



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo Sucre, dieciséis (16) de Febrero de dos mil dieciocho (2018)

Magistrado ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-007-2015-00234-02
DEMANDANTE: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP”
DEMANDADA: PIEDAD DE JESÚS TORRENTE HERNÁNDEZ
NATURALEZA: NULIDAD Y REST. DEL DERECHO

Procede la Sala, a estudiar el recurso de apelación formulado en contra (i) del auto de fecha 31 de agosto de 2017, mediante el cual, se declaró no probadas las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda – no procedencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, violación al derecho fundamental al debido proceso - no agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial y proposición jurídica incompleta – inepta demanda y (ii) del auto de fecha 8 de agosto de 2017, mediante el cual, se “concedió una medida cautelar” suspendiendo provisionalmente los efectos del acto administrativo contenido en la Resolución No. 031021 del 29 de julio de 2015, proferida por el ente demandado.

1. ANTECEDENTES

1. La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - “UGPP”, mediante apoderado judicial, demanda¹ la nulidad de la Resolución No. RDP 031021 del 29 de julio de 2015, proferida por ella mismo, mediante la cual, en cumplimiento de fallo de tutela emitido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Sucre – Sucre el día 18 de junio de 2015, se ordenó la

¹ Folios 1 – 18.

reliquidación de la pensión de sobrevivientes concedida a la señora PIEDAD DE JESÚS TORRENTE FERNÁNDEZ, con el promedio del 75% de lo devengado en el último año de servicios por el señor JULIO RAFAEL SIERRA ROMANO, en cuantía de \$ 811.368.00, efectiva a partir del 2 de septiembre de 1997, sin que hubiera lugar a ello, por cuanto el señor SIERRA ROMANO, no había dejado causado derecho a la fecha de su deceso que permitiera la sustitución pensional por el 100% en el que hubiere sido reconocida su pensión, ya que tenía 18 años, 6 meses y 6 días, laborados en el Ministerio de Comunicaciones – Telecom.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la señora PIEDAD DE JESÚS TORRENTE FERNÁNDEZ, reintegrar a favor del ente demandante, el valor total de los dineros que le fueron cancelados por concepto de la diferencia entre el valor de la mesada inicialmente reconocida por pensión de sobreviviente y el valor de la mesada que le fue reliquidada por esa misma pensión, teniendo en cuenta que el acto administrativo demandado a través del cual se reconoce la reliquidación pese a no encontrarse incluido en nómina e independientemente de que no se ha pagado aun lo que en él se ordena, es un acto administrativo vigente que ya ha producido efectos jurídicos y causado el derecho a la reliquidación pensional de la accionada, desde septiembre de 1997 hasta la actualidad, retroactivo que podría ser pagado en cualquier momento.

Concomitantemente, la parte demandante solicitó como medida cautelar² la suspensión del acto administrativo demandado, aduciendo que su contenido es contrario al ordenamiento jurídico, en tanto, la liquidación de la pensión de sobreviviente atendió lo señalado en el art. 48 de la ley 100 de 1993 y a que el causante, tenía la calidad de afiliado y no de pensionado, habida cuenta que no adquirió el estatus pensional, al no cumplir con los requisitos exigidos por la ley, por lo que no podía ser liquidada la pensión con

² Folios 14 – 16.

el 75% de lo devengado en el último año de servicios, como lo había dispuesto el fallo de tutela.

2. Mediante auto del 8 de agosto de 2017³, se “concedió una medida cautelar”, suspendiendo, provisionalmente, los efectos del acto administrativo contenido en la Resolución No. 031021 del 29 de julio de 2015, proferida por el ente demandado.

Para tal efecto, la Juez de Primera instancia, argumentó, que revisada la Resolución demandada, se encontraba que la misma reliquidó la pensión de sobreviviente (i) sobre un ingreso base de liquidación conformado por el 75% del salario o rentas sobre los cuales aportó o cotizó el causante entre el 2 de septiembre de 1996 y el 1º de septiembre de 1997 y (ii) la reliquidación ordenada se efectuó acorde con el régimen de transición, contemplado en el art. 36 de la ley 100 de 1993, aunado a que se conocía que el causante de la pensión falleció el primero de septiembre de 1997, fecha para la cual, se encontraban vigentes los arts. 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993, la cual regula todo lo concerniente a la pensión de sobreviviente.

