

**JUZGADO TRECE (13) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA**



Bogotá, D.C., seis (6) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

RADICACIÓN:	11001-33-35-013-2018-00372-00
DEMANDANTE:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-
DEMANDADO(A):	A.C.M.¹
ASUNTO:	MEDIDA CAUTELAR

Procede el Despacho a decidir sobre la medida cautelar incoada por la entidad demandante en el libelo de la demanda, a través de la cual se solicita la suspensión provisional del acto administrativo demandado.

FUNDAMENTOS DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL

1. La apoderada de COLPENSIONES solicita se decrete la medida cautelar de suspensión provisional de la Resolución GNR 85551 del 18 de marzo de 2016, mediante la cual dicha entidad reconoció pensión de invalidez a la señora A.C.M., en cumplimiento de la sentencia de tutela proferida por el Juzgado 44 Penal del Circuito de Bogotá.

Tal solicitud se sustenta en que verificada la historia laboral de la señora A.C.M., se evidencia que no cuenta con las 50 semanas de cotización en los tres años anteriores a la estructuración de la incapacidad, de acuerdo con lo establecido en las Leyes 100 de 1993 y 860 de 2003.

2. Con providencias separadas de fecha 5 de octubre de 2018 (fls. 37 y 38), se admitió la demanda presentada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- contra la señora A.C.M. y se corrió traslado de la solicitud de medida cautelar incoada por la parte actora, respectivamente. Dichas providencias fueron notificadas personalmente a la parte demandada, el día 29 de noviembre de 2018 (fl. 44).

3. La parte demandada no se pronunció sobre la medida cautelar deprecada por COLPENSIONES.

¹ Teniendo en cuenta que la parte aquí demandada es portadora del Virus de Inmunodeficiencia Humana, el Despacho, con el fin de garantizar su intimidad y confidencialidad, y atendiendo al precedente sentado por la Corte Constitucional (cfr. entre otras, las sentencias SU-256 de 1996, SU-480 de 1997, SU-337 de 1999, T-618 de 2000, T-295 de 2008, T-868 de 2012, T-416 de 2016 y T-277 de 2017) evitará divulgar su identidad en las providencias que en adelante se profieran en el presente proceso.

CONSIDERACIONES

Con relación a la procedencia de medidas cautelares, el artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone:

"(...)

Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. 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.

(...)"

Ahora bien, en cuanto al contenido y alcance de las medidas cautelares, el artículo 230 ibídem establece:

"(...)

Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

(...)" - Negrillas fuera de texto-

A su turno, el artículo 231 ejusdem, consagró como requisitos para decretar las medidas cautelares, los siguientes:

"(...)

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 fuera de texto -

El Consejo de Estado² ha establecido que desde la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, las medidas cautelares poseen, principalmente, dos tipos de requisitos de procedibilidad, a saber: (i) unos formales, que se resumen así “(...)1) debe tratarse de procesos declarativos o en los que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículo 229, Ley 1437 de 2011); 2) debe existir solicitud de parte³ debidamente sustentada en el texto de la demanda o en escrito separado, excepto en los casos de los procesos que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos donde opera de oficio (artículo 229, Ley 1437 de 2011); y 3) la medida debe ser solicitada en cualquier etapa del proceso antes o después de haberse notificado el auto admisorio de la demanda (artículo 233 y 234, Ley 1437 de 2011) (...); (ii) unos materiales, que se traducen en que “(...)1) la medida cautelar debe ser necesaria para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia (artículo 229, Ley 1437 de 2011); y 2) debe haber una relación directa y necesaria entre la medida a decretar y las pretensiones de la demanda (artículo 230, Ley 1437 de 2011) (...).”

Ahora, si la medida cautelar pretendida es de carácter negativo, es decir, se trata de la de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, se deben cumplir, adicionalmente, dos requisitos derivados del tipo de pretensión incoada, los que según la máxima Corporación de lo contencioso administrativo, se concretan así: “(...) 1) si la demanda tiene únicamente la pretensión de nulidad del acto administrativo, se debe verificar que exista una violación de las normas superiores invocadas, tras confrontar el acto demandado con estas o con las pruebas aportadas con la solicitud (artículo 231, inciso 1°, Ley 1437 de 2011) y 2) si la demanda además de la nulidad del acto administrativo pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, además de verificarse que exista una violación de las normas superiores invocadas debe

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, auto del 29 de noviembre de 2016, Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00474-00(1956-12), Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra.

