

Radicado No. 44-001-33-40-004-2021-00051-00
Riohacha distrito especial, turístico y cultural, seis (06) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho - lesividad
Radicado	44-001-33-40-004-2021-00051-00
Demandante	Unidad administrativa especial de gestión pensional y contribuciones parafiscales de la protección social - UGPP
Demandado	Donal Enrique Barros Liñan
Auto interlocutorio No	632
Asunto	Resuelve solicitud de medida cautelar

I. OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

Procede el despacho a pronunciarse sobre la solicitud de medida cautelar presentada por la parte demandante, de la que se corrió traslado como consta a folios 18 a 21 del cuaderno de medidas cautelares.

II. ANTECEDENTES

2.1 La demanda

Con la demanda de la referencia, cuyo conocimiento, previo reparto, fue asignado a este despacho (Fl. 50), la unidad administrativa especial de gestión pensional y contribuciones parafiscales de la protección social - UGPP, solicita que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución no. UGM 034032 de 20 de febrero de 2012, por medio de la cual fue reliquidada a favor de la señora Sara Cristina Farfán De Barros la pensión gracia con la inclusión del emolumento de prima clima y se declare la nulidad parcial de la resolución no. RDP 001112 de 17 de enero de 2020, por la cual se reconoció una pensión de sobreviviente a favor del señor Donal Enrique Barros Liñan con ocasión del fallecimiento de la señora Sara Cristina Farfan De Barros en calidad de cónyuge, además se pide a título de restablecimiento del derecho que el señor Donal Enrique Barros Liñan, devuelva todos los dineros recibidos por concepto de la reliquidación de la pensión gracia y con el respectivo retroactivo, por ultimo solicita que se condene al pago de costas y agencias en derecho al accionado.

En los **hechos** de la demanda se indica que, el accionante mediante resolución no. RDP 001112 de 17 de enero de 2020 reconoció una pensión de sobreviviente a favor del señor Donal Enrique Barros Liñan con ocasión del fallecimiento de la señora Sara Cristina Farfan De Barros, en su calidad de cónyuge, en porcentaje del 100% a partir del 29 de julio de 2019, día siguiente al fallecimiento de la causante.

Relata que la causante previamente identificada, prestó sus servicios como docente en el departamento del Cesar y en el municipio de Urumita por más de 20 Años y acreditó 50 años de edad, por tal razón, mediante resolución de la extinta CAJANAL, no.17620 de 09 de junio de 1998, se le reconoció una pensión de jubilación gracia en cuantía de \$ 316.322,00, a

Radicado No. 44-001-33-40-004-2021-00051-00

partir del 21 de julio de 1996, prestación que se liquidó aplicando una tasa de remplazo del 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio, tomando como factores salariales la asignación básica y sobresueldo. Posteriormente, mediante resolución no. UGM 034032 de 20 de febrero de 2012, la misma entidad reliquidó la pensión de jubilación gracia añadiendo nuevos factores salariales entre ellos, la prima clima.

Como **normas violadas**, se señalan los artículos 1, 2, 6, 121, 128 y 209 de la constitución nacional y las normas de orden legal: ley 114 de 1913, ley 116 de 1928, ley 33 de 1985, ley 91 de 1989 y decreto 2277 de 1979.

Como **concepto de violación**, aduce que se han vulnerado las anteriores normas, por cuanto a la señora Sara Cristina Farfan De Barros, no le asistía el derecho a reliquidarse su prestación económica incluyendo la prima de clima, toda vez que de conformidad con la jurisprudencia y normas citadas de la asamblea departamental y el gobernador, estos no tenían competencia para crear emolumentos o factores prestacionales o salariales a favor de los empleados del departamento de la Guajira, motivo por el cual se considera procedente solicitar al despacho que declare la nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la resolución No. UGM 034032 de 20 de febrero de 2012, que reliquidó la pensión gracia a favor de la causante con la inclusión del emolumento de prima clima, puesto que su reconocimiento no está soportado en un fundamento legal, situación que la jurisprudencia ha decantado en varias oportunidades, en las que ha afirmado que la prima de clima no es un factor de liquidación pensional

2.2 La solicitud de suspensión provisional (Fl. 3-8, cuaderno de medidas cautelares).

En el cuerpo de la demanda, el accionante pide la suspensión provisional de los efectos de la resolución no. UGM 034032 de 20 de febrero de 2012 y parcialmente la no. RDP 001112 del 17 de enero de 2020, teniendo en cuenta que la reliquidación contenida en aquella resolución, carece de legalidad, puesto que el reconocimiento de la prima de clima no era viable a la luz de la constitución y la ley.

