



**JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DE TUNJA
DESPACHO**

Tunja, ocho (8) de abril de dos mil dieciséis (2016).-

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del derecho
Radicado: 15001 33 33 004 2015 0057 00
Demandante: Heraclio Ruiz León
Demandado: UGPP

1. DESCRIPCIÓN

1.1. TEMA DE DECISIÓN:

Agotado el trámite procesal correspondiente, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

1.1.1. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

PARTES:

- **DEMANDANTE:** HERACLIO RUIZ LEÓN, identificado con C.C. No. 6.771.902 de Tunja.
- **DEMANDADO:** Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

OBJETO:

➤ **DECLARACIONES Y CONDENAS:**

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, la demandante solicitó que se declare:

Que son nulos los siguientes actos administrativos contenidos en: i) Resolución N° RDP N° 032226 del 23 de octubre de 2014, mediante la cual se niega la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante y ii) Resolución N° RDP 002294 del 21 de enero de 2015, por el cual se resuelve el recurso de

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Heraclio Ruiz León

Demandado: UGPP

Radicación: 110013333004201500057

Sentencia de primera instancia.

apelación contra la Resolución N° RDP 032226 del 23 de octubre de 2014, confirmando el acto impugnado.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la UGPP, a re liquidar y pagar la pensión de jubilación al demandante teniendo en cuenta el factor salarial PRIMA DE RIESGO, a partir del 1 de enero de 2008, fecha de retiro definitivo del servicio.

También solicita condenar a la entidad demandada a cancelar al demandante, las sumas que se le adeuden por reliquidación de la pensión debidamente indexada, los intereses moratorios respectivos y que se les dé cumplimiento dentro de los términos establecidos en los artículos 192, 193 y 195 del C.P.A.C.A.

1.1.2. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN

➤ FUNDAMENTOS FÁCTICOS CON BASE EN LA FIJACIÓN DEL LITIGIO

- El demandante laboró para el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, desde el 07 de mayo de 1984 hasta el 30 de diciembre de 2007 (ver certificado de tiempo de servicios – fl. 37 y acto administrativo de retiro del servicio – archivo 42 expediente administrativo medio magnético fl. 74).
- El demandante ha percibido mesada pensional desde el 1 de enero de 2008 (ver acto administrativo de reliquidación de pensión por retiro del servicio- archivo 43 expediente administrativo medio magnético fl. 74).
- El demandante solicitó, en sede administrativa, la reliquidación de su pensión con inclusión de la prima de riesgo (fls. 19 a 21); petición que fue negada por la entidad demandada mediante resolución N° RDP 032226 del 23 de octubre de 2014 (fls. 22 y 23)
- Posteriormente presenta recurso de apelación contra la resolución aludida (fls. 25 a 29), resolución que fue confirmada en sede de apelación mediante resolución N° RDP 002294 del 21 de enero de 2015 (fls. 30 a 34).
- Previo a este proceso adelantó proceso de nulidad y restablecimiento del derecho solicitando la reliquidación de la pensión, proceso conocido en primera instancia por el Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Tunja y en segunda Instancia por el Tribunal Administrativo de Boyacá; resaltando que en dicha acción judicial no se solicitó la inclusión de la Prima de Riesgo, por lo tanto no hay lugar a una posible declaratoria de cosa juzgada.

➤ **JURÍDICOS:**

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL

Artículos 2,6, 13, 25 y 53 de la Constitución Política

NORMAS DE RANGO LEGAL

*Artículo 10 del Código Civil
Ley 57 de 1887
Artículo 5 de la Ley 4 de 1996
Ley 32 de 1986
Decreto 1933 de 1986
Decreto Ley 1045 de 1978
Decreto 446 de 1994
Acto legislativo 01 de 2005
Ley 1437 de 2011*

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Manifiesta que la negativa expresada por la entidad demandada de incluir como factor salarial dentro de la base de liquidación de la pensión constituye una clara vulneración a las normas legales y constitucionales invocadas.

Resalta que la PRIMA DE RIESGO fue creada para los guardianes del INPEC por el Decreto 446 de 1994 "Por el cual se establece el régimen prestacional de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC", que en su artículo 11 dispone:

"ARTÍCULO 11. PRIMA DE RIESGO. Los Directores y Subdirectores de establecimiento carcelario y el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho a una prima de riesgo sin carácter salarial, en los porcentajes que fije el Gobierno Nacional, que no podrá ser inferior al actualmente vigente."

Ahora bien, señala que no es de recibo el argumento de la UGPP al negar la inclusión de esta prima con el argumento que el citado decreto no le dio el carácter salarial, como quiera que la actual interpretación de esta norma y la que ha asumido el Consejo de Estado, aplica el principio de favorabilidad en

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Heraclio Ruiz León

Demandado: UGPP

Radicación: 110013333004201500057

Sentencia de primera instancia.

materia laboral, dada que la Prima de Riesgo es recibida de forma periódica y habitual por el servidor en contraprestación directa del servicio prestado, así la norma desde su creación haya negado su carácter salarial.

Agrega que se debe tener en cuenta una interpretación analógica y extensiva frente al análisis del caso que realizó el Consejo de Estado frente a la misma prima de riesgo, pero frente a los servidores públicos del DAS, prestación creada por el Decreto 2646 de 1994 y tampoco le otorgaba carácter salarial pero que, dada la naturaleza y características de la prestación, es considerada como factor salarial pese a la prohibición normativa.

Frente a la decisión de la entidad demandada de negar la inclusión del factor reclamado, contraviene principio de orden superior como la igualdad, la equidad y la favorabilidad, consagrados en los artículos 13 y 53 superior.

1.1.3. OPOSICIÓN:

La apoderada de Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – U.G.P.P. (fls. 84 a 141) presentó contestación a la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones deprecadas y señalando frente a los hechos que son ciertos.

Señala la entidad que los actos administrativos de reconocimiento pensional y los actos acusados fueron expedidos con sujeción a los parámetros establecidos en la ley 100 de 1993, los cuales le son aplicables a los beneficiarios del régimen de transición. Señala que el régimen aplicable era el contenido en el Decreto 1933 de 1989, que demandante adquirió su status pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que la liquidación de la pensión se realizó tomando el 75% de lo devengado durante los 10 últimos años de servicio o el tiempo que le hiciere falta, aplicando los factores consagrados en el Decreto 1158 de 1994, dentro de los cuales no se encuentra la prima de riesgo.

