

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 2013-00350-00
Demandante	CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL “CAJANAL EICE EN LIQUIDACION”
Demandado	LUIS EDUARDO VASQUEZ TORO
Proceso	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Asunto	Resuelve medida cautelar
Interlocutorio	221

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 12 de agosto de 2013 visible a folios 254 y 255) 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 del señor LUIS EDUARDO VASQUEZ TORO.

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. 1396 del 17 de enero de 2006, por medio de la cual se reliquida la pensión de gracia reconocida al señor LUIS EDUARDO VASQUEZ TORO.

Fundamenta su solicitud de la siguiente forma:

“Como se ha relatado en los hechos de la demanda y demostrado objetivamente en el concepto de la violación, procede por confrontación directa, la suspensión provisional de la resolución demandada, de conformidad con las disposiciones que regulan la medida: artículos 238 de la Constitución Política, y 231 del C.P.A. y de lo C.A. pues aparece prima facie la contradicción entre esta y los preceptos vigentes al momento de expedirse aquella.

Es pertinente reiterar, que CAJANAL profirió la Resolución No. 1396 de 17 de enero de 2006, en cumplimiento de un fallo de tutela de 9 de agosto de 2004, proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá, reliquidando la pensión de gracia reconocida al señor LUIS EDUARDO VÁSQUEZ TORO, incluyendo erradamente el valor del factor salarial prima de carestía del mes de febrero de 1992 y agosto de 1993, los cuales no debían ser incluidos por no corresponder al periodo base de liquidación de la pensión de gracia.

Es por tal razón, que de manera evidente se desconocen los artículos 2, 6, 121, 128 y 209 de la Carta Política; 2 de la Ley 114 de 1913; 1 de la Ley 24 de 1947; 4 de la Ley 4ª de 1966; 5 del Decreto 1743 de 1966; y 5 del Decreto Ley 224 de 1972.

De lo expuesto es dable colegir, que el acto acusado es ILEGAL, por lo que debe decretarse la suspensión provisional deprecada.

Y como quiera que la resolución demandada se encuentra en firme, se configura el perjuicio causado a la entidad accionante, pues le corresponde el pago de una pensión liquidada en términos no acordes a derecho.

En virtud de lo anterior, procede la suspensión provisional del acto cuya nulidad se pretende, en lo que se refiere al cómputo errado de la prima de carestía para los años 1992 y 1993.”

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 guardó silencio, quien se encuentra representado por Curador Ad-Litem, designado mediante auto del 18 de noviembre del 2013 (folio 269), y que tomó posesión la Doctora ALEXANDRA JIMENA ZAMBRANO ENRIQUEZ el pasado 22 de noviembre del año en curso (folio 270).

CONSIDERACIONES

1. 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”.

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 ibidem, 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 2º. 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.

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. 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 hace expresa remisión al concepto de violación argumentado, razón por la que habrá de pronunciarse el Despacho de tal sustentación, pues tal como lo señaló el honorable Consejo de Estado

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.

en el precedente previamente citado, la sustentación de la medida cautelar implica una sustentación especial y/o remisión expresa al concepto de violación, tal y como lo realizó la parte actora en su libelo genitor:

Inclusión errada de factor salarial

Señala la parte demandante que CAJANAL profirió la Resolución No. 1396 de 17 de enero de 2006, dando cumplimiento a orden judicial contenida en el fallo de tutela de 9 de agosto de 2004, emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá, que consistió en reliquidar la pensión de gracia reconocida al señor LUIS EDUARDO VÁSQUEZ TORO, incluyendo erradamente el valor del factor salarial prima de carestía del mes de febrero de 1992 y agosto de 1993, los cuales no debían ser incluidos por no corresponder al periodo base de liquidación de la pensión de gracia.

Indicando que de manera evidente se desconocen los arts. 2, 6, 121, 128 y 209 de la Carta Política; 2 de la Ley 114 de 1913; 1 de la Ley 24 de 1947; 4 de la Ley 4ª de 1966; 5 del Decreto 1743 de 1966; y 5 del Decreto Ley 224 de 1972; razón por la cual debe suspender el acto administrativo enjuiciado.

