiento de una pensión de vejez al señor IpiALES López, mediante Resoluciones N° 2834 de 26 de enero de 2006 y 2070 de 29 de enero de 2008, al considerar que no cumplía con 20 años de servicios al INPEC.
- Con posteridad, se reconoció la pensión en virtud de la Resolución N° 513 de 20 de enero de 2009 de conformidad con lo estipulado en la Ley 32 de 1986, no obstante, aclara que el requisito de los 20 años de servicios allí establecido se completó después del 28 de julio de 2003, cuando entró en vigencia el Decreto 2090 de 2004. Dicha prestación fue posteriormente reliquidada mediante Resolución N° PAP 12939 de 9 de septiembre de 2010.
- Más adelante, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pasto, ordenó mediante fallo calendarado al 20 de marzo de 2013, en el proceso radicado N° 2011-00251, la reliquidación de la pensión que devenga el demandado, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a su retiro del servicio, providencia que fue modificada por esta Corporación en segunda instancia, mediante sentencia del 28 de noviembre de 2014, en el sentido de excluir de la reliquidación ordenada el sueldo de vacaciones además de la bonificación especial de recreación que se excluyó en la sentencia de primera instancia. La ejecutoria de la sentencia tuvo lugar el 15 de enero de 2015.
- La UGPP dio cumplimiento a lo anterior, mediante Resolución N° RDP 036971 de 10 de septiembre de 2015.
- La UGPP negó la reliquidación de la pensión solicitada por el demandante, mediante Resolución N° 5703 de 10 de febrero de 2016, la cual fue confirmada mediante Resolución N° RDP 15571 de 13 de abril de 2016, en virtud de la cual se resolvió el recurso de apelación presentado.

- Pese al reconocimiento de la pensión de vejez realizado a favor del señor Luis Eduardo Ipiales, este no contaba con 40 años de edad ni 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 – 1 de abril de 1994 -, por ello no es beneficiario del régimen de transición previsto en dicha norma.
- El pago de la pensión de jubilación al demandado afecta el erario público.
- De acuerdo a la edad y tiempo de servicios laborado por el señor Luis Eduardo Ipiales, la entidad competente para reconocer la pensión es Colpensiones y no la UGPP.

En el concepto de violación de la demanda, la UGPP expuso en síntesis que, el demandado no cumplía los requisitos para ser beneficio del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, en esta medida, no podía aplicarse en su caso el régimen especial contemplado en la Ley 32 de 1986 para los trabajadores del INPEC.

Indicó que, si bien el Decreto 407 de 1994 que regula el régimen para los trabajadores del INPEC, estableció la posibilidad que los vinculados en la fecha de su expedición, tenían derecho a pensionarse con los requisitos previstos en la Ley 32 de 1986, la jurisprudencia del Consejo de Estado condicionó tal aplicación al cumplimiento de uno de los requerimientos del régimen de transición estipulados en el art. 36 de la Ley 100 de 1993.

Añadió que, en virtud del principio de favorabilidad, es dable aplicar al caso el Decreto 2090 de 2003, en virtud del cual se creó una pensión de vejez para los afiliados al régimen de prima media con prestación definida en el Sistema General de Pensiones para las personas que se dediquen a actividades de alto riesgo, dentro de los cuales se encuentran los trabajadores del INPEC, norma que sería aplicable al caso del señor Luis Eduardo Ipiales y, en virtud del traslado masivo que debe efectuar Cajanal de sus afiliados a Colpensiones, es dicha entidad a quien le corresponde efectuar el reconocimiento de la pensión, previo el cumplimiento de los requisitos de edad (55 años) y semanas cotizadas (1300) para efectos del reconocimiento pensional reclamado.

2.2. Respuesta del señor Luis Eduardo López Ipiales frente al escrito de medidas cautelares (carpeta de archivos “CUADERNO MEDIDA CAUTELAR” – documento en PDF “6. Descorre medida cautelar demandado”).

El apoderado judicial del señor Luis Eduardo Ipiales López¹ dio contestación a la petición de medidas cautelares solicitadas por la UGPP, dentro del término legal concedido para el efecto², en los siguientes términos:

- Indicó que el señor Luis Eduardo Ipiales prestó sus servicios en el INPEC desde el 16 de marzo de 1987 hasta el 30 de abril de 2009, por un total de 22 años, 1 mes y 14 días.

¹ Poder aportado con la contestación de la medida cautelar.

² El traslado de la medida cautelar se surtió entre el 17 y el 21 de febrero de 2020, teniendo en cuenta que la notificación personal de la demanda y la solicitud de las medidas, se efectuó el 14 de febrero de 2020 (fls. 145 CD ppal y 15 CD de medidas cautelares).

- De conformidad con lo previsto en el art. 96 de la Ley 32 de 1986, el demandado cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, es decir, la acreditación de 20 años de servicios al INPEC, sin atender a la edad.
- Toda vez que el estatus pensional lo alcanzó el 16 de marzo de 2007, la entidad demandada le reconoció la pensión mediante Resolución N° 513 de 20 de enero de 2009.
- Preciso que el Acto Legislativo N° 01 de 2005 en su parágrafo 5, estableció que de acuerdo a lo dispuesto en el art. 140 de la ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de tal decreto, a los miembros del INPEC se les aplicaría el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo y a los que ingresaron con anterioridad al 26 de julio de 2003 – fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, tenían derecho a que se aplique la Ley 32 de 1986, para lo cual debían cubrirse las cotizaciones correspondientes. Indica que, en virtud de esa interpretación, se le reconoció la pensión
- Expresó que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, no es necesario acreditar los requisitos previstos en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, para acceder al régimen de transición previsto en el art. 6 del Decreto 2090 de 2003, en virtud del principio de favorabilidad.
- Dado que el demandado ingresó al INPEC el 16 de marzo de 1987, es claro que para el 28 de julio de 2003 contaba con más de 500 semanas de cotización que se exigen en el Decreto 2090 antes referido.
- Añade que el art. 231 del C.P.A.C.A. exige prueba siquiera sumaria con la expedición de los actos acusados, lo cual no se demostró en este proceso. Considera que no basta con decir que existe afectación al patrimonio público, pues de acuerdo a lo indicado en la norma, ello debe probarse.
- Contrario a esta situación, estima que la suspensión del pago de la mesada pensional al demandado si le causaría un perjuicio irremediable, pues esta se constituye en su única fuente de ingresos con la cual sufraga sus gastos y los de su núcleo familiar.