Así las cosas, por adquirir su status pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante quedó cobijado por ese nuevo régimen general que integró a los servidores públicos. Pero por cumplir con los requisitos establecidos en la misma Ley 100, quedo sujeto a un régimen de transición que le permitía pensionarse con tres de los beneficios o condiciones del régimen anterior, lo cuales son: la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión.

Frente a la prima de riesgo señala que no puede ser tenida en cuenta para liquidar la pensión, como quiera que los artículos 1 y 2 del Decreto 2646 de

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Heraclio Ruiz León

Demandado: UGPP

Radicación: 110013333004201500057

Sentencia de primera instancia.

1994, pues la misma norma establece que la prima de riesgo no tiene carácter salarial.

De igual forma sostiene que no debe tenerse en cuenta como base de liquidación todos los factores salariales devengados por el accionante durante el año en el cual adquirió el estatus de pensionado, sino únicamente aquellos factores sobre los cuales realizó aportes, ello en aplicación a la sentencia C-258 de 2013, proferida por la Corte Constitucional, los objetivos de Acto Legislativo No. 1 de 2005 y de la sentencia C - 608 de 1999.

Solicitó la aplicación de la sentencia C-258 de 2013 de la Corte Constitucional la cual fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el ingreso base liquidación IBL no es un aspecto de la transición y por tanto, son las reglas contenidas en aquel régimen general, las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca. Que mediante auto A-326 de 2014 por el cual se resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-078 del mismo año la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido que el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación.

Finalmente, que aunado a lo anterior la Corte Constitucional reiteró la interpretación correcta del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece que el régimen de transición y que ratifica la posición tanto de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia como la de la Corte Constitucional y que soporta la posición asumida por la entidad demandada en que las mesadas en régimen de transición se liquida con edad, tiempo en cotizaciones y monto del régimen anterior que se aplica ultractivamente entendiendo monto única y exclusivamente como tasa de reemplazo pero que periodo de liquidación y factores, es decir, el cálculo IBL, se hace con las reglas contenidas en la propia Ley 100 de 1993, del cual solicita su aplicación.

Excepciones Propuestas

Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido, inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales y prescripción de las mesadas, solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones.

1.1.4 ALEGATOS

Parte demandante (fls. 236 a 239): El apoderado de la parte demandante en su escrito de alegaciones, señala que el INPEC certificó que el demandante percibió la Prima de Riesgo durante su último año de servicios, transcribe apartes de Jurisprudencia del Consejo de Estado, así como también de la normatividad aplicable al caso concreto en la cual se evidencia que se ratifica en cada uno de los argumentos esbozados con el escrito de la demanda.

Entidad Demandada (fls. 240 a 246): Señala que los actos administrativos demandados se expidieron con sujeción a los parámetros de las leyes aplicables al momento de adquirir su status pensional; que se le reconocieron los factores salariales sobre los cuales se realizaron los aportes respectivos, añadiendo que los factores sobre los cuales solicita su inclusión, no están reconocidos en la ley, no tienen relación directa con el servicio y en consecuencia, no constituyen salario, ni mucho menos, factor salarial, citando para ello la interpretación realizada por la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, concluyendo que la inclusión de tales factores atenta contra el principio de solidaridad que rige el sistema de seguridad social.

Resalta que la aplicación dada por el Consejo de Estado conduce a la concesión de beneficios manifiestamente desproporcionados desconociendo los principios de igualdad y solidaridad.

2. CRÓNICA DEL PROCESO

A través de auto del 22 de abril de 2015 (fls. 60 y 61) se admitió la demanda y se ordenó la notificación de la entidad demandada; por lo anterior, la copia de la demanda y de sus anexos permanecieron en la Secretaría a disposición de los notificados por un término de 25 días, una vez cumplido el término anterior, la Secretaría del Despacho dejó constancia del término de reforma de la demanda y el traslado de treinta (30) días de que trata el artículo 172 de la ley 1437 de 2011, la entidad demandada contestó la demanda en dicho término y propuso llamamiento en garantía; luego se realizó audiencia inicial, audiencia de pruebas, se recibieron los alegatos de las partes por escrito y se procede a proferir la sentencia que resuelva el asunto de la referencia.

3.- PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS

Problema Jurídico: El demandante, HERACLIO RUÍZ LEÓN quien laboró como guardián del INPEC, tiene derecho a que su pensión de jubilación se reliquide con la inclusión de la prima de riesgo devengada durante el último año de

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Heraclio Ruiz León

Demandado: UGPP

Radicación: 110013333004201500057

Sentencia de primera instancia.

servicio, aplicando para ello la jurisprudencia análoga del Consejo de Estado frente a los funcionarios del DAS y por vía de la aplicación integral del régimen normativo anterior de las pensiones de servidores del INPEC contenido en el art. 96 de la Ley 32/1986 y el Decreto 1045 del 76 en lo que toca a los factores salariales, entendiendo que los mismos no son taxativos?

Tesis de la parte demandante: sostiene que se debe incluir la prima de riesgo devengada durante el último año de servicio en razón a que este es por naturaleza un factor salarial, pues es percibido periódicamente, de manera habitual y como remuneración del servicio prestado, además, por la interpretación realizada por el Consejo de Estado y de conformidad con lo señalado en el parágrafo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005..

Tesis entidad demandada: sostiene los actos administrativos enjuiciados fueron proferidos con estricta sujeción a los parámetros de la Ley 100 de 1993. Asimismo solicita la aplicación de las sentencias de la Corte Constitucional C-258 de 2013, SU 230-15.

El Despacho sostendrá que se deben negar las pretensiones de la demanda, en razón a que las resoluciones que liquidan la pensión del demandante se encuentran falsamente motivadas por la entidad aquí demandada, puesto que lo ubican como beneficiario del régimen de transición y le aplican las normas especiales contenidas en la Ley 32 de 1986 y el Decreto 1045 de 1978, sin observar que el actor no cumple con ninguno de los dos requisitos a los que hace alusión el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para que proceda la aplicación al régimen especial anterior al Sistema General de Seguridad Social.