De donde era factible concluir, que al hallarse probado que el deceso del causante ocurrió en vigencia de la ley 100 de 1993, la norma a aplicar a efecto del reconocimiento de la pensión de sobreviviente, era la contenida en el art. 46 y siguientes de la predicha Ley, tal y como efectivamente lo entendió la entidad demandante en la Resolución No. 0565 de abril 12 de 1999, de ahí que cuando se ejecutó la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Sucre – Sucre, reliquidando la pensión con el 75% del Ingreso Base de liquidación, considerando el último año de servicios y bajo régimen de la Ley 33 de 1985, se contravino el ordenamiento jurídico y procedía el decreto de la medida cautelar requerida.

Tal determinación fue notificada por estado electrónico No. 054 del 14 de agosto de 2017⁴.

³ Folios 13 – 19, cuaderno de medidas cautelares.

⁴ Folios 19 vto./22 – 23.

Ante dicho auto se interpuso recurso de apelación, afirmando: (i) el señor JULIO RAFAEL SIERRA ROMANO (q.e.p.d.), al ostentar la condición de servidor público y contar con más de 15 años de servicios a la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, era beneficiario del régimen de transición, por lo que se le debió aplicar el régimen establecido en la ley 33 de 1985 y bajo tal precepto, ser reliquidada la pensión de la señora PIEDAD TORRENTE FERNÁNDEZ; (ii) si bien es cierto que el causante JULIO RAFAEL SIERRA ROMANO, falleció estando en vigencia la ley 100 de 1993, en razón del régimen de transición al cual se hallaba acogido (ley 33 de 1985), no era dable aplicarle a la pensión de sobreviviente el régimen de la ley 100 de 1993; (iii) el acto administrativo Resolución No. RDP 031021 del 29 de julio de 2015, no existe en la vida jurídica, pues, según las pruebas aportadas al expediente, el mismo fue revocado unilateralmente por la UGPP, de forma ilegal, pues, omitió darle cumplimiento a los requisitos legales propios de la revocatoria directa, en tanto, no pidió el consentimiento del titular del derecho, aunado que nunca produjo efectos jurídicos, como se acepta en la demanda; (iv) la medida cautelar solicitada no garantiza el objeto del proceso y la efectividad del fallo, pues, la Resolución demandada no ha sido cumplida por la entidad, de ahí que no se le haya pagado, a la demandante, retroactivo desde 1997 como lo ordenó el Juez de tutela y como lo expresa la Resolución No. RDP 031021 del 21 de julio de 2015, en tanto solo se pagó el retroactivo correspondiente a los últimos tres años como lo ordenó la Resolución No. 050505 del 30 de noviembre de 2015, que por demás no es nombrada por el demandante en el libelo genitor.

A parte indicó, que la medida cautelar causaría un perjuicio irremediable a la señora PIEDAD DE JESÚS TORRENTE FERNÁNDEZ, en tanto, la mesada pensional es su único ingreso y con eso sufraga mes a mes sus gastos personales y garantiza su subsistencia, al dejar de percibirla o reducirla, poniendo en peligro sus derechos fundamentales.

Finalmente indica, que si en gracia de discusión se aceptan los argumentos del ente demandante, solicita se limite la medida cautelar a lo

correspondiente al retroactivo desde el año 1997 (que no se ha pagado) y no a la reliquidación pensional de la demandada, pues, debe tenerse en cuenta que la Resolución que reconoció la reliquidación pensional de la señora PIEDAD TORRENTE FERNÁNDEZ no es el acto administrativo demandado y que hoy se pretende se suspenda provisionalmente, pues, ese acto, Resolución No. 031021 del 29 de julio de 2015, fue revocado unilateralmente por la misma UGPP a través de la Resolución No. 036275 del 7 de septiembre de 2015, que después fue revocada mediante la Resolución No. 050505 del 30 de noviembre de 2015 y en una evidente equivocación, modifica la Resolución No. 031021 del 29 de julio de 2015, que ya estaba revocada.

De ahí que, en su criterio, la Resolución que finalmente le otorga el derecho a la reliquidación pensional a la demandante, es la Resolución No. 050505 del 30 de noviembre de 2015, la cual no fue demandada y no puede entenderse demandada, pues, no tiene nexo causal con la Resolución No. RDP 031021 del 29 de julio de 2015.

Agrega, que la medida cautelar peca de no observar el rigorismo procesal, pues, el concepto de violación de la demanda no podía ser tomado en cuenta para sustentarla, en tanto, la medida cautelar debía tener sus propios argumentos.