Ahora bien en el concepto de violación señala:

En relación con la violación a los arts. 2, 6, 121, 128 y 209 de la Carta Política: 1) se esta desatendiendo el sometimiento a la ley, 2) los actos administrativos atentan contra los principios, derechos y deberes de los ciudadanos, 3) al comprometerse dineros públicos sin sustento constitucional y legal los funcionarios pueden verse en curso de investigación disciplinaria, 4) puede considerarse una doble asignación por cuenta del tesoro, y 5) se comprometieron recursos que deben ser destinados al pago de otras pensiones y desconocer principios que rige la actuación administrativa y judicial como defensa del interés general, la moralidad administrativa y la igualdad.

Adicionalmente, en relación con las disposiciones contenidas en los arts. 2 de la Ley 114 de 1913, 1 de la Ley 24 de 1947, 4 de la Ley 4ª de 1966, 5 del Decreto 1743 de 1966, y 5 del Decreto Ley 224 de 1972; señala que la prestación se liquida sobre el valor de los factores devengados en el último año de servicios anteriores al status pensional, quedando la situación consolidada, por lo que no es viable la reliquidación con posterioridad, por nuevos tiempos de servicios.

Sostiene que CAJANAL EICE al dar cumplimiento al fallo del juez de tutela, erradamente computó el factor salarial de prima de carestía, la que se encuentra certificada por la Coordinadora I de Posesiones y Certificados que obra a folio 198 del expediente prestacional, al incluir los valores percibidos por el docente para el mes de febrero de 1992 y agosto de 1993, sin que ella debieran incluirse por no corresponder al periodo que sirve de base de liquidación.

Ahora bien, reposa en el plenario a folios 192 a 197, la Resolución No. 1396 de 17 de enero de 2006, por medio de la cual se reliquida la pensión de gracia reconocida al señor LUIS EDUARDO VASQUEZ TORO, indicando en la parte motiva lo siguiente:

“POR LA CUAL SE DA CUMPLIMIENTO A UN FALLO DE TUTELA PROFERIDO POR EL JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C..

(...)

Que esta Entidad en cumplimiento a lo ordenado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá, en fallo de fecha 09 de agosto de 2004, teniendo en cuenta que el interesado adquirió el status jurídico el 26 de junio de 1993 efectuando la siguiente liquidación:

<i>FACTORES</i>		<i>VALOR</i>
<i>ASIGNACION BASICA – 1992</i>	<i>\$</i>	<i>978.593.44</i>
<i>ASIGNACION BASICA – 1993</i>	<i>\$</i>	<i>1.157.122.67</i>

<i>PRIMA DE NAVIDAD – 1992</i>	\$	81.108.73
<i>PRIMA DE NAVIDAD – 1993</i>	\$	96.977.96
<i>PRIMA DE CARESTIA – 1992</i>	\$	158.691.00
<i>PRIMA DE CARESTIA – 1993</i>	\$	198. (Ilegible)
<i>PRIMA DE ALIMENTACION – 1992</i>	\$	56. (Ilegible)
<i>PRIMA DE ALIMENTACION – 1993</i>	\$	37.180.08”

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

“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 2 de la Ley 114 de 1913, 1 de la Ley 24 de 1947, 4 de la Ley 4ª de 1966, 5 del Decreto 1743 de 1966, y 5 del Decreto Ley 224 de 1972, indican:

De la Ley 114 de 1913,

“Artículo 2º La cuantía de la pensión será la mitad del sueldo que hubieren devengado en los dos últimos años de servicio. Si en dicho tiempo hubieren devengado sueldos distintos, para la fijación de la pensión se tomará el promedio de los diversos sueldos.”

De la Ley 24 de 1947,

“ARTICULO 1o. <Ver Notas del Editor> El Artículo 29 de la Ley 6a. de 1945, quedará así:

ARTICULO 29. Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, se acumularán para el cómputo del tiempo, en relación con la jubilación y el

monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido y al salario o remuneración devengados en cada una de aquellas. Los trabajadores cuyos salarios o remuneraciones se paguen con cargo a fondos especiales con aporte a varias entidades de derecho público, gozarán de las prestaciones más favorables que éstas reconozcan a sus propios trabajadores, con cargo al mismo fondo especial.