4.-DECISIONES PARCIALES

Establecida la eficacia y validez del proceso mediante el respeto de los derechos de las partes al debido proceso y al acceso a la justicia y constatada la admisibilidad de la pretensión, procede el Despacho a emitir decisión de fondo.

5.-PREMISAS PARA LA SOLUCIÓN DEL CASO

5.1- PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS EXCEPCIONES

Frente a las excepciones planteadas por la entidad accionada, que no fueron resueltas en la audiencia inicial, "Inexistencia de la obligación o Cobro de lo no debido", "Inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales", debe decir el Despacho que encierran verdaderos argumentos de defensa y se resolverán como tales con el fondo del asunto, salvo la de

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Heraclio Ruiz León

Demandado: UGPP

Radicación: 110013333004201506057

Sentencia de primera instancia.

prescripción, que en verdad trae al debate un hecho –la inactividad del demandante - que aunado al transcurso del tiempo es reconocido en la normatividad como desencadenante de un efecto jurídico sobre el derecho reclamado, referido a su extinción, en este caso, parcial.

Sobre las "excepciones de mérito" que en realidad encubren argumentos que atacan la pretensión, no la acción, el Honorable Consejo de Estado manifestó:

"En el derecho colombiano las excepciones se clasifican en previas y de mérito o de fondo. Las previas reciben ese nombre porque se proponen cuando se conforma la litiscontestatio. Se refieren generalmente a defectos del procedimiento, como la falta de jurisdicción o de competencia y se permite alegar como previas algunas perentorias, como la cosa juzgada. Las excepciones perentorias o de fondo van dirigidas a la parte sustancial del litigio, buscan anular o destruir las pretensiones de la demandante, con el propósito de desconocer el nacimiento de su derecho o de la relación jurídica o su extinción o su modificación parcial."¹ (Subrayado fuera del texto original).

"En lo tocante a las dos excepciones propuestas por la parte demandada, la Sala considera que no son propiamente tales, porque si bien la excepción en Derecho Procesal es un medio de defensa, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, no puede englobar toda la defensa, como acontece en este caso. Las dos son nociones inconfundibles en dicho derecho. En efecto, mientras la defensa consiste en negar el derecho invocado por la demandante, la excepción de fondo, en estricto sentido, está constituida por todo medio de defensa del demandado que no consista simplemente en la negación de los hechos o del derecho aducido en la demanda sino en la invocación de otro u otros hechos impeditivos, modificativos o extintivos, que una vez acreditados como lo exige la ley, aniquilen o enerven las pretensiones del libelo demandatorio. Por ello la Corte ha considerado que la excepción "representa un verdadero contraderecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible generalmente de ser reclamado, su vez, como acción"²

(Subrayado fuera del texto original).

5.2 - PREMISAS FÁCTICAS.

Como pruebas relevantes para decidir se destacan:

- Copia cédula de ciudadanía del demandante (fl. 18)
- Solicitud de reliquidación pensional (fls. 19 a 21)

¹CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil nueve (2009). Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00046-01(34239). Actor: INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES-INCO. Demandado: CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A.-COVIANDES. Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL.

²CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: ERNESTO RAFAEL RIZA MUÑOZ. Santa Fe, de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Radicación número: AC-1675. Actor: AURA NANCY PEDRAZA PIRAGAUTA. Demandado: VIVIANE MORALES HOYOS.

- Copia de la resolución RDP 032226 del 23 de octubre de 2014 con su constancia de notificación (fls. 22 a 24)
- Recurso de apelación contra la resolución RDP 032226 del 23 de octubre de 2014 (fls. 25 a 29)
- Copia de la resolución RDP 002294 del 21 de enero de 2015 con su constancia de notificación (fls. 30 a 35)
- Copia certificado de tiempo de servicios, formato 1 (fl. 37)
- Certificación de salario base, formato 2 (fl. 38)
- Certificación de salarios mes a mes, formato 3 (B) entre mayo de 1984 y diciembre de 2007 (fls. 39 a 50)
- Certificación de salarios y prestaciones devengados entre enero de 1994 y diciembre de 2007 (fls. 51 a 55)
- Copia del comprobante de pago del mes de noviembre de 2007 (fl. 56)
- Expediente administrativo (fl. 74 Medio Magnético)
- Certificado donde conste los factores salariales efectivamente devengados por el demandante y sobre los cuales se realizaron descuentos para pensión (fls. 2198 a 233)

5.3- PREMISAS JURÍDICAS.

5.3.1.- Normatividad.

- **Ley 100 de 1993. 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.
- **Acto legislativo 01 de 2005³. artículo 1 Parágrafo transitorio 5.:** 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.
- **Decreto Presidencial 1950 de 2005 (junio 13) "Por el cual se reglamenta el artículo 140 de la Ley 100 de 1993". Artículo 1º.** De conformidad con lo

³ Este acto legislativo fue expedido el 22 de julio de 2005 y publicado en el Diario Oficial 45980 del 25 de julio de 2005.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Heraclio Ruiz León

Demandado: UGPP

Radicación: 110013333004201500057

Sentencia de primera instancia.

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.

- **Decreto Presidencial 2090 de 2003. (Julio 26). "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".**

Artículo 1º. Definición y campo de aplicación. El presente decreto se aplica a todos los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, entendiendo por actividades de alto riesgo aquellas en las cuales la labor desempeñada implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo.

Artículo 2º. Actividades de alto riesgo para la salud del trabajador. Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:

(...)

7. En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Así mismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública.

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 18 de la Ley 797 de 2003.

➤ **Decreto 407 de 1994: "Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario."**

ARTICULO 168. Derogado. Decreto 2090 de 2003. Art. 11. El texto inicial de este artículo, era el siguiente:

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

PARAGRAFO 1°. 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 2°. El personal Administrativo del Instituto se regirá por las normas establecidas en la Ley 100 de 1993.

5.3.2.- El tratamiento legal de las pensiones de los servidores de custodia y vigilancia de las prisiones.

