

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, 1 de octubre de 2020

Auto Interlocutorio

MAGISTRADA PONENTE: PATRICIA FEUILLET PALOMARES

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
EXPEDIENTE:	76001-23-33-000-2019-00613-00
DEMANDANTE:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES – UGPP edinsontobar@hotmail.com etovar@ugpp.gov.co dejuridicasas@gmail.com
DEMANDADO:	JULIA RIVERA DE MARROQUIN afgarciaabogados@hotmail.com
ASUNTO	DECRETA MEDIDA CAUTELAR

1. OBJETO DE LA DECISION

Procede el Despacho a resolver la solicitud de medida cautelar¹ formulada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP, con la que pretende suspender provisionalmente la resolución nro. 11326 del 9 de marzo de 1993², la resolución nro. 20428 del 17 de marzo de 1993³ y la resolución nro. 11661 del 23 de noviembre de 1994⁴, por medio de las cuales se reconoció y reliquidó una pensión gracia a favor de la demandada.

2. ARGUMENTOS DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

La parte demandante solicitó la suspensión provisional de la resolución nro. 11326 del 9 de marzo de 1993 y la resolución nro. 20428 del 17 de marzo de 1993, por la cuales se reconoció una pensión gracia a la señora Julia Rivera de Marroquín y contra la resolución nro. 11661 del 23 de noviembre de 1994 por la cual se reliquidó la pensión, por el incumplimiento a lo establecido en el numeral 3 del artículo 4 de la Ley 114 de 1913 y por incompatibilidad con la pensión de vejez, toda vez que en esta última prestación se computan tiempos de servicios de carácter nacional.

En ese sentido, solicitó que se ordene la suspensión de los actos demandados y, en su lugar, se ordene emitir un acto administrativo por medio del cual de forma provisional y en aras de garantizar el mínimo vital de la demandada se le reconozca un salario mínimo legal mensual vigente hasta tanto se emita sentencia definitiva y de fondo.

3. ARGUMENTOS DE LA PARTE DEMANDADA

La parte demandada se pronunció sobre la solicitud de medida cautelar. Argumentó lo siguiente:

¹ Ver folio 7 a 9 C-1
² Ver folios 105 a 106 C-1
³ Ver folios 107 a 109 C-1
⁴ Ver folios 119 a 120 C-1



Que dentro del expediente no hay pruebas que demuestren con certeza la fuente de financiación por medio de la cual le pagaban los salarios a la demandada, y tampoco si los tiempos laborados tenían el carácter de nacionales. En consecuencia, solicita que no sea decretada la medida cautelar sin un estudio riguroso de las pruebas que se analizarán dentro del proceso.

Que existen tantas dudas de la fuente de financiación, que la entidad demandada solicitó copia de los actos administrativos de nombramiento de la demandada ante la nación, es decir, que aún no hay certeza del tipo de vinculación y su fuente de financiación.

Que la señora Julia Rivera de Marroquín, el 13 de septiembre de 1993, solicitó la reliquidación de la pensión ante las oficinas de Cajanal, por sus propios medios y no por medio de apoderado judicial, lo que a su criterio demuestra la buena fe y el principio de confianza legítima de percibir una mesada pensional que le reconoció y reliquidó legalmente la entidad.

Que la carga de la prueba para demostrar que los tiempos laborados por la demandada eran nacionales es de la UGPP y no lo ha probado, teniendo en cuenta que la entidad solicitó las copias de los decretos de nombramiento y acta de posesión dentro de la demanda al Ministerio de Educación Nacional.

Finalmente, indica que la señora Julia Rivera de Marroquín es una persona adulta mayor de 85 años y su único sustento son sus pensiones, las cuales ha devengado por más de 25 años, a las que tiene derecho y le fueron reconocidas legalmente, por lo que, de proceder la medida cautelar solicitada por la entidad demandante, se afecta directamente su estabilidad económica y calidad de vida.

CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

El asunto que se discute se contrae a establecer:

¿El reconocimiento de la pensión gracia de la demandante incumplió lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 4 de la Ley 114 de 1913 y es incompatible con la pensión de vejez, por lo que procede la medida cautelar de suspensión de los actos administrativos acusados?

