

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN

Medellín, Nueve (09) de diciembre de dos mil trece (2013)

Radicado	050013333 007 2013-00295-00
Demandante	CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL “CAJANAL EICE EN LIQUIDACION”
Demandado	LUZ MARIELA CARDENAS HINCAPIE
Proceso	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Asunto	Resuelve medida cautelar
Interlocutorio	217

ANTECEDENTES

1. La **CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL “CAJANAL EICE EN LIQUIDACION”**, (hoy UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP-, según sucesión procesal admitida mediante auto del 15 de julio de 2013 visible a folio 1768) a través de su apoderada judicial, presenta demanda en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO, consagrado en el artículo 138 del **Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-Ley 1437 de 2011** en contra la señora **LUZ MARIELA CARDENAS HINCAPIE**.

Es así, que en el mismo escrito genitor solicita como medida cautelar, la suspensión provisional del acto administrativo acusado de nulidad, contenido en la Resolución No. UGM 018823 del 29 de noviembre de 2011, por el cual se dio cumplimiento a fallo de tutela del 24 de mayo de 2010, emitido por el Juzgado Civil del Circuito de Anserma (Caldas).

Fundamenta su solicitud de la siguiente forma:

“Como se ha relatado en los hechos de la demanda y demostrado objetivamente con las normas constitucionales y legales citadas y el concepto de su quebrantamiento, de manera atenta solicito se disponga, por confrontación directa, la suspensión provisional de las resoluciones demandadas, de conformidad con las disposiciones que regulan la medida: artículo 238 de la Constitución Política y el artículo 231 del C.P.A. y de lo C.A. pues aparece prima facie la contradicción con los preceptos vigentes al momento de expedirse aquella.

Es del caso puntualizar que la suspensión provisional del acto demandado se funda en el cómputo de la bonificación por servicios en un 100%. Lo anterior, con fundamento en las razones que a continuación se expresan:

Se reitera que, CAJANAL debió proferir la Resolución No. UGM 011823 del 29 de noviembre de 2011, a través de la cual se da cumplimiento a un fallo de tutela del 24 de mayo de 2010, emitido por el Juzgado Civil del Circuito de Anserma (Caldas), que ordenó reliquidar la pensión de vejez reconocida a la señora LUZ MARIELA CÁRDENAS HINCAPIÉ, con el 100% de lo devengado por concepto de bonificación por servicios prestados y no en una doceava parte.

La decisión que por fuerza adoptó mi representada, desconocen abiertamente el precedente jurisprudencial ampliamente desarrollado por el H. Consejo de Estado, en tanto se ha sostenido en forma reiterada que la bonificación por servicios prestados se debe computar en forma proporcional para el cálculo de las pensiones, pues se trata de una prestación que se va causando mes a mes durante el año laborado...

Conforme con lo expresado en las providencias antes citadas, es claro que para la liquidación de pensiones debe computarse la bonificación por servicios prestados de manera proporcional, pues tratándose de una prestación que se causa por año cumplido, su inclusión debe hacerse en una doceava parte.

En contravía del antecedente jurisprudencial antes relatado, procedió el juez de tutela, al ordenar la liquidación de la pensión de la señora LUZ MARIELA CÁRDENAS HINCAPIÉ, con el 100% de la bonificación por servicios prestados.

Tales decisiones no pueden mantenerse incólumes, como quiera que además de contradecir el precedente jurisprudencial del propio H. Consejo de Estado, implica la destinación de recursos públicos para financiar la liquidación de una pensión en términos no acordes a derecho.

Por lo expuesto, se solicita la suspensión provisional del acto acusado.

Debe considerarse además, que al encontrarse en firme las resoluciones demandadas y al estársele cancelando la pensión a la señora LUZ MARIELA CÁRDENAS HINCAPIÉ se le está causando a CAJANAL un grave perjuicio, como quiera que le corresponde el pago de una reliquidación pensional que no se ajusta a la ley.” (Negrilla y resalto propio del texto)

2. Corrido el traslado previsto en el párrafo segundo del art.233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- Ley 1437 de 2011, dentro del término concedido para tal efecto, la parte demandada se pronunció como quiera que se encuentra representado por Curador Ad-Litem, designado mediante auto del 18 de noviembre del 2013 (folio 1789), tomando posesión el Doctor JUAN PABLO RESTREPO RESTREPO el pasado 25 de noviembre del año en curso (folio 1795), y contestando la solicitud de medida cautelar en los siguientes términos:

“No está llamada a prosperar la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo demandado, toda vez que dicho acto administrativo no fue autónomo del ente accionante, sino que fue proferido en cumplimiento de una orden judicial, fallo de tutela del 24 de mayo de 2010 del Juzgado Civil del Circuito de Anserma (Caldas), decisión que quedo en firme y por tanto hizo tránsito a cosa Juzgada, no siendo competente siquiera el Despacho para decretar tal medida provisional, pues se estaría prestando para que se configure un fraude a resolución judicial.

Resalta el hecho de que en el expediente no obra prueba de que dicha sentencia haya sido impugnada, desconociéndose tal circunstancia, no siendo viable ahora que mediante el presente proceso se pretenda dejar sin efectos tal decisión judicial en firme, sin siquiera tener en el presente proceso como sujetos procesales al fallador, o al Consejo Superior de la Judicatura como posible generadora de perjuicios a la accionante, producto de un fallo que se dice irregular, vulnerándose así el debido proceso...

Estima que si se pretende vía acción de lesividad atacar un auto emitido en cumplimiento de una decisión de tutela, debe procurarse previamente o al menos de manera simultánea tumbar dicha sentencia, lo contraria sería prestarse a un fraude a resolución judicial.

Afirma que la parte actora no cumplió con su deber de indicar de manera concreta cuál o cuáles normas superiores resultan violadas por el acto acusado, al efectuar la confrontación entre ésta y aquellas o de manifestar de qué manera la violación se infiere de una o más pruebas allegadas con la solicitud.

CONSIDERACIONES

El artículo 238 de la Constitución Política atribuye a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la competencia para “...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”.

Del contenido del artículo 230 ibídem se establece como exigencia para la procedencia del decreto de la medida cautelar que las mismas tengan relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.

Como se ha señalado en varias oportunidades, con fundamento en la ley y en la jurisprudencia, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, es una excepción a la presunción de legalidad que ampara las decisiones de la administración, en los eventos de infringir las normas superiores en que deben fundarse.

Como se trata de una medida cautelar, de naturaleza excepcional mientras se resuelve de manera definitiva sobre la nulidad del acto cuestionado, su finalidad consiste en evitar transitoriamente su aplicación, **y no puede confundirse con los efectos de la sentencia definitiva**. La suspensión provisional constituye entonces, una medida preventiva en virtud de la cual, pueden suspenderse transitoriamente los efectos de un acto de la administración.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-Ley 1437 de 2011 consagra en su artículo 229, la procedencia de medidas cautelares señalando:

*“Artículo 229. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a **petición de parte debidamente sustentada**, podrá el juez o magistrado ponente 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, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.*

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

Parágrafo. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.” (Negrilla del Despacho)

Así mismo, el artículo 231 *ibídem* prevé los requisitos para la suspensión provisional de los actos administrativos como medida cautelar, disponiendo:

*“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...” (Negrillas y subrayas del Despacho)*

Sobre el particular, se pronunció recientemente el H. Consejo de Estado, al señalar:

“La medida de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo como medida cautelar que es, según las voces del artículo 229 del C.P.A.C.A. exige “petición de parte debidamente sustentada”, y acorde con el 231 ibídem, 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”.

La nueva norma precisa que: 1º) La medida cautelar se debe solicitar (no es oficiosa), 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. Exige que la petición contenga una sustentación específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el mismo concepto de violación. 2º) 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.

*De esta manera, 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 antes era exigencia sine quanon que la oposición normativa apareciera manifiesta por confrontación directa con el acto o mediante los documentos públicos adicionales con la solicitud. Entonces ello excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudio pues la trasgresión debía aparecer prima facie. Ahora, la norma da la apertura de autorizar al juez administrativo para que desde este momento procesal, obtenga la percepción de si hay la violación normativa alegada, pudiendo al efecto: 1º) realizar análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2º) que también pueda estudiar las pruebas allegadas con la solicitud.*

*Pero a la vez es necesario que el juez tenga en cuenta el perentorio señalamiento del 2. inciso del artículo 229 del C.P.A.C.A., en cuanto ordena que “la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”.*¹(Negrilla del Despacho)

