

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI

SENTENCIA N° 078

Santiago de Cali, dieciocho (18) de septiembre de dos mil veinte (2020)

RADICACIÓN No. : 76001-3333-001-**2017-00025-00**
M. DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP
DEMANDADO : LUZ DARY TOBAR OCHOA

I. ANTECEDENTES

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP, a través de apoderado judicial, instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la señora LUZ DARY TOBAR OCHOA, con el fin de que se hagan las siguientes:

1. DECLARACIONES

1.1. Declarar la nulidad de la Resolución No. UGM 76616 del 23 de agosto de 2012, proferida por la extinta Cajanal, mediante la cual se reconoció pensión de vejez a la demandada.

1.2. Declarar la nulidad de la Resolución RDP 49174 del 24 de noviembre de 2015 expedida por la UGPP por medio de la cual se reliquidó la pensión a la demandada.

1.3. Declarar que a la demandada no le asiste el derecho a la pensión de vejez conforme al régimen especial para los funcionarios del INPEC contenido en la ley 32 de 1986, esto es, con el 75% del IBL del último año de servicios, sino conforme a lo previsto en los artículos 33 y 34 de la ley 100 de 1993 modificada por los artículos 9 y 10 de la ley 797 de 2003, así como los factores base de cotización taxativamente determinados en el decreto 1158 de 1994, por haber adquirido su status pensional en vigencia de dicho estatuto pensional y no en uno exceptuado.

1.4. A título de restablecimiento del derecho se ordene a la señora Luz Dary Tobar Ochoa a restituir a la UGPP, la suma correspondiente a los valores pagados en forma retroactiva y debidamente indexados, con ocasión del pago de la pensión de vejez desde el 1 de julio de 2013 y hasta que se profiera sentencia.

1.5. Se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

De la misma manera la parte actora presentó reforma de la demanda, solicitando, además:

1.6. Declarar la nulidad de las Resoluciones Nos. RDP 027250 del 14 de junio de 2013, RDP 2070 del 22 de enero de 2016, Resolución No. RDP 009299 del 29 de febrero de 2016 y de la Resolución No. RDP 015511 del 17 de abril de 2017, mediante las cuales se reliquidó la pensión en favor de la demandada, por ser contrarias a derecho, al haberse efectuado un reconocimiento pensional sin el lleno de los requisitos para tal efecto, además por carecer de competencia para el efecto.

1.7. Declare que la competencia para el reconocimiento de la pensión en favor de la demandada está en cabeza de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y no a cargo de la UGPP.

La entidad demandante fundamenta las pretensiones en los siguientes:

2. HECHOS

2.1. La señora Luz Dary Tobar Ochoa nació el 21 de mayo de 1963 y prestó los siguientes tiempos de servicios al Estado:

Entidad	Desde	Hasta	Tiempos	Fondo
INPEC	24/05/1982	30/06/2013	Públicos	Cajanal

2.2. El último cargo desempeñado por la demandada fue el de oficial de Tratamiento.

2.3. Cajanal mediante la Resolución UGM 54807 del 23 de agosto de 2012 reconoció y ordenó el pago de la pensión de vejez a favor de la demandada, de conformidad con la ley 32 de 1986 aplicando el IBL del 75% de lo devengado en el último año de servicios, del 1 de junio de 2010 al 30 de mayo de 2011, en cuantía de \$1.351.871 a partir del 1 de junio de 2011, con efectos fiscales cuando se acredite el retiro definitivo del servicio.

2.4. Mediante la Resolución RDP 49174 del 24 de noviembre de 2015, la UGPP reliquidó la pensión de vejez a favor de la demandada, elevando la cuantía a la suma de \$1.796.693, efectiva a partir del 1 de julio de 2013, tomando el IBL con el promedio de lo devengado en el último año de servicios entre el 1 de julio de 2012 al 30 de junio de 2013.

2.5. A través de auto ADP 3968 del 22 de marzo de 2016, la UGPP ordenó la practica de pruebas y el consentimiento a la demandada para revocar la Resolución RDP 49174 del 24 de noviembre de 2015.

2.6. Resulta procedente la presente acción, toda vez que se creó una situación jurídica a favor de la demandada en detrimento del erario, imponiéndose una carga prestacional sin fundamento legal, con grave afectación al interés general.

2.7. La UGPP mediante la Resolución No. 015511 del 17 de abril de 2017 resolvió revocar la Resolución No. 49944 del 30 de diciembre de 2016 conforme al recurso presentado por la señora Luz Dary Tobar Ochoa, y modificó los artículos 1 y 3 de la Resolución RDP 49174 del 24 de noviembre de 2015, reliquidando la pensión de vejez, elevando la cuantía en la suma de \$1.739.002, efectiva a partir del 1 de julio de 2013.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Estima como vulneradas las siguientes normas:

- Constitución Política de Colombia, artículo 13, 48, 53, 83, 95, 128, 228 y Acto legislativo 01 de 2005.
- Artículo 36 de la ley 100 de 1993
- Artículo 10 del decreto 2709 de 1994
- Artículo 1 de la ley 33 de 1985
- Artículo 11 del decreto 2090 de 2003

En cuanto al concepto sobre la presunta vulneración expone respecto del reconocimiento de la pensión de vejez en sede administrativa que, la demandante nació el 21 de mayo de 1963 y laboró en el Inpec entre el 24 de mayo de 1982 al 30 de junio de 2013, para un total de 31 años, 1 mes y 7 días, ocupando como último cargo el de Oficial de tratamiento, que en consecuencia los 20 años de servicio en cargo de excepción los cumplió el 23 de mayo de 2002 en el cargo de dragoneante, encontrándose en vigencia el decreto 407 de 1994, que exige 20 años de servicio, sin edad, cumpliendo la transición contenida en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Cita y transcribe la normatividad que regula el reconocimiento del personal del Inpec- artículo 96 de la ley 32 de 1996 – y la normatividad que consagra que este régimen se encuentra exceptuado de la aplicación de la ley 33 de 1985 y en cuanto a los factores salariales refiere que la norma aplicable en vigencia de la ley 32 de 1985 a los servidores públicos del INPEC que desarrollen actividades inherentes a la custodia y vigilancia, corresponde a la ley 62 de 1985.

