



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, cuatro (4) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho —Lesividad

Demandante: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y de Contribuciones Parafiscales

Demandado: Isauro Arévalo Daza

Radicación: 15001 3333 004 **2019 00024 00**

1. ASUNTO

Una vez surtido el trámite previsto en el artículo 233 del CPACA, el Despacho procede a resolver la medida cautelar de suspensión provisional de las Resoluciones Nros. 04305 de 14 de mayo de 1987 y 26018 de 14 de noviembre de 2001, proferidas por la Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL

2. ANTECEDENTES¹

La extinta Caja Nacional de Previsión Social, mediante Resolución N.º 04305 de 14 de mayo de 1987, reconoció una pensión gracia de jubilación a favor del señor Isauro Arévalo Daza, la cual, se liquidó con el promedio de le devengado entre el 8 de febrero de 1985 y el 7 de febrero de 1986, incluyendo entre los factores salariales la asignación básica, las primas de navidad, de servicio mensual, de alimentación, de grado mensual y clima mensual, en cuantía de \$67.125.82, efectiva a partir del 08 de febrero de 1986.

El señor Isauro Arévalo Daza se apartó del cargo de supervisor de Educación del Departamento de Boyacá a partir del 01 de mayo de 2001, por lo que solicitó la reliquidación de su pensión al retiró definitivo del servicio.

La extinta CAJANAL, a través de la Resolución N.º 26018 de 14 de noviembre de 2001, reliquidó la pensión gracia del demandado, por nuevos tiempos al retiro definitivo del servicio, tomando la asignación básica, y los sobresueldos superiores, devengados en los años 2001 y 2002, elevando la cuantía de la prestación a la suma de \$1.518.299,25, efectiva a partir del 1 de mayo de 2001.

El señor Arévalo Daza se encontraba incluido en la nómina de pensionados del FOPEP, con pago activo de la pensión gracia con la Resolución 26018 de 14 de noviembre de 2001.

¹ Fs. 3-15

3. DE LA MEDIDA CAUTELAR DEPRECADA²

La apoderada de la entidad demandante, junto con el libelo introductorio, presentó solicitud de medida cautelar, consistente en la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones Nros. 04305 de 14 de mayo de 1987, por medio de cual, CAJANAL le reconoció al demandado una pensión gracia teniendo en cuenta para la liquidación la prima de clima mensual, y 26018 de 14 de noviembre de 2001, mediante la cual, se reliquidó dicha pensión al retiro definitivo del servicio del señor Isauro Arévalo Daza.

La mandataria sostuvo que los actos enjuiciados fueron expedidos contrariando las disposiciones contenidas en los artículos 1.º, 2.º, 6.º, 121, 122, 128, y 209 de la Carta Política, 1.º, 3.º y 4.º de la Ley 114 de 1913, 6.º de la Ley 116 de 1928, 3.º de la Ley 37 de 1933, 1.º y 2.º de la Ley 43 1975, y 15 de la Ley 91 de 1989, toda vez que la prima de clima mensual era una prestación social y no un factor salarial, además, devino en inconstitucional al ser creada por el ente territorial sin competencia para ello, por lo que debió ser excluida de la base de liquidación de la pensión gracia del señor Isauro Arévalo Daza.

Así mismo, con fundamento en pronunciamientos emanados del Consejo de Estado, insistió en que la pensión gracia del demandante no debió ser reliquidada con los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio –los cuales solo pueden ser tenidos en cuenta solo para la liquidación de la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985 -; sino que, una vez acaecida la separación del cargo, la prestación debió mantenerse con los factores devengados en el año anterior a la consolidación del derecho. Asimismo, manifestó que los valores pagados en exceso han causado un detrimento al erario y a los intereses de la entidad.

3.1. Pruebas que sustentan la solicitud de medida cautelar

La parte demandante no solicitó pruebas

4. OPOSICIÓN³

El demandado, mediante apoderado judicial, con base en la sentencia T-197 de 2008, argumentó que la pensión gracia debe incluir los factores salariales devengados por el docente en el último año, toda vez que para la liquidación de esta prestación no son aplicables las Leyes 33 y 62 de 1985, según las cuales la pensión se calcula, únicamente, sobre el promedio del salario mensual del año inmediatamente anterior a la obtención del estatus de pensionado.

² Fs. 31 y ss.

³ Fs. 41-45

Agregó que la solicitante omitió entregar los elementos mínimos para el análisis, confrontación y estudio de la medida cautelar, pues se limitó a indicar que los actos acusados violaban las leyes, sin precisar cuáles de las normas fueron objeto de vulneración, además, indicó que el cambio normativo no implica el deber de realizar confrontaciones generales, ya que no se trata de un control abstracto de legalidad. En consecuencia, solicitó denegar la medida cautelar.