Se desprende entonces que de conformidad con el Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- Ley 1437 de 2011, para que proceda el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados, deberá el juez, realizar un análisis entre los actos acusados y la normatividad que se alega como violada, bien sea en la demanda o en la sustentación misma de la medida; así mismo, deberá estudiar las pruebas allegadas, a fin de verificar la existencia de la transgresión aludida. Así mismo, constituye carga de la parte actora indicar de manera concreta cuál o cuáles normas superiores resultan violadas por el acto acusado, al efectuar la confrontación entre ésta y aquellas o de manifestar de qué manera la violación se infiere de una o más pruebas allegadas con la solicitud.

Por todo lo dicho, de ningún modo el error debe ser grosero o de bulto para que proceda la suspensión, es decir, no es necesario que la violación se advierta a simple vista, pues el Juez Contencioso Administrativo, con la Ley 1437 de 2011 por el contrario debe realizar un análisis tanto del concepto de violación que sustenta la medida como de las pruebas aportadas.

2. Del control de legalidad de un acto administrativo de ejecución.

De los argumentos invocados por el apoderado de la parte demandada al descorrer el traslado de la solicitud de medida provisional, relacionados con los efectos jurídicos del fallo de tutela que ordenó la reliquidación de la pensión de vejez de la señora LUZ MARIELA CARDENAS HINCAPE y que dio lugar a la expedición del acto administrativo contenido en la Resolución No. UGM 18823 del 29 de noviembre de 2011 por parte de CAJANAL, se advierte un planteamiento tendiente a indicar la imposibilidad de ejercer control de legalidad por parte del Juzgado, razón que lleva al Despacho a efectuar algunas reflexiones al respecto.

Así las cosas, si bien es cierto el Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en reiteradas oportunidad precisó la imposibilidad de ejercer control de legalidad frente a los denominados actos de ejecución, bajo el entendido de que ellos no implican la manifestación de voluntad de la administración sino el cumplimiento de un orden, también es cierto que el Honorable Consejo de Estado en un asunto similar, esto es, en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho-Lesividad promovida por la CAJANAL EN LIQUIDACION puntualizó sobre la viabilidad de control jurisdiccional de dichos actos partiendo de la línea jurisprudencial que sobre el tema se ha decantado en dicha Corporación, que lleva a concluir no tienen fuero de inmunidad que impida su control, al indicar:

“Descendiendo al caso concreto, de la lectura de la demanda se desprende que la acción se dirige concretamente a cuestionar la legalidad de un acto administrativo expedido en estricto acatamiento de una decisión judicial adoptada en trámite de tutela por vulneración a derechos fundamentales, que afecta de manera significativa el patrimonio público al reconocer un derecho patrimonial individual, circunstancia que amerita un pronunciamiento mas ponderado de la Sala para establecer si, con apoyo en la línea jurisprudencial que tiene decantada esta Corporación sobre la improcedencia frente a tales actos administrativos, procede o no la reclamación presentada por la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - CAJANAL - EN LIQUIDACIÓN.

Veamos: Constitucionalmente (art. 238 C.P) es competencia de esta jurisdicción, entre otros tópicos, el juzgamiento de los actos de la administración; ello significa que armonizado el precepto superior con el C.C.A vigente para la época (Art. 83 Dto. 01 de 1984), la circunstancia de que un acto administrativo sea emanado en cumplimiento de una orden judicial, no le crea fuero de inmunidad alguno para que la justicia de lo contencioso no pueda controlarlo, pues no es aceptable confundir a estos actos con aquellos que dentro de la actividad de la administración reflejan simplemente, la ejecución de un acto administrativo propiamente dicho. En efecto, el acto administrativo que cumple una orden judicial subsume la manifestación de voluntad de la administración cuya regla

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia, Auto del 24 de enero de 2013, Auto, Radicado No. 11001-03-28-000-2012-00068-00.

de subordinación la constituye una decisión judicial, entre tanto, el simple acto de ejecución de un acto administrativo, no alcanza a condensar la voluntad administrativa en forma autónoma y con las características de crear, modificar o extinguir una situación jurídica.