Para resolver el problema jurídico, se realizará un recuento normativo y jurisprudencial de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, de la suspensión provisional, las medidas preventivas y luego aplicarlo al caso concreto.

2. RECuento NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL ACERCA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL Y LAS MEDIDAS PREVENTIVAS – REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL:

2.1. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL:

El artículo 238 de la Constitución Política establece:

ARTICULO 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”

La Corte Constitucional, en sentencia C-834 de 2013 se pronunció respecto a la finalidad de las medidas cautelares, de la siguiente manera:

(...) Las medidas cautelares, son aquellos mecanismos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la Ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido (...)⁵.

Por su parte, la Ley 1437 de 2011 creó un moderno y amplio régimen de medidas cautelares, adicionales a la suspensión provisional de actos administrativos y en el artículo 229 le dio 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*”. Además, indicó 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.

El artículo 230 del CPACA clasificó las medidas cautelares como: **i) preventivas** (numeral 4), cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho; **ii) conservativas** (numeral 1 primera parte), si buscan mantener o salvaguardar un *statu quo*; **iii) anticipativas** (numerales 1 segunda parte, 2 y 3), de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del demandante, y **iv) de suspensión** (numerales 2 y 3), que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.

Los artículos 231 a 233 ibidem determinan los requisitos, la caución y el procedimiento para decretar las medidas cautelares, que son aplicables cuando se solicita la adopción de alguna de las cautelas enunciadas en el artículo 230.

En providencia del 31 de mayo de 2019, el Consejo de Estado – Sección Primera, C.P: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, radicación número: 11001-03-24-000-2014-00682-00, recordó en cuanto a los criterios de aplicación que debe seguir el juez para adoptar una medida cautelar lo siguiente:

En cuanto a los **criterios de aplicación** que debe seguir el juez para la adopción de una medida cautelar, como ya se anunció, éste cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma que señala que “podrá decretar las que considere necesarias”⁶. No obstante lo anterior, a voces del artículo 229 del CPACA, su decisión estará sujeta a lo regulado en dicho Estatuto, previsión que apunta a un criterio de

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-834/13. Referencia: Expediente D -9509. Demandante: Martín Bermúdez Muñoz. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 613 (parcial) de la Ley 1564 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso”. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil trece (2013).

⁶ Artículo 229 del CPACA



proporcionalidad, si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 ídem, según el cual para que la medida sea procedente el demandante debe presentar “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” (Resaltado fuera del texto).

Sobre este asunto, en particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:

“[...] La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en **el fumus boni iuris y periculum in mora**. El primero, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la **posible existencia de un derecho**. El segundo, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de **un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho** [...]”⁷ (Negrillas fuera del texto).

Por su parte, la Sección Tercera, mediante auto de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo lo siguiente:

“[...] Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que **en el escenario de las medidas cautelares**, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, **además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el fumus boni iuris y el periculum in mora, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad** stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad [...]”⁸ (Negrillas no son del texto).

Se tiene entonces que en el examen de procedencia de la medida cautelar solicitada debe verificarse la concurrencia de los elementos que ameritan la imposición de la cautela, a saber: **(i) fumus boni iuris**, o apariencia de buen derecho, **(ii) periculum in mora**, o perjuicio de la mora, y, **(iii) la ponderación de intereses**.

2.2. LA MEDIDA CAUTELAR CONSISTENTE EN LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL ACTO ACUSADO – REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL:

⁷ Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁸ Sobre la aplicación de la **proporcionalidad**, la misma providencia indicó: “(...) Se ha sostenido en anteriores ocasiones: (...) Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad” // En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que **en la determinación de una medida cautelar**, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (**idoneidad**); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (**necesidad**) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de **ponderación**, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos ... El propio artículo 231 del CPACA, da lugar a estar consideración imperativa en el numeral 4, literales a) y b), cuando prescribe como exigencia: “Que, adicionalmente, se cumpla con 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.”