5. CONSIDERACIONES

El artículo 238 de la Constitución Política consagra la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos, en los siguientes términos:

“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”.

Con el objeto de proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, la Ley 1437 de 2011 consagró unas medidas cautelares de orden preventivo, conservativo, anticipativo o de suspensión, que procederán siempre que se cumplan los requisitos de procedencia decantados por la doctrina y la jurisprudencia, esto es, el *fomus bonus iuris* o la apariencia del buen derecho del demandante y el *periculum in mora* o peligro de mora en el logro de la efectividad de la tutela judicial y la ponderación del interés general y el particular, que dé como resultado la mayor afectación del interés general por la no adopción de la medida cautelar.

De otra parte, los requisitos para la procedencia de las medidas, formales y sustanciales, así como el procedimiento para su adopción están consagrados en los artículos 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

De conformidad con lo anterior, las medidas cautelares pueden ser decretadas antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, sin que la decisión sobre la medida cautelar implique prejuzgamiento. Igualmente, pueden presentarse sucesivas solicitudes de medida cautelar, siempre que se presenten hechos sobrevinientes (art. 233 inciso 6° Ley 1437 de 2011).

El numeral 3 del artículo 230 *ibídem* estableció la suspensión provisional como medida cautelar, y el artículo 231 y siguientes las reglas propias de dicha figura jurídica, así:

“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 subraya fuera del texto original)

En este orden, el Código faculta al juez administrativo para que, según la percepción de la violación normativa alegada, pueda: i) realizar análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y ii) que también pueda estudiar las pruebas allegadas con la solicitud.

De acuerdo con el Consejo de Estado, es aquí donde radica la innovación en la regulación de la suspensión provisional contenida en el CPACA, al considerar:

“La Sala recuerda que en el anterior CCA —Decreto 01 de 1984—, artículo 152, la procedencia de esta medida excepcional solicitada y sustentada de modo expreso en la demanda o en escrito separado, estaba sujeta o dependía de que la oposición o la contradicción del acto con las disposiciones invocadas como fundamento de la suspensión provisional fuera **manifiesta**, apreciada por **confrontación directa** con el acto o con documentos públicos aducidos con la solicitud.

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

Ahora bien, no obstante que la nueva regulación como ya se dijo permite que el juez previo a pronunciarse sobre la suspensión provisional lleve a cabo análisis de la sustentación de la medida y estudie pruebas, ocurre que ante el perentorio señalamiento del 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 (en el caso el elegido o el nombrado cuya designación se acusa), de que ejerzan su derecho de

*defensa y que para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba.*⁴

Bajo este contexto, el Despacho procederá a estudiar si la solicitud de medida cautelar cumple los requisitos sustanciales y formales exigidos para su decreto.

6. CASO CONCRETO

6.1. Requisitos formales - CPACA

- **El medio de control ejercido corresponde a un proceso declarativo (art. 229)**

La presente demanda tiene por objeto que se declare la nulidad de las Resoluciones Nros. 04305 de 14 de mayo de 1987 y 26018 de 14 de noviembre de 2001, expedidas por la extinta Caja Nacional de Previsión Social, es decir, se trata de un proceso declarativo de nulidad y restablecimiento del derecho, en la modalidad de lesividad, adelantado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa y, en consecuencia, pasible de la medida cautelar de suspensión provisional.

- **La medida solicitada tiene relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda (art. 230)**

Corresponde señalar que la solicitud de medida cautelar se sustenta en el argumento central de la demanda de nulidad contra los actos administrativos demandados, razón por la cual existe plena coincidencia entre lo pretendido en la demanda y el objeto de la medida cautelar.

- **La medida solicitada pretende proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso**

De acuerdo con la demanda, los actos demandados son ilegales por haber desconocido las normas constitucionales y legales en que debían fundarse, pues la entidad erró al incluir en la liquidación el valor certificado en el año anterior de la consolidación del status pensional por concepto de prima de clima, adicionalmente, se actuó ilegalmente al reliquidar la prestación al retiro definitivo del servicio; por consiguiente, comoquiera que en virtud de las resoluciones demandadas se ha venido pagando al demandado una pensión una suma superior a la que realmente le corresponde, se está causando un perjuicio a la entidad demandante.

⁴ CE. SCA. SV, consejera ponente (E): Susana Buitrago Valencia, Bogotá D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil doce (2012)
Expediente: 11001-03-28-000-2012-00043-00

Además, la medida de suspensión provisional solicitada guarda plena identidad con el objeto de la Litis y busca garantizar su cumplimiento y evitar los perjuicios que podrían sufrirse mientras se produce la decisión.