La parte demandante no hizo pronunciamiento alguno sobre el recurso.

3. Mediante auto de fecha 31 de agosto de 2017⁵, proferido en audiencia inicial, se declaró no probadas las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda - no procedencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos de ejecución o cumplimiento; violación al derecho fundamental al debido proceso - no agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial; proposición jurídica incompleta - inepta demanda.

⁵ Folios 623 – 624/643 – 646.

En sustento de tal determinación, señaló:

a. Frente a la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda - no procedencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos de ejecución o cumplimiento, recordó, que se había resuelto anteriormente un recurso de reposición formulado contra el auto admisorio de la demanda –auto de fecha 23 de septiembre de 2015-, en donde se dijo que los actos administrativos de ejecución o cumplimiento, pueden ser objeto de demanda, en tanto, la jurisprudencia ha señalado que los actos administrativos que reconocen ilegalmente una prestación, son actos administrativos susceptibles de control judicial.

b. En relación con la excepción de violación al derecho fundamental al debido proceso - no agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, afirmó, que para el caso en concreto no se requería la conciliación prejudicial, dado que el derecho alegado es de aquellos que no resultan conciliables, y

c. Frente a la excepción de proposición jurídica incompleta - inepta demanda, dijo que la misma no prosperaba, en tanto, el acto administrativo demandado era la Resolución RDP 031021 de julio 29 de 2015 y no había necesidad de tener como demandados otros actos administrativos, proferidos durante el trámite adelantado por el ente demandante, en cumplimiento de lo ordenado en el fallo de tutela proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Sucre – Sucre.

Ante tal determinación, la parte demandada formuló recurso de apelación, afirmando, (i) que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que contra los actos administrativos que ejecutan un fallo judicial, no procede control judicial, lo que solo puede ocurrir cuando crean un derecho y en este caso, tal derecho surge como consecuencia de una decisión judicial, que no fue recurrida por el ente demandante, más no del acto

administrativo demandado, de ahí que de conformidad con el art. 43 del CPACA, el acto demandado no puede ser objeto de control judicial.

(ii) Frente a la excepción de violación al derecho fundamental al debido proceso - no agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, cuya negativa igualmente impugnaba, dijo, que el art. 97 de la ley 1437 de 2011, señala que la conciliación prejudicial no era necesaria cuando el acto administrativo era producto de actos fraudulentos o ilegales, lo que no ocurre en este caso, en donde verdaderamente lo que se discute es la existencia del derecho a la reliquidación de la pensión de sobreviviente, hasta el punto que en los mismos actos administrativos se indica por parte de la UGPP, que fue un error el haber objetado el fallo de tutela, por ende, entendiendo que el fallo de tutela es legal, el presente asunto no trata de la expedición fraudulenta o ilegal del acto administrativo demandado.

(iii) En relación con la excepción de proposición jurídica incompleta - inepta demanda, afirmó, que la misma se constituía en la más importante, pues, el acto administrativo demandado fue revocado ilegalmente por la propia entidad demandada, por ende, el acto administrativo a demandar debía ser la Resolución No. 36275 del 7 de septiembre de 2015, por producir efectos jurídicos respecto del tema tratado, documento que solo se aportó al momento de contestar la demanda.

Corrido traslado del recurso, la parte demandante sostuvo, que la decisión de primera instancia debía ser confirmada, en tanto, el acto administrativo demandado es el que surte efectos jurídicos, por ende, no había lugar a agotar el requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial, pues, se trata de derechos irrenunciables.

2. CONSIDERACIONES:

2.1. Competencia.

El Tribunal es competente, para conocer en **Primera Instancia**, de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 152 numeral 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

2.2. Problema jurídico.

Vistos los extremos de la litis, para esta Sala, el problema jurídico se centra en determinar:

¿Procede imponer medida cautelar en el presente asunto, de conformidad con lo requerido por el ente demandante?

¿Las excepciones previas resueltas negativamente en audiencia inicial por la Juez a quo, tienen el suficiente sustento jurídico para ser atendidas?

2.3. Pensión de sobreviviente -Marco normativo-

El sistema a la Seguridad Social en Pensiones, esta instituido como una garantía constitucional que tiende a proteger a las personas frente el acaecimiento de una serie de contingencias, tales como la vejez, invalidez y muerte (Art. 10 ley 100 de 1993).

