



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, 31 de octubre de dos mil dieciocho (2018).

Auto Interlocutorio N°

Radicación: 76001-33-33-004-2018-00076-00
Demandante: Colpensiones
Demandado: Luis Eduardo Gómez García CC No. 2.436.282.
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Laboral

Auto Interlocutorio No. 774

OBJETO DE LA PROVIDENCIA: Decidir la medida cautelar solicitada por la parte demandante.

1.- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Constitución Política, Ley 100 de 1993, Ley 1437 de 2011, Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 y Acto Legislativo 01 del 22 de julio de 2005

El apoderado de la parte demandante solicitó dentro del escrito de demanda la nulidad de la Resolución No. GNR 377400 del 25 de noviembre de 2015 invocando como vicio de nulidad la violación directa de la ley o quebrantamiento de las normas en que debía fundarse por cuanto el acto administrativo acusado reliquidó la pensión de vejez del actor conforme el Decreto 758 de 1990, sin tener en cuenta el carácter compartido de dicha prestación económica con la empresa Emsirva situación que conllevó a que Colpensiones por error girara el retroactivo pensional a favor del señor Luis Eduardo Gómez García y no de Emsirva como en efecto correspondía, adicional a ello la mesada pensional reconocida se hizo por un valor superior ya que se reliquidó para el año 2016 por un valor de \$866.959 correspondiendo a \$782.642.

2.- CONTESTACIÓN:

Mediante auto No. 294 del 19 de abril de 2018, se ordenó correr traslado del escrito de petición de la medida cautelar al señor Luis Eduardo Gómez García identificado con CC

No. 2.436.282, a fin que se pronunciaran sobre ésta, de conformidad con el inciso 2º del artículo 233 del CPACA.

Según la constancia secretarial obrante a folio 48 del expediente el demandado contestó oportunamente la medida cautelar en los siguientes términos:

Respecto del retroactivo manifestó que este corresponde a las diferencias pensionales que debe recibir el trabajador y no a mesadas que ya fueron consignadas desde el año 2002 a la empresa Emsirva, así las cosas pidió no acceder a la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo acusado en aras de proteger el derecho fundamental al mínimo vital del accionante en su condición de adulto mayor -85 años de edad.

3.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

La medida cautelar de suspensión provisional está consagrada en el artículo 238 de la Constitución Política y encuentra hoy su regulación legal en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Capítulo XI medidas cautelares.

Conforme a lo previsto en el artículo 229 ib., en todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, 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.

Por su parte, el artículo 230 ib. establece que las medidas pueden ser preventivas, conservativas, anticipadas o de suspensión, y enuncia entre otras la consistente en “3. **Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.**”

En cuanto a los requisitos para decretar las medidas cautelares, el artículo 231 del ib. dispone:

“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 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.
(Subrayado del despacho)

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurran los siguientes requisitos:

1. *Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
2. *Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
3. **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.**
4. *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."*

Así, del artículo en cita se desprende que los presupuestos, para decretar la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la respectiva solicitud se exigen: *i)* Que la violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación directa con las normas superiores invocadas como vulneradas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud¹; y, *ii)* que tratándose de demandas de nulidad con restablecimiento del derecho, deberá probarse, al menos sumariamente, la existencia de los perjuicios cuya indemnización se reclama.

Como lo ha señalado la jurisprudencia del H. Consejo de Estado², la suspensión provisional está instituida para evitar que los actos no ajustados al ordenamiento jurídico surtan efectos mientras se decide de fondo su legalidad en el proceso judicial respectivo; la finalidad de dicha medida consiste en hacer cesar transitoriamente la aplicación y los efectos del acto administrativo enjuiciado, previo el análisis provisional hecho por el juzgador³. Lo anterior implica que, para el decreto de la suspensión provisional de actos administrativos, es menester que el solicitante haya presentado las pruebas con las que acredite la ocurrencia de los hechos y la vulneración de las normas acusadas⁴.

4. CASO CONCRETO:

¹ Consúltase Auto del 13 de septiembre de 2012, proferido dentro del proceso radicado 11001-03-28-000-2012-00042-00, y el auto de 4 de octubre de 2012, proferido en el proceso con radicado 11001-03-28-000-2012-00043-00 M. P. Dra. Susana Buitrago Valencia.

² Consejo de Estado – Sección Tercera. Auto de fecha 12 de octubre de 2016. C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón. Expediente No. 11001-03-26-000-2013-00125-00(48488).

³ Consejo de Estado – Sección Tercera. Auto de fecha 22 de septiembre de 2014. C.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente No. 11001-03-26-000-2014-00038-00(50220).

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia del 18 de mayo de 2017, Rad. 47001-23-33-000-2016-00421-01, C.P.