³ De conformidad con el parágrafo del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las únicas medidas que pueden ser declaradas de oficio por el juez son las “medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

probarse al menos sumariamente la existencia de los perjuicios (artículo 231, inciso 2°, Ley 1437 de 2011) (...)”⁴.

*De lo anterior, se colige que 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**. Asimismo, que para que la figura de la suspensión provisional pueda tener viabilidad, es necesario que 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; y además, en el evento que también se pretenda el restablecimiento de un derecho y la indemnización de perjuicios deberá aportarse prueba sumaria de los mismos.*

En el presente caso, se solicita la suspensión provisional de la Resolución GNR 85551 del 18 de marzo de 2016, a través de la cual COLPENSIONES reconoció pensión de invalidez a la señora A.C.M., en virtud de lo dispuesto por el Juzgado 44 Penal del Circuito de Bogotá, en fallo de tutela.

El argumento para solicitar la medida cautelar es que, a juicio de la apoderada de COLPENSIONES, la parte demandada no cumple con el requisito de las 50 semanas de cotizaciones en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, establecido en la Ley 860 de 2003.

Para efectos de resolver sobre la medida cautelar deprecada, resulta necesario hacer referencia a algunos de los documentos que fueron allegados por COLPENSIONES al momento de impetrar el presente medio de control (fl. 6A), a saber:

- Informe Patronal de Accidente de Trabajo suscrito el 15 de abril de 1999 por el Hospital San Juan de Dios, donde consta que la señora A.C.M., en calidad de Auxiliar de Enfermería de la unidad Renal de ese centro hospitalario, el día 26 de enero de 1999, mientras se encontraba realizando una hemodiálisis a un paciente, se pinchó el dedo índice de la mano izquierda con la aguja que se estaba utilizando para ese procedimiento.

- Dictamen de pérdida de la capacidad laboral expedido el 27 de noviembre de 2009 por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, donde se establece que la señora A.C.M. tiene una pérdida de capacidad laboral del 71.61%, por diagnóstico de “ENFERMEDAD POR VIH-RESULTANTE DE INFECCIONES

⁴ Consejo de Estado, auto del 29 de noviembre de 2016. Op. Cit.

MÚLTIPLES”, con fecha de estructuración del 25 de enero de 2008, cuyo origen fue un accidente de trabajo.

- Sentencia de tutela proferida el 13 de enero de 2016 por el Juzgado 44 Penal del Circuito de Bogotá, mediante la cual se dispuso tutelar los derechos fundamentales de la señora A.C.M., y como consecuencia de ello, se ordenó a COLPENSIONES reconocerle pensión de invalidez, en forma retroactiva, a partir de la fecha en que solicitó la misma en sede administrativa.

- Resolución GNR 85511 del 18 de marzo de 2016, a través de la cual COLPENSIONES, en cumplimiento de la anterior providencia, reconoció a la señora A.C.M. pensión de invalidez a partir del 23 de octubre de 2013.

De este acto administrativo se extrae que la pensionada A.C.M. realizó las siguientes cotizaciones:

Entidad	Desde	Hasta	Tiempo en días
Tejidos Salmex LTDA	09/01/1978	31/12/1978	357
Tejidos Salmex LTDA	01/01/1979	15/04/1979	105
1 OTO&O LTDA	26/04/1979	31/12/1979	250
1 OTO&O LTDA	01/01/1980	01/08/1980	214
Centro Hospitalario San Juan de Dios	01/11/1988	20/11/1988	20
Centro Hospitalario San Juan de Dios	21/11/1988	13/12/1988	23
Centro Hospitalario San Juan de Dios	27/12/1988	17/01/1989	21
Centro Hospitalario San Juan de Dios	18/01/1989	08/02/1989	21
Centro Hospitalario San Juan de Dios	24/02/1989	21/03/1989	28
Centro Hospitalario San Juan de Dios	22/03/1989	14/04/1989	23
Centro Hospitalario San Juan de Dios	17/04/1989	02/05/1989	16
Centro Hospitalario San Juan de Dios	21/09/1989	12/10/1989	22
Centro Hospitalario San Juan de Dios	06/12/1989	24/12/1989	19
Centro Hospitalario San Juan de Dios	28/12/1989	22/01/1990	25
Centro Hospitalario San Juan de Dios	20/04/1990	31/12/1990	256
Centro Hospitalario San Juan de Dios	20/09/1990	11/11/1990	52
Centro Hospitalario San Juan de Dios	13/11/1990	04/12/1990	22
Centro Hospitalario San Juan de Dios	05/12/1990	16/12/1990	12
Centro Hospitalario San Juan de Dios	17/12/1990	30/12/1993	1094
Centro Hospitalario San Juan de Dios	01/01/1991	31/12/1991	365
Centro Hospitalario San Juan de Dios	01/01/1992	31/12/1992	366
Centro Hospitalario San Juan de Dios	01/01/1993	31/12/1993	365
Centro Hospitalario San Juan de Dios	01/01/1994	30/11/1994	334
Centro Hospitalario San Juan de Dios	01/12/1994	31/12/1994	31
Centro Hospitalario San Juan de Dios	01/07/1995	31/08/1995	60
Centro Hospitalario San Juan de Dios	01/10/1995	31/03/1996	180
Centro Hospitalario San Juan de Dios	01/05/1996	22/10/1997	532
Centro Hospitalario San Juan de Dios	01/11/1997	31/10/2001	1440

