



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, 10 9 DIC 2020

AUTO INTERLOCUTORIO No. _____

MAGISTRADO PONENTE: JHON ERICK CHAVES BRAVO

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
EXPEDIENTE:	76001-23-33-000-2019-00594-00
DEMANDANTE:	UGPP notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co etovar@ugpp.gov.co dejuridicasas@gmail.com
DEMANDADO:	OSCAR JAVIER ORDÓÑEZ REALPE oscarordonezrealpe@yahoo.com secretariageneral@mejorayasociadosabogados.com
ASUNTO	NEGAR MEDIDA CAUTELAR

I. OBJETO DE LA DECISION

Se resolverá la solicitud de medida cautelar formulada por la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, consistente en que se suspenda provisionalmente la Resolución nro. 043497 del 19 de septiembre de 2013, mediante la cual se reconoció una pensión de vejez a favor del señor **OSCAR JAVIER ORDÓÑEZ REALPE** y de la Resolución nro. RDP 033338 del 30 de octubre de 2014 que ordenó la reliquidación de dicha pensión, así como de las Resoluciones RDP38724 del 23 de diciembre de 2014 y RDP3611 del 29 de enero de 2015, a través de las cuales se confirmó lo decidido en la Resolución RDP3611 del 29 de enero de 2015

II. ARGUMENTOS DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP** sustentó la procedencia de la medida cautelar solicitada, bajo el argumento que, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, la aplicación del régimen especial del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC está sometido a la normatividad de la Ley 100 de 1993. Sostuvo que el demandado no cumplió con el tiempo de servicio y la edad establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por tanto, no era beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 6 del Decreto Ley 2090 de 2003; que, por ende, no era mecedor del régimen especial consagrado en la Ley 32 de 1986¹.

¹ Folios 6-7.

II. TRASLADO DE LA MEDIDA CAUTELAR

Dentro del término de traslado, el apoderado judicial del demandado solicitó que se niegue la solicitud de suspensión provisional de los actos demandados. A su juicio, la medida cautelar solicitada contraviene el régimen especial consagrado en la Ley 32 de 1986, conforme al cual los miembros del Cuerpo de Custodia y Penitenciaria Nacional tienen derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir 20 años al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta su edad. Igualmente, desconoce lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, conforme al cual, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional que hubieran ingresado con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, se les debía aplicar el régimen hasta ese entonces vigente (Ley 32 de 1986)².

III. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

El asunto que se discute se contrae a establecer si la solicitud de suspensión provisional de los actos demandados cumple con los requisitos establecidos en la ley para su procedencia.

3.2. TESIS:

Se negará la medida cautelar solicitada, porque el cotejo de los actos demandados con las normas presuntamente vulneradas no permite evidenciar diáfamanamente la configuración de una trasgresión legal o constitucional.

3.3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado tiene su fundamento constitucional en el artículo 238 de la C.P. y su trámite, procedencia y demás requisitos se desarrolla en los artículos 229 y ss del CPACA.

Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesoria, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad, en el proceso ordinario en el que se hubiere decretado tal medida. Es por ello que su finalidad está dirigida a *"evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho"*.³

Para la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos el CPACA indicó que debe referirse expresamente a la confrontación de legalidad que debe

² Folios 265-268.

³ Providencia citada *ut supra*, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

efectuar el Juez de la medida; es decir, ese **análisis inicial de legalidad** del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas.

El Consejo de Estado – Sección Primera, en providencia del 31 de mayo de 2019, C.P. ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, anteriormente citada, recordó los postulados de la providencia del 13 de mayo de 2015⁴ y señaló que:

“(…) la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada en los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del periculum in mora y del fumus boni iuris, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio (…).”

Tal visión ha sido compartida por la precitada Sección Primera del Consejo de Estado, en el auto del 27 de agosto de 2015⁵, en el cual subrayó lo siguiente:

“(…) En esta providencia no se está adoptando decisión de fondo, pues lo que se resuelve es la solicitud de suspensión provisional, la cual se niega mediante auto interlocutorio, entre otras razones, porque no se configuran los requisitos que la Jurisprudencia y la Doctrina denominan Fumus boni iuris (aparición de buen derecho) y periculum in mora (necesidad de urgencia de la medida cautelar)”.

Acerca de la forma en la que el Juez debe abordar este análisis inicial, la citada providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), sostuvo:

“(…) Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una **valoración del acto acusado** que comúnmente se ha llamado **valoración inicial**, y que implica **una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud**. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, **pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa**. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **no constituye prejuzgamiento**, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final (…).” (Resaltado fuera del texto).

Como lo refiere la providencia transcrita, es importante la prevención efectuada por el legislador al advertir que la decisión sobre la medida cautelar, de ningún modo implica prejuzgamiento, teniendo en cuenta que, como lo ha precisado la Jurisprudencia del Consejo de Estado – Sección Primera, se trata de “*mecanismos*

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., 13 de mayo de 2015. Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057). Actor: CARACOL Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. Demandado: Autoridad Nacional de Televisión – ANTV. Referencia: Medio de control de nulidad simple (Auto medida cautelar de suspensión provisional).

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera ponente: María Elizabeth García González. Bogotá, D.C., 27 de agosto de 2015. Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00194-00. Actor: Marco Fidel Ramírez Antonio. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social.