Colpensiones fundamentó la nulidad del acto administrativo acusado por violación a las normas en que debía fundarse por cuanto el acto administrativo acusado reliquidó la pensión de vejez del actor conforme el Decreto 758 de 1990 sin tener en cuenta el carácter compartido de dicha prestación económica con la empresa Emsirva, situación que conllevó a girar por error el retroactivo pensional a favor del señor Luis Eduardo Gómez García y no de Emsirva y a reliquidar la mesada pensional para el año 2016 por un valor de \$866.959 cuando en efecto correspondía a \$782.642.

Previo a resolver se trae a colación que la compatibilidad pensional se configura cuando un ente público que afilió su personal al I.S.S debe asumir el reconocimiento y pago transitorio de la obligación prestacional hasta que el servidor público cumpla los requisitos pensionales que establece el ordenamiento jurídico respecto de los afiliados al I.S.S., momento a partir del cual el Instituto asume en forma definitiva la carga pensional. En otras palabras en el caso de autos, Emsirva asumiría inicialmente el reconocimiento y pago de la pensión de sus servidores hasta cuando cumplan los requisitos pensionales dispuestos por el I.S.S., pues a partir de tal situación es el Instituto el que asume el pago de la obligación y si el I.S.S reconoce la prestación en cuantía inferior a la que venía reconociendo Emsirva, esta última entidad debía cubrir la diferencia resultante, configurándose así la compatibilidad pensional.

Aclarado lo anterior se negara la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo acusado por las siguientes consideraciones:

No hay duda que el actor tiene derecho a la pensión de vejez reconocida conforme lo dispuesto el Decreto 758 de 1990 por cuanto: a) nació el 25 de julio de 1933, es decir para el 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 60 años de edad, b) su último empleador fue Emsirva y durante toda su vida laboral acreditó un total de 1202 semanas, es decir, un total de 24 años de servicios, c) el régimen pensional del actor correspondía al Decreto 758 de 1990, como en efecto se aplicó, d) adquirió el status pensional el 25 de julio de 1993 al cumplir 60 años de edad y e) al consolidar el status pensional desde el año 1993 no era necesario verificar lo estipulado en el Acto Legislativo 01 de 2005 para conservar el régimen de transición.

De lo anterior se concluye que la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones mediante los actos administrativos acusados reconoció una pensión de vejez y posterior reliquidación al accionante, de conformidad con las disposiciones consagradas en el Decreto 758 de 1990, teniendo en consideración el tiempo de servicios, edad y cuantía establecidos en dicha norma.

Sumado a que no existen reparos en concreto sobre el derecho que tenía el actor para que su prestación fuera reliquidada y por tanto su mesada pensional fuera del monto que se dispuso en el acto administrativo acusado, ante ello en este momento y para esta juzgadora el actor tiene derecho a percibir la mesada en el monto establecido.

Igualmente no se acreditó que Emsirva haya pagado al actor una pensión o excedente pensional durante el tiempo que se ordenó la reliquidación y por tanto el actor haya devengado doble una misma mesada pensional, en detrimento del erario.

Por último considera esta juzgadora que al ponderar los derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social del señor Luis Eduardo Gómez García y la protección de los recursos públicos destinados a pensión de la entidad accionante, en calidad de administradora del Régimen de Prima Media, sopesan los del accionado al no estar en cuestión el derecho pensional en sí mismo, tener 85 años de edad en virtud de lo cual se presume que no recibe un ingreso adicional a la mesada pensional; estas circunstancias conllevan a concluir que acceder a la medida cautelar podría generar una violación a los derechos fundamentales del actor ya citados, por tanto, en aras de garantizar tales deberá negarse la medida cautelar solicitada, recalcando que no está en discusión el derecho pensional del demandado.

Aunado a lo anterior, se considera que para resolver de fondo la situación planteada, es decir, el carácter compartido de la pensión de vejez del accionante y con ello en quien recae el derecho al retroactivo pensional, entre otros, resulta necesario vincular a la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali EMSIRVA en liquidación como litis consorte necesario de la parte pasiva para que ejerza su derecho de defensa y con ello tomar una decisión de fondo en la sentencia, vinculación que en efecto se ordenará en esta providencia.

Por lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali,

R E S U E L V E:

1º NEGAR la medida cautelar de suspensión de actos administrativos solicitada por la parte demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2º VINCULAR como litis consorte necesario de la parte pasiva la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali EMSIRVA en liquidación.

3º NOTIFÍQUESE personalmente esta providencia a la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali EMSIRVA en liquidación de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 171 y los artículos 198 y 199 de la Ley 1437 de 2011, este último modificado por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012.

4º Surtida la notificación personal de la demanda al vinculado en la forma establecida en el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, con la modificación del artículo 612 de la Ley 1564 de 2012, se CORRERÁ traslado a dicha entidad por el término de 30 días de conformidad con el artículo 172 de la Ley 1437 de 2011.

5º La accionada en el término para contestarla demanda, deberá allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes administrativos de la actuación objeto del proceso y que tenga en su poder.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ZULAY CAMACHO CALERO
JUEZ

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El auto anterior se notifica por:

Estado N° 142
De 01.10.2018 01 NOV 2018
Secretario, /