*De acuerdo con lo anterior, se puede apreciar, por una parte, que según la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la pérdida de capacidad laboral de la señora A.C.M. del 71.61% se estructuró el **25 de enero de 2008**, y por otra, que esta realizó cotizaciones para seguridad social hasta el **31 de octubre de 2001**.*

Por ello, prima facie, se podría pensar que no cumple con el presupuesto establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, para efectos de acceder a la pensión de invalidez por riesgo común, dado que resultaba necesario acreditar 50 semanas de cotización en los tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de la invalidez.

Por otra parte, se tiene que la pensión de invalidez de la señora A.C.M., reconocida a través de la Resolución GNR 85511 del 18 de marzo de 2016, se emitió por COLPENSIONES en cumplimiento de la sentencia de tutela proferida por el Juzgado 44 Penal del Circuito de Bogotá.

Dicha sentencia se fundamentó en el precedente sentado por la Corte Constitucional (sentencias T-671 de 2011 y T-043 de 2014), en virtud del cual el juez 44 Penal del Circuito de Bogotá consideró que la fecha de estructuración del 25 de enero de 2008, establecida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez resultaba arbitraria, por cuanto la génesis de esa pérdida de la capacidad laboral era un accidente de trabajo acaecido el 26 de enero de 1999. Bajo tal consideración, tomó como fecha de estructuración de invalidez esta última, y a partir de ello, estimó que la señora A.C.M. cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, para efectos de reconocerle la pensión reclamada.

Al respecto debe precisar este Despacho que si bien la adopción de la medida cautelar implica una confrontación entre el acto demandado con las normas invocadas como violadas o con las pruebas allegadas a la solicitud, de donde surja la evidencia de la violación de aquellas, lo cierto es que en este caso de la simple comparación de las normas aplicables al caso de la demanda, la situación jurídica plasmada en el acto administrativo acusado, y las pruebas hasta el momento allegadas al plenario, no permiten inferir ipso facto vulneración de los preceptos invocados, por las siguientes razones:

(i) Aunque el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, establece como requisito para acceder a la pensión de invalidez que se "(...) haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración (...)", no es menos cierto que para verificar el cumplimiento del número de semanas requeridas, necesariamente debe tenerse en cuenta el momento en que se estructuró la pérdida de la capacidad laboral, lo cual corresponde, en principio, definirlo en sede administrativa, a las Juntas Regionales y Nacional de Calificación.

(ii) En el presente caso, la Junta Nacional de Calificación determinó que la pérdida de la capacidad laboral de la señora A.C.M. tenía como fecha de estructuración el 25 de enero de 2008, siendo su origen un accidente de trabajo, sin especificar el tiempo, las características y condiciones del mismo.

(iii) No obstante lo anterior, como lo ha señalado de manera reiterada la Corte Constitucional⁵, cuando las Juntas de Calificación de Invalidez establecen, de forma indiscriminada o arbitraria, fechas de estructuración de invalidez que no corresponden a la realidad, queda en cabeza del juez, en vía judicial, establecer la misma, recurriendo a pruebas adicionales que se hallen en el expediente, como por ejemplo la historia clínica del asegurado, así como todos los demás elementos de juicio que conlleven la determinación concreta o, en su defecto, aproximada de la misma.

(iv) Como se puede apreciar, en el fallo de tutela que dio origen a la pensión de invalidez reconocida a la señora A.C.M., se tuvo como fecha de estructuración el 26 de enero de 1999, fecha en que esta tuvo un accidente de trabajo en la Unidad Renal del Hospital San Juan de Dios, mediante un pinchazo en el dedo índice de la mano izquierda con una aguja utilizada para un procedimiento de un paciente, bajo la consideración que la establecida por la Junta Nacional de Calificación se tornaba arbitraria.