Así las cosas, predicar por parte del juez que el acto administrativo que expresa la eficacia de una decisión judicial y que por consiguiente no resulta susceptible de control ordinario, porque ello supondría de forma indirecta, oficiar como criterio de corrección de la decisión judicial en firme, representa un argumento cuya justificación es equívoca en razón a que tal postura, además de sustraer una decisión de la administración del control de su juez natural, por vía de interpretación, establece un criterio inconstitucional, es decir, una restricción no prevista por el constituyente a las competencias de la justicia de lo contencioso administrativo, lo cual acarrea evidente lesión al orden jurídico, y supone desde luego, un error conceptual inaceptable dentro del marco de la teoría general del acto administrativo.

Es necesario subrayar que si bien esta Corporación ha expresado que los actos administrativos que dan cumplimiento a una decisión judicial son actos de ejecución (sic) y únicamente tendrían control jurisdiccional si suprimen o cambian lo ordenado por la providencia judicial, la verdad es que pese a la impropiedad de la nomenclatura del precedente, sustancialmente lo que está es reconociendo cuál es el tema de controversia en esta clase de acciones, pero de ningún modo descartando ab initio la opción de control.

Con vista en el acto acusado, obrante a folios 1144 a 1149 del cuaderno integrado por los anexos de la demanda, se desprende con total claridad que, si bien su expedición tuvo por finalidad acatar el fallo de tutela proferido por el Juez Séptimo Penal del Circuito Judicial de Manizales, calendado 30 de mayo de 2008², ya que tanto en su parte motiva como en la resolutive, se hace alusión de manera exclusiva al obediencia estricto de la decisión que allí se adoptó, también lo es que la autoridad que lo expidió no compartió lo allí resuelto, razón por la cual introdujo un elemento nuevo en su texto, tanto en su motivación como en la resolución, para dejar una salvedad sobre la procedencia de tal reconocimiento por no estructurarse en el beneficiario los supuestos consagrados en la ley³.

Estas dos particularidades provocan que la resolución No. UGM 018652 del 29 de noviembre de 2011 no pueda ser considerada como un mero acto de ejecución, ya que, por una parte, su génesis se encuentra en una sentencia que, por haber sido proferida por funcionario que no era el juez natural de la causa, provoca la modificación de un derecho económico de carácter laboral que afecta de manera directa y significativa un interés general como lo es el patrimonio público, poniendo de paso en tela de juicio la moralidad administrativa al haberse dado eventualmente su reconocimiento por fuera de la esfera jurídica reguladora de la forma como debe liquidarse la pensión de vejez.

Esta posición resulta consonante con la que fuera adoptada por esta misma Sala, con ponencia del Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN, citada por el impugnante y en la misma providencia impugnada, cuando en el trámite de una acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, dispuso, en providencia del 25 de octubre de 2011⁴, la viabilidad de someter a conocimiento de la jurisdicción por el procedimiento previsto por el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (vigente para la época del fallo), el estudio de legalidad de otro acto administrativo de idénticas características al que aquí se presenta, en aras de evitar una flagrante e injusta vulneración a los derechos consagrados en la Carta.

Por todo lo anotado en precedencia, la Sala da claridad y alcance a la teoría decantada sobre la procedencia de la acción contenciosa en contra de actos administrativos expedidos en cumplimiento a decisión judicial, para precisar que, en cada caso en particular, el juez debe analizar todos los elementos de carácter jurídico que sean vinculantes a la producción del acto, de acuerdo como lo plantee la demanda, pero de ninguna forma afirmar la identidad improbable de asimilar los actos de ejecución de actos administrativos con manifestaciones de la voluntad administrativa en ejercicio de un poder legal y conforme a las reglas que condicionan su actuar. Actos de ejecución y administrativos no son iguales.

Este es precisamente el fundamento de la teoría del “acto jurisdiccional” formulada por el profesor Gastón Jéze, en su tratado “Los Principios del Derecho Administrativo”, donde ilustra que los actos judiciales representan una competencia del Estado distinta a la voluntad de la administración y que en el conjunto de decisiones jurídicas de las autoridades públicas, en estricto sentido, el fallo judicial es una regla jurídica vinculante que ha de ser observada por la administración en el momento de crear, modificar o extinguir una situación judicial atendiendo una

² Copia del fallo que obra a folios 884 a 909 del cuaderno que contiene los anexos de la demanda.