Bajo este panorama, se erigen una serie de prestaciones contentivas de ciertos derechos y bienes jurídicos de orden constitucional, como lo es, la pensión de sobreviviente o la sustitución pensional, destacándose que su naturaleza jurídica *“responde a la necesidad de mantener para sus beneficiarios, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban en vida del pensionado o del afiliado fallecido, que al*

*desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlos a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria"*⁶.

Por lo tanto, se ha entendido que la pensión de sobreviviente, "constituye entonces uno de los mecanismos instituidos por el legislador para la consecución del objetivo de la seguridad social," donde a su vez, se detenta como finalidad propia de su esencia, "la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido"⁷.

En cuanto al régimen normativo de la prestación aludida, se tiene, que a partir del primero de abril de 1994, en tratándose de empleados públicos del orden nacional, entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social, consignado en la Ley 100 de 1993, de tal forma, que en los eventos que se da el fallecimiento, en el marco de operatividad de la norma en comento, es esta disposición, la que consagra los aspectos jurídicos necesarios para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, según las particularidades de cada caso. Por tal razón, no es de recibo aceptar que se aplique normatividad anterior, si el fallecimiento ocurre en vigencia de la ley 100, lo que resulta lógico, en tanto, tal prestación tiene requisitos propios, iniciando con la muerte del afiliado o pensionado, más no con el hecho de que el causante se encuentre cobijado por normas, que de haberse aplicado en vida, le hubieran garantizado un derecho.

La ley 100 de 1993⁸, sobre la pensión de sobreviviente, separa un espacio

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-111 de 2006. M. P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-1094 de 2003. M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

⁸ Es pertinente precisar, que si bien la ley 100 de 1993, fue modificada en gran parte por la ley 797 de 2003 y aumentó el número de semanas cotizadas, dispuesto por el Art 47 de la primera de las normas, de 26 a 50, así como estableció una serie de valoraciones independientes a la calidad de beneficiarios; lo cierto es que, para aquellas personas que constituyeron su derecho, antes de la vigencia de la segunda de las normas, les es predicable, solo aquella vigente al momento de la causación del derecho, esto es la ley 100 de 1993, teniendo en cuenta los efectos temporales de la ley y la garantía de derechos

considerado para efectos del estudio y reconocimiento de dicha prestación social, esto es, los Arts. 46 al 49 de la norma en mención. Dentro del espectro normativo señalado, se encuentra, que para el reconocimiento de la sustitución pensional, es menester cumplir con las siguientes condiciones:

- Que el finado, tuviere la calidad de pensionado.
- Que si el finado, no tuviere la calidad de pensionado, cumpla con los siguientes requisitos:
 - a) El afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado, por lo menos, veintiséis (26) semanas, al momento de la muerte.
 - b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes, durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior, al momento en que se produzca la muerte.
- Ser beneficiario de la pensión, conforme lo indicado en el Art. 47 de la ley 100 de 1993.

2.4. Demanda de nulidad de acto administrativo revocado

Como lo ha sostenido el Honorable Consejo de Estado⁹, cuando la revocatoria de un acto administrativo se funda en razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, surte efectos retroactivos, lo que quiere significar que las cosas vuelven al estado en que se encontraban en el momento de la expedición del acto revocado. En el mismo sentido se ha sostenido, que las sentencias anulatorias de actos administrativos, que buscan restablecer el imperio de la legalidad, tienen efectos ex tunc, vale decir, hacia el pasado.

adquiridos, como situaciones consolidadas. Sobre la noción de derechos adquiridos ver Corte Constitucional. Sentencia C-258 de 2013. M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Sub sección “B”. Sentencia del 16 de septiembre de 1999. Radicación número: 14178. Actor: EMPRESAS PUBLICAS DEL ESPINAL. Demandado: EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DEL ESPINAL.

En estas condiciones, se tiene entonces, que carece de objeto un pronunciamiento de mérito en tal tipo de negocios, por la potísima razón de que no existen efectos del acto acusado, sobre los cuales pueda recaer pronunciamiento alguno.

Es de anotarse que a su vez, la revocatoria de un acto administrativo, debe atender las disposiciones propias de la ley 1437 de 2011 o la legislación vigente. Al efecto, la ley 1437 de 2011, como reglas al respecto ha señalado:

“CAPÍTULO IX

Revocación directa de los actos administrativos

Artículo 93. Causales de revocación. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

Artículo 94. Improcedencia. La revocación directa de los actos administrativos a solicitud de parte no procederá por la causal del numeral 1 del artículo anterior, cuando el petitionario haya interpuesto los recursos de que dichos actos sean susceptibles, ni en relación con los cuales haya operado la caducidad para su control judicial.