De la misma manera transcribe jurisprudencia del H. Consejo de Estado del año 2006, en la que ha pronunciado sobre la transición para los funcionarios del Inpec que desempeñan cargos de excepción, en las que concluyó que para pensionarse por el régimen establecido en el decreto 407 de 1994 y la ley 32 de 1986, era necesario acreditar una de las condiciones de edad o servicio descritas en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Conforme a lo anterior, concluye que la demandada al 1 de abril de 1994 no contaba con 15 años de servicio, ni con 35 años de edad, tal como lo exige el artículo 36 de la ley 100 de 1993, para acceder a los beneficios de la transición, razón por la cual no le era aplicable la ley 32 de 1986.

Arguye además que si bien la señora Tobar Ochoa, cumplió su status pensional en cargo de excepción el 23 de mayo de 2002, en vigencia del decreto 407 de 1994, no obstante, al no cumplir con alguno de los requisitos de tiempo o edad en vigencia de la ley 100, no tiene derecho al acceso de dicho régimen arrastrando las prerrogativas de la ley 32 de 1986, es decir, no siendo asequible al acceso pensional con 20 años de servicio y sin edad, siendo aplicables por tanto para el reconocimiento pensional los artículos 33 y 34 de la ley 100, modificados por los artículos 9 y 10 de la ley 797 de 2003, esto es a la edad de 55 años, es decir el 21 de mayo de 2018.

Razón por la cual solicita declarar procedente esta acción y declarar la nulidad de los actos demandados, toda vez que a la demandada no le es aplicable el régimen especial exceptuado para los funcionarios del INPEC.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

4.1. PARTE DEMANDADA LUZ DARY TOBAR OCHOA

La señora Luz Dary Tobar Ochoa contestó la demanda dentro del término de ley, solicitando al Despacho desestimar las pretensiones, aduciendo que la forma en que fue redactada la misma, solo trae a colisión normas inaplicables al Cuerpo de Custodia y Vigilancia, máximo cuando se cumplieron funciones de alto riesgo.

Cita y transcribe la normatividad que regula el régimen especial de pensiones del personal de custodia y vigilancia penitenciaria, así: la ley 32 de 1986, el decreto 407 de 1994, de la misma manera el acto legislativo 01 de 2005, el decreto 1950 de 2005, concluyendo que el acto legislativo 01 de 2005 estableció de manera clara y taxativa que el régimen aplicable al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, es el establecido en el decreto 2090 de 2003, con la excepción a quienes se hayan vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia del citado decreto, es decir el 28 de julio de 2003, a los cuales se les aplicara las reglas contenidas en la ley 32 de 1986, sin más exigencias.

En cuanto a los factores salariales expone que la ley 32 de 1986 y el decreto 407 de 1994, no señalan los factores que se deben tener en cuenta para establecer el monto de la pensión, razón por la cual se debe remitir al régimen general aplicable para la fecha, esto es la ley 4 de 1966, reglamentada por el decreto 1743 de 1966 y reiterada por el decreto 3135 de 1968 y además se debe tener en cuenta la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 del H. Consejo de Estado.

Refiere además que la sentencia del Consejo de Estado citada como precedente no le es aplicable, por cuanto resolvió un litigio de hechos cuando aun no se encontraba rigiendo la nueva normatividad.

Arguye que no le es aplicable la transición prevista en la ley 100 de 1993, por cuanto es beneficiaria del régimen especial de pensión de jubilación previsto en la ley 32 de 1986, decreto 407 de 1994, de acuerdo a lo establecido en el decreto 2090 de 2003 artículo 2, numeral 7 del decreto 1950 de 2005, acto legislativo 01 de 2005, el que estableció claramente quienes son los beneficiarios del régimen especial por el riesgo de su labor, lo que la hace acreedora a la pensión de jubilación, a la luz de la ley 32 de 1986 y el decreto 407 de 1984.

Adicionalmente en escrito obrante a folios 537 y 538 formula las excepciones de mérito que denominó: “AUSENCIA DE VICIO DE NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS”, “EXCEPCION DE EXISTENCIA DEL DERECHO A LA PENSION DE JUBILACION” Y “EXCEPCION DE COBRO DE LO NO DEBIDO”

4.2. COLPENSIONES

Una vez vinculada a solicitud de la parte actora, esta entidad contestó la demanda dentro del término de ley, oponiéndose a las pretensiones, argumentando que no es responsable jurídicamente de restablecer ningún derecho y no entiende porque el apoderado de la UGPP vincula a Colpensiones, por cuanto una vez verificada la historia laboral de la demandada observa que no tiene cotizaciones realizadas a Colpensiones.