³ “La Caja Nacional de Previsión social salvaguarda cualquier responsabilidad de índole penal, fiscal, laboral o administrativo; toda vez que con él se está dando estricto cumplimiento al Fallo de Tutela proferido por el JUZGADO SÉPTIMO PENAL DEL CIRCUITO DE MANIZALES (CALDAS) ...” (fl. 1148 id).

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, acción de tutela instaurada por la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - CAJANAL - EN LIQUIDACIÓN en contra del Juzgado 16 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá y del Tribunal Administrativo de Antioquia, radicación 1100103150002010138500.

definición de la judicatura, sin que esta circunstancia le reste a la administración los elementos sustanciales la noción ontológica de acto administrativo.”⁵

Con lo dicho por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo y por tratarse de un acto administrativo que específicamente fue emitido por la entidad demandante en el presente asunto, en cumplimiento de orden de tutela con el mismo objeto que hoy ocupa la atención del Despacho, encuentra el Juzgado soporte jurídico para estudiar la legalidad del acto administrativo enjuiciado y con ello, pronunciarse respecto a la solicitud de medida cautelar, de lo mismo precisa esta Agencia Judicial que el *sub examine* es análogo con el asunto valorado por el Consejo de Estado, puesto que se trata del análisis de legalidad de acto proferido en cumplimiento de orden de Juez de Tutela que provocó la modificación de un derecho económico de carácter laboral, esto es, la reliquidación de la pensión de vejez reconocida a la señora LUZ MARIELA CARDENAS HINCAPIE, con la inclusión del 100% de la bonificación por servicios, en cuyo acto la administración motiva su expedición en estricto cumplimiento del fallo de tutela y adicionalmente, indica salvaguardar cualquier responsabilidad que pueda generar su expedición.

3. Así las cosas aclarada la competencia del Despacho para el estudio de legalidad del acto, incursionará en el análisis de la medida cautelar, haciendo las siguientes consideraciones:

La solicitud de suspensión provisional objeto de análisis, fue presentada en el mismo libelo genitor, pero sustentada en capítulo especial de la demanda, en el cual la parte demandante, hizo referencia a las normas violadas y consignó el concepto de violación, razón por la que habrá de pronunciarse el Despacho en torno a esta sustentación, pues tal como lo señaló el honorable Consejo de Estado en el precedente citado con anterioridad, la sustentación de la medida cautelar implica una sustentación especial y/o remisión expresa al concepto de violación, como lo realizó la parte actora en su libelo genitor.

Argumenta la parte demandante la solicitud de medida cautelar en que el acto administrativo reliquidó la pensión de vejez reconocida a la señora LUZ MARIELA CARDENAS HINCAPIÉ, con el 100% de lo devengado por concepto de bonificación por servicios prestados y no en una doceava parte como correspondía, en tanto estima que dicho acto administrativo fue expedido contraviniendo el precedente expuesto por el Consejo de Estado, que sostiene, en forma reiterada, que la bonificación por servicios prestados debe computarse en forma proporcional para el cálculo de las pensiones, al tratarse de una prestación que se va causando mes a mes.

Razón por la cual, el acto administrativo acusado desconoce abiertamente el precedente jurisprudencial desarrollado por el Honorable Consejo de Estado, los arts. 1, 2, 6, 121, 128 y 209 de la Constitución Política, 6, 7 y 8 del Decreto 546 de 1971, 34 y 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, reposa en el plenario a folios 1441 a 1447, la Resolución No. UGM 018823 del 29 de noviembre de 2011, por medio de la cual se dio cumplimiento a la sentencia del 24 de mayo de 2010, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Anserma – Caldas, mediante la cual se ordenó la reliquidación de la pensión de la señora LUZ MARIELA CARDENAS HINCAPIE, indicando en la parte motiva lo siguiente:

“POR LA CUAL SE DA CUMPLIMIENTO A UN FALLO DE TUTELA No. 0075 -2010 PROFERIDO POR EL JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE ANSERNA CALDAS.

(...)

Que de conformidad con el fallo de tutela se procede a efectuar la siguiente liquidación teniendo como monto el 75% de la asignación mensual mas elevada que se hubiera devengado en el último año de servicios con la inclusión del 100% de la bonificación por servicios de conformidad al fallo así:

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”, Auto del diecisiete (17) de abril de dos mil trece (2013), Radicación No.: 05001 23 33 000 2012 00301 01 (0469-2013).

