

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA****Magistrado: LUIS NORBERTO CERMEÑO**

Arauca, Arauca, trece (13) de agosto de dos mil quince (2015)

Radicado No. : 81 001 2339 000 2015 00033 00
Demandante : Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal-UGPP-
Demandado : Santiago Rodil García
Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Lesividad-
Providencia : Auto que decide solicitud de medida cautelar

Cumplidos los trámites previos, y conforme con el inciso cuarto del artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (CPACA), se procede a decidir la solicitud de medida cautelar planteada.

ANTECEDENTES

- 1.** La Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal-UGPP- presentó en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (Lesividad), demanda en contra de Santiago Rodil García, a través de la cual solicita que se declare la nulidad de las resoluciones 11402 de 2009, PAP 037720 de 2011 y RDP 056610 de 2013, por las cuales se le reconoció y reliquidó la pensión de vejez, entre otras pretensiones (fl. 1-76, c.01).
- 2.** En el escrito de la demanda se solicitó que se decretara una medida cautelar (fl. 12-13, c.01), la consistente en la adopción de la prevista en el numeral 3 del artículo 230 del CPACA; esto es, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados.
- 3.** Como fundamento de su solicitud, la demandante expresa que por medio de las resoluciones demandadas se reconoció y reliquidó una pensión de vejez, lo cual a todas luces va en contravía de las normas del ordenamiento legal, así como de la estabilidad del sistema, aparte de ser una flagrante violación a la normatividad aplicable, toda vez que no era CAJANAL la llamada a hacer el reconocimiento de la prestación deprecada, pues el demandado se trasladó de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual, por lo que no podía volver a afiliarse a CAJANAL, debiendo regresar en su lugar al ISS.
- 4.** Se ordenó proceder conforme lo establece el inciso segundo del artículo 233 del CPACA, con el traslado de la solicitud al demandado (fl. 29-31, c.02).
- 5.** El demandado se pronunció (fl. 33-37, c.02); en su escrito se opone a la medida cautelar pedida, pues la demandante no precisó ni demostró sumariamente los presuntos perjuicios alegados, no se da el requisito del



artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 ya que la alegada vulneración no es de bulto, ostensible o flagrante en contravía del derecho por lo que debe resolverse de fondo en la sentencia; que al suspender el pago de su mesada pensional que es el único medio y factor económico con que cuenta se vería afectado el mínimo vital básico en conexidad con el derecho a la vida y seguridad social y el de su núcleo familiar.

CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Consiste en: ¿Se accede a decretar la medida cautelar pedida sobre las resoluciones 11402 de 2009, PAP 037720 de 2011 y RDP 056610 de 2013, por las cuales se le reconoció y reliquidó la pensión de vejez al demandado?

2. Las medidas cautelares en el CPACA

Respecto de la consagración normativa que tiene la figura jurídica de las medidas cautelares en el CPACA, el Consejo de Estado (M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, 1 de septiembre de 2014, rad. 11001-03-24-000-2013-00509-00, 21047) ha establecido:

“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 ib. clasifica las medidas cautelares en preventivas [num. 4], conservativas [num. 1 primera parte], anticipativas o de suspensión [nums. 1 segunda parte, 2 y 3].

Los artículos 231 a 233 ib. 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.

El trámite que debe dársele a la solicitud de medida cautelar, según el artículo 233, es el siguiente:

Al admitirse la demanda, el juez en auto separado debe correr traslado de la solicitud al demandado para que se pronuncie dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la providencia. El funcionario judicial que conozca del asunto también tendrá que correr traslado cuando se pida el decreto de una medida cautelar en cualquier otra etapa del proceso.

Vencido el término de traslado, el juez tiene diez (10) días para decidir mediante auto sobre la medida cautelar pedida, en esa misma providencia debe determinar la caución.

Si la solicitud se formula en el curso de una audiencia, debe correrse el respectivo traslado durante esa diligencia y, una vez la otra parte se pronuncie, el juez evalúa si la decreta en la misma audiencia.

El artículo 234 del CPACA permite al juez omitir el trámite previsto en el artículo 233 ib. y decretar una medida cautelar, siempre que estén cumplidos los requisitos del artículo 231 y sea evidente la urgencia de ordenarla. En ese evento en particular no se notifica previamente al demandado de la solicitud de medida cautelar.

La diferencia concreta entre las medidas cautelares a las que hace referencia el artículo 230 del C.P.A.C.A. y la medida cautelar de urgencia del 234 ib. es el traslado que debe hacerse a la parte contraria de la solicitud de tales medidas [art. 233], pues en las primeras es obligatorio pero en la segunda, dada la urgencia de adoptarla no es posible agotar ese trámite".