Como sostuvo la Corte Constitucional en la Sentencia C-633/07 al estudiar la constitucionalidad del artículo del Decreto 2090 de 2003 "Antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, las actividades de alto riesgo eran reguladas de forma diversa, según se tratara de trabajadores del sector privado o del público."⁴

⁴ En el caso de trabajadores vinculados al sector privado, el Código Sustantivo del Trabajo, en los artículos 269 a 272 consagró un régimen legal más benigno para el acceso a la pensión de jubilación de un grupo de trabajadores específico. Se trataba del caso de los operadores de radio y de cable u similares; los aviadores de empresas comerciales; los trabajadores de empresas mineras que prestaran sus servicios en socavones y aquellos que realizaran sus labores a temperaturas anormales, quienes tenían la posibilidad de obtener su derecho a la pensión de jubilación, "después de veinte (20) años continuos o discontinuos de trabajo, cualquiera que [fuera] su edad". Igualmente, quienes hubiesen servido menos de quince (15) años continuos en tales actividades, al llegar a los 50 años, tendrían derecho también a disfrutar de la pensión de jubilación, si en ese momento estaban al servicio de la empresa. El Código Sustantivo advirtió también que podían acceder a esta pensión especial de jubilación, los profesionales y ayudantes de establecimientos dedicados al tratamiento de la tuberculosis, con quince (15) años de servicios a cualquier edad; o con veinte (20) años de servicios y cincuenta (50) años de edad, si la vinculación a ese tipo de actividad no había sido continua. Posteriormente, el Decreto 758 de 1990, por el cual se aprobó el Acuerdo No 049 de Febrero 1° de 1990 estableció que los trabajadores de alto riesgo amparados por esta norma, fueran los trabajadores mineros que prestaban su servicio en socavones o labores subterráneas, los dedicados a actividades que implicaran la exposición a altas temperaturas, aquellos expuestos a radiaciones ionizantes y finalmente, quienes estuvieran expuestos y operaran sustancias comprobadamente cancerígenas. El artículo 15 del Decreto enunciado,

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Heraclio Ruiz León

Demandado: UGPP

Radicación: 110013333004201500057

Sentencia de primera instancia.

Con la ley 100 de 1993 en su artículo 140 surge una nueva regulación de las pensiones de los trabajadores de alto riesgo, de la siguiente manera. i) el artículo 289 de la Ley 100 de 1993 derogó los artículos 260, 268, 269, 270, 271 y 272 del Código Sustantivo del Trabajo, que se referían en esencia a la situación de ciertos trabajadores que desempeñaban actividades que se estimó por el legislador podían reducir su expectativa de vida, ii) sin embargo los regímenes anteriores subsistirían para quienes cumplieran los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que creó el régimen general de transición del nuevo Sistema de Seguridad Social en Pensiones. iii) el artículo 139 numeral 2º de la Ley 100 de 1993, otorgó facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para regular al tenor de la Ley 4 de 1992 el régimen de los servidores públicos que laboran en actividades de alto riesgo, aminorando el requisito de número de semanas de cotización o la edad de jubilación, o ambos, sin desconocer derechos adquiridos. Esta facultad incluía la de establecer los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador y el trabajador, según cada actividad, iv) la ley 100/93 expresamente consagró que las demás condiciones y requisitos para acceder a la pensión se regirían por sus disposiciones.

De conformidad con lo anterior el gobierno nacional expidió el Decreto Ley 1835 de 1994, el 3 de agosto de 1994, "Por el cual se reglamentan las actividades de alto riesgo de los servidores públicos", que en su artículo primero señaló que el Sistema General de Pensiones de la Ley 100/93 se aplica a los servidores públicos de todos los niveles, y que sin perjuicio del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en adelante no se podrían reconocer a los servidores públicos pensiones distintas a las allí previstas y a las creadas mediante el régimen general de actividades de alto riesgo (Decreto 1281 de 1994). Sin embargo estas normas no regularon el régimen del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, para cuyos trabajadores se pretendía mantener un estatuto especial.

Dicha regulación especial estaba contenida en el Decreto Ley 407 del 20 de febrero de 1994, publicado en el Diario Oficial No. 41.233, de 21 de febrero de 1994 "Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario". El artículo 168 de esta norma preservó para

permitía para estos trabajadores el reconocimiento de un beneficio pensional frente al régimen pensional general, que consistía en que fuera posible disminuirles la edad para la pensión luego de las primeras 750 semanas cotizadas en esa actividad, a razón de un año por cada cincuenta (50) semanas de cotización adicionales. Los trabajadores del sector público y la Fuerza Pública de alto riesgo, por su parte, fueron excluidos de la anterior regulación y estuvieron para ese momento gobernados por regímenes dispersos, de carácter especial. De este modo, no existía un régimen común de actividades de alto riesgo aplicable específicamente a los trabajadores del Estado.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Heraclio Ruiz León

Demandado: UGPP

Radicación: 110013333004201500057

Sentencia de primera instancia.

quienes a la fecha de su vigencia se encontraran prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario el derecho a gozar la pensión de jubilación en las condiciones establecidas en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, en el párrafo primero señaló que quienes ingresaran a partir de tal fecha al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrían derecho a una pensión de vejez en los términos que establezca el Gobierno Nacional en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 para las actividades de alto riesgo.

Posteriormente, con fundamento en las facultades extraordinarias conferidas por el numeral 2 del artículo 17 de la Ley 797 de 2003,⁵ el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 2090 de 2003, publicado el 28 de julio del mismo año. Esta norma se proponía unificar el tratamiento legal de las actividades de alto riesgo de trabajadores públicos y privados, y señaló las actividades con ese carácter, entre las cuales está "la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo que ejecuten dicha labor." Además estableció el régimen legal de las pensiones de quienes desempeñan estas labores, consagrando en su artículo 6º un régimen de transición al cual se refiere la Corte Constitucional en los siguientes términos en la Sentencia C-633/2007:

"Dijo la norma, que quien al 28 de julio de 2003, - fecha de entrada en vigencia del decreto - hubiere cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendría derecho, una vez cumplido el mínimo número de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión - 1000 semanas⁶-, a que la pensión especial le sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las

⁵ 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", consagró en su artículo 17, facultades extraordinarias para expedir o reformar el régimen legal de los trabajadores de alto riesgo. El artículo 17 de numeral 2º de esa ley señaló lo siguiente: 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."

⁶ Dice el artículo 9 de la ley 797 de 2003 sobre requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez: "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".