Lo anterior, fundamentándose en que la jurisprudencia del consejo de estado ha sostenido que, la prima de clima no es un factor de liquidación pensional y al ser incluido en el caso concreto, se está generando un detrimento patrimonial al Estado.

2.3 Traslado de la solicitud cautelar a la demandada (Fl. 18-21, cuaderno de medidas cautelares).

Mediante auto del 5 de octubre de 2021, se dio traslado de la medida cautelar a la parte accionada señor Donal Enrique Barros Liñan.

2.4 Oposición a la solicitud de medida cautelar (Fl. 28, cuaderno de medidas cautelares)

La parte demandada no realizó pronunciamiento alguno respecto al traslado de la medida cautelar, así se constata en el informe secretarial que obra a folio 28.

2.5 Constancia secretarial (Fl. 28, cuaderno de medidas cautelares).

En fecha 25 de octubre de 2021, la secretaría del juzgado pasó el expediente al despacho

Radicado No. 44-001-33-40-004-2021-00051-00
para que se pronunciara sobre la medida cautelar solicitada.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Sobre la regulación normativa de la suspensión provisional.

El artículo 229 de la ley 1437 de 2011, que regula de manera genérica la procedencia de medidas cautelares en el contencioso administrativo, preceptúa en concordancia con el artículo 231 *ibídem*, que en todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, el juez podrá decretar las medidas cautelares que considere necesarias para evitar que los efectos de la sentencia sean nugatorios o para evitar que se cause un perjuicio irremediable.

En efecto, el artículo 229 antes mencionado, textualmente reza:

“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”.

Ahora, en tratándose del artículo 231 también citado, al versar sobre la suspensión provisional de los actos administrativos demandados ante la jurisdicción contenciosa administrativa, condiciona la declaratoria de la suspensión, a la probanza de los siguientes aspectos:

- a) violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud de suspensión provisional, lo cual debe surgir del ejercicio de confrontar el acto acusado con las normas que se dicen violadas o, surgir del estudio de las pruebas existentes.
- b) existencia del derecho reclamado, el cual debe demostrarse por lo menos con prueba sumaria.

Respecto de lo anterior, reza el artículo 231 *ibídem*, 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, 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”.

Sobre la suspensión provisional, ha indicado el Consejo de Estado:

“Según el artículo 231 del CPACA, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la confrontación con las normas superiores invocadas ha de entenderse como el análisis integral que debe hacer el juez, lo cual implica dilucidar, entre otros, los siguientes problemas hermenéuticos: (i) vigencia de las normas; (ii) examen de posibles juicios de constitucionalidad o de legalidad de las normas supuestamente infringidas; (iii) jerarquía normativa; (iv) posibles antinomias; (v) ambigüedad normativa; (vi) sentencias de unificación, doctrina probable, jurisprudencia sugestiva, etc.-; (vii) integración normativa; (viii) criterios y postulados de interpretación; (viii) jerarquía de los criterios y postulados de interpretación, etc.”

Radicado No. 44-001-33-40-004-2021-00051-00

Ahora bien, prima facie, la apariencia de buen derecho o fumus boni iuris que describen los ordinales 1° y 2° del artículo 231 del CPACA, es un requisito más propicio de las medidas cautelares positivas; no obstante, cuando se trata de medidas cautelares negativas -suspensión de los efectos del acto demandado- resulta pertinente, pero en sentido inverso, esto es, no como apariencia de buen derecho, sino como apariencia de ilegalidad, lo cual justifica la tutela cautelar temprana siguiendo la doctrina italiana, según la cual, ante la imposibilidad de una respuesta definitiva en un plazo razonable, es pertinente una respuesta provisional en un tiempo justo."¹ (Subrayas para destacar)

De acuerdo a lo indicado por la jurisprudencia, se itera que, la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* que describen los ordinales 1° y 2° del artículo 231 del CPACA, es un requisito más propicio de las medidas cautelares positivas; no obstante, cuando se trata de medidas cautelares negativas -suspensión de los efectos del acto demandado- resulta pertinente, pero en sentido inverso, esto es, no como apariencia de buen derecho, sino como apariencia de ilegalidad, lo cual justifica la tutela cautelar temprana siguiendo la doctrina italiana, según la cual, ante la imposibilidad de una respuesta definitiva en un plazo razonable, es pertinente una respuesta provisional en un tiempo justo."²

3.2. Solución a la solicitud de suspensión provisional y su oposición.

Para resolver la medida cautelar incoada, el despacho tendrá en cuenta el marco normativo y jurisprudencial previamente citado, pero sobre todo, valorará el caso *sub examine* en armonía con el siguiente precedente del consejo de estado, donde demarcó y describió por excelencia el objeto y la intención de la suspensión provisional que trajo consigo la ley 1437 de 2011, así:

“La nueva norma precisa entonces a partir de que haya petición expresa al respecto que: 1°) 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. 2°) 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.

Entonces, 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 ahora, la norma da apertura y autoriza al juez administrativo para que, a fin de que desde este momento procesal obtenga la percepción de que hay la violación normativa alegada, pueda: 1°) realizar análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2°) estudie las pruebas allegadas con la solicitud.

*Ahora bien, según la Real Academia de la Lengua Española el término “surgir” (del latín *surgere*), significa aparecer, manifestarse, brotar.*

En este punto esencial es donde radica la innovación de la regulación en el C.P.A.C.A. de esta institución de la suspensión provisional, pues la Sala recuerda que en el anterior C.C.A. –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

¹ Auto de 23 de agosto de dos mil dieciocho (2018), Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A, Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez, radicado: 11001-03-25-000-2017-00326-00.

² Auto de 23 de agosto de dos mil dieciocho (2018), Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A, Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez, radicado: 11001-03-25-000-2017-00326-00.

Radicado No. 44-001-33-40-004-2021-00051-00

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, 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.

*Aunque 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 C.P.A.C.A. (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**³”.*

Precisado lo anterior y adentrándonos al caso objeto de estudio, y teniendo en cuenta los requisitos establecidos para decretar la medida cautelar (artículo 231 de la Ley 1437 de 2011), encuentra el despacho que la solicitud presentada por la parte demandante no se ajusta a lo preceptuado en la norma en comentario ni a los lineamientos jurisprudenciales proferidos por el honorable consejo de estado, comoquiera que del análisis de la solicitud de medida cautelar no se decanta una manifiesta violación de las normas superiores invocadas en la demanda por la expedición de los actos administrativos demandados.

Lo anterior en virtud de que no basta con que la actora señale las normas superiores o disposiciones invocadas en la demanda, sino que además, del escrito de la solicitud de medida cautelar o de la demanda, se debe desprender una evidente violación a tales disposiciones conforme al estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

En consonancia con lo precedente, la parte demandante solicita la suspensión provisional de los actos administrativos, con base en las disposiciones invocadas en la demanda, es decir, los artículos 1, 2, 6, 121, 128 y 209 de la constitución nacional y las normas de orden legal: ley 114 de 1913, ley 116 de 1928, ley 33 de 1985, ley 91 de 1989 y decreto 2277 de 1979.

De ese modo, entre la confrontación de estas normas invocadas y de los actos administrativos atacados, no es posible determinar una acentuada e indiscutible violación por parte de los referidos actos a tales disposiciones. Para ello, se requiere de un análisis de fondo y minucioso que permita concluir que la pensión reconocida y su reliquidación debía efectuarse sin la inclusión de la prima de clima. Conclusión que podrá señalarse con base en el estudio de las pruebas y de los alegatos de conclusión de las partes en la debida oportunidad establecida en el CPACA. Por consiguiente, el anterior análisis hace parte de la

³ Consejo de estado, providencia de 4 de octubre de 2012, consejera ponente: Susana Buitrago Valencia, radicación 2012-00043-00.

Radicado No. 44-001-33-40-004-2021-00051-00

decisión de fondo del caso *sub júdice* y en consecuencia, se constituye como el problema jurídico del asunto.

En ese sentido, los fundamentos y pruebas que militan en el expediente hasta esta fase procedimental, no permiten concluir claramente que la parte demandada debe percibir la pensión de sobreviviente sin la inclusión del factor salarial de la prima de clima, para así decretar la violación a las disposiciones superiores. No es suficiente con indicar que determinados hechos son contrarios a derecho para que se tengan por ciertos; el demandante tiene la carga procesal de demostrar los supuestos fácticos de sus alegaciones.

En concordancia con lo anterior, es necesario que el presente proceso siga su trámite, para efectos de decretar las pruebas pedidas por las partes, y consecuentemente valorarlas exhaustivamente y de ser el caso, decretar de oficio pruebas, para esclarecer con suficiente certeza la legalidad o ilegalidad de los actos acusados. En otras palabras, convencerse este juzgador sobre la alegada violación de los actos administrativos con respecto a las disposiciones superiores, puesto que, no le es suficiente a este despacho soportarse en las razones expuestas por la actora, sin que aún se surta el debate fáctico, jurídico y probatorio del presente asunto.

Así las cosas, este juzgador considera que en el asunto objeto de análisis, pese a que se cita jurisprudencia del consejo de estado respecto a la prima de clima, no se desprende de sobremanera y de bulto con tales fundamentos y las pruebas que obran en el expediente, la ilegalidad de los actos acusados con suma evidencia.

Aunado a lo expuesto, la parte accionante no prueba siquiera sumariamente la existencia de los perjuicios que se le podrían ocasionar sino se decreta la medida cautelar, por su parte, la actora subrayó que se está en presencia de un atentado contra el principio de estabilidad financiera del sistema general de pensiones, es decir, un detrimento patrimonial en perjuicio de la entidad; razonamiento que tiene asidero en el evento que se declare que las resoluciones atacadas violan las normas superiores invocadas, en tanto que se presume la legalidad de los actos y en consecuencia, la inexistencia de perjuicios por su causa *a prima facie*.

En síntesis, en el caso *sub júdice* no se desvirtuó de manera transitoria y anticipada la presunción de legalidad que acompañan a los actos acusados, por cuanto no se avizora que la trasgresión del ordenamiento jurídico que aduce la accionante, surja de la sola descripción de las normas superiores y el contenido de los actos acusados, por lo que se privilegiara la presunción de legalidad de los actos administrativos que se enjuician.

En conclusión, revisados los planteamientos expuestos por la apoderada de la parte demandante, considera esta agencia judicial que las razones esbozadas se estiman suficientes para denegar la solicitud de medida cautelar presentada, tal como se hará constar más adelante.

Por último, la naturaleza y objeto de la medida provisional pretendida tiene un alcance *iusfundamental*, a tal punto que podría, inclusive, socavar derechos fundamentales –mínimo vital- del accionado, en tanto que en esta fase procesal por evidentes razones, no se cuenta con el suficiente acervo probatorio para determinar la concesión de la cautela implorada, por consiguiente, negar la medida implorada se erige en una medida razonable, sopesada y sobretodo prudente en el contexto de los derechos fundamentales que podrían afectarse sin un estudio cuidadoso y exhaustivo del proceso.

Radicado No. 44-001-33-40-004-2021-00051-00

Se advierte que, no debe entenderse de manera equívoca que esta determinación implique en modo alguno, prejujuicio, pues debe surtirse todo el andamiaje probatorio del trámite contencioso administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 de la ley 1437 de 2011.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR la medida cautelar de suspensión provisional solicitada por la parte accionante, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada la providencia, continúese con el trámite normal del proceso, por lo que en su oportunidad, pásese el expediente al despacho, a efectos de continuar con el trámite correspondiente y anótese en el sistema Tyba.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSE HERNANDO DE LA OSSA MEZA
Juez

Firmado Por:

Jose Hernando De La Ossa Meza
Juez
Juzgado Administrativo
Oral 004
Riohacha - La Guajira

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

f562e65f5ba83b1aa01c8e1f0ac44c796bd3edf15e591a6e0bd209104fb8b6ba

Documento generado en 06/12/2021 06:01:46 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>