6.2. Requisitos materiales o de fondo para decretar la medida

6.2.1. Infracción de la normas en que deberían fundarse

Descendiendo al caso *sub examine*, se evidencia que la entidad demandante afirma que los actos enjuiciados desconocen la reglamentación contenida en los artículos 1º y 2º de la Ley 114 de 1913, 6º de la Ley 116 de 1928, 3º de la Ley 37 de 1933, 4º de la Ley 4ª de 1966, 5 del Decreto 1743 de 1966 y 1º, 15 de la Ley 91 de 1989; y a su vez, aplican indebidamente lo normado en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Lo anterior, comoquiera que la pensión gracia reconocida al demandada no debió incluir en la base de liquidación la prima de clima, pues esta corresponde a una prestación social que fue declarada inconstitucional, y tampoco de era procedente su reliquidación con ocasión de su retiro definitivo teniendo en cuenta los factores devengados en el último año de servicios como lo disponen las Leyes 33 y 62 de 1985; sino que la misma debió permanecer incólume, comoquiera que su liquidación se realiza con los factores devengados en el año anterior a la adquisición del status.

Así las cosas, lo primero que el Despacho debe aclarar es que verificadas las pruebas documentales, se encuentra que, en efecto, al señor Isauro Arévalo Daza le fue reconocida pensión gracia, mediante la Resolución N.º 4305 de 14 de mayo de 1987, donde se incluyó entre, otros emolumentos, la prima de clima mensual (fs 57-58 cuaderno principal), pero tal como lo afirmó, reiteradamente, la entidad demandante, dicha pensión se reliquidó, mediante la Resolución N.º 26018 de 14 de noviembre de 2001, teniendo en cuenta los factores salariales devengados por el demandado el año anterior al retiro definitivo del servicio docente, dentro de los cuales no figura la mencionada prima.

En ese orden, el acto administrativo de reconocimiento pensional fue, posteriormente, modificado, por lo que, actualmente, el señor Isauro Arévalo Daza no devenga la mencionada prima de clima mensual, por lo que resulta inoficioso efectuar pronunciamiento al respecto; en consecuencia, el estudio de la medida cautelar solicitada recaerá, exclusivamente, sobre la Resolución N.º 26018 de 14 de noviembre de 2001.

Lo anterior, sin perjuicio de que, en el evento, sea declarada la nulidad del último acto administrativo y, por consiguiente, la prestación deba regirse por lo dispuesto en la Resolución N.º 4305 de 14 de mayo de 1987, se efectué, en el momento procesal oportuno, el análisis correspondiente a los factores y/o prestaciones incluidas en la base de liquidación al momento del reconocimiento.

Así las cosas, conforme a lo señalado en el artículo 231 del CPACA y en la jurisprudencia trascrita, deberá determinarse si hay lugar a concluir que dicho acto vulnera las normas superiores invocadas en la demanda y si, por ende, resulta procedente decretar la suspensión provisional de sus efectos jurídicos.

Bajo ese contexto, se advierte que la controversia que se suscita gira en torno al periodo que debe ser tenido en cuenta para la liquidación de la pensión gracia, más no frente al reconocimiento del derecho pensional propiamente dicho, por cuanto en libelo introductorio se indicó que, de acuerdo a la información contenida en el expediente prestacional, al demandado se le reconoció la pensión de jubilación gracia, con fundamento en lo establecido en la Ley 4 de 1966, Decreto 081 de 1976, Decreto 01 de 1984 y Ley 114 de 1913 (fl.178 cdo ppal)

Ahora, pese a que las disposiciones contenidas en normas como la Ley 4ª y el Decreto 1743 de 1966 establecen que el monto de la pensión gracia sería el equivalente al 75% del salario devengado en el último año de servicios y, posteriormente, fueron expedidas las Leyes 33 y 62 de 1985, las cuales determinaron que las pensiones del sector público se liquidarían con el promedio de lo devengado en el último año de servicios; dichas prescripciones no fueron de claro entendimiento y aplicación, tanto para el operador judicial, como para la autoridad administrativa encargada del reconocimiento pensional, pues se observa que el fundamento normativo al que acudió CAJANAL para efectuar la reliquidación de la citada prestación fueron las Leyes 114 de 1913, 33 y 62 de 1985 (f. r75)

De igual manera, hasta el momento en que se efectuó reliquidación pensional en el año 2001, la jurisprudencia vigente no se había referido de manera unánime en cuanto al tema, por ejemplo en sentencia del año 1994, radicado interno 7639, el Consejo de Estado señaló que la pensión gracia debía liquidarse con los factores devengados en el año anterior al estatus, pero, posteriormente, la misma Corporación señaló, en distintas providencias, que la pensión gracia podía ser liquidada con los factores devengados en el último año de servicios⁵.