3. El caso concreto

En el proceso se cuestiona la legalidad de tres actos administrativos, se pretende que se declare la nulidad de las resoluciones demandadas y como restablecimiento del derecho, se condene al demandado al reintegro de los valores pagados con ocasión del reconocimiento y reliquidación de la pensión de vejez; se trata entonces, de un proceso declarativo que se adelanta ante



esta Jurisdicción, por lo cual es procedente analizar el tema planteado (art. 229, CPACA).

3.1. La demandante pide aplicar la medida cautelar prescrita en el numeral 3 del artículo 230 del CPACA, norma jurídica que establece:

“ARTÍCULO 230. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas: (...)

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo. . (...).”

3.2. Cuando se solicita la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, el CPACA en su artículo 231 consagra de manera expresa y taxativa los requisitos que deben concurrir para acceder a la petición, los cuales fueron relacionados en la sentencia transcrita atrás del Consejo de Estado y cuyo texto es el 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 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”.

Se destaca que contrario a lo planteado por el demandado, ya no es requisito para imponer esta medida cautelar el que la violación sea de bulto, como sí lo exigía el C.C.A.

3.3. De la revisión del expediente resulta que se encuentra probado que efectivamente el demandado, Santiago Rodil García, estuvo como afiliado en pensiones a CAJANAL entre 1980 y 1995 y de 2001 a 2006, y a fondos privados entre 1996 y 2001 (fl. 47, c.01).

No obstante, para la Corporación Judicial no es dable acceder en este momento procesal a la suspensión provisional pedida, por dos razones:

3.3.1. El Consejo de Estado (M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 22 de octubre de 2013, rad. 1100132500020130011700, 02632013) ha precisado sobre la figura jurídica que se pide aplicar:

“La nueva norma precisa entonces a partir de que haya petición expresa al respecto que: **1°) 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. 2°) 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: 1°) realizar **análisis** entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2°) que también pueda **estudiar** las pruebas allegadas con la solicitud.

Ahora bien, según la Real Academia de la Lengua Española el término "surgir" - (del latín surgere)- significa aparecer, manifestarse, brotar.

En este punto esencial es donde radica la innovación de la regulación en el CPACA de esta institución de la suspensión provisional, pues la Sala recuerda que en el anterior CCA -Decreto 01 de 1984-, artículo 152, la procedencia de esta medida excepcional solicitada y sustentada de modo expreso en la demanda o en escrito separado, estaba sujeta o dependía de que la oposición o la contradicción del acto con las disposiciones invocadas como fundamento de la suspensión provisional fuera **manifiesta**, apreciada por **confrontación directa** con el acto o con documentos públicos aducidos con la solicitud.

De las expresiones "manifiesta" y "confrontación directa" contenidas en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo anterior, tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia dedujeron que la procedencia de esta figura **excluía** que el operador judicial pudiera incursionar en **análisis** o **estudio**, pues la transgresión por el acto de las normas en que debería fundarse, alegadas como sustento de la procedencia de la suspensión, debía aparecer "prima facie", esto es, sin implicar estudio ni esfuerzo analítico alguno.

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 2° inciso del artículo 229 del CPACA (Capítulo XI Medidas Cautelares- procedencia), 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."

En atención a las pautas trazadas en la sentencia que se acaba de transcribir, se tiene que si bien es cierto que sobre la pérdida de beneficios el artículo 4 del Decreto 813 de 1994 contenía el texto que transcribe la demandante (fl. 8, c.01), no es menos cierto que ese contenido fue modificado por el artículo 1 del Decreto 1160 de 1994 y que varias normas jurídicas de estos artículos fueron declaradas nulas por el Consejo de Estado (Sentencia de 2 de febrero de 2000, exp. 16716, M. P. Margarita Olaya Forero) luego de estar suspendidas desde 1997, por lo que se hace obligatorio examinar en detalle la vigencia específica de cada una de ellas, máxime cuando la modificación, la suspensión y las nulidades se dieron durante lapsos que aquí se discuten.

A lo anterior se suma que el texto del artículo 4 del Decreto 813 de 1994 remite a la aplicación del régimen de ahorro individual con solidaridad, normativa que no se consigna en la demanda y de la cual se pueden obtener situaciones que deben ser analizadas; que el artículo 34 del Decreto 692 de



1994 que invoca la demandante (fl. 8, c.01) se refiere a la prohibición de recibir nuevos afiliados a partir del 31 de marzo de 1994, pero Rodil García ya lo era para antes de esa fecha (fl. 43, 53-envés, 56, c.01), y es necesario revisar si ello generaba consecuencias sobre su reintegro posterior; también está probado que al momento de su jubilación el demandado estaba afiliado a CAJANAL (fl. 47, c.01) y debe estudiarse las consecuencias de tal aspecto. A ello se suma que en el sistema Siglo XXI de información de la Rama Judicial, está registrado que el 3 de octubre de 2014, dentro del expediente 2014-00024, esta Corporación Judicial profirió sentencia sobre la reliquidación de la pensión que aquí se discute y en el que la UGPP defendió la legalidad del acto administrativo demandado, por lo que se requiere verificar o descartar la incidencia que puede tener tal decisión y controversia sobre el resultado del presente proceso.