ASIGNACION BASICA	753.500,00
PRIMA DE NAVIDAD	71,662.57
BONIFICACIÓN SERVIC. PRESTADOS	376,750.00
PRIMA DE SERVICIOS	34.345.83
PRIMA DE VACACIONES	29.493.25
INCREMENTO 2.5%	5.981

Pensión: (\$ 1,271.732.65 X 75%) = \$953,799.48

(....)
RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Dar cumplimiento al fallo de tutela proferido por JUZGADO CIVIL DE ANSERMA CALDAS, mediante del 11 de diciembre de 2008 y en consecuencia, reliquidar la pensión de vejez de la señora LUZ MARIELA CARDENAS HINCAPIE, ya identifica elevando a la suma de (\$953.799,48).....efectiva a partir del 01 de agosto de 1997.....

(...)”

Por su parte, las normas superiores frente a las cuales existe presunta contradicción, son los artículos 1, 2, 6, 121, 128 y 209 de la Constitución Política, que indican lo siguiente:

“ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

ARTICULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

ARTICULO 6o. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

ARTICULO 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

ARTICULO 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

Así mismo, los artículos 6, 7 y 8 del Decreto 546 de 1971 y 34 y 36 de la Ley 100 de 1993, indican:

Del Decreto 546 de 1971,

“ARTÍCULO 6o.

Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al

Ministerio Público, o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas.

ARTÍCULO 7o.

Si el tiempo de servicio exigido en el primer inciso del artículo anterior se hubiere prestado en la rama jurisdiccional o en el Ministerio Público en lapso menor de 10 años, la pensión de jubilación se liquidará en la forma ordinaria establecida para los empleados de la rama administrativa del Poder Público.

ARTÍCULO 8o.

Los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público que deban separarse de su cargo por cumplimiento de la edad de retiro forzoso, tendrán derecho al producirse su retiro, a una pensión vitalicia de jubilación que se les liquidará o reliquidará con el 75% de la mayor asignación devengada en el último año de servicio y sin límite de cuantía, siempre que el beneficiario hubiere servido durante 20 años, continuos o discontinuos, en el servicio oficial, de los cuales los últimos 3 por lo menos, lo hayan sido en la rama jurisdiccional o en el Ministerio Público.”

De la Ley 100 de 1993,

“ARTÍCULO 34.

MONTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:
 r = porcentaje del ingreso de liquidación.
 s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

ARTÍCULO 36.

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

~~Aparte tachado INEXEQUIBLE> El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.~~

<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.

PARÁGRAFO 2o. <Parágrafo INEXEQUIBLE>”

La transcripción de las normas constitucionales objeto de comparación con el acto acusado, llevan a indicar que se refieren a las características de Colombia como Estado Social de Derecho, sus fines, la responsabilidad de los servidores públicos, el principio de legalidad, y los principios de la función administrativa.

También que la Ley 100 de 1993 determina los requisitos para obtener la pensión y el régimen de transición y por su parte, el Decreto 546 de 1971 establece los requisitos para obtener la pensión a los empleados de la Rama Judicial.

Aunado a lo anterior, cita la parte demandante precedente del Honorable Consejo de Estado sobre la forma de cómputo de la bonificación por servicios, como factor salarial a tener en cuenta al momento de liquidar la pensión de los funcionarios de la Rama Judicial, bajo el amparo del Decreto 546 de 1971.

El Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en decisión del ocho (8) de febrero de dos mil siete (2007), señaló lo siguiente:

*“En cuanto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta para liquidar la prestación, esta Sala, con ponencia de la Magistrada Dolly Pedraza de Arenas, expediente No.5244, precisó que la asignación mensual más elevada para efectos de determinar la base de la pensión de jubilación de los funcionarios y empleados de la rama judicial y del Ministerio Público, incluye la asignación básica mensual fijada por la ley para el empleo, y todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley. En consecuencia, la Caja Nacional de Previsión Social, al reliquidar la pensión de jubilación de la actora, deberá tener en cuenta como factores salariales además de la asignación básica, la bonificación por servicios y la prima de antigüedad incluidos en los actos de reconocimiento, el subsidio de alimentación, el incremento del 2.5 por ciento y las doceavas partes de la prima de navidad, servicios y vacaciones devengados durante el último año de prestación de servicios, según certificación allegada al proceso. Ahora bien y en relación con la inclusión de la bonificación como factor salarial para reliquidar la pensión de vejez reconocida, en cuanto señala la parte actora que debe tenerse en cuenta en el 100 por ciento del valor certificado y no en la doceava parte como lo viene haciendo Cajanal, dirá la Sala que la bonificación por servicios prestados se reconocerá y pagará al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial. Por lo tanto, ese derecho se causará cada vez que el empleado cumpla un año de servicios. **En esas condiciones, la estimación de la bonificación por servicios al momento del cálculo de la pensión debe hacerse en 1/12 parte y no sobre el 100 por ciento, en consideración a que su pago se hace de manera anual cada vez que el empleado cumple un año de servicios. Por lo tanto, el cálculo realizado por Cajanal tomando en cuenta la un doceavo parte de la bonificación por servicios, es correcta. En el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, la Caja deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes.**”⁶(Negrilla del Despacho)*

En igual sentido, el Honorable Consejo de Estado nuevamente en providencia del catorce (14) de agosto de dos mil nueve (2009), señaló:

“La asignación mensual más elevada para determinar la base de la pensión de jubilación en el régimen especial de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público incluye la asignación básica

⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, Consejero Ponente: ALBERTO ARANGO MANTILLA, Sentencia del ocho (8) de febrero de dos mil siete (2007), Radicación número: 25000-23-25-000-2003-06486-01(1306-06).

mensual fijada por la ley para el empleo y todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución por sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley. En consecuencia, la accionante tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación teniendo en cuenta la asignación mensual más elevada devengada durante el último año de servicios, incluyendo como factores salariales, además de los reconocidos, los subsidios mensuales de alimentación y de transporte y las primas de servicios, vacaciones y navidad, ya que constituyen factor de salario para los empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, de conformidad con los Decretos 546 de 1971 y 717 de 1978. Respecto del factor de bonificación por servicios esta Sección ha indicado que la misma se reconoce y paga al empleado cada vez que cumple un año continuo de labor en una misma entidad oficial, es decir que el derecho a su reconocimiento se causa cada vez que aquél cumple un año de servicios y, por lo tanto, el cómputo de este factor para efectos de determinar la cuantía de la pensión debe hacerse en una doceava parte y no sobre el 100%, en consideración a que su pago se hace de manera anual.”⁷ (Negrilla del Despacho)

Con ocasión a lo sustentado por la demandante como concepto de violación invocado, especialmente el criterio expuesto por el Honorable Consejo de Estado, Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (decisiones vinculantes), respecto a la manera como debe computarse la bonificación por servicios, como factor salarial a tener en cuenta al momento de liquidar la pensión de los funcionarios de la Rama Judicial, bajo el amparo del Decreto 546 de 1971, ello es, en una doceava parte y no sobre el 100%; y dadas las facultades conferidas por el legislador con la expedición de ley 1437 de 2011, debe el Juez incursionar en el análisis de las normas invocadas como infringidas y en el contenido mismo del acto acusado, sin dejar de lado el análisis de las pruebas aportadas al plenario, y se repite como se indicó en apartados precedentes, sin que sea imperioso advertir una vulneración manifiesta, de bulto para que sea procedente la declaratoria de la medida objeto de análisis.

Respecto del cambio que se introdujo con el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo respecto del estudio de la procedencia de las medidas cautelares, ha advertido el Consejo de Estado:

“Entonces, la nueva norma precisa que: 1º) La 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. Exige que la petición contenga una sustentación específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el mismo concepto de violación. 2º) 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.

De esta manera, lo que en la Ley 1437 de 2011 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 antes era exigencia sine quanon que la oposición normativa apareciera manifiesta por confrontación directa con el acto o mediante los documentos públicos adicionales con la solicitud. Entonces ello excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudio pues la trasgresión debía aparecer prima facie. Ahora, la norma da la apertura de autorizar al juez administrativo para que desde este momento procesal, obtenga la percepción de si hay la violación normativa alegada, pudiendo al efecto: 1º) realizar un análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2º) que también pueda estudiar las pruebas allegadas con la solicitud.