Fue, aproximadamente, a partir del año 2006 (con posterioridad a la reliquidación bajo estudio), que el Consejo de Estado⁶ comenzó a establecer de manera casi unificada que las pensiones gracia deberían ser liquidadas con el 75% de los factores devengados en el año, inmediatamente, anterior a la adquisición del estatus pensional, tal es el caso de la sentencia de 16 de febrero de 2006, expediente 2003-9500-01, C. P Tarsicio Cáceres del Toro, citada en la demanda.

Conforme a lo anterior, el Despacho considera que la emisión de los actos demandados, resultó de la aplicación del criterio jurisprudencial vigente para el

⁵ Entre otras: sentencia del 24 de junio de 2004. Exp. 25000232500020010573201. M.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro. – Sentencia del 19 de mayo de 2005. Exp: 15001233100020000297001. M.P. Dr. Alberto Arango Mantilla.

⁶ Entre otras: sentencia del 1º de marzo de 2012. Exp: 25000232500020060552801. C.P. Dr. Gustavo Gómez A. – Sentencia del 14 de abril de 2016. Exp: 66001233300020120016002. C.P. Dr. William Hernández Gómez.

momento en que se efectuó la aludida reliquidación o, justamente, de la falta de uniformidad en el asunto. Razón por la cual, de la confrontación del acto y las normas invocadas en el presente caso, no se vislumbra, con cierto grado de certeza, la apariencia de ilegalidad o vulneración del ordenamiento jurídico.

De igual forma, este no es el escenario procesal adecuado para estudiar la aplicación de las reglas interpretativas trazadas por la jurisprudencia nacional respecto a la liquidación de las pensiones gracia; sino que dicho estudio requiere de un análisis de mayor complejidad que tendrá lugar cuando se resuelva el fondo del asunto, con base en las apreciaciones jurídicas de los extremos de la *litis*, así como en el aporte probatorio que haga cada una de ellos, que permita dilucidar tanto la legalidad de los actos, como el perjuicio invocado por la demandante; pues, como se dijo, la mera confrontación de los actos acusados frente a las normas aducidas en la demanda y en la solicitud cautelar, no permiten deducir con claridad la ilegalidad de los mismos.

En similar sentido, se expresó el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia del 6 de julio de 2017, reiterando que en casos como el presente, resulta inviable decretar la cautela solicitada, así:

*“...reitera el Despacho que en ésta instancia procesal, no se evidencia que en efecto la Resolución No. 24563 de 30 de agosto de 2002 sea prima facie contraria a derecho, en tanto la línea jurisprudencial del Consejo de Estado en cuanto a la forma en que debía liquidarse la pensión gracia no era unificada, razón por la cual corresponderá al momento de proferir sentencia, cuando se determina cuál era la posición jurisprudencial vigente para el momento de expedición de la referida resolución.”*⁷

Con fundamento en lo expuesto, el Despacho negará la medida cautelar de suspensión provisional solicitada por la apoderada de la entidad demandante.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad de Tunja

RESUELVE

PRIMERO.- Negar la suspensión provisional de las Resoluciones números 04305 de 14 de mayo de 1987 y 26018 de 14 de noviembre de 2001, según las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- Reconocer personería para actuar como apoderado del señor Isaura Arévalo Daza, al abogado Andrés Henz Gil Cristancho, C.C. N.º 13.488.604 y T. P.

⁷ Tribunal Administrativo de Boyacá. Auto del 6 de julio de 2017. Exp. 15001233300020140046200. M.P. Dr. Oscar Alfonso Granados Naranjo.

125.649 del C.S de la J, conforme al memorial poder obrante a folio 46 del cuaderno de medida cautelar.

Notifíquese y cúmplase

Ángela María Jojoá Velásquez
ÁNGELA MARÍA JOJOÁ VELÁSQUEZ
Juez

⁸CZ

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO DE TUNJA

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO

N° 31 de hoy 05 de julio de 2019 a las 8:00 a.m.

Ferny Mauricio Díaz Hernández
FERNY MAURICIO DÍAZ HERNÁNDEZ
Secretario

⁸ Esta providencia fue notificada en estado electrónico el 05 de julio de 2019 en la página web www.ramajudicial.gov.co. Femey Mauricio Díaz Hernández- Secretario