Por lo expuesto, solicitó que se niegue la suspensión de los actos acusados pues además no se demostró que el demandado actuara con dolo y el reconocimiento pensional se efectuó conforme las normas constitucionales y legales pertinentes.

III. CONSIDERACIONES.

3.1. Problemas Jurídicos.

La Sala estima que deben resolverse los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿Procede la suspensión provisional de los siguientes actos administrativos:

- Resolución N° 513 de 20 de enero de 2009 expedida por la extinta CAJANAL, en virtud de la cual se reconoció una pensión de vejez al demandado.
 - Resolución N° PAP 12939 de 9 de septiembre de 2010 expedida por la extinta CAJANAL, mediante la cual se reliquidó la pensión de vejez del demandado.
 - Resolución N° RDP 036971 de 10 de septiembre de 2015, en virtud de la cual se reliquidó la pensión del señor Ipiates López.
2. ¿Se logró demostrar en este caso, el cumplimiento del requisito que alude a la apariencia de buen derecho – *fumus boni iuris* – para el decreto de la medida cautelar?
3. ¿Se acreditó el perjuicio irremediable, presupuesto para el decreto de las medidas cautelares requeridas?

3.2. Tesis

La tesis que defenderá la Sala, es que la medida cautelar debe negarse, en tanto del examen de los documentos aportados con la demanda, se concluye que el demandado es beneficiario del régimen de transición previsto en el art. 6 del Decreto 2090 de 2003, que exige acreditar 500 semanas de cotización en actividades de alto riesgo para el 28 de julio de 2003, condición que se cumple en este caso.

No es dable exigir la acreditación de edad y tiempo de servicios previstos en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, pues de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado esta interpretación es desfavorable a los intereses del trabajador, por lo que debe aplicarse el principio de favorabilidad y asumir que se exige la acreditación de las 500 semanas en actividades de alto riesgo a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, como se prevé en el primer inciso de la norma en comento.

3.3. De las medidas cautelares.

Inicialmente, ha de indicarse que el artículo 238 de la Constitución Política de 1991 atribuye a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la competencia para “*suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial*”, de ahí que sea posible afirmar que la suspensión constituye una excepción a la presunción de legalidad que ampara las decisiones de la Administración, en los eventos de infringir las normas superiores en que deben fundarse.

Así pues, debe manifestarse que con la expedición de la Ley 1437 del 2011, se suscitó un cambio paradigmático frente a la regulación del decreto de las medidas cautelares contenida en el antiguo Código Contencioso Administrativo, incluyendo una lista adicional, junto a la ya conocida suspensión provisional de actos administrativos.

Esta norma introdujo como novedad, el decreto de medidas cautelares en todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, las cuales

pueden pedirse en cualquier estado del proceso, incluyendo la segunda instancia, cuya finalidad es la de proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, buscando con ello la prevalencia del derecho sustancial.

Por lo anterior, puede referirse a medidas cautelares preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, las cuales para su decreto, deben tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda³.

3.3.1. Requisitos generales y específicos de las medidas cautelares.

Pues bien, resulta oportuno señalar que la regulación normativa de las medidas cautelares se encuentra dispuesta en los artículos 229 a 235 de la Ley 1437 de 2011. Y, de su lectura, es factible concluir que han sido establecidos requisitos generales y específicos; los primeros, predicables para todas las cautelares con las excepciones que allí se consagran; y los segundos, que dependen de la clase de medida cuya aplicación se pide al juez (suspensiva y/o negativa o prestacional y/o positiva). De esa manera, a los primeros se les denomina requisitos de procedibilidad, mientras que a los segundos, exigencias de fondo, para efectos de decretar una cautela de carácter positivo o prestacional⁴.

Precisado lo anterior, la Sala los examinará en los siguientes términos:

3.3.2. Requisitos generales o de procedibilidad.

Así entonces, previo el análisis de fondo de la solicitud, se considera necesario aludir a los requisitos que se han de cumplir desde el punto de vista formal, previstos en los artículos 229 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los que se mencionan a continuación:

❖ **Iniciativa:** está restringida a petición de parte debidamente sustentada.

³ Justamente, la norma prevé que es factible decretar la suspensión de una actuación de la administración, incluso, contractual:

“Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

2. Suspender un procedimiento **o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual.** A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

Parágrafo. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.” (Se resalta).

⁴ El esquema y la argumentación propuesta se deriva del Módulo de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, titulado “Juicio por audiencias”. Rama Judicial del Poder Público. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. El Juicio por audiencias en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Primera parte Tomo I. Pág. 194.

❖ **Límite temporal:** desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso (art. 233 del C.P.A.C.A.).

❖ **Clase de proceso:** declarativo (Art. 229 C.P.A.C.A.).

❖ **Conexidad:** la medida debe tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda (art. 230 del C.P.A.C.A.).

❖ **Garantías:** como regla general, el solicitante debe otorgar caución con el fin de garantizar los perjuicios que puede ocasionar con la práctica de la medida cautelar, en cuyo caso, el operador judicial determinará la modalidad, cuantía y demás condiciones de la misma.

❖ **Trámite (art. 233 del C.P.A.C.A.):** recibida la solicitud de medida cautelar, en auto separado se ordena correr traslado a la contraparte. De dicho trámite se exceptúan las medidas cautelares de urgencia (art. 234 C.P.A.C.A.).

Aplicado lo anterior al caso de estudio, observa el despacho que los anteriores requerimientos fueron cumplidos a cabalidad, así:

❖ La solicitud de medidas cautelares se presentó simultáneamente con el escrito de la demanda (folio 9 - cuaderno principal y 1 a 13 - cuaderno de medidas cautelares⁵).