Como se dijo en líneas anteriores, la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado tiene su fundamento constitucional en el artículo 238 de la CP y su trámite, procedencia y demás requisitos se desarrolla en los artículos 229 y ss del CPACA.

Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesoria, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad, en el proceso ordinario en el que se hubiere decretado tal medida. Es por ello que su finalidad está dirigida a *“evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho”*.⁹

Para la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, la Ley 1437 de 2011 indica que debe referirse expresamente a la confrontación de legalidad que debe efectuar el juez de la medida. Es decir, ese **análisis inicial de legalidad** del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas.

El Consejo de Estado – Sección Primera, en providencia del 31 de mayo de 2019, C.P: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, anteriormente citada, recordó los postulados de la providencia del 13 de mayo de 2015¹⁰ y señaló que:

(...) la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada en los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del periculum in mora y del fumus boni iuris, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio (...).

Tal visión ha sido compartida por la precitada Sección Primera del Consejo de Estado, en el auto del 27 de agosto de 2015¹¹, en el cual subrayó lo siguiente:

(...) En esta providencia no se está adoptando decisión de fondo, pues lo que se resuelve es la solicitud de suspensión provisional, la cual se niega mediante auto interlocutorio, entre otras razones, porque no se configuran los requisitos que la Jurisprudencia y la Doctrina denominan Fumus bonis iuris (apariencia de buen derecho) y periculum in mora (necesidad de urgencia de la medida cautelar).

Acerca de la forma en la que el juez debe abordar este análisis inicial, la citada providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), sostuvo:

(...) Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una **valoración del acto acusado** que comúnmente se ha llamado **valoración inicial**, y que implica **una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud**. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, **pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa**. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **no constituye prejuzgamiento**, y es evidente que así lo sea,

⁹ Providencia citada *ut supra*, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., 13 de mayo de 2015. Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057). Actor: CARACOL Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. Demandado: Autoridad Nacional de Televisión – ANTV. Referencia: Medio de control de nulidad simple (Auto medida cautelar de suspensión provisional)

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera ponente: María Elizabeth García González. Bogotá, D.C., 27 de agosto de 2015. Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00194-00. Actor: Marco Fidel Ramírez Antonio. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social.

dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final (....)” (Resaltado fuera del texto).

Como lo refiere la providencia transcrita, es importante la prevención efectuada por el legislador al advertir que la decisión sobre la medida cautelar, de ningún modo implica prejuzgamiento, teniendo en cuenta que, como lo ha precisado la Jurisprudencia del Consejo de Estado – Sección Primera, se trata de “*mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto*”¹².

2.3. LA MEDIDA CAUTELAR PREVENTIVA

Tal como se señaló en precedencia, conforme al artículo 230 del CPACA, las medidas cautelares son de naturaleza preventivas (num. 4), conservativas (num. 1 primera parte) anticipativas o de suspensión (nums. 1 segunda parte, 2 y 3). En este orden de ideas, la norma enumera las posibles medidas que pueden adoptarse, entre las que se encuentran cautelas negativas y positivas.

La cautela negativa por excelencia es la suspensión provisional, cuando el objeto de control es un acto administrativo. Las cautelas positivas operan cuando el litigio versa sobre la inactividad o las actuaciones de la administración: hechos u operaciones administrativas, y dichas cautelas son de tipo preventivo, conservativo y anticipativo.

Respecto de las medidas preventivas, estas tienen por finalidad evitar que se configure un perjuicio o se vulneren los derechos del demandante¹³. La Ley 1437 consagró, dentro los procesos contencioso administrativos, un procedimiento que tiene por finalidad evitar la inejecución de la sentencia, esto es, diseñó un proceso cautelar que se torna en instrumental del proceso principal¹⁴, que corresponde no solo a lo previsto en el artículo 238 de la Constitución Política sino también busca realizar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia¹⁵.

Así, las medidas cautelares preventivas buscan proteger la realización de las decisiones judiciales, ya que permiten que el objeto del juicio permanezca inalterado durante el trámite del proceso, pues de lo contrario el restablecimiento del ordenamiento jurídico por medio de la sentencia sería puramente formal y no material.

