

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

<b>Medio de Control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13001-33-33-013-2018-00122-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES</b>
<b>Demandado</b>	<b>JOSÉ DEL CARMEN PEÑA COTERA</b>
<b>Tema</b>	<i>Confirma – No se cumplen los requisitos previstos en el art. 231 del CPACA, para decretar la medida cautelar de suspensión provisional del acto – No se discute el derecho pensional sino a que entidad le corresponde asumir el mismo.</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>

### I.- PRONUNCIAMIENTO

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación resuelve el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones<sup>1</sup>, contra el auto interlocutorio No. 103<sup>2</sup> proferido por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, en fecha 25 de febrero de 2022, por medio del cual se dispuso negar la medida cautelar de suspensión provisional solicitada por la parte demandante.

### II.- ANTECEDENTES

#### 2.1.- Auto apelado<sup>3</sup>.

Mediante providencia proferida el veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022), se negó la suspensión provisional del acto demandado. La A quo manifestó que, no concurren los elementos fácticos dispuestos en el artículo 231 del CPACA, para que se decrete la medida cautelar, toda vez que, no se demuestra la ocurrencia de un perjuicio irremediable o que, de no decretarse dicha medida, la sentencia se volviera ineficaz.

Asimismo, señaló que, de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, se debe demostrar, si quiera de forma sumaria, la violación de normas superiores y la existencia de perjuicios para la AFP, de no hacerlo, se podrían llegar a vulnerar los derechos fundamentales de la parte demandada, en atención a su avanzada edad y a que su pensión, es su único sustento.

<sup>1</sup> Doc. 19 archivo 00 exp. Digital.

<sup>2</sup> Doc. 17 archivo 00 exp. Digital.

<sup>3</sup> Ibidem



**13001-33-33-013-2018-00122-01**

Sobre el caso de la referencia, indicó que, de acuerdo a lo alegado por Colpensiones, el señor José del Carmen Peña Cotera se encontraba afiliado a CAJANAL, alcanzando su status pensional el día 10 de noviembre de 2007, sin embargo, siguió cotizando a esta última administradora hasta el 30 de junio de 2009. Al respecto, expuso que, teniendo como prueba únicamente la Resolución GNR 43961 del 18 de febrero de 2014, y la copia de la cédula de ciudadanía del hoy demandado, se infiere que el tiempo de servicio se cumplió el 28 de febrero de 2005 y la edad fue alcanzada el 10 de noviembre de 2007.

No obstante, advirtió que, en ninguna de las pruebas aportadas al proceso, existe certificado o constancia que sirva para acreditar que efectivamente el accionado se encontraba afiliado a la Caja Nacional de Previsión Social, para el 30 de junio de 2009, razón por la cual no se demuestra la transgresión a la norma que se invoca para alegar la falta de competencia. En el mismo sentido, no se demuestra la mala fe del señor José del Carmen Peña Cotera, para iniciar el trámite pensional ante Colpensiones y obtener el pago de las mesadas pensionales que ha recibido hasta el momento.

Finalmente, resaltó que, no se puede desconocer que el demandado es una persona de especial protección constitucional, debido a que cuenta con 74 años de edad, conjuntamente, no se ha demostrado que cuente con ingresos distintos a la pensión de vejez que le permitan garantizar su mínimo vital, por esta razón, procedió a vincular a la UGPP, para que emita pronunciamiento referente a los hechos de la demanda y al derecho que le pueda asistir al señor Peña Cotera.

## **2.2.- Fundamentos del recurso de apelación<sup>4</sup>.**

Mediante memorial allegado el 01 de marzo de 2022, vía correo electrónico, la apoderada de la entidad Colpensiones, presentó recurso de apelación contra la decisión anterior, sustentado en los siguientes términos:

Afirmó que, el reconocimiento de la pensión de vejez realizado al señor José del Carmen Peña, no se ajusta a los requisitos dispuestos en la normatividad, pues adquirió el status de pensionado el 10 de noviembre de 2007, y cotizó desde el 01 de marzo de 1985 al 30 de junio de 2009 a CAJANAL, hoy UGPP, por lo que esta entidad es la llamada a reconocer su pensión.