Artículo 95. Oportunidad. La revocación directa de los actos administrativos podrá cumplirse aun cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda.

Las solicitudes de revocación directa deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los dos (2) meses siguientes a la presentación de la solicitud.

Contra la decisión que resuelve la solicitud de revocación directa no procede recurso.

Parágrafo. No obstante, en el curso de un proceso judicial, hasta antes de que se profiera sentencia de segunda instancia, de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Público, las autoridades demandadas podrán formular oferta de revocatoria de los actos administrativos impugnados previa aprobación del Comité de Conciliación de la entidad. La oferta de revocatoria señalará los actos y las decisiones objeto de la misma y la forma en que se propone restablecer el derecho conculcado o reparar los perjuicios causados con los actos demandados.

Si el Juez encuentra que la oferta se ajusta al ordenamiento jurídico, ordenará ponerla en conocimiento del demandante quien deberá manifestar si la acepta en el término que se le señale para tal efecto, evento en el cual el proceso se dará por terminado mediante auto que prestará mérito ejecutivo, en el que se especificarán las obligaciones que la autoridad demandada deberá cumplir a partir de su ejecutoria.

Artículo 96. Efectos. Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para demandar el acto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo.

Artículo 97. Revocación de actos de carácter particular y concreto. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

Parágrafo. En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa"

Resultando en consecuencia, que solo cuando no sea procedente la revocatoria del acto administrativo, la administración debe demandar ante esta jurisdicción tal acto administrativo.

2.4. Medidas cautelares en procesos contencioso administrativos

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), regula las medidas cautelares en los artículos 229 a 241. El artículo 229, le da una amplia facultad al Juez para que decrete las medidas cautelares que estime necesarias, para proteger y garantizar, temporalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

En esa misma disposición se indica, que las medidas cautelares proceden: (i) en cualquier momento, (ii) a petición de parte -debidamente sustentada- y (iii) en todos los procesos declarativos, promovidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Solo se le permite al juez de oficio, decretar medidas cautelares en procesos de tutela o en aquellos que busquen la defensa de los derechos e intereses colectivos.

El artículo 230 mencionado, clasifica las medidas cautelares en preventivas (numeral 4º), conservativas (numeral primero primera parte), anticipativas o de suspensión (numerales 1º segunda parte, 2 y 3). Los artículos 231 a 233, a su vez, determinan los requisitos, la caución y el procedimiento para decretar las medidas cautelares, normas aplicables cuando se solicita la adopción de alguna de las enunciadas en el artículo 230.

Como requisitos para que proceda una medida cautelar se resaltan, los siguientes (art. 231):

- Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
- Que el demandante haya demostrado, aunque sea sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
- Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.

- Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:

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

La norma en su parte inicial (art. 231) señala, que cuando se pide la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procede por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se presente en escrito separado. Cuando además, se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, deben probarse la existencia de los mismos.

El artículo 232 le impone al solicitante de la medida cautelar, que preste una caución para garantizar los perjuicios, que se puedan producir con la medida cautelar.

No se requiere caución cuando:

- (i) se solicita suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo;
- (ii) se trate de procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos;
- (iii) sean procesos de tutela y
- (iv) la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.

2.5. Actos administrativos demandables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Concretamente actos de ejecución.

Los actos administrativos susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, son aquellos que producen

efectos jurídicos o indirectos¹⁰, es decir, los que crean, reconocen, modifican o extinguen situaciones jurídicas hacia el exterior o el interior de la entidad.

No obstante, no todo pronunciamiento de la administración tiene la vocación o cualidad de producir efectos jurídicos, en tanto, en cumplimiento de sus funciones los servidores públicos o particulares en ejercicio de funciones públicas pueden expedir actos instructivos o informativos que en modo alguno alteran los derechos u obligaciones de los particulares o afectan el ordenamiento legal y en esta medida, no pueden ser demandados ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Sin embargo, el Honorable Consejo de Estado, ha considerado que la interpretación de las normas deben sujetarse a las transformaciones en los modos de actuación de la administración cuya finalidad es la de garantizar el derecho al acceso a la administración de justicia y los principios que orientan el procedimiento contencioso administrativo, según el art. 103 del CPACA. En esta medida, cualquier pronunciamiento de los órganos del Estado, puede ser objeto de reproche judicial, siempre y cuando genere efectos jurídicos.