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Heraclio Ruiz León

Demandado: UGPP

Radicación: 110013333004201500057

Sentencia de primera instancia.

actividades de alto riesgo. En el parágrafo del artículo 6º, se dijo que cuando una persona se encontrara cubierta por el régimen de transición descrito, debía cumplir adicionalmente los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003."

Frente a lo anterior se debe precisar: i) El artículo 18 de la Ley 797 de 2003 fue declarado inconstitucional en la sentencia C-1056 de 2003 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), en consecuencia los requisitos adicionales a los cuales se refiere esta norma son los del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 vigentes ahora, ii) el requisito de haber cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial para el 28 de julio de 2003 contenido en el inciso primero del artículo 6º del Decreto 2090 de 2003, fue declarado exequible de manera condicionada "en el entendido de que para el computo de las "500 semanas de cotización especial", también se podrán acreditar aquellas semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiere sido calificada jurídicamente como de alto riesgo" en la Sentencia C-663/07.

Como el Decreto 2090 de 2003 pretendía unificar todos los regímenes especiales de las actividades de alto riesgo, derogó integralmente el artículo 168 del Decreto 407 de 1994 desde el 23 de julio de 2003, con respecto a ello dijo la Corte Constitucional: "Obviamente dicha derogación no implica la supresión de derechos, sino que es el instrumento técnico para señalar que hubo un cambio de régimen."

Igualmente es de especial relevancia lo dispuesto en el Acto legislativo 01 de 2005 con respecto a este grupo de servidores públicos en su parágrafo Transitorio 5º, el cual es preciso reproducir, pues es una de las fuentes normativas del derecho que se invoca en la demanda:

"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,

⁷ Sentencia C-663/07 que estudió la constitucionalidad de éste régimen de transición de las pensiones de trabajadores de actividades de alto riesgo.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Heraclio Ruiz León

Demandado: UGPP

Radicación: 110013333004201500057

Sentencia de primera instancia.

este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes"

Tras concluir que lejos de querer eliminar el régimen especial de las pensiones de alto riesgo -como pretendió esta reforma con los regímenes especiales y exceptuados- lo incluyó y preservó dentro del sistema general de pensiones, dijo la Corte Constitucional en la Sentencia C-651/15 con respecto a este párrafo quinto transitorio del A.L.01/2005:

"25.3. En tercer lugar, quizás lo anterior lleva a preguntarse por qué entonces, si era claro que el Acto legislativo no interferiría en la vigencia y validez de las pensiones de alto riesgo, contempladas en el Decreto 2090 de 2003, resultaba necesario contemplar el actual párrafo transitorio 5° del artículo 48 de la Constitución. La respuesta se halla hacia el final del trámite de formación del Acto, ya dentro del tercer debate de la segunda vuelta, en el Senado de la República. En ese momento adquirió fuerza una preocupación parlamentaria que antes se venía discutiendo, ya no en torno a la posible afectación de las pensiones de vejez por actividades de alto riesgo, pues había claridad acerca de que no las impactaba la reforma, sino en torno de una situación puntual de los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, pues al parecer había un vacío regulatorio en el tiempo en relación con este personal, que el Congreso consideró necesario colmar. Esa intervención concluyó con una constancia. Pero en una sesión de Comisión posterior, dentro del mismo tercer debate de la segunda vuelta, se convirtió la constancia en una proposición aditiva, suscrita por miembros de distintos partidos."

(Citas suprimidas, subrayas fuera de texto)

Del párrafo transitorio 5 del modificado artículo 48 de la Constitución surge la interpretación conforme a la cual todo servidor público miembro del cuerpo de custodia y vigilancia de las prisiones vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003 (28 de julio de 2003) tiene derecho a que su pensión se rija por lo establecido en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986. Sin embargo la Jurisprudencia del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo se ha distanciado de esta interpretación, como pasa a verse.

5.3.3.-El precedente Jurisprudencial relativo a la liquidación de las pensiones de los miembros de custodia y vigilancia de las prisiones

En torno al problema relativo a si se aplica a este grupo de servidores públicos vinculados al INPEC hasta el 28 de julio de 2003 el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 para regular sus pensiones, la tesis mayoritaria en la Jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado sostiene que después de la expedición de la Ley 100 de 1993 sólo procederá la aplicación de normatividad anterior cuando el titular de la pensión sea beneficiario de su régimen de transición.

La sentencia más antigua que sostiene dicha tesis es la expedida el 27/04/2006 (radicación 2849-2004)⁸ que parte de la existencia de un régimen especial anterior que se extinguió con la vigencia del Sistema General de Pensiones, sin que los servidores del INPEC hagan parte de los sectores excluidos de la aplicación de dicho sistema según lo dispuesto en el art. 279 Ley 100/93. Si bien la sentencia aclara que por ser beneficiario del régimen de transición el actor tiene derecho a la aplicación del artículo 96 de la Ley 32/86, diferencia entre las condiciones de reconocimiento de la pensión (edad y tiempo de servicio) que se rigen por dicha norma y las condiciones de liquidación de la pensión (monto, factores) a las cuales aplica la ley 100 de 1993, lo relevante para este debate es la remisión que hace al régimen anterior por vía del cumplimiento de los requisitos del art. 36 Ley 100/93:

“Antes de la Ley 100 de 1993 el actor estaba en un régimen especial, que desapareció con la entrada en vigencia de dicha ley, y como en el artículo 279 ibidem no se encuentran enlistados los funcionarios del INPEC, se aplicará para la liquidación de las pensiones lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y su Decreto Reglamentario 1158 de 1994, en el que no están incluidas las primas de navidad, servicios, vacaciones, riesgo, auxilio de alimentación y transporte como factor salarial.

(...)

⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA.SUBSECCION “B”. Consejero ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE. Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil seis (2006). Radicación número: 25000-23-25-000-2003-01344-01(2849-04). Actor: FERNANDO RUBIO GOMEZ. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Heraclio Ruiz León

Demandado: UGPP

Radicación: 110013333004201500057

Sentencia de primera instancia.

El señor Fernando Rubio Gómez al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, 1 de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad, pues nació el 13 de agosto de 1949 (fl. 3), y con más de 15 años por lo que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la citada norma, que le permite pensionarse con el régimen previsto para los funcionarios del INPEC contemplado en la Ley 32 de 1986."