(v) Entonces, como en este caso, para poder determinar el efectivo cumplimiento de las semanas cotizadas para efectos de acceder a la pensión de invalidez, se hace indispensable allegar todas las pruebas que permitan establecer en el mayor grado de aproximación la fecha de estructuración de la incapacidad de la señora A.C.M., que es precisamente en torno a lo cual gira la discusión para la determinación de los requisitos exigidos para causar dicha prestación, y por ende, verificar si el acto acusado es violatorio de las normas legales, este Despacho considera que ello corresponde definirlo, una vez se surta el correspondiente debate probatorio, con base en el cual se pueda emitir una decisión de fondo mediante sentencia en grado de certeza para poder tomar una decisión razonable y ajustada a derecho, que no afecte los intereses de ninguna de las partes.

(vi) Por otro lado, en gracia de discusión, de aceptarse que la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral de A.C.M. fuera el 25 de enero de 2008, como lo estableció la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el Despacho estima que en virtud del principio de la condición más beneficiosa en pensiones

⁵ Cfr. entre otras, las sentencias T-701 de 2008, T-773 de 2009 y T-730 de 2012

de invalidez, decantado por la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencia SU-442 de 2016, la señora A.C.M. tendría la posibilidad de acceder dicha prestación, en los términos del Decreto 758 de 1990.

Según esa teoría, la condición más beneficiosa es un "(...) derecho constitucional en virtud del cual una solicitud de reconocimiento pensional puede examinarse conforme a la condición más beneficiosa prevista en normas anteriores a la vigente al estructurarse una pérdida de 50% o más de capacidad laboral, en la medida en que la persona se haya forjado una expectativa legítima en vigencia de la normatividad anterior, y en que la reforma de esta última no se haya acompañado de un régimen de transición constitucionalmente aceptable (...)”⁶. Dicha expectativa legítima, tratándose de los requisitos establecidos en el Decreto 758 de 1990 para efectos de acceder a la pensión de invalidez, se concretaba en que el afiliado hubiese acreditado 300 semanas de cotización al momento de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1º de abril de 1994). De ser así, el afiliado tendría derecho a la aplicación ultractiva de dicho decreto, para efectos de acceder a la pensión de invalidez.

Así las cosas, teniendo en cuenta que, por una parte, al 1º de abril de 1994, la señora A.C.M. contaba con 2.618 días cotizados, los cuales corresponden a **373,50**⁷ semanas cotizadas, y por otra, que el artículo 6º del Decreto 758 de 1990 estableció como uno de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, contar con 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, las cuales fueron acreditadas por la aquí demandada, se puede colegir, en principio, que la señora A.C.M. reúne los requisitos para acceder a dicha prestación, en los términos de la norma ibídem, y en virtud de la teoría de la condición más beneficiosa, independientemente de si la fecha de estructuración de su invalidez fue el 26 de enero de 1999 o el 25 de enero de 2008.

Por lo tanto, esta Dependencia Judicial considera que no es viable acceder a la medida cautelar solicitada por COLPENSIONES, pues la entidad demandante no demostró que el acto acusado transgrediera, prima facie, las normas superiores invocadas en la demanda.

⁶ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-442 del 18 de agosto de 2016, Mp. María Victoria Calle Correa.

⁷ Resulta relevante reseñar que a la luz del parágrafo 2º, artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, se entiende por semana cotizada el periodo de siete (7) días calendario, por ende, con el fin de calcular cuántas semanas posee un mes y un año, para efectos pensionales, se deben tener en cuenta 30 días mensuales, los cuales al dividirse en 7, arrojan la suma de 4.28, lo que equivale a las semanas que posee un mes; a su vez, ese número de semanas (4.28) se multiplica por 12, que corresponde a los meses que tiene el año, cuyo resultado es 51.42, y es el número de semanas anuales que se tiene en cuenta para efectos pensionales.

Por lo expuesto, el **JUZGADO TRECE (13) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. – SECCIÓN SEGUNDA**,

RESUELVE

PRIMERO. NEGAR la medida cautelar de suspensión provisional formulada por la apoderada de la parte demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO. En firme ésta providencia, por Secretaría del Juzgado, procédase a **CONTINUAR** con lo pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



YANIRA PERDOMO OSUNA
JUEZ

JUZGADO TRECE (13) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD			
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.			
SECCIÓN SEGUNDA			
Por anotación	en el	estado electrónico	No. <u>008</u> de
fecha <u>7/02/19</u>		fue notificado el auto anterior.	Fijado a las 8:00
AM.			
La Secretaria,	<u>fm</u>		
110013335013201800372			