Esas circunstancias impiden establecer de manera sistemática e integral en este momento, si existe la violación de las disposiciones invocadas en la demanda en la forma que se requiere para adoptar una medida de suspensión provisional, pues obligan a un detenido y exhaustivo análisis de los elementos fácticos y jurídicos que intervienen en el caso, lo cual será posible de realizar al momento de emitir la decisión de fondo.

Por lo tanto, el requisito que exige el artículo 231 del CPACA consistente en que procede la suspensión provisional *"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"*, no concurre en este caso para acceder a la medida cautelar solicitada.

3.3.2. Pero también se resalta para no adoptar la decisión de suspensión provisional, el hecho consistente en que se trataría de privar durante el trámite del proceso –pues será en la decisión de fondo donde se decidirá si se accede o no a la nulidad pedida–, del ingreso derivado de una pensión de vejez a un adulto mayor (fl. 48, 56, c.01), lo que podría afectar derechos fundamentales como el mínimo vital, salud, dignidad humana y el debido proceso, en especial los derechos de defensa y contradicción. El Consejo de Estado (M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, 23 de octubre de 2014, rad. AC-25000234100020130268601) considera:

"El adulto mayor como sujeto de especial protección constitucional"

La condición de sujeto de especial protección constitucional encuentra su fundamento en los principios que inspiran el Estado Social de Derecho, plasmados en el Ordenamiento Superior a lo largo de su articulado, y obedece al deber que le asiste al Estado y a la Sociedad de lograr la igualdad material de aquellas personas que por razón de su condición física, social o psicológica, requieran de acciones positivas para lograrla. En ese orden, la Jurisprudencia Constitucional ha ubicado en tal categoría a los adultos mayores, los niños, los adolescentes, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza, entre otros.

De conformidad con el literal b) del artículo 7º de la Ley 1276 de 2009, se considera adulto mayor a la persona que tenga 60 años de edad o más. En igual sentido el Boletín Trimestral de Violencia al Adulto Mayor en el Contexto Intrafamiliar del Instituto de



Medicina Legal y Ciencias Forenses, publicado en marzo de 2012, señaló que según la Política Nacional de Envejecimiento y Vejez del Ministerio de la Protección Social publicada en diciembre de 2007, son considerados adultos mayores las personas que cuentan con 60 o más años de edad. (...)

Teniendo en cuenta que la determinación cuantitativa de la "tercera edad" de una persona, "realmente" es efectuada por el Juez de tutela al apreciar las circunstancias específicas en cada caso, concluye la Sala que de acuerdo con los criterios expuestos, los accionantes superan la edad mínima establecida en la Ley 1276 de 2009, para ser considerados pertenecientes al grupo de los "adultos mayores", lo cual, *per se*, los coloca en una situación de especial protección respecto del Estado, la sociedad y la familia".

En el mismo sentido, se tiene el respaldo de otra sentencia del Consejo de Estado (M. P. Guillermo Vargas Ayala, 5 de marzo de 2015, rad. 11001-03-15-000-2014-04270-00):

"No obstante lo anterior, la Sala advierte que en el presente caso la tutela es procedente como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable, pues se trata de un acto que de manera unilateral redujo la pensión de vejez del actor, sujeto de especial protección, en un 28%. En efecto, el señor Juan Gabriel Ortigón Guerrero nació el 12 de enero de 1953, es decir que actualmente tiene 62 años, lo que lo hace un sujeto de especial protección constitucional por ser una persona de la tercera edad. En este punto es pertinente recordar que la Corte Constitucional ha indicado que la procedencia de la acción de tutela debe estudiarse de manera más amplia o flexible cuando se trate de sujetos de especial protección, como se lee en el siguiente aparte: (...)"

3.4. Conforme con lo expuesto y ante el problema jurídico planteado, se responde que no se accede a decretar la medida cautelar pedida sobre las resoluciones 11402 de 2009, PAP 037720 de 2011 y RDP 056610 de 2013, por las cuales se le reconoció y reliquidó la pensión de vejez al demandado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR el decreto de la medida cautelar solicitada por la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado

4