Por ende, para su decreto se requiere que: (i) exista la apariencia de buen derecho, esto es, que las pretensiones del proceso aparezcan debidamente fundadas; que el demandante haya demostrado, así sea sumariamente, la titularidad del derecho o derechos invocados; (ii) que se efectúe un juicio de ponderación de intereses que permita determinar si resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla, y (iii) que

¹² Así lo sostuvo la Sala en la providencia de 11 de marzo de 2014 (Expediente núm. 2013 00503. Consejero ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala), al expresar que: “Con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los Jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la Jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 del C.P.A.C.A. expresamente dispone que “[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es de brindar a los Jueces ‘la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite’ []. Una suerte de presunción iure et de iure, sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido. // La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o ‘prejuzgamiento’ de la causa []. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia”. (Negrillas fuera del texto).

¹³ Consejo de Estado Sección Cuarta, sentencia de 21 de mayo de 2015, radicación 11001-03-24-000-2013-00534-00

¹⁴ Gómez Aranguren, Gustavo. El régimen de medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011. En: Briceño de Valencia y Zambrano Cetina (Coord.) *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*. Banco de la República. Bogotá.

¹⁵ Constitución Política de Colombia:

Artículo 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

exista peligro para la efectividad de la sentencia, esto es, que se produzca un perjuicio irremediable o que los efectos de la sentencia serían nugatorios¹⁶.

3. CASO CONCRETO:

Como se señaló en el recuento normativo y jurisprudencial, en el examen de procedencia de la medida cautelar solicitada debe verificarse la concurrencia de los elementos que ameritan la imposición de la cautela, a saber: **(i) *fumus boni iuris***, o apariencia de buen derecho, **(ii) *periculum in mora***, o perjuicio de la mora y **(iii)** la ponderación de intereses.

Se procederá a establecer si se cumplen cada uno de los ítems en el caso concreto.

Respecto del *fumus boni iuris*, dicho requisito consiste en que las pretensiones del proceso aparezcan debidamente fundadas, que el demandante haya demostrado así sea sumariamente y se configura cuando el juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la posible existencia de un derecho.

La parte demandante consideró que procede la suspensión provisional de los actos demandados, por violación del numeral 3 del artículo 4 de la Ley 114 de 1913 y por incompatibilidad con la pensión de vejez, toda vez que en esta última prestación fueron computados tiempos de servicios de carácter nacional (Instituto Nacional de Educación Media Diversificada – INEM de Cali Jorge Isaacs.

La pensión gracia fue creada por la Ley 114 de 1913 y es definida como una prestación que se concedió a los docentes, con el fin de reconocerles su dedicación, entereza y esfuerzo en su gestión de educación, esta norma tiene como finalidad compensar los bajos niveles salariales que percibían los profesores de los entes territoriales con respecto a las asignaciones percibidas por los docentes vinculados con la Nación. Dicha norma en su artículo 1º señaló:

Artículo 1º.- Los Maestros de Escuelas Primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de veinte años, tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia, en conformidad con las prescripciones de la presente Ley.

Con la expedición de la Ley 116 de 1928 se extendió el beneficio de la pensión gracia a los empleados y profesores de las escuelas normales y los inspectores de instrucción pública, a quienes para el computo de los años de servicio les fue permitido sumar los periodos laborales en diversas épocas en escuelas de enseñanza primaria y normalista, como lo dispuso el artículo 6¹⁷.

Por su parte la Ley 91 de 1989 en el **artículo 1 estableció:**

Artículo 1º.- Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.
2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Artículo 6. Los empleados y profesores de las Escuelas Normales y los Inspectores de Instrucción Pública tienen derecho a la jubilación en los términos que contempla la ley 114 de 1913 y demás que a ésta complementan. Para el cómputo de los años de servicio se sumarán los prestados en diversas épocas, tanto en el campo de la enseñanza primaria como en el de la normalista, pudiéndose contar en aquella la que implica la inspección.