En efecto, sobre la particular situación de los actos administrativos que ejecutan una decisión judicial, el Honorable Consejo de Estado, ha expuesto:

“... Es cierto que la resolución de reconocimiento de la pensión fue expedida en cumplimiento de la sentencia que definió una acción de tutela, en un proceso en que se encontró amenaza o vulneración de derechos fundamentales, no obstante, es importante recordar que la acción de tutela está dirigida a proteger derechos fundamentales, sin que obste que el Juez competente conozca de las demandas en contra de actos administrativos y decida si estos se ajustan a la legalidad o no. De allí que si bien la resolución en cuestión tiene la connotación de acto de ejecución, al ser cumplimiento de una sentencia, lo cierto es que la orden impartida dentro de una acción de tutela que es

¹⁰ El art. 43 del CPACA, textualmente señala: “**Artículo 43. Actos definitivos.** Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”.

de naturaleza distinta a la de la acción ordinaria, motivo por el cual es probable su estudio a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En esas condiciones, la entidad solamente contaba con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir la legalidad del acto que ella misma expidió, y al haber rechazado la demanda con el argumento de que el acto administrativo no es demandable, vulneró los derechos de la entidad demandante, cercenándole la oportunidad de controvertir en sede judicial la legalidad del acto que ella misma expidió”¹¹.

3.4. Caso concreto.

Para resolver lo planteado, es necesario establecer cuál ha sido el devenir de la actuación administrativo, que se dice dio lugar al acto administrativo demandado. Al efecto, se tiene:

* Resolución No. 0565 del 17 de abril de 1999, por medio de la cual, la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM, reconoció y ordenó el pago de la pensión de sobreviviente a favor de PIEDAD DE JESÚS TORRENTE FERNÁNDEZ (Folios 260 vto. – 264 vto./458 – 465/575 – 583/633 – 641).

* Resolución No. 00297 del 27 de febrero de 2002, proferida por la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM, mediante la cual, “se reajusta de oficio el monto de la pensión para el año 2002” (Folios 79 – 86 anverso).

* Resolución No. 0216 del 25 de febrero 25 de 2003, proferida por la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM, por la cual, “se reajusta de oficio el monto de la pensión para el año 2003” (Folios 92 vto. – 97 vto.).

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sub sección A. Auto del 25 de octubre de 2011. C. P. Dr. GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN. Radicado No. 11001-03-15-000-2011-01385-00 AC.

* Resolución No. 0636 del 19 de abril de 2004, proferida por la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM, por la cual, *“se reajusta de oficio el monto de la pensión para el año 2004”* (Folios 105 – 108 vto.).

* Resolución No. 0668 del 16 de marzo de 2005, proferida por la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM, por la cual, *“se reajusta de oficio el monto de la pensión para el año 2003”* (Folios 121 vto. – 126 vto.).

* Resolución No. 0898 del 27 de abril de 2006, proferida por la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM, por la cual, *“se reajusta de oficio el monto de la pensión para el año 2006”* (Folios 141 vto. – 145 vto.).

* Petición formulada por PIEDAD DE JESÚS TORRENTE FERNÁNDEZ y recibida el día 9 de marzo de 2006, en cual se pidió que *“CAPRECOM consigne a favor de PIEDAD DE JESÚS TORRENTE FERNÁNDEZ, el valor total de la pensión de sobrevivientes, acreciendo en la parte suspendida a quienes siguen siendo los titulares del derecho a percibir la mencionada pensión reconocida a través de la Resolución No. 0565 del 12 de abril de 1999”* (Folios 134 – 135).

* Resolución No. 0875 del 3 de marzo de 2007, proferida por la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM, por la cual, *“se reajusta de oficio el monto de la pensión para el año 2007”* (Folios 105 – 107 vto./148 – 151 vto.).

* Resolución No. 1072 del 15 de mayo de 2009, proferida por la proferida por CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM, por la cual, *“se reajusta de oficio el monto de la pensión para el año 2009”* (Folios 203 – 206 vto.).

* Resolución No. 0668 del 16 de marzo de 2015, proferida por la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM, por la cual, *“se reajusta de oficio el monto de la pensión para el año 2005”* (Folios 121 vto. – 126 vto.).

* Resolución No. RDP 031021 del 29 de julio de 2015, proferida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, por la cual, *“se reliquida una pensión de sobreviviente en cumplimiento de un fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sucre – Sucre”* (Folios 290 – 292/627 - 632).