RADICACIÓN
Medio de control
Demandante
Demandado
Asunto

2019-00594-00
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
UGPP
OSCAR JAVIER ORDÓÑEZ REALPE
NIEGA MEDIDA CAUTELAR

4

*meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto*⁶.

3.4. CASO CONCRETO:

En el proceso de la referencia, la parte demandante solicitó la suspensión provisional de las Resoluciones 043497 del 19 de septiembre de 2013, RDP033338 del 30 de octubre de 2014, RDP38724 del 23 de diciembre de 2014 y RDP3611 DEL 29 de enero de 2015, mediante las cuales se efectuó un reconocimiento pensional a favor del señor OSCAR JAVIER ORDÓÑEZ REALPE.

Adujo que la medida acautelar solicitada es procedente porque dichos actos transgreden el ordenamiento jurídico. Explicó que dicha vulneración radica en que, conforme a lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto Ley 2090 de 2003, era necesario el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para que resultara procedente la aplicación del régimen especial anterior a la expedición del mentado decreto; que el señor OSCAR JAVIER ORDÓÑEZ REALPE no cumplía con las exigencias enunciadas en la aludida norma y, en consecuencia, no estaba cobijado por el régimen especial consagrado en la Ley 32 de 1986, norma con sustento en la cual los actos enjuiciados ordenaron el reconocimiento pensional.

Para resolver, en primer término, es menester señalar que la Ley 32 de 1986 reguló lo atinente al ingreso, formación, capacitación, ascensos, traslados, retiros, administración y régimen prestacional del personal de custodia y vigilancia penitenciaria nacional. Dicha ley dispuso en su artículo 96 lo siguiente:

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

Por otro lado, debe decirse que a través de la Ley 100 de 1993 se buscó implementar un sistema general de pensiones. En esta norma se consagró un régimen de transición, en los siguientes términos:

⁶ Así lo sostuvo la Sala en la providencia de 11 de marzo de 2014 (Expediente núm. 2013 00503. Consejero ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala), al expresar que: "Con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los Jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la Jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 del C.P.A.C.A. expresamente dispone que '[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento'. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es de brindar a los Jueces 'la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite' []. Una suerte de presunción iure et de iure, sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido. // La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o 'prejuzgamiento' de la causa []. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia". (Negrillas fuera del texto).

"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".

Posteriormente, fue expedido el Decreto 407 de 1994, *"por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario"*, en el cual, respecto a la pensión de jubilación se estableció lo siguiente:

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

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

Parágrafo 1º. Las personas que ingresen a partir de la vigencia de este decreto al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho a una pensión de vejez en los términos que establezca el Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993 para las actividades de alto riesgo.

Parágrafo 2º. El personal Administrativo del Instituto se regirá por las normas establecidas en la Ley 100 de 1993".

Después, a través del Decreto 2090 de 2003, se estableció una pensión especial para algunos servidores ocupados en actividades de alto riesgo, entre ellos, los dedicados a la custodia y vigilancia de internos en los centros de reclusión carcelaria del INPEC. Esa norma, además de derogar el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, contempló un régimen de transición en los siguientes términos:

"Artículo 6. Régimen de transición. Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuanto menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplió 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".

Finalmente, el parágrafo transitorio 5 del Acto Legislativo 001 de 2005, "por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política", dispuso:

"De conformidad con lo dispuesto en 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 den haberse cubierto las cotizaciones correspondientes".

Conforme al recuento normativo precedentemente efectuado, es evidente entonces que, tal como lo señala la parte demandante, para la procedencia del reconocimiento pensional conforme a lo establecido en la Ley 32 de 1986, en virtud del régimen de transición consagrado en el artículo 6 del Decreto 2090 de 2003, ha de verificarse el cumplimiento de los requisitos de tiempo de servicios y edad establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, no puede dejarse de lado que el alcance de los efectos de la Ley 32 de 1986 no es muy claro, si en cuenta se tiene lo dispuesto al respecto en la Ley 100 de 1993, el Decreto 407 de 1994 y el Acto Legislativo 001 de 2005; normas conforme a las cuales el demandado, a pesar de no cumplir con los requisitos establecidos en el mencionado régimen de transición, podría ser merecedor del reconocimiento pensional a él efectuado.

En consecuencia, el hecho de que el demandado no satisfaga los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición no suprime la posibilidad de que éste sí tenga derecho a acceder al derecho pensional consagrado en la Ley 32 de 1986; luego, la solicitud de suspensión de los actos demandados no es procedente. Además, debe tenerse en cuenta que dicha medida afectaría el derecho al mínimo vital del demandante, al privarlo del goce de su pensión sin que se cuente con la claridad jurídica para establecer la existencia o no del derecho pensional.

En consecuencia, se;

RADICACIÓN
Medio de control
Demandante
Demandado
Asunto

: 2019-00594-00
: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
: UGPP
: OSCAR JAVIER ORDÓÑEZ REALPE
: NIEGA MEDIDA CAUTELAR



7

RESUELVE

ARTÍCULO ÚNICO: NEGAR la medida cautelar solicitada por la parte demandante, consistente en la suspensión provisional de los actos administrativos demandados, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JHON ERICK CHAVES BRAVO
Magistrado

ACH