Manifestó que, así como el Despacho pone de presente la edad del demandado, no puede dejarse de lado el hecho de que la entidad demandante se encuentra realizando pagos periódicamente, en cumplimiento de un acto administrativo que no está ajustado a la normatividad y que puede ir en contra de los derechos del otro reclamante; toda vez que se está

<sup>4</sup> Doc. 19 archivo 00 exp. Digital.



13001-33-33-013-2018-00122-01

realizando el pago de la prestación de forma indebida, lo cual vulnera la Constitución y la Ley, siendo necesaria la intervención del juez.

En ese sentido, aseguró que, se está generando un detrimento financiero a Colpensiones, teniendo en cuenta que al permitir una prestación sin que se cumplan los requisitos de Ley, se estaría desconociendo el principio de la sostenibilidad o equilibrio financiero y se condenaría al estado a asumir cargas que conllevan a una desfinanciación del sistema. Por todo lo anterior, solicitó revocar el acto administrativo apelado y en su lugar, decretar la medida cautelar solicitada.

### III.- CONSIDERACIONES

#### 3.1. Control de legalidad.

Tramitada la segunda instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes.

#### 3.2. Competencia.

El Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la presente demanda, de conformidad con los artículos 153, numeral 5 del 243 y 244 del CPACA, por tratarse de la apelación de un auto proferido en primera instancia por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo de Cartagena. De igual forma, se advierte que esta Sala de decisión, es competente para conocer y decidir de fondo el asunto, de acuerdo con lo establecido en el literal h del numeral 2 del artículo 125 del CPACA.

#### 3.3 Problema Jurídico

La Sala se centrará en el estudio de los argumentos expuestos por la parte recurrente, así:

*¿Le asiste razón a la A-quo al no decretar la medida cautelar solicitada por Colpensiones, debido a que no se cumplen los requisitos de procedencia de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, dispuestos en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011?*

#### 3.4 Tesis de la Sala

La Sala **CONFIRMARÁ** el auto interlocutorio No. 103 del 25 de febrero de 2022, toda vez que, tal como lo manifestó la juez de primera instancia, la solicitud de medida cautelar realizada por Colpensiones no cumple con los requisitos específicos de procedencia para ser decretada, establecidos en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, puesto que no se advierte la infracción de norma superior alguna ni obran en el expediente pruebas que permitan deducir que el acto demandado no está ajustado a derecho, razón por la cual decretar dicha medida podría generar un perjuicio irremediable al accionado, ya que no se demostró que el demandado no tuviera derecho a la pensión, por el

13001-33-33-013-2018-00122-01

contrario, la discusión versa sobre a quién le corresponde pagar la pensión, pero no el derecho en sí mismo.

### **3.5 Marco normativo y jurisprudencial**

#### **3.5.1 Procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo de carácter particular.**

El artículo 238 de la Constitución Política dispone que, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo puede suspender provisionalmente los efectos de cualquier acto administrativo susceptible de ser impugnado por vía judicial, por los motivos y por los requisitos que establece la ley.

En concordancia con la norma constitucional citada, el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, contempla la figura procesal de las medidas cautelares, estableciendo que, en todos los procesos declarativos que se adelanten en sede contenciosa administrativa, antes de ser notificado el auto admisorio o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, el juez o magistrado ponente podrá decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Entre las medidas cautelares que pueden ser decretadas por el juez o el magistrado ponente, el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011 prevé la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado.

El artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, señala que la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo procede por la violación de las normas invocadas como violadas en la demanda o en la solicitud que se presente en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto administrativo y de su confrontación con las normas invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Dicho de otra manera, la medida cautelar procede cuando la transgresión de las normas invocadas como violadas surja: i) del análisis del acto demandado y de su confrontación con las normas superiores que se alegan como violadas o ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cabe anotar que, si además de la nulidad se pretende el restablecimiento del derecho, deberá probarse, al menos sumariamente, la existencia de los perjuicios causados con la decisión. Sobre este aspecto conviene indicar que al fallador de la medida precautoria se le dio un amplio margen para valorar, conforme a los medios probatorios, la calidad de prueba requerida para definir su procedencia, pero siempre bajo el *mínimum probandum*, de la prueba sumaria<sup>5</sup>

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá D.C., doce (12) de septiembre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 15001-23-33-000-2014-00340-02(4271-16)



13001-33-33-013-2018-00122-01

En cuanto a la interpretación de la norma, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en providencia del 13 de septiembre de 2012, Radicado bajo el No. 11001-03-28-000-2012-00042-00. Con ponencia de la Consejera doctora Susana Buitrago Valencia, precisó:

*“la nueva norma precisa entonces a partir de que haya petición expresa al respecto que: 1º) la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si la violación de las disposiciones invocadas, surge, es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal – cuando el proceso apenas comienza-, como conclusión del: i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o, ii) **del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.** 2º) Además, señala que esta medida cautelar se debe solicitar, ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado.*

*Entonces, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que ahora, la norma da apertura y autoriza al juez administrativo para que, a fin de que desde este momento procesal obtenga la percepción de que hay la violación normativa alegada, pueda: 1º) realizar **análisis** entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2º) que también pueda **estudiar** las pruebas allegadas con la solicitud.”*

(...)

*Ahora bien, no obstante que la nueva regulación como ya se dijo permite que el juez previo a pronunciarse sobre la suspensión provisional lleve a cabo análisis de la sustentación de la medida y estudie pruebas, ocurre que ante el perentorio señalamiento del 2º inciso del artículo 229 del CPACA, conforme al cual: “La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”, es preciso entonces que el juez sea muy cauteloso y guarde moderación a fin que el decreto de esta medida cautelar no signifique tomar partido definitivo en el juzgamiento del acto ni prive a la autoridad pública que lo produjo o al demandado (en el caso el elegido o el nombrado cuya designación se acusa), de que ejerzan su derecho de defensa y que para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba.”*

De la jurisprudencia en cita, concluye la Sala que, bajo el amparo del nuevo Código Contencioso Administrativo, **(i)** La solicitud de medida cautelar puede tener sus propios fundamentos o apoyarse en los planteados en la demanda, **(ii)** su decreto procede cuando la violación de las normas invocadas surge: **a.** del análisis del acto demandado con las normas invocadas como violadas o **b. del examen de las pruebas allegadas con la solicitud.** En este orden, con la nueva regulación, se le permite al juez realizar un estudio de una manera más amplia sobre la legalidad del acto enjuiciado.<sup>6</sup>

De modo que la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo está atada a un examen de legalidad o de constitucionalidad que el juez debe

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta providencia del 29 de enero de 2014, MP. Dr. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ, radicado interno 20066.



13001-33-33-013-2018-00122-01

hacer para anticipar de alguna manera un caso de violación de norma superior por parte del acto acusado.

### 3.6 Caso concreto

En el presente asunto, la entidad demandante, Colpensiones, a través de apoderado, solicitó ante la A-quo que se decretara la medida cautelar de suspensión provisional de la Resolución GNR 43961 del 18 de febrero de 2014, mediante la cual le fue reconocida una pensión de vejez al señor José del Carmen Peña Cotera, toda vez que, a su juicio, quien debía reconocer la prestación era CAJANAL, hoy UGPP, debido a que el demandado cotizó desde el 01 de marzo de 1985 al 30 de junio de 2009 a esta entidad y alcanzó su estatus de pensionado el 10 de noviembre de 2007, cuando estaba afiliado a la misma.

Frente a esta solicitud, la Juez de primera instancia resolvió no decretar la medida cautelar, manifestando que esta no cumplía con los requisitos dispuestos en el artículo 231 del CPACA, dado que no se aportó certificación o constancia que sirva de prueba para determinar que, efectivamente, el demandado se encontraba afiliado como cotizante a CAJANAL, durante los tiempos alegados por la entidad demandante.