* Resolución No. RDP 036275 del 7 de septiembre de 2015, proferida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, por la cual, *“se objeta la legalidad del fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sucre y se declara su imposibilidad de cumplimiento, conforme a la sentencia T – 488 de 2014”* (Folios 438 – 447).

* Resolución No. RDP – 050505 del 30 de noviembre de 2015, proferida por Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, por la cual, *“se resuelve un recurso de reposición, se revoca la resolución No. 36275 del 7 de septiembre de 2015 y se modifica la Resolución No. RDP 31021 del 29 de julio de 2015 del señor SIERRA ROMANO JULIO RAFAEL”* (Folios 449 – 452).

Anotándose que la modificación fue tratada así:

“ARTÍCULO SEGUNDO: Modificar la parte motiva pertinente y el artículo primero de la resolución No. RDP 31021 del 29 de julio de 2015, por las razones expuestas, el cual quedará así:

() ARTÍCULO PRIMERO: Dar cumplimiento al fallo de tutela proferido por JUZGADO PRIMERO PROMISCO MUUNICIPAL SUCRE – SUCRE el 18 de junio de 2015 y reliquidar la pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento de SIERRA ROMANO JULIO RAFAEL, ya identificado, en cuantía de \$ 811.368 (OCHOCIENTOS ONCE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS M/CTE), efectiva a partir del

2 de septiembre de 1997 día siguiente al fallecimiento del causante, pero con efectos fiscales a partir del 3 de junio de 2012 por prescripción trienal, conforme la siguiente distribución..."

3.4.1. De las excepciones previas

Establecido así el devenir administrativo, no cabe duda que el acto administrativo a demandar es la Resolución No. RDP 031021 del 29 de julio de 2015, mediante la cual, en cumplimiento de fallo de tutela emitido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Sucre – Sucre el día 18 de junio de 2015, se dispuso reliquidar la pensión de sobreviviente de la demandada, considerando todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios y de conformidad con el régimen de la ley 33 de 1985, pues, es el acto administrativo que definió el tema de manera definitiva.

Sin que sea de recibo afirmar, que tal resolución fue revocada como consecuencia de la decisión tomada en la Resolución No. 050505 del 30 de noviembre de 2015, pues, en la misma, lo que se revoca es la Resolución No. RDP 036275 del 7 de septiembre de 2015, por medio de la cual *"se objetó la legalidad del fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Municipal de Sucre – Sucre"*; en otras palabras, se revocó la decisión de no cumplir con dicho fallo de tutela más no, el acto administrativo que efectivamente re liquidó la pensión de sobreviviente a favor de la demandada.

Tampoco resulta de recibo, que la modificación del numeral segundo de la Resolución No. 050505 del 30 de noviembre de 2015, haya alterado el contenido del acto administrativo demandado, pues, la modificación solo recayó sobre la prescripción de las mesadas a cancelar, con ello, sobre los efectos fiscales de la reliquidación pensional ordenada.

Aceptado lo anterior, no puede prosperar la excepción de inepta demanda por formulación incompleta de la proposición jurídica, en tanto, el acto administrativo demandado, es el que contiene la decisión final frente a la reliquidación pensional tantas veces tratada.

Si a lo anterior se le suma que, conforme lo anotado en el marco normativo, la demanda si puede dirigirse en contra de actos de ejecución, bajo los lineamientos dispuestos por la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, el acto administrativo demandado es susceptible de demanda ante esta jurisdicción y el proceso puede adelantarse.

Es pertinente anotar en este punto, que de conformidad con la normatividad legal atrás citada, la pensión de sobrevivientes solo surge con la muerte del causante, por ende, si el causante falleció cuando se encontraba en vigencia la ley 100 de 1993, cae de su peso que la misma solo era reconocible bajo dicho régimen, sin que sea de recibo que por encontrarse el difunto cobijado por régimen de transición, pero ostentando la condición de afiliado, que no pensionado como para predicar un derecho adquirido, deba aplicársele tal régimen, pues, como ya se anota, es la muerte del causante el origen de la pensión de sobreviviente y esta ocurrió en vigencia de la ley 100 de 1993 (Cfr. folio 243).

Siendo así, cuando una decisión judicial desatiende el contenido normativo, resulta evidente que el presunto derecho causado surge a la vida jurídica de manera ilegal, de ahí que en el presente asunto no sea ilógico considerar que dicho acto sea susceptible de demanda, en los términos de la jurisprudencia ya mencionada.