Formula las excepciones de fondo de “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “PRESCRIPCIÓN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “BUENA FE” Y LA “INNOMINADA

5. TRÁMITE DEL PROCESO

Se surtió el trámite respectivo previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo así: se admitió la demanda mediante auto Interlocutorio N° 177 del 22 de febrero de 2017, se llevaron a cabo las notificaciones de dicha providencia a los sujetos procesales en debida forma, mediante auto del 15 de junio de 2018 se resolvió la medida cautelar, de la misma manera mediante auto del 9 de abril de 2019 se admitió la reforma de la demanda, y una vez cumplido el traslado de las excepciones se cumplió con la audiencia inicial de que trata el artículo 180 ibídem en la cual hubo lugar a efectuar un saneamiento, resolviendo vincular como extremo pasivo de la litis a Colpensiones, entidad que una vez notificada contestó la demanda de manera oportuna, y posteriormente mediante auto del 4 de agosto de 2020 se corrió traslado para alegar de conclusión en aplicación del decreto 806 de 2020.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Hicieron uso de este término la parte demandante, la demandada Luz Dary Tobar Ochoa y la entidad demandada Colpensiones, mediante escritos remitidos por correo electrónico, esta última presentó los alegatos de manera extemporánea.

6.1. PARTE ACTORA UGPP

Esta entidad inicialmente hace un análisis del régimen jurídico pensional aplicable al presente asunto respecto a los servidores del INPEC, relacionando y transcribiendo la normatividad aplicable.

En cuanto al Régimen General de Pensiones y la aplicación del mismo a los funcionarios del INPEC, sostiene que, si bien en principio la señora LUZ DARY TOBAR OCHOA se encuentra amparada bajo la normatividad especial que rige en materia pensional al cuerpo de vigilancia y custodia del INPEC, también es cierto que se debe respetar lo regulado en la Ley 100 de 1993, esto es el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley en mención, el que señala que para ser beneficiario del régimen de transición se debe señalar el cumplimiento de cualquiera de los siguientes requisitos: i) 35 o más años de edad si son mujeres; ii) 40 o más años de edad si son hombres; o iii) 15 o más años de servicios cotizados, es decir que quienes cumplan uno de las anteriores condiciones, tienen derecho a la aplicación del régimen pensional anterior a la ley 100 de 1993, en cuanto a la edad, tiempo de servicio o semanas de cotización y monto de la pensión.

Expone que en el asunto en concreto la demandada nació el día 21 de mayo de 1963 y prestó sus servicios en el INPEC, desde el 24 de mayo de 1988 hasta el 01 de agosto de 2009; por lo tanto, se puede determinar que al 01 de abril de 1994 no tenía 15 de años de servicio, ni 35 años de edad como lo exige el artículo 36 ibídem para ser beneficiaria del régimen de transición allí establecido, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6° del decreto 2090 de 2003 norma aplicable como quiera que los 20 años de servicio en cargos de excepción del INPEC los cumplió en vigencia del Decreto 2090 de 2003, que exige 20 años de servicios y haber cumplido los requisitos señalados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para ser merecedora de los beneficios señalados en la ley 32 de 1986.

Indica que la demandada para el día 1 de abril de 1994 tenía 31 años aproximadamente y menos de 15 años de tiempo de servicio, hecho que no la hace merecedora del régimen especial de la ley 32 de 1986, situación que es contraria a lo señalado en el acto administrativo demandado, pues tanto las normas como la jurisprudencia del Consejo de Estado que cita y transcribe establecieron que se debía regir por lo señalado en el régimen general de pensiones señalado en la ley 100 de 1993 artículo 36 y 279, en concordancia con el artículo 1 del decreto 691 de 1994, solicitando se acceda a las pretensiones deprecadas.

6.2. PARTE DEMANDADA LUZ DARY TOBAR OCHOA

Mediante escrito presentado de manera oportuna, una vez relacionados los hechos objeto de debate, solicita desestimar las pretensiones, argumentando que su pensión se subsume en las normas legales y procedimentales que rigieron al momento en que adquirió el derecho, reiterando que tomó posesión del cargo desde el 24 de mayo de 1982 y laboró hasta el 30 de junio de 2013, para un total del 31 años, cumpliendo el requisito establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, parágrafo transitorio 5°, por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución, y

además conforme la Jurisprudencia del Consejo de Estado de la Sala de Consulta y Servicio civil, considera que su pensión no contraviene las normas que aduce la UGPP.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMAS JURÍDICOS

Se centra en establecer si le asiste razón o no a la entidad demandante UGPP al pretender la nulidad de los actos acusados, mediante los cuales reconoció y reliquidó la pensión de vejez a la demandada LUZ DARY TOBAR OCHOA, quien laboró como servidora del Cuerpo de Custodia y Guardia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, por cuanto se indica en la demanda, que al 1 de abril de 1994 no contaba con 15 años de servicio, ni con 35 años de edad, tal como lo exige el artículo 36 de la ley 100 de 1993 para acceder a los beneficios de la transición, razón por la cual no le era aplicable la ley 32 de 1986, sino la ley 100 de 1992.

Adicionalmente, de acuerdo a lo expuesto en la reforma de la demanda se centra en establecer a que entidad le compete el reconocimiento de la pensión de vejez de la señora LUZ DARY TOBAR OCHOA, si a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP o la entidad demandada COLPENSIONES.

Para resolver los problemas jurídicos antes planteados, el Juzgado procederá al estudio del asunto en el siguiente orden:

2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL RESPECTO A LA PENSIÓN DE LOS MIEMBROS DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA DEL INPEC¹

El artículo 1, inciso 1º de la ley 33 de 1985, consagró el régimen general de pensiones para los empleados oficiales, estableciendo el derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación a los empleados que hubieren servido 20 o más años, continuos o discontinuos, y llegaran a la edad de 55 años.

Esta misma ley en el inciso 2º. del artículo 1º, dispuso:

“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.”

La ley 32 de 1986 por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, estableció un régimen especial en materia pensional para este personal, en los términos del artículo 1º, inciso segundo, de la ley 33 de 1985.

El artículo 96, en cuanto a las pensiones estableció:

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, C.P. Dr. GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR, 12 de diciembre de 2017, Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00152-00(C)

“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.”

Posteriormente, fue expedido el decreto 2160 de 1992², en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 20 transitorio de la Constitución de 1991, por el cual se fusionaron la Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia y el Fondo Rotatorio del mismo ministerio, creándose el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC.

El 19 de agosto de 1993, fue expedido el Código Penitenciario y Carcelario - ley 65 de 1993, estableciéndose el Sistema Nacional Penitenciario y el artículo 172 confirió facultades extraordinarias para que se adoptara el régimen de personal del INPEC, expidiéndose el decreto ley 407 de 1994, que entró a regir el 21 de febrero de 1994.

El artículo 78 del decreto ley 407 clasificó el personal del INPEC en dos categorías: a) Personal administrativo, y b) Personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional.

El artículo 168 de este decreto con relación al régimen pensional, conservó el régimen especial de la ley 32 de 1986 para el personal que estaba vinculado el 21 de febrero de 1994, fecha de entrada en vigencia del decreto; y para quienes entraran después de esa fecha, remitió al artículo 140 de la Ley 100 de 1993, sobre actividades de alto riesgo de los servidores públicos, así:

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

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

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

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

La ley 100 de 1993, *“Por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral”*, dio camino a un conjunto institucional normativo y procedimental para la protección de las contingencias por él cubiertas, entre ellas la pensión de vejez. Dentro de este régimen de pensiones coexisten el régimen solidario de prima media con prestación definida, en el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen prestaciones económicas previamente fijadas, independientemente de las cotizaciones que lleguen a acumularse; y el régimen de ahorro individual con solidaridad, donde los

² Decreto 2160 de 1992 (Diciembre 30) *“Por el cual se fusiona la Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia con el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia.”* Artículo 2º. *“Naturaleza. El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario es un establecimiento público adscrito al Ministerio de Justicia, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa.”*

aportes como sus rendimientos se capitalizan de manera individual en fondos privados.

El artículo 140 de la referida ley estableció:

(...) 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. (Resalta el Juzgado)

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

Por su parte el numeral 2 del artículo 17 de la ley 797 de enero 29 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, señaló:

(...) ARTÍCULO 17. FACULTADES EXTRAORDINARIAS. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese por seis (6) meses al Presidente de la República de facultades extraordinarias para:

(...)

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

Es así que mediante Decreto 2090 de julio 26 de 2003 (Diario Oficial No. 45.262 de 28 de julio de 2003)³, 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, se estableció en el artículo 2 como actividad de alto riesgo para la salud de los trabajadores, en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, la del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, consagrando en el artículo 6 un régimen de transición para acceder a las pensión bajo los parámetros de la norma anterior, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 6o. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> 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

³ Conforme a la sentencia **C-663/07**, este Decreto “tuvo la pretensión de unificar el régimen de trabajadores de alto riesgo, cobijando tanto a trabajadores del sector privado como del sector público en una normativa conjunta. Bajo ese supuesto, derogó integralmente los Decretos 1281 de 1994 y 1835 del mismo año, entre otros”

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.”

Por su parte, el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005 adicionó lo siguiente al artículo 48 de la Constitución Política:

(...) **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. (...)

El artículo 96 de la citada ley 32 de 1986, disponía los requisitos necesarios para reconocer la pensión de jubilación a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC:

(...) 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. (...)

Ahora bien, la ley 32 de 1986 y el decreto 407 de 1994, guardaron silencio sobre la forma en que se debe cuantificar la prestación económica pensional, no obstante, el H. Consejo de Estado ha considerado que los parámetros a tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión se determinan por el régimen vigente para los empleados públicos del orden nacional, en razón de la remisión normativa prevista en el régimen especial.

El artículo 114 de la Ley 32 de 1986 dispone:

(...) 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. (...) subrayado por el Despacho.

Esta preceptiva se mantuvo en el artículo 184 del Decreto 407 de 1994, con el siguiente tenor literal:

(...) NORMAS SUBSIDIARIAS. En los aspectos no previstos en este Decreto o en los reglamentarios, a los empleados del Instituto **se les aplicarán las normas vigentes para los servidores públicos nacionales.** (...) Subrayado por el Despacho.

Sobre el tema, el Consejo de Estado en sentencia del 25 de abril de 2019⁴, la Sección Segunda del Consejo de Estado determinó que los factores salariales que deben computarse para la liquidación de una pensión perteneciente al régimen especial bajo análisis corresponden a los contemplados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978:

“(...) De acuerdo con el recuento normativo realizado en las consideraciones generales y las conclusiones arrojadas del estudio de las mismas, al encontrar la Sala que el señor José Ariosto Hende Rincón estuvo vinculado desde el 13 de septiembre de 1982 hasta el 30 de diciembre de 2008⁵, para efecto del reconocimiento pensional debe acudir al régimen especial que regía para los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Penitenciaria Nacional, esto es, las normas consagradas en la Ley 32 de 1986 en concordancia con lo preceptuado en el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, derogado por el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003, que estableció que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional que a la fecha de su entrada en vigencia⁶, se encontraran prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, tendrían derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la citada Ley 32 de 1986.

Ahora bien, tratando que la Ley 32 de 1986 no contempló los factores a tener en cuenta para su liquidación, se debe atender a la remisión de los artículos 114⁷ de la Ley 32 de 1986 y 184⁸ del Decreto 407 de 1994, que señalan que en los aspectos no previstos en ellas, se aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales. Sin embargo, la norma vigente para los empleados del orden nacional a que aluden los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, es la Ley 33 de 1985, canon que no aplica a los servidores cobijados por un régimen especial, dada la exclusión expresa consagrada en el artículo 1° inciso 2° y por tanto, en cuanto a los factores es necesario acudir al Decreto 1045 de 1978.

3. JURISPRUDENCIA SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS REQUISITOS DEL REGIMEN DE TRANSICIÓN PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993 A LOS MIEMBROS DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA DEL INPEC.

Sobre este asunto en concreto el H. Consejo de Estado no ha adoptado una posición

⁴CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 11001-03-25-000-2016-00759-00(3482-16)

⁵ Ver certificado de tiempo de servicio que reposa a folio 384 del cuaderno de antecedentes administrativo del expediente de origen.

⁶ 21 de febrero de 1994

⁷ Artículo 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.

⁸ ARTÍCULO 184. NORMAS SUBSIDIARIAS. En los aspectos no previstos en este Decreto o en los reglamentarios, a los empleados del Instituto se les aplicarán las normas vigentes para los servidores públicos nacionales.

unánime al respecto, encontrando providencias de esta Corporación en las que ha considerado que para que a un empleado del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria del INPEC le sea reconocida la pensión con aplicación del régimen especial previsto en los artículos 96 de la ley 32 de 1986 y 168 del decreto 407 de 1994, debe acreditar además una de las condiciones descritas en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, conforme a las providencias que cita la parte demandante en el escrito de alegatos de conclusión.

De la misma manera, tanto la Sección Segunda⁹, la Sección Primera¹⁰ y la Sala de Consulta y Servicio Civil¹¹, esta última de manera reiterada, han considerado que el único requisito para la aplicación del régimen especial previsto en la ley 32 de 1986 es que el servidor del Cuerpo de Custodia y Vigilancia se hubiese vinculado antes de la entrada en vigencia del decreto ley 2090 de 2003 (28 de julio de 2003), tal como lo reguló el Acto Legislativo 1 de 2005, sin que fuese necesario acreditar para tal fin las exigencias de edad o tiempo del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en reciente providencia, se pronunció considerando que es improcedente exigirles el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 a los miembros del Cuerpo de Custodia y vigilancia Penitenciaria Nacional, conforme al siguiente aparte que se transcribe a continuación:

“(…) 4.4. Conclusiones sobre el régimen legal especial de la Ley 32 de 1986

La normativa citada y comentada permite concluir que el riesgo inherente a la actividad de custodia y vigilancia de la población carcelaria fue el fundamento del régimen pensional especial consagrado en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, para los empleados públicos encargados de dicha actividad.

La Ley 100 de 1993, al crear y organizar el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, incorpora el concepto de actividad de alto riesgo en el sector público, usa como ejemplo la actividad desarrollada por el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria del INPEC y ordena al Gobierno Nacional que regule la actividad de alto riesgo de los servidores públicos.

Es decir, la Ley 100 en el artículo 140 que atrás se transcribió, también asume que, por razón del riesgo inherente, las actividades de custodia y vigilancia de la población carcelaria requieren de un régimen pensional especial.

El artículo 140 de la Ley 100 en cita sería suficiente razón jurídica para excluir la exigencia del régimen de transición del artículo 36 de la misma Ley 100 a los destinatarios de la pensión especial de jubilación consagrada en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986.

⁹ Rad: 5001-23-31-000-2008-00239-01 (0889-13) del 12 de mayo de 2014, CP Dr. Luis Rafael Vergara Quintero

¹⁰ Rad: 11001-03-15-000-2017-01476-00 Acción de tutela del 27 de julio de 2017

¹¹ Entre otras: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, providencia del 8 de julio de 2016, radicación 11001-03-06-000-2016-00048-00; CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR, 12 de diciembre de 2017, Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00152-00(C), Actor: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES); CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, C.P: GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR, 9 de 2019, Radicación número: 11001-03-06-000-2019-00043-00(C)

La evolución normativa y en particular el Acto Legislativo 1 de 2005, Parágrafo transitorio 5º, también transcrito, **reafirman la improcedencia de exigir el régimen de transición de la ley 100 a quienes ingresaron al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional con anterioridad al 21 de febrero de 2003.** (Resalta el Juzgado)

En síntesis, el régimen del artículo 96 de la Ley 32 de 1986:

(i) Fue un régimen pensional especial, frente al régimen general adoptado por la Ley 33 de 1985 para los empleados oficiales.

(ii) Como lo hizo explícito años después la Ley 100 de 1993, el régimen especial se creó en consideración a los riesgos inherentes a la función de custodia y vigilancia de los internos en las cárceles y penitenciarias nacionales, y por lo mismo, el requisito para su causación se circunscribió a 20 años de servicios, continuos o discontinuos, en ejercicio de esa función.

(iii) El régimen de personal, salarial, prestacional y pensional del INPEC, adoptado por el Decreto Ley 407 de 1994, conservó la pensión especial en comento, expresamente para los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia mediante la remisión expresa que el artículo 96 de la Ley 32 hizo al artículo 168 del Decreto Ley 407, en cita.