PARAGRAFO 1o. *Cuando el favorecido con la pensión de jubilación haya servido diez años, lo menos, en empleos o cargos públicos nacionales, el total de la pensión le será cubierto por la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, sin perjuicio del oportuno reembolso de su mayor costo por cuenta de las entidades obligadas a reconocerlos, en los términos del artículo 3o. del Decreto número 2567 de 1946 (agosto 31).*

PARAGRAFO 2o. *Cuando se trate de servidores del ramo docente, las pensiones de jubilación se liquidarán de acuerdo con el promedio de los sueldos devengados durante el último año.”*

De la Ley 4 de 1966

“Artículo 4° *A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.”*

Del Decreto 1743 de 1966

“ARTÍCULO 5o. *A partir del veintitrés (23) de abril de 1960 inclusive, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios, previa la demostración d su retiro definitivo del servicio público.”*

Del Decreto Ley 224 de 1972

“Artículo 5. *El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad.”*

Es así, que de las normas de la Carta Constitucional se establece los fines del Estado Social de Derecho, la responsabilidad de los servidores públicos, el principio de legalidad, y los principios de la función administrativa.

Así mismo, las leyes invocadas establecen los requisitos señalados para adquirir la pensión gracia, de jubilación o de invalidez, y cómo debe realizarse la liquidación de dichas pensiones, esto es teniendo en cuenta el promedio mensual del salario devengado durante el último año al adquirir el estatus y/o servicios.

No obstante lo anterior, el asunto objeto de análisis gira en establecer si efectivamente la inclusión de la prima de carestía de los años 1992 y 1993, hace parte de los factores salariales para el cómputo de la pensión gracia del señor LUIS EDUARDO VASQUEZ TORO, para lo cual imperativamente se requiere un análisis detallado de cada uno de los factores salariales que debían hacer parte del cómputo para la liquidación del señor VASQUEZ TORO, así como, específicamente las características en las que se devengaba la prima de carestía, la calidad de factor salarial y los periodos que comprendía cada uno de sus pagos.

De lo mismo, es imperativo precisar que el concepto de violación sustentado por la parte demandante no giró en determinar con precisión las características de la prima de carestía, por lo que del análisis del concepto de violación no se puede dar cuenta de lo que considera el Despacho necesario analizar para que en ésta oportunidad prospere la medida cautelar solicitada.

Ahora, si bien es cierto bajo 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 un análisis de las normas que se invocan como violadas y del material probatorio, en confrontación con el acto administrativo acusado, para resolver la medida cautelar de suspensión de los efectos jurídicos de un acto administrativo, dicho análisis se encuentra supeditado ha no incurrir en prejuzgamiento (art. 229 del CPACA).

Bajo lo previamente dicho, ha de indicar el Juzgado que cada solicitud de media cautelar debe analizarse individualmente considerada teniendo en cuenta para ello los requisitos que debe atender la parte actora en relación con la sustentación de la medida, de lo contrario implicaría que el juzgado juzgador realice un análisis tan exhaustivo de la normatividad que rige la material de la cual además no dispone en su totalidad porque no fue incluida en el concepto de violación como anteladamente se indicó, que lo llevaría en esta etapa inicial del proceso, a sacar conclusiones determinantes con las que prácticamente perfilaría su decisión final, cuando la parte demandada aun está en término para ejercer su derecho de defensa y falta agotar etapas tan importantes como la probatoria y la de alegaciones finales. En tal sentido el Honorable Consejo de Estado, señaló:

*“Ahora bien, no obstante que la nueva regulación como ya se dijo permite que el juez previo a pronunciarse sobre la suspensión provisional lleve a cabo análisis de la sustentación de la medida y estudie pruebas, ocurre que ante el perentorio señalamiento del 2º inciso del artículo 229 del CPACA (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 (...), de que ejerzan su derecho de defensa y que para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba”.*²

En consideración a lo expuesto, el Despacho no procederá a decretar la suspensión de los efectos jurídicos del acto administrativo contenido en la Resolución No. 1396 del 17 de enero de 2006, por medio de la cual se reliquida la pensión de gracia reconocida al señor LUIS EDUARDO VASQUEZ TORO.

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

RESUELVE

PRIMERO: NO DECRETAR LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL del acto administrativo demandado contenido en la Resolución No. 1396 del 17 de enero de 2006, por medio de la cual se reliquida la pensión de gracia reconocida al señor LUIS EDUARDO VASQUEZ TORO, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva del presente auto.

SEGUNDO: Notifíquese por estados la presente decisión.

NOTIFÍQUESE

BEATRIZ STELLA GAVIRIA CARDONA
Juez

² Ibidem.

mfby