En la Sentencia 0858-09 del 22 de abril de 2010 el Consejo de Estado precisa que si bien el Decreto 407/94 estableció que todos aquellos que para el 21 de febrero de 1994 desempeñaran labores de custodia y vigilancia en el INPEC tendrían derecho a la pensión de jubilación al tenor de las normas anteriores, al no pertenecer a los sectores exceptuados de la aplicación del sistema general de la Ley 100/93 -pues el artículo 279 no los menciona-, los servidores públicos que desempeñan labores de alto riesgo están sometidos a las regulaciones de este sistema y sólo pueden ingresar al régimen anterior por vía del régimen de transición, estableciendo la sub regla al tenor de la cual resolverá la postura mayoritaria del Consejo de Estado el debate relativo a la aplicación del régimen anterior en las pensiones del INPEC:

"El artículo 168 del Decreto 407 de 1994, derogado por el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003, estableció que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional que a la fecha de su entrada en vigencia, esto es, el 21 de febrero de 1994 se encontraran prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, tendrían derecho a gozar de una pensión de jubilación en los términos previstos en la Ley 32 de 1986.

En efecto, 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. Así se lee en la referida norma:

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

No obstante lo anterior, el 1 de abril de 1994 entró a regir el Sistema de Seguridad Social en pensiones para el nivel nacional, creado por la Ley 100 de 1993 el cual dispuso la aplicación general de sus disposiciones (artículo 11) y no incluyó al INPEC dentro de los exceptuados del mismo (artículo 279). Sin embargo, la citada Ley 100 de 1993 al establecer el régimen transición, previsto en su artículo 36, permitió que la situación particular de los empleados que se encontraban, en ese momento, próximos a adquirir su estatus pensional, se siguiera rigiendo, en cuanto a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, por las disposiciones normativas existentes con

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Heraclio Ruiz León

Demandado: UGPP

Radicación: 110013333004201500057

Sentencia de primera instancia.

anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo régimen general de pensiones.

(...)

Bajo estos supuestos, para que a un empleado del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le fuera reconocida una pensión de jubilación con aplicación del régimen especial previsto en los artículos 96 de la Ley 32 de 1986 y 168 del Decreto 407 de 1994 debía acreditar una de las condiciones descritas en el artículo 36 de la citada Ley 100 de 1993, estas son, edad o tiempo de servicio. "9

(Subrayas fuera de texto).

De igual manera las sentencias 3146-05 del 10 de agosto de 2006¹⁰, 957-08 del 4 de marzo de 2010¹¹, 1260-08 del 27-01-2011¹², 0277-09 del 3 de marzo de 2011¹³, y 1027-12 del 29 de enero de 2015¹⁴, si bien aplican la norma anterior para liquidar la pensión de los demandantes, no lo hacen sin antes verificar que se cumpla en cada caso una de las condiciones establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que hace a los actores beneficiarios del régimen de transición.

⁹CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B". Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil diez (2010). Radicación número: 15001-23-31-000-2001-01733-01(0858-09). Actor: JOSE EUSTACIO JIMENEZ GARCIA. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL -CAJANAL-.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A". Consejero ponente: JAIME MORENO GARCIA. Bogotá, D.C., diez (10) de agosto de dos mil seis (2006). Radicación número: 25000-23-25-000-2002-06829-01(3146-05). Actor: PEDRO ANTONIO CORTES GARZON. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION A. Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON. Bogotá, D.C., cuatro (4) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-25-000-2003-09483-01(0957-08). Actor: NELSON BOLIVAR OVIEDO TORRES. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "A", Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, Bogotá, veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 15001-23-31-000-2001-02453-01(1260-08). Actor: DELIO JOSE CADENA DUARTE. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

¹³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "A". Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Bogotá D.C., tres (3) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 15000-13-31-000-2004-00294- 01(0277-09). Actor: POLIDORO SILVA MORALES. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil quince (2015). Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00258-01(1027-12). Actor: JORGE ADALBERTO GUTIERREZ VILLADA. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN Y LA SOCIEDAD FIDUCIARIA PREVISORA S.A. - PAP BUEN FUTURO

Nullidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Heraclio Ruiz León

Demandado: UGPP

Radicación: 110013333004201500057

Sentencia de primera instancia.

Especialmente relevante en el tratamiento jurisprudencial de este debate es la sentencia de tutela 0286-2011¹⁵ en la cual se cuestionaba una decisión judicial por incurrir en error sustancial, decisión relativa a la liquidación de la pensión de un miembro del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC. Si bien el problema jurídico se refería a los factores salariales con los cuales debía liquidarse la pensión y no a la subsistencia del régimen anterior, el Consejo de Estado reitera la sub regla al tenor de la cual resuelve el problema relativo a la aplicación del régimen anterior al sistema general de pensiones en lo que se refiere a las labores de alto riesgo, plasmada en la Sentencia 858-09, ya citada.

En conclusión, la interpretación que esta postura mayoritaria del Consejo de Estado ha dado al régimen de los servidores del cuerpo de custodia y vigilancia de las prisiones contempla las siguientes sub reglas: i) la normatividad anterior al SGSSP que regula las pensiones de este grupo de servidores públicos está contenida en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, ii) la vigencia de esta normatividad fue ratificada mediante el decreto 407/94, señalando como parámetro temporal para ser beneficiario del antiguo régimen estar desempeñando dicha labor para la fecha de entrada en vigencia de este decreto, es decir, el 21 de febrero de 1994, iii) no obstante lo anterior, el 1 de abril de 1994 entró a regir el Sistema General de Pensiones, con aplicación general (art. 11), y mediante el Decreto 691 del 29 de marzo de 1994 fueron incorporados los servidores públicos al mismo, incluso quienes prestaban labores de alto riesgo¹⁶, sin que el art. 279 de la ley 100/93 los excluya de sus regulaciones, en consecuencia (iv) después de la expedición de la Ley 100 de 1993 la única manera de ingresar al régimen pensional anterior contenido en el art. 96 de la Ley 32 de 1986 es por vía del régimen de transición del art. 36.