(iii) El Decreto Ley 407 fue expedido el 20 de febrero de 1994, esto es, cuando ya había sido expedida y publicada la Ley 100 de 1993¹².

(iv) La Ley 100 de 1993, en su artículo 140, además de ordenar al Gobierno Nacional la regulación de las actividades de alto riesgo en el sector público, enunció como ejemplo de esas actividades precisamente las del cuerpo de guardia penitenciaria, con lo cual reafirmó el fundamento de la especialidad de su régimen pensional y no adoptó norma alguna que afectara la vigencia o las condiciones de ese régimen especial pensional.

(v) Con el Decreto Ley 2090 de 2003 se adoptó el estatuto de las actividades de alto riesgo del sector público, se estableció una pensión especial de vejez por razón de la naturaleza de la actividad, y se incluyó expresamente al cuerpo de guardia penitenciaria del INPEC.

(vi) El Decreto 1950 de 2005 reglamentó el artículo 140 de la Ley 100 de 1993, únicamente para dejar explícito que a partir de la entrada en vigencia del Decreto Ley 2090 de 2003 (21 de febrero de 2003), quienes se vincularan laboralmente al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC se pensionarían con el régimen adoptado para todos los servidores públicos que realizan las actividades definidas como de riesgo en el Decreto Ley 2090 en mención; y que el régimen de la Ley 32 de 1986 solo se conservaba para las vinculaciones anteriores a esa fecha.

(vii) El Acto Legislativo 1 de 2005 dispuso la supresión de todos los regímenes especiales, y tomó medidas respecto de los beneficiarios de algunos de ellos, en particular ordenó que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional que habían ingresado con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Ley 2090 de 2003, se les aplicaría «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 [...]».¹³

De la misma manera la Sección Segunda, Subsección B de esta Alta Corporación

¹² La Ley 100 de 1993 fue expedida el 23 de diciembre de ese año y fue publicada en el Diario Oficial No. 41148 de la misma fecha, 23 de diciembre de 1993.

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, C.P. Dr. ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ, 3 de abril de 2020, Radicación número: 11001-03-06-000-2020-00003-00(C)

al estudiar la aplicación del régimen de transición a un empleado de la Aeronáutica Civil, considerada esta igualmente como una actividad de alto riesgo, sobre la aplicación del artículo 6 del decreto 2090 de 2003, consideró en la Sentencia 2012-00082/0391 del 29 de junio de 2017¹⁴, que la exigencia del cumplimiento de los requisitos adicionales consagrados en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, resulta desproporcionado y gravoso, y por tanto, la interpretación que se debe efectuar es la que favorezca y posibilite el reconocimiento de la pensión especial al trabajador, en aplicación del principio de favorabilidad en la interpretación de las normas en materia laboral, conforme al siguiente tenor:

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

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

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

La norma en mención exige a los beneficiarios del régimen de transición en ella establecido cumplir, además de los requisitos especiales, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Al respecto, como quiera que la disposición jurídica establece requisitos para la transición de un régimen pensional especial y a su vez requisitos para ser beneficiario del régimen de transición general, la interpretación que más favorece al demandante es la que permite, ante dos normas concurrentes, la aplicación preferente de la regla de transición que le posibilite el reconocimiento de su pensión especial de vejez.

Sobre la aplicación del principio de favorabilidad en la interpretación de las normas en materia laboral, la Corte Constitucional a partir del artículo 53 de la Constitución Política ha sostenido que “...so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable a los jueces desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes. De igual forma, las autoridades judiciales tampoco se encuentran en posibilidad de actuar en contra de los principios superiores como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad”³¹. En este sentido, “puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los

¹⁴ C.P. Dr. Cesar Palomino Cortes, Rad.: 080012333000201200082 01, N° Interno: 0391-2014, Demandante: Gilberto Antonio Rondón Sepúlveda, Demandada: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP

trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley”³².

Es en virtud del principio en comento que en el caso particular la favorabilidad opera frente a la situación del señor Gilberto Rondón Sepúlveda, a quien, por haber cumplido 500 semanas cotizadas en actividades de alto riesgo a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, el inciso primero del artículo 6° de esta normatividad permite su reconocimiento pensional en las condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

(...) Y, frente a la coexistencia del régimen de transición previsto en el Decreto 2090 de 2003 y el que establece la Ley 100 de 1993 señaló que “El régimen de transición previsto en el Decreto 2090 de 2003...resulta ser un régimen de transición distinto al de la Ley 100 de 1993, lo cual plantea cuestiones atinentes a la aplicación del régimen más favorable al trabajador...En ese orden de ideas, 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”.

Luego entonces, por ser más favorable frente a las expectativas pensionales del demandante quien estaba próximo a cumplir con los requisitos para acceder al derecho en las condiciones descritas en el Decreto 1835 de 1994, y en virtud del principio de inescindibilidad de la norma frente a una disposición en la que se fijan requisitos de un régimen de transición de naturaleza especial y a la vez los previstos en el régimen de transición dispuesto en la Ley 100 de 1993, para la Sala la fuente que debe aplicarse en el caso particular es el inciso primero del artículo 6° del Decreto 2090 de 2003, y entender que el actor es beneficiario del régimen especial de transición por haber acreditado 500 semanas de cotización en actividades de alto riesgo al 28 de julio de 2003, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003³³.”

Acorde a la reiterada Jurisprudencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil y a la providencia antes transcrita, las cuales acoge en su integridad este Despacho, se desprende que el único requisito para la aplicación del régimen especial previsto en la ley 32 de 1986, es que el servidor del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria se haya vinculado con anterioridad al 28 de julio de 2003 y cumpla con las exigencias de esta misma ley 32, en aplicación al principio de favorabilidad en la interpretación de las normas en materia laboral, en procura del cumplimiento del principio superior de igualdad, para evitar el desconocimiento de las garantías laborales.

4. CASO CONCRETO

En el presente asunto, conforme a las pruebas obrantes en el plenario, se encuentra acreditado que la demandada LUZ DARY TOBAR OCHOA se vinculó al Inpec el 24 de mayo de 1982 hasta el 9 de agosto de 2000 en el cargo de dragoneante y del 10 de agosto de 2000 al 30 de mayo de 2013 en el cargo de oficial de tratamiento penitenciario.

En razón de dicha vinculación, en calidad de empleada pública del orden nacional para efectos pensionales la accionada efectuó aportes a CAJANAL EICE a partir del 24 de mayo de 1982 hasta el 30 de junio de 2009, en el ISS del 1 de julio de 2009 al 31 de octubre de 2011, tal como obra en los antecedentes administrativos aportados al plenario por la UGPP.

Por cumplir con los requisitos consagrados en ley 32 de 1986 CAJANAL EICE le reconoció pensión de jubilación a través de la Resolución N° UGM 054807 de 23 de agosto de 2012 a partir del 1 de junio de 2011, condicionando su pago a su retiro definitivo del servicio (fls. 120 a 122).

Mediante resolución N° 001647 del 13 de junio de 2013 (fl. 384) el INPEC aceptó el retiro del servicio de la demandada a partir del 1 de julio de 2013.

A través de la resolución No. RDP 049174 del 24 de noviembre de 2015, la UGPP ordenó la reliquidación de la pensión sobre los salarios o rentas sobre los cuales cotizó entre el 1 de julio de 2012 al 30 de junio de 2013, esto es en el último año de servicios, en cuantía de \$1.796.693.

Mediante la resolución No. RDP 015511 del 17 de abril de 2017, la UGPP resolvió un recurso de apelación, modificando los artículos 1 y 2 de la Resolución No. 49174 del 24 de noviembre de 2015, fijando la pensión en la cuantía de \$1.739.002.

Se encuentra demostrado que la demandada se vinculó al INPEC como dragoneante el 24 de mayo de 1982, en consecuencia, le era aplicable la ley 32 de 1986.

De la misma manera se encuentra acreditado¹⁵, que la demandada hizo parte del cuerpo de Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria del INPEC, por ello al cumplir los 20 años de servicio el 23 de mayo de 2002¹⁶ cumplió el requisito de la pensión especial de jubilación de que trata el citado artículo 96 de la ley 32 de 1986, cumpliendo así el único requisito para la aplicación del régimen contenido en esta misma ley, esto es, que su vinculación se efectuara antes del 28 de julio de 2003.

Sin que sea necesario acreditar ninguna de las exigencias de edad y tiempo de servicios previstas en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, conforme a la Jurisprudencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, atendiendo a que el Acto Legislativo 01 de 2005 *“es una norma posterior y de superior jerarquía, el cual estableció el régimen aplicable para los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional. De acuerdo con ello, el régimen aplicable para estos funcionarios del INPEC es el contemplado en el Decreto 2090 de 2003. Salvo, para aquellos miembros de dicho Cuerpo que se hubieren vinculado al mismo con anterioridad a la entrada en vigencia de este, en cuyo caso el régimen aplicable continuaría siendo el establecido en la Ley 32 de 1986”*¹⁷.

Sumado a que la señora Tobar Ochoa el 23 de mayo de 2002, esto es, antes de la expedición del decreto ley 2090 de 2003 – 26 de julio de 2003- ya cumplía con el requisito de los 20 años de servicios al cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC, previsto en el artículo 96 de la citada ley, para hacerse acreedora a la pensión y por ello en aplicación del principio de favorabilidad, la interpretación que debe regir en

¹⁵ lo que además no fue motivo de discusión

¹⁶ Adquirió el status de pensionada el 23 de mayo de 2002 - 20 años de servicios como miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, según obra en la Resolución de Reconocimiento de la pensión

¹⁷ Exp. 11001-03-06-000-2018-00050-00 (c) de fecha 23 de mayo de 2018

su reconocimiento pensional, es la aplicación del precepto legal que la beneficie, es decir, el régimen especial, razón por la cual se concluye que los actos administrativos acusados no están viciados de nulidad.

Ahora bien, en cuanto al segundo problema jurídico planteado, esto, respecto a que entidad le compete el reconocimiento de la pensión a favor de la demandada señora Luz Dary Tobar Ochoa, tenemos que, al resolver los conflictos de competencia que se suscitan entre la UGPP y Colpensiones, el H. Consejo de Estado de manera reiterada¹⁸ se ha pronunciado considerando que:

“La competencia de CAJANAL EICE en liquidación, respecto de los afiliados que cumplieron requisitos para pensionarse antes del 1° de julio de 2009, se trasladó a la UGPP creada por la Ley 1151 de 2007. (...) Como lo ha reiterado la Sala en múltiples pronunciamientos sobre conflictos de competencia en materia pensional, en los cuales la UGPP y Colpensiones han sido partes, el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto Ley 169 de 2008, son el fundamento de la competencia de la UGPP para reconocer: (i) los derechos pensionales causados antes de la cesación de actividades de las administradoras exclusivas de servidores públicos del nivel nacional, y (ii) los derechos de los servidores públicos del nivel nacional que cumplieron el tiempo de servicio y, sin cumplir la edad, se desafiliaron del régimen de Prima Media con Prestación Definida, antes de la cesación de actividades de la respectiva administradora.”¹⁹

De la anterior pauta jurisprudencial, se concluye que le corresponde a la UGPP el reconocimiento y administración de los derechos pensionales de los servidores públicos que hubieren causado su derecho pensional o a quienes se les haya reconocido la pensión antes del 1 de julio de 2009.