3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

El Consejo de Estado, en providencia del 6 de septiembre de 2018¹⁸, respecto de la pensión de gracia, precisó:

De lo anterior, se tiene que una de las condiciones exigidas para ser beneficiario de la pensión gracia, ya sea por servicios docentes en primaria, secundaria o normalista, es que se **hayan prestado en entidades territoriales**, pues la compartibilidad pensional que consagra la ley es con pensiones reconocidas por los departamentos o municipios. (Negrillas del Tribunal)

En sentencia de unificación del 21 de junio de 2018¹⁹, el Consejo de Estado estableció que:

(...)

3.4.3.1 Docentes nacionales, nacionalizados y territoriales.

El artículo 1.º de la Ley 91 de 1989, categoriza y define a los docentes oficiales de la siguiente manera:

- i) **Personal nacional.** Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno nacional.
- ii) **Personal nacionalizado.** Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1.º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.
- iii) **Personal territorial.** Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1.º de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

La importancia de la anterior clasificación radica en que se constituye en el punto de partida de la Administración y los jueces de esta jurisdicción para evaluar si el docente interesado tiene derecho o no al reconocimiento de la pensión gracia.

En cuanto al **personal nacional** la regla es clara. Tanto el marco jurídico que rige la aludida prestación como la doctrina legal en la materia son explícitos en advertir que los docentes nacionales no tienen derecho a su reconocimiento, y que el tiempo laborado en esa condición no se puede computar con el servido en calidad de educador nacionalizado o territorial.

Por su parte, se entiende por **personal nacionalizado** (i) aquel que siendo territorial antes del 1.º de enero de 1976 fue objeto del proceso de nacionalización iniciado con la expedición de la Ley 43 de 1975; y (ii) los que a partir de esa fecha se hayan vinculado a una plaza de aquellas que fueron nacionalizadas en virtud, también, del aludido proceso adelantado por la norma en cuestión (Ley 43 de 1975).

Entre tanto, debe entenderse por **personal territorial** el vinculado por entidades de ese orden a partir del 1.º de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975; esto es, que la plaza a ocupar haya sido creada de forma exclusiva por el ente local y los gastos que esta genere se cubran con cargo a su propio presupuesto.

(...)

3.5. Conclusiones preliminares: reglas de unificación.

(...)

- vi) **Prueba de calidad de docente territorial.** Se requiere copia de los actos administrativos

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección A. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS. Providencia del 6 de septiembre de 2018. Radicación número: 25000-23-42-000-2013-04688-01(3811-16)

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección B. Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER. Sentencia de unificación del 21 de junio de 2018. Radicación número: 25000-23-42-000-2013-04683-01(3805-14) CE-SUJ2-011-18.



donde conste el vínculo, en los que además se pueda establecer con suficiente claridad que la plaza a ocupar sea de aquellas que el legislador ha previsto como territoriales, o en su defecto, también se puede acreditar con la respectiva certificación de la autoridad nominadora que dé cuenta de manera inequívoca que el tipo de vinculación al cual se encuentra sometido el docente oficial es de carácter territorial.
(...).

Ahora bien, al verificar de forma preliminar las pruebas obrantes en el expediente se puede evidenciar que la demandante se vinculó con anterioridad al 31 de octubre de 1980, como se observa en la constancia de fecha 4 de diciembre de 1991²⁰ proferida por el Ministerio de Educación Nacional, que señala que Julia Rivera de Marroquín fue nombrada como profesora de enseñanza primaria maestra consejera desde el 6 de septiembre de 1971 en el Instituto Nacional de Educación Media Diversificada - INEM, por el Ministerio de Educación Nacional. De igual forma, en la Resolución 20428 del 17 de marzo de 1993²¹, para el reconocimiento de la pensión gracia, se tuvo en cuenta el tiempo laborado por la actora del 2 de septiembre de 1971 al 2 de diciembre de 1989, como docente nacional, al haber estado al servicio del Ministerio de Educación Nacional.

Por lo tanto, no resulta factible otorgar la pensión gracia a los docentes nacionales, dado que aquellos no adolecían de las diferencias salariales que sí aquejaban a los docentes territoriales y a aquellos inmersos en el proceso de nacionalización, situación que en principio y sin perjuicio de lo que se logre probar en desarrollo pleno del presente asunto, permite inferir que resulta altamente probable la existencia de una infracción normativa de la decisión reprochada frente al ordenamiento jurídico aplicable.