A la misma conclusión en torno al cumplimiento de los requisitos del art. 36 Ley 100/93 ha llegado la Corte Constitucional en las sentencias mediante las cuales estudió la constitucionalidad de normas que se refieren al régimen pensional de las actividades de alto riesgo. En la sentencia C-651/15 al

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "B". Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá, D.C., doce (12) de abril de dos mil once (2011). Radicación número: 11001-03-15-000-2011-00286-00(AC).Actor: DIDIER SANCHEZ PINEDA. Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA Y OTRAS

¹⁶ Decreto 691 de 1994, artículo. 5—Actividades de alto riesgo. Derogado por el art. 11, Decreto Nacional 2189 del 2003. Los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo para su salud, se entienden incorporados al sistema general de pensiones, pero les aplicarán las condiciones especiales que para cada caso se determinen.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Heraclio Ruiz León

Demandado: UGPP

Radicación: 110013333004201500057

Sentencia de primera instancia.

estudiar si el régimen de estas pensiones tiene las características de ser especial o exceptuado o por el contrario se trata de reglas especiales que aun así se insertan en el sistema general de pensiones, indicó que el régimen de transición es plenamente aplicable:

"16. El Decreto ley 2090 de 2003 no solo dice también que pertenece al régimen de prima media, sino que en la configuración de los requisitos para adquirir la pensión de alto riesgo, y para definir sus reglas aplicables, se remite permanentemente al sistema general de pensiones, que es entonces el fondo regulatorio de estas prestaciones de vejez:

(...)

16.4. En cuarto lugar, el artículo 6° del Decreto 2090 de 2003 regula el régimen de transición aplicable a los beneficiarios de la pensión de vejez por actividades de alto riesgo, y dice de modo expreso en su párrafo que "[p]ara 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". Es decir, que el Decreto considera como un presupuesto indispensable para la transición en este ámbito, la satisfacción de los requisitos comunes al régimen de prima media con prestación definida, previsto en el sistema general de pensiones.

No obstante en la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado existe una postura diversa, que puede verse en las sentencias 0889-13 del 12 de mayo de 2014 y 0848-13 del 10 de octubre de 2013, conforme a la cual todos los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia de las prisiones vinculados hasta el 21 de febrero de 1994 tienen derecho al régimen pensional establecido en el art. 96 de la Ley 32 de 1986, sin estudiar si son beneficiarios o no del régimen de transición, bajo los siguientes planteamientos:

Para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, derogado por el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003, estableció que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional que a la fecha de su entrada en vigencia, 21 de febrero de 1994, 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 que precisa:

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Heraclio Ruiz León

Demandado: UGPP

Radicación: 110013333004201500057

Sentencia de primera instancia.

(...)

En el caso particular del demandante, se encuentra que para la fecha en que entró a regir el Decreto 407 de 1994 (21 de febrero de 1994), se encontraba prestando sus servicios en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria, como quiera que laboró en dicha entidad del 20 de septiembre de 1971 al 31 de diciembre de 1994 y adquirió su status de pensionado el 20 de septiembre de 1991, por lo que sin duda alguna le es aplicable en su integridad la citada Ley 32 de 1986.

Para el Despacho dicha postura deja de lado que mediante norma posterior (Decreto 691 del 29 de marzo de 1994) los servidores públicos que desempeñan actividades de alto riesgo fueron incorporados al Sistema General de Pensiones, sin que desapareciera el sistema normativo especialmente dedicado a este tipo de actividades, sino que es materia de una nueva regulación que debe comprender reglas especiales en cuanto a la edad y semanas de cotización (art. 140 ley 100/93), igualmente que el Decreto 2090 de 2003 es la norma vigente que regula estas pensiones especiales, preservando dicho tratamiento diverso y más favorable acorde con la actividad de alto riesgo, pero dado que este sistema normativo especial no configura un régimen especial o exceptuado (C615/15) sino que se inserta en la normatividad que regula régimen de prima media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, impera igualmente para este tipo de servidores públicos lo señalado para la generalidad de pensionados en cuanto al régimen de transición, conforme a las reglas del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que no remitiría para el INPEC a la ley 33/85 sino a la norma especial, el art.96 de la Ley 32/86.

En conclusión: *i) el tratamiento especial de las pensiones de alto riesgo, acorde con la labor desempeñada por sus titulares, que los hace merecedores de un trato distinto por la ley, se materializa actualmente en las reglas que hacen parte del Decreto 2090 de 2003, que "no consagra un régimen especial de pensiones, sino un esquema normativo de pensiones de alto riesgo que se inscribe en el régimen de prima media con prestación definida, dentro del sistema general de pensiones"(C-651/15) ii) en consecuencia, los titulares de estas pensiones tras la expedición de la ley 100/93 están sometidos a las reglas del sistema general de pensiones incluido su régimen de transición (C-663/07) y sólo se tiene derecho al régimen pensional anterior cumpliendo las reglas del mismo (parágrafo art. 6 Decreto 2090 /2003) iii) si bien el AL 01/2005 en su parágrafo transitorio 5 contempla*

una situación sectorial especialmente referida a los servidores del INPEC pretendiendo suplir un pretendido vacío regulatorio, para la Jurisprudencia del Consejo de Estado dicho vacío no existe, pues se llena conforme a las reglas del régimen de transición, el mismo acto legislativo sujeta el tratamiento de las pensiones a lo establecido en el Decreto 2090 de 2003 que remite igualmente al art. 36 Ley 100/93.

6.-El caso en concreto

Se cuestiona en la demanda la legalidad de la Resolución No. 032226 del 23 de octubre de 2014 y de la Resolución No. 002294 del 21 de enero de 2015, expedidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, mediante las cuales se negó la inclusión de la Prima de Riesgo en la base de liquidación de la pensión de jubilación reconocida al Señor HERACLIO RUIZ LEÓN, quien fuera miembro del cuerpo de custodia y vigilancia de las prisiones en el INPEC.

Conforme a lo probado en el proceso el demandante nació el día 28 de diciembre de 1963 según su registro civil (documento 5 carpeta 1 del CD que contiene el expediente administrativo pensional –EAP- que obra a folio 74 del expediente) y laboró desde el 7 de mayo de 1984 como Dragoneante en el INPEC (documento 6 EAP). Según certificación del Ministerio de Defensa (documento 19 EAP) el demandante fue dado de alta como soldado el 5 de diciembre de 1981 y dado de baja como dragoneante el 30 de mayo de 1983.

Es decir que aun contabilizando el tiempo de servicio prestado a la fuerza pública, para la entrada en vigencia de la ley 100/93 (1 de abril de 1994) no cumplía con ninguna de las dos condiciones (edad y tiempo de servicio) para quedar cobijado por el régimen de transición al tenor de lo establecido en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100/93.

Lo anterior determina la solución del caso pues se invoca en la demanda la aplicación del régimen anterior que regula las pensiones de las actividades de alto riesgo de los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC contenido en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 y por esta vía la aplicación del Decreto 1045 de 1978 en lo que toca a los factores que componen la base de liquidación de la pensión bajo la comprensión del mismo que hace la jurisprudencia del Consejo de Estado "asumiendo que dichos factores no son taxativos sino enunciativos, por lo tanto deben ser tenidos en cuenta factores diversos a los allí relacionados, que haya recibido el empleado en forma habitual y periódica y como contraprestación directa del servicio,

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Heraclio Ruiz León

Demandado: UGPP

Radicación: 110013333004201500057

Sentencia de primera instancia.

durante el último año"¹⁷ y haciendo extensivas las reflexiones de la Sentencia de Unificación del 1 de agosto de 2013, radicación 44001233100020080015001 (0070-11) con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, conforme a la cual pese a que la norma que crea la prima señala que no tienen carácter salarial "debe ser factor para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez de quienes sean sujetos del régimen de transición pensional". Sin embargo el juicio de legalidad que se propone parte de la aplicación de un régimen normativo en el cual no cabe la situación pensional del demandante, pues no es beneficiario del régimen de transición al tenor de las reglas del artículo 36 de la Ley 100/93, requisito establecido en el Decreto 2090 de 2003 para acceder al régimen normativo pensional del INPEC vigente antes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia la situación pensional del demandante debe sujetarse al régimen vigente para las pensiones del INPEC, establecido en el Decreto 2090 de 2003, que consagra un esquema normativo de pensiones de alto riesgo que se inserta en el régimen de prima media con prestación definida, siendo aplicables en consecuencia al mismo las reglas del sistema general de pensiones, incluido su régimen de transición (C-663/07). Por tanto, sólo podría acceder el demandante al régimen anterior si fuera beneficiario de la transición de la Ley 100 /93, al tenor de su artículo 36 (parágrafo art. 6 Decreto 2090 /2003).

Por lo anterior, como el demandante no tienen derecho a la aplicación integral de la normatividad anterior y por esta vía a la inclusión de la prima de riesgo en la liquidación de su pensión de jubilación, las resoluciones demandadas no violan el bloque de legalidad aplicable a la situación pensional del demandante y mantienen su presunción de legalidad, debiendo ser denegadas las pretensiones de la demanda.

7.-De las costas

De conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del C.G.P.

El artículo 365 del C. G. P. es aplicable en el procedimiento contencioso en virtud de la remisión normativa autorizada mediante el artículo 306 del C. P. A. C. A.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A Rad. 68001233100020100083101. Número Interno: 0527-2013. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Demandada: Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal EICE en Liquidación. Demandante: José Manuel Fonseca Buelvas. Bogotá, D.C., siete de noviembre de dos mil trece.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Heraclio Ruiz León

Demandado: UGPP

Radicación: 110013333004201500057

Sentencia de primera instancia.

Es pertinente en torno al tópico de las costas considerar los siguientes argumentos del órgano de cierre de la Jurisdicción:

"El criterio de aplicación de las normas sobre condena en costas en desistimiento de la demanda, debe atender al carácter del conflicto suscitado en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues tal y como lo planteó el recurrente, la filosofía de esta figura en el derecho civil es diferente a la ventilada en asuntos como el de la referencia por el carácter público de una de las parte en conflicto, que entre otras cosas, ha justificado en Colombia la existencia de una jurisdicción especializada e independiente de la ordinaria.

En ese orden, como las costas procesales se orientan a sancionar el ejercicio abusivo de los instrumentos judiciales o el desgaste procesal innecesario de la parte demandada y de la propia administración de justicia¹⁸, su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso.¹⁹

Es decir que en materia de costas habrá que considerar: (i) la naturaleza de los conflictos que se resuelven en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que no tienen un contenido puramente económico, sino que está involucrado el interés público y el reclamo de derechos de los ciudadanos ante la administración, ámbito distinto al de la jurisdicción civil, así como las circunstancias particulares del caso. (ii) el fundamento de las costas procesales es sancionar el abuso del derecho o el desgaste judicial innecesario, por ello cabe el análisis de la conducta de las partes en el debate, las costas no pueden ser impuestas atendiendo simplemente el razonamiento objetivo de ser vencido en juicio.

Considera el Despacho que la entidad demandada no decidió de manera injustificada negar el derecho sino que su postura se sustenta en la existencia de pronunciamientos de los órganos de cierre con interpretaciones diversas sobre el régimen de transición y por ello no habrá lugar a la condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones formuladas por el demandante HERACLIO RUIZ LEÓN contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.

¹⁸ Sentencia T-342 de 2008: "Al respecto cabe señalar, que de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, se entiende por costas procesales los gastos que se deben sufragar en el proceso; la noción incluye las expensas y las agencias en derecho. Las expensas son las erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias, registros, pólizas, etc.¹⁸. Las agencias en derecho corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en el numeral 3º del artículo 393 del C.P.C.¹⁸, y que no necesariamente deben corresponder a los honorarios pagados por dicha parte a su abogado."

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente GUILLERMO VARGAS AYALA. Bogotá, 17 de octubre de 2013. Radicación 150012333000201200282. Actor: AUGUSTO VARGAS SÁENZ. Demandado: Ministerio de minas y energía.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Heraclio Ruiz León

Demandado: UGPP

Radicación: 110013333004201500057


Sentencia de primera instancia.

SEGUNDO.- No hay lugar a condena en costas por lo expuesto por el Despacho.

TERCERO.- La sentencia se notificará conforme a lo señalado en el artículo 203 de la ley 1437 de 2011.

CUARTO.- Archivar el expediente una vez cobre firmeza la presente providencia.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,


ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO
JUEZ