En el caso que nos ocupa, se encuentra probado que durante el tiempo en que la señora Tobar Ochoa laboró en el INPEC, se efectuaron las siguientes cotizaciones

- Del 24 de mayo al 30 de junio de 2009 a Cajanal.
- Del 1 de julio de 2009 al 31 de octubre de 2011 al ISS²⁰

De la misma manera, conforme se analizó en la presente providencia, la demandada Tobar Ochoa adquirió su status de pensionada el 23 de mayo de 2002, fecha en la cual se encontraba afiliada a Cajanal EICE por consiguiente el reconocimiento de su derecho pensional quedó a cargo de Cajanal EICE en liquidación, tal como lo efectuó en la Resolución No. UGM 054807 del 23 de agosto de 2012.

Tenemos igualmente que para el 1 de junio de 2009, la demandada Luz Dary Tobar Ochoa continuaba vinculada al INPEC y afiliada a esta misma Caja, se observa además que nunca se realizaron aportes a Colpensiones, tal como lo afirma la apoderada de esta entidad, por consiguiente la entidad competente para continuar

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, C.P. Dr: ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ, Bogotá D.C., tres (3) de abril de dos mil veinte (2020), Radicación número: 11001-03-06-000-2020-00003-00(C), Actor: JORGE ELIÉCER ARIAS ARIAS

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, C.P.: ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS, Bogotá D.C., cinco (5) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 11001-03-06-000-2018-00115-00(C), Actor: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)

²⁰ Folio 211

con el trámite del reconocimiento del derecho pensional corresponde a la UGPP y no a la entidad demandada Colpensiones, razón por la cual se establece que la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por esta entidad esta llamada a prosperar y así se declarará en la presente providencia.

5. COSTAS

El artículo 188 del CPACA regula la condena en costas y prevé que la sentencia debe disponer sobre su imposición, conforme a la regulación prevista en el Código de Procedimiento Civil hoy Código General del Proceso.

El numeral 3° del artículo 365 del Código General del Proceso señala que habrá lugar a imponer condena en costas frente a la parte vencida, debiendo estas ser liquidadas por Secretaría de Corporación acorde con lo previsto en el artículo 366.

En materia de costas en asuntos de lesividad, el Consejo de Estado²¹ en providencia del 8 de febrero de 2018, consideró que no hay lugar a la condena en costas pues en estos se ventilan intereses públicos, sin que sea posible afirmar que el titular de la prestación sea la parte vencida, así:

“No obstante, cuando es la entidad pública la que demanda su propio acto en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de lesividad, esta Subsección definió la siguiente regla en materia de costas²²:

*“En este caso tenemos que debido a la naturaleza del medio de control ejercido, que es el de nulidad y restablecimiento del derecho pero en la modalidad de **lesividad**, en tanto la Caja Nacional de Previsión Social EICE en Liquidación ataca sus propios actos administrativos mediante los cuales reconoció y reliquidó una pensión gracia, es decir, la entidad pública propende por anular unos actos administrativos que, no obstante su contenido particular, dada su ilegalidad afectan igualmente intereses públicos, en la medida en que reconocen y ordenan el pago de sumas a las que el beneficiario no tiene derecho, y ello deriva en una afectación patrimonial, no sólo de la Institución pública que cometió el yerro respectivo, sino de todos los ciudadanos que aportan al sistema pensional Colombiano, es el interés superior público patrimonial el que está en juego.*

Así las cosas, no es posible afirmar que la titular de la prestación que se debate sea la parte “vencida” en el litigio –como lo exige la norma-, y por ello la señora Álvarez Ponce no tiene la obligación de pagar costas en el proceso. En tal sentido, se revocará la decisión del Tribunal Administrativo de Nariño.”

Así las cosas, no es viable en estos casos condenar en costas en ninguna de las instancias, pues en este tipo de eventos en los cuales se ventilan intereses públicos, como lo es el patrimonio estatal, no es posible afirmar que el titular de la prestación sea la parte «vencida» en el litigio, aun cuando resulte afectado con la decisión²³.”

²¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A, C.P. Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, 8 de febrero de 2018, Radicación: 68001233300020140074702, No. Interno: 0176-16.

²² Sentencia de 21 de abril de 2016, Consejero ponente Luis Rafael Vergara Quintero, expediente: 3400-2013, Actor: Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE en Liquidación, demandada: Ligia Eugenia Álvarez Ponce.

²³ No aplica cuando se haya demostrado mala fe en las actuaciones administrativas y judiciales del beneficiario de la prestación.

En consecuencia, dada la naturaleza del presente asunto –lesividad- que no ataca al beneficiario de la prestación sino a los actos administrativos que en este caso reconocieron la pensión, no hay lugar a condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral de Cali, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación por pasiva formulada por la entidad demandada COLPENSIONES, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: NEGAR la condena en costas.

CUARTO: ARCHIVAR las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI, una vez ejecutoriada esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PAOLA ANDREA GARTNER HENAO
JUEZ