Pero a la vez es necesario que el juez tenga en cuenta el perentorio señalamiento del 2º inciso del artículo 229 del C. de P.A. y de lo C.A., en cuanto ordena que “la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”. ”⁸ (Resaltos por fuera del texto original).

Por lo tanto, entendiendo los lineamientos establecidos con la Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que modificó las medidas cautelares previstas para la Jurisdicción, en aras de garantizar la tutela judicial efectiva, le corresponde al Juez realizar el análisis de las normas que invocan violadas y del material probatorio, en confrontación con el acto administrativo

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION B, Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Sentencia del catorce (14) de agosto de dos mil nueve (2009), Radicación número: 25000-23-25-000-2005-03346-01(1508-08).

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Auto del once (11) de julio de dos mil trece (2013), N° de Radicación: 110010328000201300021-00

acusado, para resolver la medida cautelar de suspensión de los efectos jurídicos de un acto administrativo. Lo anterior, como se repite no implica una violación ostensible para poder declararse la medida cautelar.

Como fundamentos de la anterior solicitud, advirtió la parte accionante que la decisión que adoptó en virtud del cumplimiento de la sentencia de tutela de treinta (30) de mayo de 2008, proferida por el Juzgado Séptimo Penal de Manizales, desconoce abiertamente el precedente jurisprudencial ampliamente desarrollado por el H. Consejo de Estado, en tanto se ha sostenido en forma reiterada que la bonificación por servicios prestados se debe computar en forma proporcional para el cálculo de las pensiones, en razón de que se trata de una prestación que se va causando mes a mes durante el año laborado.

Es por ello, que examinadas las normas citadas como infringidas por el acto administrativo demandado y analizada la jurisprudencia que trata el tema, se arriba a una primera conclusión en torno a que existe una clara contradicción de dichos preceptos normativos, cuando se ordena la reliquidación de la pensión no sobre una doceava sino teniendo en cuenta el 100% de la bonificación por servicios por ella devengada.

Bajo lo previamente dicho, el Despacho procederá a decretar la suspensión de los efectos jurídicos del acto administrativo contenido en la Resolución No. UGM 018823 del 29 de noviembre de 2011, por medio de la cual se dio cumplimiento a la sentencia del 24 de mayo de 2010, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Anserma – Caldas, mediante la cual se ordenó la reliquidación de la pensión de señora LUZ MARIELA CARDENAS HINCAPIE.

Adicionalmente, encuentra respaldo la posición del Despacho, en proveído emitido recientemente por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, Magistrado Ponente Dr. Gonzalo Zambrano Velandia, el agosto 8 de 2013, expediente radicado 05001233300020120030100, medio de control Nulidad y Restablecimiento del Derecho (Lesividad), actor: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN, Accionado: PEDRO NEL MONSALVE VALENCIA, en el que se solicitó la suspensión provisional de la Resolución No. UGM 018652 de veintinueve (29) de noviembre de 2011, mediante la cual se dio cumplimiento a la sentencia de treinta (30) de mayo de 2008, proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales, que ordenó reliquidar la pensión de vejez reconocida al señor Pedro Nel Monsalve Valencia, teniendo en cuenta el 100% de la bonificación por servicios que devengaba el mismo, es decir con identidad fáctica y jurídica al que es objeto de decisión en este proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN**,

RESUELVE

PRIMERO: DECRETAR LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL del acto administrativo demandado contenido en la Resolución No. UGM 018823 del 29 de noviembre de 2011, por medio de la cual se dio cumplimiento a la sentencia del 24 de mayo de 2010, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Anserma –Caldas, mediante la cual se ordenó la reliquidación de la pensión de señora LUZ MARIELA CARDENAS HINCAPIE, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva del presente auto.

SEGUNDO: Por Secretaría, **UNA VEZ EJECUTORIADO** el contenido del presente auto **COMUNIQUESE** esta decisión al representante legal de la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP o a quien se haya delegado la facultad de recibir notificaciones.

TERCERO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 232 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no se ordenará prestar caución a la parte demandante por cuanto la medida cautelar decretada se trata de la suspensión provisional de los efectos de actos administrativos, y en tanto la misma fue solicitada por una entidad pública.

CUARTO: Notifíquese por estados la presente decisión.

NOTIFÍQUESE

BEATRIZ STELLA GAVIRIA CARDONA
Juez

mbv