❖ Se trata de un proceso de carácter declarativo (nulidad y restablecimiento del derecho).

❖ La cautela solicitada tiene relación directa con las pretensiones de la demanda (página 5 – archivo en PDF “5 DEMANDA- UGPP VS LUIS EDUARDO IPIALES_000006”).

❖ Se realizó la notificación personal del auto admisorio de la demanda y del auto que corre traslado de la solicitud de medida cautelar al correo suministrado por la UGPP correspondiente al señor Luis Eduardo IpiALES, el día 10 de marzo de 2021 (documento en PDF “17 Notificación demandado”)

❖ El traslado para contestar la medida cautelar se surtió entre el 17 y el 24 de marzo de 2021. La contestación se presentó el 16 de marzo de 2021 (Carpeta de archivos CUADERNO MEDIDA CAUTELAR, documento en PDF “6. Descorre medida cautelar demandado”)⁶, es decir, dentro del término previsto para el efecto.

❖ No es necesaria la caución ya que se requiere la suspensión provisional de los efectos de actos administrativos.

3.3.3. Requisitos de fondo para el decreto de la medida cautelar.

⁵ Aunque no se anexó en escrito aparte, la solicitud de medidas cautelares realizada en la demanda subsanada, examinados los escritos de medidas cautelares de la demanda original y el que se aporta con la demanda subsanada, se observa que no hay diferencias en sus contenidos.

⁶ Secretaría dio cuenta del asunto al despacho el 26 de marzo de 2021 (Carpeta de archivos CUADERNO MEDIDA CAUTELAR, documento en PDF “7. CUENTA SECRETARIAL RESOLVER MEDIDA CAUTELAR”). La vacancia judicial por semana santa transcurrió entre los días 29 de marzo y 2 de abril del año en curso.

De manera general, es posible afirmar que los requisitos de fondo para que proceda la medida, dependen de la clase de cautela que se solicite y el medio de control que se utilice, a saber:

1.- Medida cautelar de suspensión de los efectos de un acto administrativo o medida negativa en una acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Se deben cumplir los requisitos del inciso 1º del precitado artículo 231, **esto es, que el acto transgrede una norma superior, pero, además, la acreditación sumaria del perjuicio.**

En relación con el requisito de la acreditación sumaria de un perjuicio, tratándose de medidas cautelares que se solicitan para la suspensión de los efectos de un acto administrativo, es pertinente señalar que el Consejo de Estado, en providencia del 7 de febrero de 2019⁷, enfatizó en la necesidad de probar al menos sumariamente la existencia de un perjuicio además de verificarse una violación de las normas superiores invocadas:

“6.3.3.- Requisitos de Procedencia Específicos de la Suspensión Provisional de los efectos del acto administrativo. La Sala los denomina «requisitos de procedencia específicos» porque se exigen de manera particular para cada una de las diferentes medidas cautelares enlistadas, a modo enunciativo, en la Ley 1437 de 2011.⁸ Entonces, en cuanto a los requisitos de procedencia específicos, si se pretende la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado – medida cautelar negativa-, se deben tener en cuenta otras exigencias adicionales que responden al tipo de pretensión en el cual se sustente la demanda⁹ así: (a) si la demanda tiene únicamente la pretensión de nulidad del acto administrativo demandado, se debe verificar que exista una violación de las normas superiores invocadas, tras confrontar el acto demandado con estas o con las pruebas aportadas con la solicitud;¹⁰ y (b) si la demanda además de la nulidad del acto administrativo pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, además de verificarse que exista una violación de las normas superiores invocadas **debe probarse al menos sumariamente la existencia de los perjuicios.**”¹¹

2.- Medidas cautelares prestacionales o positivas, en nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, las que como se ha argumentado deben estar precedidas de la petición de suspensión provisional del acto, en cuyo caso será necesario acreditar los requisitos del inciso 1º del prenombrado artículo 231, más las condiciones prescritas en su 2º inciso, con la salvedad que los últimos subsumirían a los primeros en tanto el análisis de los criterios de “aparición de buen derecho y juicio de ponderación”, equivalen al estudio acerca de la legalidad del acto.

⁷ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, Subsección B - Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez - Bogotá D.C., siete (07) de febrero de dos mil diecinueve (2019) Expediente: 05001-23-33-000-2018-00976-01 (5418-2018) Tipo de proceso: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES - Demandadas: Mercedes Judith Zuluaga Londoño / Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales (UGPP) - Decisión: Revocar la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto demandado.

⁸ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

⁹ Por esta razón en el acápite de antecedentes de esta providencia se hizo alusión al medio de control ejercido por el demandante y a las pretensiones de la demanda, toda vez que el legislador en la Ley 1437 de 2011 puso estos como elementos determinantes para el tipo de requisitos que el juez debe analizar al momento resolver sobre el decreto de la medida cautelar.

¹⁰ Artículo 231, inciso 1º, Ley 1437 de 2011.

¹¹ Artículo 231, inciso 2º, Ley 1437 de 2011.

En ese sentido, el artículo 231 del C.P.A.C.A. determina como requisitos para que la medida proceda, los siguientes:

- 1.- Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
- 2.- Que el demandante haya demostrado, aunque sea sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
- 4.- Adicionalmente, se debe cumplir una de las siguientes condiciones:

- a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable o
- b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

Corolario de lo sustentado, es dable sostener que la finalidad de las medidas cautelares a la luz de los preceptos de la actual norma contenciosa administrativa – Ley 1437 del 2011 – se dirige a resguardar los derechos subjetivos objeto del litigio y la eficacia de la administración de justicia, **“los cuales podrían verse menguados por la tardanza en la resolución de fondo del litigio. De esta manera, las medidas cautelares son, en esencia, preventivas y provisionales, y descansan en el loci propuesto por Chiovenda según el cual «el tiempo necesario para tener razón no debe causar daño a quien tiene razón»^{12.}”¹³**

3.4. Principios *periculum in mora* y *fumus boni iuris*.

La Sala ha de manifestar que el sistema cautelar previsto en la Ley 1437 de 2011, se edifica en dos pilares fundamentales, a saber: los principios del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*, en virtud de los cuales siempre tendrá que ser acreditado en el proceso, el peligro que constituye no adoptar la medida oportunamente, y la apariencia del buen derecho, respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio¹⁴.

Así, entonces, ha de indicarse que la apariencia de buen derecho se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional, con fundamento en un conocimiento sumario de los hechos y juicios de probabilidad, la posible existencia de un derecho. Mientras que el perjuicio en mora, exige la verificación de un perjuicio ante el transcurso del tiempo y la insatisfacción de ese derecho¹⁵.

3.5. Referente normativo – normatividad legal aplicable en materia pensional, a los empleados del Instituto Penitenciario y Carcelario –

¹² Chiovenda, G, «Notas a Cass. Roma, 7 de marzo de 1921.» Giur.CIV e Comm., 1921», p.362. Cita realizada por el consejero William Hernández Gómez en la obra publicada por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla «El Juicio por Audiencias, En la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo» Tomo I, pág., 237.

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Auto del 18 de julio de 2018. Radicación N° 11001-03-25-000-2015-00776-00(2552-15).

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto de 13 de mayo de 2015. Radicación N° 11001-03-26-000-2015-00022-00 (53057).

¹⁵ Consejo de Estado. Sala Plena. Auto de 17 de marzo de 2015. Radicación N° 11001- 03-15-000-2014-03799-00.

INPEC – régimen de transición previsto en el decreto 2093 de 2003 y el artículo 36 de la ley 100 de 1993

- **De los requisitos para obtener la pensión de los trabajadores del INPEC – evolución normativa.**

Antes de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones dispuesto en la Ley 100 de 1993, los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Penitenciaria Nacional, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1º de la Ley 33 de 1985¹⁶, estaban exceptuados del régimen general previsto en la citada ley para los empleados oficiales, por gozar de un régimen especial consagrado en la Ley 32 de 1986, ley que en su artículo 1º, consagró su campo de aplicación en los siguientes términos:

“ARTICULO 1º.-Materias que regulan la presente Ley. *La presente ley regula todo lo relativo al ingreso, formación, capacitación, ascensos, traslados, retiros, administración y régimen prestacional del personal de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional”.* (Subraya el juzgado).

El artículo 10 de la norma en cita, determinó que el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional está compuesto por oficiales, suboficiales y guardianes, quienes dependen directamente del Comando de Vigilancia de la Dirección General de Prisiones.

Y en lo atinente a la pensión de jubilación, su artículo 96 dispuso lo siguiente:

“ARTICULO 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.”*

Por su parte, el artículo 114 ibídem, consagra:

“ARTICULO 114.-Normas subsidiarias. *En los aspectos no previstos en esta Ley o en sus decretos reglamentarios, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, se les aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales”.*¹⁷

Posteriormente, el artículo 140 de la ley 100 de 1993, señaló que los servidores públicos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacional Penitenciaria, en razón al tipo

¹⁶ “El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. <Ver Artículo 45 Decreto Nacional 1045 de 1978>.”

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno. Modifica el Artículo 25 Decreto Nacional 2400 de 1968 Decreto Nacional 1950 de 1973 Artículo 86 Decreto Nacional 1848 de 1969. (...)

¹⁷ El contenido de esta disposición se mantuvo en el artículo 184 del Decreto 407 de 1994.

de labores que ejercen, realizan actividades de alto riesgo, por lo que debían tener un régimen especial en materia de pensiones, el cual sería expedido por el Gobierno Nacional de conformidad con la Ley 4ª de 1992, observemos:

“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.” (Subrayado y resaltado del juzgado).

Posteriormente se expidió la Ley 65 de 1993, “Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”, en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno Nacional por el artículo 172 de dicha ley, el Presidente de la República expidió el Decreto-Ley 407 de 1994, “por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario”.

El artículo 168 de este decreto (derogado posteriormente por el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003¹⁸), dispuso:

*“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 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.”* (Negrillas del Juzgado).

El artículo 168 del citado Decreto-Ley 407 de 1994 se refirió explícitamente al artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y consagró un régimen especial para el personal de custodia y vigilancia del INPEC, conformado por la Ley 32 de 1986, para los que ya estaban ejerciendo esa actividad antes de la entrada en vigencia del Decreto 407

¹⁸ Artículo 11 – Decreto 2090 de 2003: **“Artículo 11. Vigencia y derogatorias.** *El presente decreto registrará a partir de su publicación y deroga todas las normas que le sean contrarias, en particular, el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, los Decretos 1281, 1835, 1837 y el artículo 5º del Decreto 691 de 1994, el Decreto 1388 y el artículo 117 del Decreto 2150 de 1995 y el Decreto 1548 de 1998.”* (Negrillas del Juzgado).

de 1994, y el que señalara el Gobierno Nacional, para los que se vincularon al Cuerpo de Custodia y Vigilancia con posterioridad.

El numeral 2º del artículo 17 de la Ley 797 de 2003 “*por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales*”, confirió facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para regular el tema de los trabajadores de alto riesgo así:

“Facultades extraordinarias. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese por seis (6) meses al Presidente de la República de facultades extraordinarias para:

(...)

2. Expedir o modificar las normas relacionadas con el régimen legal para los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo y en particular para modificar y dictar las normas sobre las condiciones, requisitos y beneficios, incluyendo la definición de alto riesgo, conforme a estudios y criterios actuariales de medición de disminución de expectativa de vida saludable y ajustar las tasas de cotización hasta en 10 puntos, siempre a cargo del empleador, con el objeto de preservar el equilibrio financiero del sistema.” (negrillas propias).

En virtud de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República en el artículo 17 de la Ley 797 de 2003, se expidió el Decreto 2090 de 2003 “*Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades*”, el cual derogó la normatividad anterior (Decreto-Ley 407 de 1994), y en el artículo 4º establece las condiciones y requisitos para obtener la pensión especial de jubilación para los trabajadores de alto riesgo entre los cuales se encuentran los funcionarios del INPEC:

“Artículo 4º. Condiciones y requisitos para tener derecho a la pensión especial de vejez. La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:

1. Haber cumplido 55 años de edad.

2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años”. (Negrillas del juzgado).

De lo expuesto en precedencia, es factible concluir lo siguiente:

- **El artículo 1º de la ley 33 de 1985**, exceptuó de su aplicación a los servidores que laboraran en actividades que por su naturaleza justificara la excepción que la ley haya determinado expresamente y a los cobijados por

un régimen especial de pensiones, como acontece con los trabajadores del INPEC.

- **La ley 32 de 1986** estableció un régimen especial para los trabajadores del INPEC en materia de pensiones, por cuanto en su artículo 96 dispuso que estos servidores accedían al derecho a pensionarse únicamente con el cumplimiento del requisito de tiempo de servicios (20 años), independientemente de la edad del trabajador. Acota la Sala que en dicha norma también se dispuso acudir a la aplicación de las normas vigentes para los empleados públicos nacionales, en lo que no regulara la citada ley.
- Posteriormente, la **Ley 100 de 1993** estableció en su artículo 140 que los servidores del INPEC que realizan actividades de alto riesgo por la naturaleza de su labor, ameritaban la constitución de un régimen especial en materia de pensiones para estos trabajadores, que debía ser expedido por el Gobierno Nacional de conformidad con la Ley 4ª de 1992.
- En este marco, se expidió el **Decreto Ley 407 de 1994**, en virtud del cual se estableció el régimen de personal de los servidores del INPEC, en cuyo artículo 168 se dispuso que los servidores de la mencionada entidad vinculados a esa fecha, tenían derecho a gozar de una pensión de jubilación **según lo previsto en el artículo 96 de la ley 32 de 1986**, es decir, se consagró de esta forma un régimen especial para los trabajadores del INPEC, que remitía a lo señalado en la ley 32 ya referida.
- Con posterioridad, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 2090 de 2003**, en el cual se definieron las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modificaron condiciones, requisitos y beneficios para los trabajadores que laboran en dichas actividades, **norma que derogó lo codificado en el Decreto ley 407 de 1994**, que en su artículo 4 previó las condiciones para la obtención de la pensión de jubilación por parte de estos trabajadores, entre los que se encuentran los empleados del INPEC.
- Así, en la norma en comento, se estableció como condiciones para acceder a la pensión de vejez para estos trabajadores, **el cumplimiento de 55 años de edad y la cotización del número mínimo de semanas previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993**, modificada por el artículo 9 de la ley 797 de 2003 y la disminución de un 1 año por cada sesenta semanas de cotización especial a las mínimas requeridas en la ley 100, sin que la edad para obtener la pensión, pudiera ser inferior a los 50 años.

Hasta este punto, el despacho ha expuesto lo pertinente a las normas que regulan el régimen especial que en materia de pensiones tienen derecho los trabajadores del INPEC, siendo la última norma que se encuentra vigente, el **Decreto 2090 de 2003**¹⁹.

No obstante, también es preciso tratar el tema concerniente al régimen de transición previsto en el Decreto 2090 de 2003, que remite a su vez a lo normado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, normas que se estatuyen con el fin de

¹⁹ Teniendo en cuenta lo señalado en el Decreto 2655 de 17 de diciembre de 2014, en virtud del cual se amplió la vigencia del régimen de pensiones especiales para las actividades de alto riesgo previstas en el Decreto número 2090 de 2003, hasta el 31 de diciembre del año 2024.

dar aplicación al régimen anterior, respecto a los trabajadores del INPEC que cumplen los requisitos señalados en dicha normatividad, punto que se definirá enseguida.

- **Régimen de transición previsto en el Decreto 2093 de 2003 y el artículo 36 de la ley 100 de 1993 – interpretación de acuerdo al principio de favorabilidad.**

Ahora bien, en este punto, es pertinente señalar que el decreto 2090 de 2003, estableció en su artículo 6 un “régimen de transición” para los trabajadores del INPEC, en los siguientes términos:

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

PARÁGRAFO. *Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, **deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003***²⁰. (negritas propias).

Teniendo en cuenta que la norma en cita remite a lo señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es del caso indicar que en dicha norma se estableció el régimen de transición de la siguiente manera:

*“**Artículo 36. Régimen de transición.** La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley. (...). (Negritas del Juzgado).

De acuerdo con las anteriores preceptivas, las personas que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones tuvieran 15 años de servicio cotizados, o 35 años de edad si es mujer o 40 años de edad si es hombre, tendrán derecho a que se les reconozca la pensión teniendo en cuenta la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión establecidos en el régimen anterior al que se encontraban afiliados.

²⁰ Artículo declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-663-07 de 29 de agosto de 2007, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, *“en el entendido que para el cómputo de las 500 semanas, también se podrán acreditar semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiere sido calificada jurídicamente como de alto riesgo “y no sólo las cotizaciones de carácter “especial” derivadas del Decreto 1281 de 1994”*.

Por su parte, el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 fue reglamentado por el Decreto 1950 de 2005, estableció lo siguiente:

*“De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto-ley 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. **Con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, esto es, el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes de conformidad con el Decreto-ley 407 de 1994 en concordancia con el artículo 1º del Decreto 1835 de 1994.**”* (Negrillas del juzgado).

En la misma línea, el párrafo transitorio 5 del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005 estableció lo siguiente, en su parte pertinente:

*“(…) **Parágrafo transitorio 5º.** De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. **A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes**”* (Negrillas del juzgado).

Ahora bien, en relación con la interpretación de las normas antes indicadas, es pertinente señalar que el Consejo de Estado, en sentencia reciente del 23 de octubre de 2020²¹, con ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra señaló lo siguiente, veamos:

“(…) 44. El artículo 6º del Decreto 2090 de 2003, consagró un régimen de transición 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 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 18²² de la Ley 797 de 2003.»*

²¹ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B - Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ - Bogotá D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 47001-23-33-000-2017-00025-01(4414-17) - Actor: LEONEL COLMENARES SUÁREZ - Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES) - Asunto: Reconocimiento pensión de jubilación empleado Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) - Miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional - Ingreso base de liquidación (IBL) - FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA – LEY 1437 DE 2011.

²² Artículo declarado inexecutable mediante sentencia C-1056/03

45. El primer inciso de esta última norma fue declarado exequible condicionadamente por la Corte Constitucional mediante sentencia C-633 de 29 de agosto de 2007²³, «en el entendido de 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.»

46. Esta norma ha sido analizada por la jurisprudencia de esta Corporación²⁴, para señalar que acreditar 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 parágrafo del artículo 6º del Decreto 2090 de 2003 es que la intención del legislador fue la de adicionar este requisito en armonía con el régimen general de pensiones.

47. Igualmente, 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 conllevan una situación más desventajosa en virtud del tránsito legislativo. Adicionalmente, 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 tiene una expectativa legítima de adquirir el derecho.

48. Así las cosas, se ha entendido que como el artículo 6º del Decreto 2090 de 2003 establece 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, para lo cual se destaca el siguiente aparte de la mencionada sentencia C-663 de 2007: «en el hipotético caso en que en una situación concreta un trabajador se vea amparado por ambos regímenes de transición, el de la Ley 100 y el del Decreto 2090 de 2003-, lo cierto es que al existir dos normas vigentes y aplicables para una misma situación, debe prevalecer a la luz de la Constitución aquel régimen que resulte más favorable y benéfico para el trabajador involucrado, por tratarse de disposiciones pensionales.»

49. De esta manera, cuando resulta más favorable, se ha optado por dar aplicación al primer inciso del artículo 6º del Decreto 2090 de 2003 cuando se acreditan 500 semanas de cotización en actividades de alto riesgo al 28 de julio de 2003, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003²⁵. En consecuencia, los siguientes son los requisitos de la transición en comento:

²³ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁴ 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.

²⁵ En este mismo sentido, se pueden consultar, entre otras, las sentencias de la Subsección B, sentencia de 12 de junio de 2014, número interno: 3287-2013 y de la Subsección A, sentencia de 22 de abril de 2015, número interno: 2555-13.

Para el 28 de julio de 2003	Cuando menos 500 semanas en cualquier actividad que haya sido calificada jurídicamente como de alto riesgo
Cotizaciones	Deben cumplir con “el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión”, esto es, un mínimo de 1000 semanas, como lo establece el numeral 2 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Este mínimo de 1000 semanas de cotización debe entenderse como requisito necesario para ser beneficiario de la transición y no como un requisito para acceder al derecho pensional ²⁶ .

50. Así, cumplido lo anterior tendrán el derecho a que la pensión les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

51. No desconoce esta subsección que la regla de interpretación propuesta se aparta de la que en anteriores providencias se había expuesto, como la contenida en la providencia del 12 de junio de 2014 que sostuvo:

«(...) el Decreto 2090 de 2003 al establecer el régimen de transición especial de las actividades de alto riesgo permite a los beneficiarios acceder a la pensión de vejez en las condiciones dispuestas en el régimen anterior excepto en lo que tiene que ver con el tiempo de servicio, dado que la especialidad del régimen exige la acreditación del mínimo de semanas de cotización dispuesto en la Ley 100 de 1993, que es más exigente que el dispuesto en las Leyes anteriores, dado que pasó de 20 años a 1050 semanas en 2005 y 25 adicionales por año desde el 2006 hasta llegar a 1300 en 2015.»²⁷.

52. Luego, en sentencia de 22 de abril de 2015, la subsección A, aplicó el régimen de transición previsto en el inciso primero del artículo 6º del Decreto 2090 de 2003, refiriéndose al requisito de cumplir el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003, como el equivalente al previsto en el artículo 9º de la citada Ley 797, esto es, 1000 semanas²⁸.

53. Lo anterior, llevó a la subsección B a precisar la regla hermenéutica del inciso primero del artículo 6º del Decreto 2090 de 2003 en los términos ya señalados, puesto que expone una interpretación de la norma que se acompasa en mayor medida con el principio de favorabilidad del artículo 53 de la Constitución Política, según el cual, si una norma tiene varias interpretaciones posibles se debe optar por la que resulte más favorable al trabajador.

54. En esas condiciones, se concluye que los servidores públicos que ejercen actividades de alto riesgo, les fue concedido un régimen de transición con el Decreto 2090 de 2003 consistente en que quienes a 28 de julio de 2003 hubieren cotizado al menos 500 semanas, tendrán derecho a

²⁶ 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.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 12 de junio de 2014 Radicación: 050012331000201200100-01(3287-2013), demandante: Jaime Alberto Villamil Castro.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 22 de abril de 2015, radicación: 250002325000201100807-01(2555-2013); demandante: Fernando Sandoval Cabrera.

que una vez cumplidas 1000 semanas cotizadas²⁹, la pensión de jubilación les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en la norma anterior que regula las actividades de alto riesgo.

Teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia, es dable concluir lo siguiente, en lo que respecta al régimen de transición que se aplica a los servidores del INPEC:

- El **decreto 2090 de 2003** estableció en su artículo 6, un régimen de transición según el cual, aquellos servidores que a la fecha de entrada en vigencia de la norma en comento – 26 de julio de 2003 –, que hubieran cotizado 500 semanas de cotización especial³⁰, tendrían derecho a acceder a una pensión, previo el cumplimiento del número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003³¹, bajo las condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo, es decir, bajo la **ley 32 de 1986**.
- En el párrafo segundo de dicho artículo, se aludió al cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, que establecen una edad (40 años para los hombres) y tiempo de servicios (15 años) para acceder al régimen previsto en las normas anteriores.
- No obstante, el Consejo de Estado es claro al señalar en la jurisprudencia antes mencionada, que la intención del legislador fue la de adicionar este requisito en armonía con el régimen general de pensiones.
- Así mismo, precisa que resulta desproporcionado exigir el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, en el caso puntual de los trabajadores del INPEC, pues ello conlleva una situación desventajosa en virtud del tránsito legislativo, cuando lo que buscan los regímenes de transición es precisamente lo contrario, es decir, la conservación de una expectativa más favorable al trabajador al momento de pensionarse.
- Así las cosas, en este caso debe privilegiarse una interpretación más favorable para el trabajador, que en el caso de los trabajadores del INPEC, es decir, que sólo se exija para aquellos que pretenden beneficiarse del régimen de transición, la acreditación de 500 semanas de cotización en cualquier actividad que haya sido calificada jurídicamente como de alto riesgo para el 28 de julio de 2003 – fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003

²⁹ Artículo 9º de la Ley 797 de 2003. «(a) *partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015*».

³⁰ 500 semanas equivaldrían a 10 años.

³¹ **ARTÍCULO 9o.** El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así: Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre. 2. **Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.** A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Dilucidado lo anterior, se efectuará el estudio del asunto que ocupa la atención de la Sala en los términos que a continuación se exponen.

3.6. Caso concreto.

Descendiendo al caso de estudio, en relación con el referente normativo y jurisprudencial señalado en precedencia, es preciso señalar que la UGPP aportó el cuaderno de antecedentes administrativos relacionados con el reconocimiento de la pensión del señor Luis Eduardo Ipiales López, de lo cual se tiene lo siguiente:

De los documentos aportados al plenario, se encuentra acreditado que el señor Luis Eduardo López Ipiales acreditó los siguientes tiempos de servicios, así:

- Tiempo de servicios acreditado a otras entidades diferentes al INPEC (carpeta de archivos “9 ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS/ CC 12980404 clasificación con nombre de archivo” – documento en PDF “44-Certificado de información laboral-Causante”):

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	CARGO	EMPLEADOR	TIEMPO LABORADO
14 de agosto de 1984	13 de febrero de 1985	Escribiente Inspección II	Secretaría de Gobierno Municipio de Pasto	6 meses
14 de febrero de 1985	4 de septiembre de 1985	Auxiliar de Inspección de Policía	Secretaría de Gobierno Municipio de Pasto	6 meses y 18 días
5 de noviembre de 1985	12 de agosto de 1986	Pagador auxiliar de la tesorería	Secretaría de Hacienda	9 meses y 7 días
13 de agosto de 1986	30 de agosto de 1986	Pagador general de la tesorería	Secretaría de Hacienda	17 días.

- Tiempo de servicios acreditado como trabajador del INPEC, según certificado laboral expedido por la entidad (carpeta de archivos “9 ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS/ CC 12980404 clasificación con nombre de archivo” – documento en PDF “57-Certificado de información laboral-Causante”):

PERIODOS DE VINCULACIÓN LABORAL						CARGO
DESDE			HASTA			
DIA	MES	AÑO	DIA	MES	AÑO	
16	03	1987	26	07	1995	DRAGONEANTE
27	06	1995	ACTIVO ³²			DISTINGUIDO

No obstante la información antes referida, es pertinente señalar que al señor Luis Eduardo Ipiales, se le aceptó renuncia al cargo de Inspector, Código 4137 Grado 13 del INPEC – sede Tumaco, a partir del 30 de abril de 2009, de acuerdo a lo indicado en la Resolución N° 003326 de 17 de abril de 2009, por lo que se asume

³² A la fecha de expedición del certificado – 8 de mayo de 2009.

que laboró hasta esa fecha (carpeta de archivos “9 ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS/ CC 12980404 clasificación con nombre de archivo” – documento en PDF “59-Acto Administrativo de Retiro del Servicio Oficial-Causante”).

Como se observa, el señor Ipiales López acreditó un total de 1 año, 10 meses y 12 días en diferentes cargos de las Secretarías de Gobierno y Hacienda del Municipio de Pasto, en los años 1985 y 1986.

Por otra parte, se tiene que el actor se vinculó al INPEC a partir del 16 de marzo de 1987, entidad en la cual prestó sus servicios por más de 22 años, ocupando los cargos de dragoneante y distinguido, aunque en la Resolución de retiro del servicio, se menciona el cargo de Inspector Código 4137 Grado 13.

Así mismo, se advierte que el accionante nació el 8 de marzo de 1964 (carpeta de archivos “9 ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS/ CC 12980404 clasificación con nombre de archivo” – documento en PDF “42-Fotocopia del documento de identidad-Causante”) y que al momento de reconocer su pensión de jubilación tenía una edad de 45 años.

Vale precisar que el aspecto de la edad no se tuvo en cuenta para el reconocimiento de su prestación pensional que se efectuó en virtud de la resolución 00513 de 20 de enero de 2009, por cuanto en dicho acto se aludió a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 96 de la ley 32 de 1986, régimen anterior de los miembros del INPEC, en el cual se prevé la posibilidad de pensionarse con el cumplimiento de 20 años de servicios sin tener en cuenta la edad y que UGPP aplicó en su totalidad al caso del señor Luis Eduardo Ipiales (carpeta de archivos “9 ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS/ CC 12980404” – páginas 373 a 379 - documento en PDF “CC 12980402”).

Cabe anotar que la extinta CAJANAL le había negado el reconocimiento de la prestación pensional al señor Luis Eduardo Ipiales en dos oportunidades, mediante las Resoluciones No. 002834 de 26 de enero de 2006 (carpeta de archivos “9 ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS/ CC 12980404” – páginas 169 a 171 - documento en PDF “CC 12980402”) y 02070 de 29 de enero de 2008 (carpeta de archivos “9 ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS/ CC 12980404” – páginas 366 a 369 - documento en PDF “CC 12980402”), antes de reconocerla mediante la Resolución de 00513 de 20 de enero de 2009, ya mencionada.

Posteriormente, reliquidó la pensión en virtud de la Resolución Resolución N° PAP 12939 de 9 de septiembre de 2010 (carpeta de archivos “9 ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS/ CC 12980404” – páginas 238 a 244 - documento en PDF “CC 12980402”).

Más adelante, efectuó nueva reliquidación en virtud del fallo judicial del Juzgado Segundo Administrativo de Pasto del 20 de marzo de 2013 (carpeta de archivos “9 ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS/ CC 12980404” – páginas 325 a 343- documento en PDF “CC 12980402”), confirmado en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Nariño mediante sentencia del 28 de noviembre de 2014 (carpeta de archivos “9 ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS/ CC 12980404” – páginas 394 a 405 - documento en PDF “CC 12980402”). La reliquidación se cumplió mediante Resolución N° RDP 036971 de 10 de septiembre de 2015 (carpeta de archivos “9 ANTECEDENTES

ADMINISTRATIVOS/ CC 12980404” – páginas 180 a 185 - documento en PDF “CC 12980402”).

Realizadas las anteriores precisiones, es pertinente analizar en este punto si el demandante era beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 6 del decreto 2090 de 2003 con las precisiones indicadas en el acápite jurisprudencial, en relación con la aplicación de lo señalado en el acto legislativo 01 de 2005, que se refirió expresamente a las circunstancias en que se conserva el régimen especial del INPEC previsto en la normatividad anterior³³ y, si en este caso, era dable aplicar lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, si procedía exigir que el demandante acreditara edad y tiempo de servicios para el reconocimiento de la pensión de jubilación, pues este es el sustento de la demanda presentada por la UGPP y de la medida cautelar solicitada por la UGPP, para que se suspendan en forma provisional los actos acusados, que ya se mencionaron en precedencia.

Así las cosas, se concluye lo siguiente:

- ✓ Como se expuso en precedencia, para el decreto de medidas cautelares de suspensión provisional de un acto administrativo, se requiere demostrar en primer lugar la trasgresión de una norma superior, además de la acreditación sumaria del perjuicio.
- ✓ En el caso que nos ocupa, la Sala observa que el señor Luis Eduardo Ipiales López es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 6 del Decreto 2090 de 2003 y que acreditó más de 500 semanas de cotización al 28 de julio de 2003 – fecha de su entrada en vigencia, pues comenzó a laborar en el INPEC desde el 16 de marzo de 1987 en forma ininterrumpida hasta el 30 de abril de 2009.

En este orden, para el 28 de julio de 2003 tenía más de 15 años laborados, es decir, más de 700 semanas cotizadas, condición suficiente para que se aplicara en su caso las condiciones señaladas en la Ley 32 de 1986 – norma especial aplicable a los servidores del INPEC - que establecía la posibilidad de pensionarse con 20 años de servicios, sin atender a la edad.

- ✓ Ahora bien, la motivación de la demanda y también de la medida cautelar de suspensión provisional de los actos acusados, reside en que, en este caso, el demandado no cumplió los requisitos estipulados en el régimen de transición en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que para el 1 de abril de 1994 no tenía edad (más de 40 años) ni tiempo de servicios (15 años) para que se aplique a su caso la normatividad anterior.
- ✓ De acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado antes expuesta, no es dable exigir tales requisitos, pues la interpretación más favorable a los intereses del trabajador, es aquella que sólo exige la acreditación de 500 semanas cotizadas en actividades de alto riesgo para los trabajadores del INPEC, condición que en este caso se cumple, pues el demandado había ingresado en el año 1987 y para la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, superaba con creces tal requisito.

³³ Ley 32 de 1986.

Así las cosas, no es dable acceder a la medida cautelar solicitada por la UGPP, por lo ya expuesto.

Cabe señalar que, aun cuando la decisión será la de negar la medida cautelar de suspensión provisional de los actos acusados con fundamento en lo ya indicado, el análisis que se realiza en esta etapa, así como los argumentos expuestos a lo largo de esta providencia, se adoptan en una fase temprana del proceso y con los elementos de prueba allegados hasta este punto, por cuanto la cautela se solicitó en forma simultánea con la presentación de la demanda.

Por lo dicho, es necesario aclarar que la decisión que se adopta en esta oportunidad, no constituye en forma alguna prejuzgamiento y que la postura que se adopte en relación con el asunto de la referencia, puede variar cuando existan mayores elementos de juicio para emitir una decisión que resuelva de fondo la controversia planteada, de lo cual solo puede tenerse certeza en últimas, a la hora de proferir sentencia.

Por los motivos anteriormente expuestos, el Tribunal Administrativo de Nariño, en Sala Unitaria de Decisión,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la solicitud de medida cautelar formulada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, para que se suspendan en forma provisional, los efectos de los siguientes actos administrativos:

- Resolución N° 513 de 20 de enero de 2009 expedida por la extinta CAJANAL, en virtud de la cual se reconoció una pensión de vejez al demandado.
- Resolución N° PAP 12939 de 9 de septiembre de 2010 expedida por la extinta CAJANAL, mediante la cual se reliquidó la pensión de vejez del demandado.
- Resolución N° RDP 036971 de 10 de septiembre de 2015, en virtud de la cual se reliquidó la pensión del señor Ipiates López.

Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Notifíquese de la presente providencia por inserción en estados electrónicos de conformidad con el artículo 201 del C.P.A.C.A. y por mensaje dirigido al correo electrónico de las partes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SANDRA LUCÍA OJEDA INSUASTY
Magistrada

P/LA

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Proceso N° 52001-23-33-000-2020-00094-00
Demandante: Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales - UGPP
Demandado: Luis Eduardo Ipiates López
Auto que resuelve solicitud de medida cautelar

Firmado Por:

SANDRA LUCIA OJEDA INSUASTY
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 003 SIN SECCIONES DE NARIÑO

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b185e8335e770349fb035614144f211dfaf26a9e981974f6c6da8a96c6cadba**
Documento generado en 16/04/2021 11:23:27 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>