Así las cosas, se tiene que para el reconocimiento de la pensión gracia a favor de Julia Rivera de Marroquín no se acreditó el tiempo de servicio como docente territorial, y que dicha prestación se reconoció principalmente con los tiempos de servicio como docente nacional acreditados, situación que perduró hasta su desvinculación, siendo factible la suspensión de los actos administrativos cuestionados, debido al alcance que otorga el numeral 3º del artículo 230 de la Ley 1437 de 2011²².

Sumado a lo anterior, es de resaltar que el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 contempla la procedencia de la declaratoria de la medida cautelar cuando se consideren necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia; situación que sucede en el presente caso, pues en atención a lo dispuesto en el artículo 231 ib., después de realizar la valoración del acto acusado, las pruebas documentales y confrontarlas con las normas relativas a la pensión gracia, se concluyó la violación de los requisitos para acceder a la prestación y con ello se desdibuja el aspecto del buen derecho de la resolución del reconocimiento pensional.

De hecho, los fundamentos expuestos en las consideraciones de los actos demandados para el reconocimiento de la pensión gracia a favor de la Julia Rivera de Marroquín, fueron la vinculación como docente de carácter nacional (Ministerio de Educación Nacional), lo que permite concluir la ausencia de la totalidad de los requisitos al momento del reconocimiento de la pensión, resultando por tanto más gravoso negar la suspensión provisional que concederla, al provenir los recursos del erario público.

²⁰ Ver folio 93 vuelto

²¹ Ver folios 107 a 109

²² Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

Lo anterior con fundamento en recientes pronunciamientos del Consejo de Estado del año 2018 y 2019, radicados internos Nros. 0617-16²³ y 4730-17²⁴, en cuyos casos, el órgano de cierre contencioso administrativo bajo situaciones fácticas similares a las del presente caso confirmó el decreto de la suspensión provisional de los actos de reconocimiento de la pensión gracia.

Finalmente debe manifestarse, que de conformidad con el inciso 2º del artículo 229 del CPACA, la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

En consecuencia, se

RESUELVE

DECRETAR la suspensión provisional de la resolución nro. 11326 del 9 de marzo de 1993, la resolución nro. 20428 del 17 de marzo de 1993 y la resolución nro. 11661 del 23 de noviembre de 1994 expedidas por CAJANAL hoy Unidad Gestión Pensional y contribuciones Parafiscales - UGPP, por medio de las cuales se reconoció, reliquidó y ordenó pagar una pensión gracia a favor de la señora Julia Rivera de Marroquín.

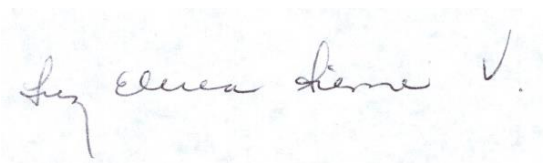
Notifíquese y Cúmplase.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha (1 de octubre de 2020)

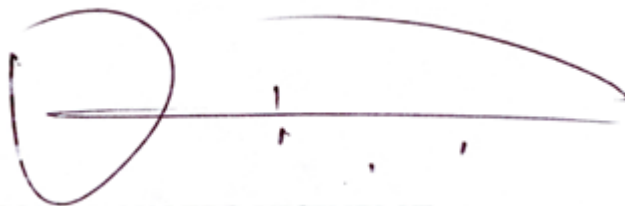
Los Magistrados,



PATRICIA FEUILLET PALOMARES



LUZ ELENA SIERRA VALENCIA



OSCAR ALONSO VALERO NISIMBLAT

²³ Consejo De Estado, Sección Segunda - Subsección B. Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Auto del 6 de 2018. Radicación número: 19001-23-33-000-2012-00396-01(0617-16).

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección A. Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Providencia del 15 de agosto de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 76001-23-33-000-2016-00228-01(4730-17).