La decisión anterior fue notificada por estado electrónico No. 023 del 28 de febrero de 2022, y comunicada a las partes, mediante sus canales digitales en la misma fecha<sup>7</sup>. Colpensiones interpuso recurso de reposición y en subsidio, recurso de apelación, el 01 de marzo de 2022, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación de conformidad con el numeral 3 del artículo 244 del CPACA. El recurso horizontal, fue resuelto por proveído del 17 de julio de esta calenda, donde se mantuvo la decisión recurrida, y se concedió la alzada.

Como sustento de su inconformidad, argumentó que, la entidad se encuentra dando cumplimiento a un acto administrativo que no está ajustado a la normatividad, en consecuencia, está realizando pagos periódicos de forma indebida, contrariando lo dispuesto en la Constitución política y la Ley, circunstancia que le genera un detrimento financiero.

Pues bien, teniendo claro el marco normativo y jurisprudencial que rige la medida cautelar de suspensión de los efectos jurídicos de un acto y precisado que el objeto de discusión se circunscribe al cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 231 del CPACA, encontramos que el mismo dispone lo siguiente:

**“ARTÍCULO 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES.** Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto

<sup>7</sup> Doc. 18 archivo 00 exp. Digital.



**13001-33-33-013-2018-00122-01**

demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos."

En ese sentido, al momento de verificar la procedencia de esta medida, el juez debe limitar su estudio a: **i)** las normas invocadas como violadas y su confrontación con el acto acusado; y **ii)** las pruebas allegadas con la solicitud. Por esta razón, entrará esta Magistratura a verificar el cumplimiento de los requisitos de que trata el artículo mencionado, para determinar si es procedente el decreto de la medida cautelar teniendo como base las siguientes pruebas aportadas dentro del plenario:

- Copia de la cédula de ciudadanía del demandado, en donde se hace constar que nació el 10 de noviembre de 1947, por lo que en la actualidad cuenta con 75 años<sup>8</sup>.
- Resolución No. GNR 43961 del 18 de febrero de 2014, mediante la cual, Colpensiones realizó el reconocimiento de la pensión de vejez al señor José del Carmen Peña Cotera.<sup>9</sup>
- Auto de pruebas con radicado No. APSUB 477 del 27 de marzo de 2017, mediante el cual, informa que, de un nuevo estudio al expediente pensional del señor José del Carmen Peña Cotera, se encontró que el mismo, alcanzó su estatus pensional el 10 de noviembre de 2007, cuando se encontraba afiliado a CAJANAL, razón por la cual la entidad competente para el reconocimiento de dicha prestación es la UGPP<sup>10</sup>
- Resolución No. SUB 174403 del 28 de agosto de 2017, mediante la cual se resuelve un trámite de prestaciones económicas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se niega la reliquidación pensional al accionado.<sup>11</sup>
- Certificado de nómina expedido por Colpensiones el 02 de marzo de 2018.<sup>12</sup>
- Resolución No. 328 del 10 de abril de 2014, expedida por la Institución Tecnológica Colegio Mayor de Bolívar, a través del cual se efectúa el retiro del servicio al demandado, por reconocimiento de una pensión de vejez<sup>13</sup>.

En este punto, sería del caso realizar el análisis de la confrontación del acto demandado con las normas invocadas como violadas, sin embargo, encuentra esta Corporación que, tal como lo manifestó la juez de primera instancia, la apoderada de la parte demandante no indicó de forma expresa

<sup>8</sup> Fol. 18 doc. 01 archivo 00 exp. Digital.

<sup>9</sup> Fols. 19 – 24 doc. 01 archivo 00 exp. Digital.

<sup>10</sup> Fols. 25 – 29 doc. 01 archivo 00 exp. Digital.

<sup>11</sup> Fols. 30 – 36 doc. 01 archivo 00 exp. Digital.

<sup>12</sup> Fol. 37 doc. 01 archivo 00 exp. Digital.

<sup>13</sup> Fol. 50 doc. 01 archivo 00 exp. Digital.



**13001-33-33-013-2018-00122-01**

cuales eran las normas que, a su juicio, se vulneraban con ocasión de la expedición del acto atacado, ni determinó el concepto de dicha violación, ni realizó la mencionada confrontación, por lo que no podría esta Corporación emitir pronunciamiento al respecto en virtud del principio de justicia rogada que irradia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Al respecto, se observa que la entidad demandante, solo se limitó a manifestar en reiteradas ocasiones que, el reconocimiento pensional afecta el principio de estabilidad financiera de la entidad, puesto que quien debía asumir el reconocimiento y pago de la prestación, era la UGPP;

Por otra parte, destaca esta Judicatura que, si bien en el auto de pruebas de fecha 27 de marzo de 2017, se señala que de un nuevo estudio del expediente pensional se extrajo que el señor José del Carmen Peña había cotizado desde el 01 de marzo de 1985 hasta el 30 de junio de 2009, lo cierto es que la parte demandante no demostró dicha circunstancia, pues no se aportó al expediente certificación, acta o constancia que sirva de soporte para acreditar que durante dichos periodos, el demandado se encontraba cotizando a la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL, hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP, que permita deducir que en efecto, causó su derecho pensional mientras estaba afiliado a CAJANAL.

En cuanto al derecho cuestionado en este asunto, nadie está discutiendo que el señor Peña Cotera tenga derecho a la pensión de jubilación reconocida, puesto que, del acto administrativo que así lo reconoce, se desprende que cotizó 1.478 semanas y que en el año 2014, fecha en que empezó a disfrutar el derecho, tenía 66 años de edad; teniendo en cuenta que, el objeto del proceso es quien debe pagar la pensión, no que el señor aquí mencionado no tenga dicho derecho, sin que la entidad demandante hubiese requerido con las normas vigentes la financiación parcial o total de la misma, por parte de la entidad que considera es la obligada a asumir dicho pago.

Adicionalmente, se encuentra que, el señor José del Carmen Peña Cotera, nació el 10 de noviembre de 1947, por ende, en la actualidad cuenta con 75 años de edad, por lo que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es considerado una persona de la tercera edad y por tanto, es sujeto de especial protección constitucional, por lo que, de decretar la medida sin contar con pruebas suficientes sobre la ilegalidad del acto acusados, resultaría más gravoso suspender el pago de las mesadas pensionales a favor del demandado, en la medida en que podría representar un menoscabo injustificado a sus derechos. teniendo en cuenta su condición y la falta de acreditación de que este cuente con otros medios de subsistencia a fin de que no se vea afectado su mínimo vital, ni se le genere un perjuicio irremediable con la decisión,



13001-33-33-013-2018-00122-01

En ese orden de ideas, se tiene que, el acto administrativo cuya suspensión se pretende, en principio, no contraría disposiciones superiores, pues no se avizora en esta etapa procesal, infracción de norma superior alguna; por tanto, la legalidad o ilegalidad de la Resolución GNR 43961 del 18 de febrero de 2014, debe ventilarse a la luz del debate probatorio a que haya lugar dentro del proceso instaurado, postergándose su decisión para el momento de proferir sentencia.

En virtud de todo lo expuesto, se advierte que, de la confrontación del acto enjuiciado con las pruebas obrantes en el plenario, no se deduce razonablemente la procedencia o necesidad de la suspensión provisional de sus efectos jurídicos, toda vez que, de las mismos no se desprende que dicho acto no está ajustado a derecho.

Por estas razones, es dado para esta Sala concluir que, le asiste razón a la juez de primera instancia al negar el decreto de la medida cautelar solicitada por Colpensiones, en consecuencia, se CONFIRMARÁ, la providencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar

**IV.- RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el auto interlocutorio No. 103 del 25 de febrero de 2022, proferido por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DEVOLVER** el expediente al Juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 031 de la fecha.*

**LOS MAGISTRADOS**

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

**EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS**

**JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ<sup>14</sup>**  
**En comisión de servicios**

<sup>14</sup> En comisión de servicios otorgada por el Consejo de Estado.