En relación con el requisito de la conciliación prejudicial, como condición propia de la procedibilidad del medio de control, ha de señalarse que el art. 161 del CPACA, textualmente expresa:

“Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida.

Cuando la Administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos, no será necesario el procedimiento previo de conciliación".

Luego, al tratarse de un acto administrativo que deviene de una presunta ilegalidad, el requisito de la conciliación prejudicial no resulta exigible.

3.4.2. De la medida cautelar.

En relación con la medida cautelar, debe señalarse que la misma resulta procedente, pues, además de reunirse los requisitos formales de la misma y atenderse las consideraciones mencionadas, cumple con su finalidad.

Al efecto, no es de recibo anotar que no garantiza el objeto del proceso y la efectividad del fallo, pues, además de haberse efectuado un pago, así sea parcial como lo anota el propio recurrente, conlleva que el acto administrativo demandado permanezca en el tráfico jurídico, con la eventualidad de afectar el patrimonio público, por ende, con la suspensión de los efectos del acto administrativo se garantiza, no solo el cumplimiento del fallo, sino también la garantía que los dineros públicos serán protegidos.

Igualmente, debe anotarse que la señora PIEDAD DE JESÚS TORRENTE FERNÁNDEZ, con la medida cautelar decretada, no resulta afectada, pues, los efectos del acto administrativo demandado no van dirigidos al desconocimiento de su pensión de sobreviviente, sino a la reliquidación de la misma, protegiéndose así, al menos, un mínimo soporte a sus derechos fundamentales. Nótese en este punto, que no se ha demostrado que los gastos de la demandada sean superiores a aquellos que normalmente realiza una persona.

Y en lo que hace a la medida cautelar peca de no observar el rigorismo procesal, pues, el concepto de violación de la demanda no podía ser

tomado en cuenta para sustentarla, en tanto, la medida cautelar debía tener sus propios argumentos, ha de señalarse que tal aseveración no tiene sustento, pues, como se dijo en el marco normativo, las reglas que rigen las medidas cautelares son claras en indicar que la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, proceden por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se presente en escrito separado.

Negada la posibilidad de revocar la medida cautelar, se procede a estudiar la petición subsidiaria del recurrente, esto es, que si en gracia de discusión se aceptan los argumentos del ente demandante, se limite la medida cautelar a lo correspondiente al retroactivo desde el año 1997 (que no se ha pagado) y no a la reliquidación pensional de la demandada, pues, debe tenerse en cuenta que la Resolución que reconoció la reliquidación pensional de la señora PIEDAD TORRENTE FERNÁNDEZ, no es el acto administrativo demandado y que hoy se pretende se suspenda provisionalmente, pues, ese acto, Resolución No. 031021 del 29 de julio de 2015, fue revocado unilateralmente por la misma UGPP a través de la Resolución No. 036275 del 7 de septiembre de 2015, que después fue revocada mediante la Resolución No. 050505 del 30 de noviembre de 2015 y en una evidente equivocación, modifica la Resolución No. 031021 del 29 de julio de 2015, que ya estaba revocada.

Frente a tal petición, la Sala se inclina por su negativa, toda vez que ya ha quedado claro que el acto administrativo demandado es el correcto, al crear una situación jurídica particular concreta y que no ha sido revocado como lo señala el impugnante.

En resumen, se confirmará el (i) auto de fecha 31 de agosto de 2017, mediante el cual, se declaró no probadas las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda – no procedencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, violación al derecho fundamental al debido proceso - no agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial y proposición jurídica incompleta – inepta

demanda y (ii) el auto de fecha 8 de agosto de 2017, mediante el cual, se “concedió una medida cautelar” suspendiendo provisionalmente los efectos del acto administrativo contenido en la Resolución No. 031021 del 29 de julio de 2015, proferida por el ente demandado.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR los autos (i) de fecha 31 de agosto de 2017, mediante el cual, se declaró no probadas las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda – no procedencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, violación al derecho fundamental al debido proceso - no agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial y proposición jurídica incompleta – inepta demanda y (ii) el de fecha 8 de agosto de 2017, mediante el cual, se “concedió una medida cautelar” suspendiendo provisionalmente los efectos del acto administrativo contenido en la Resolución No. 031021 del 29 de julio de 2015, proferida por el ente demandado, conforme lo anotado.

SEGUNDO: Ejecutoriado este proveído, **ENVÍESE** el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 0019/2018

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMER CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA