

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
Magistrada Ponente: Dra. MARIBEL MENDOZA JIMÉNEZ
San José de Cúcuta, veintidós (22) de julio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 54-001-23-33-000-2015-00059-00
Actor: UAE de Gestión Pensional y Contribuciones
Parafiscales de la Protección Social UGPP
Demandado: Guillermina Núñez de Salazar
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho – Lesividad

Medida Cautelar

De conformidad con el informe secretarial que antecede, corresponde al Despacho pronunciarse sobre la medida de suspensión provisional solicitada por la entidad demandante en contra de la Resolución No. 27874 del 03 de octubre de 2002 expedida por la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL EICE, mediante la cual se reliquidó la pensión gracia por retiro definitivo del servicio en favor de la señora Guillermina Núñez de Salazar.

I. ANTECEDENTES

1.1 Solicitud de suspensión provisional

Solicita la entidad demandante como medida cautelar que se decrete la suspensión provisional de los efectos de la Resolución No. 27874 del 03 de octubre de 2002 expedida por la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL EICE, mediante la cual se reliquidó la pensión gracia por retiro definitivo del servicio en favor de la señora GUILLERMINA NÚÑEZ SALAZAR, atendiendo a que la normatividad aplicable a dicho asunto no permitía la reliquidación al momento del retiro definitivo tal y como lo hizo CAJANAL en la citada resolución, sino a la fecha de la consolidación del status pensional.

Señala que las normas especiales que rigen el reconocimiento de la pensión gracia, entre otras: artículo 4º de la Ley 4ª de 1966 y el artículo 5º del Decreto 1746 de 1966, se aplican bajo el entendido de que el 75% del promedio obtenido en el último año de servicios, es el año inmediatamente anterior a aquél a la adquisición del status de pensionado (trayendo a colación una sentencia del año 2008 de ponencia de la Consejera Bertha Lucia Ramírez de Páez), razón por la

cual a la señora Guillermina Núñez de Salazar no le asiste el derecho a la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos y cada uno de los factores devengados al momento del retiro del servicio como erradamente lo hizo CAJANAL.

Argumenta que tal situación le está causando detrimento al erario público, en cuantía de \$147.592.510, correspondientes al total de valores de las mesadas pagadas en exceso.

1.2 Trámite procesal

Mediante proveído de fecha 20 de abril de 2015¹, se ordenó correr traslado de la medida cautelar solicitada por el apoderado de la parte actora, por el término de 5 días de conformidad con el artículo 233 del CPACA.

1.3 Posición de la parte demandada

Dentro de la oportunidad legal, la apoderada de la señora Guillermina Núñez de Salazar, con poder para presentar el escrito de contestación dentro del presente proceso visto a folio 18 del cuaderno de medida cautelar, y por ende será reconocida en la parte resolutive de la presente providencia la personería para actuar, se opone a la prosperidad de la presente medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo Resolución No. 27874 del 03 de octubre de 2002 expedida por la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL EICE, por considerar que la parte demandante no discute que la señora Guillermina Núñez de Salazar tiene el derecho a la pensión gracia, en la medida que adquirió el status pensional el 21 de octubre de 1995, fecha en la cual cumplió 50 años de edad y tenía más de 20 años de servicio como docente de escuela primaria en el Departamento Norte de Santander y que la Resolución No. 12042 del 16 de julio de 1997, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión gracia a la señora Guillermina Núñez de Salazar, está acorde a derecho y goza de presunción de legalidad al no haber sido demandado en el presente medio de control.

Arguye la parte demandada, que analizada la normatividad que rige el tema de la pensión gracia, esto es, el artículo 4º de la Ley 4ª de 1966 y el artículo 5º del Decreto 1743 de 1966, no se observa que se prevea la interpretación a que aduce el apoderado de la parte actora, en la medida que no exige que el último año de

¹ Ver folio 6 del cuaderno principal.

servicios sea el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional como se sostiene en la solicitud de medida cautelar, o el año inmediatamente anterior al retiro definitivo, como lo interpretó CAJANAL en el momento de proferir la resolución objeto de estudio.

Señala, que la parte actora trae a colación una sentencia del Consejo de Estado del año 2008 para fundamentar su posición, olvidando que la regulación de la suspensión provisional contemplada en la Ley 1437 de 2011, no prevé una confrontación entre el acto enjuiciado y la posición jurisprudencial, sino un cotejo entre el acto demandado y la norma invocada como demandada o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

Argumenta que la reliquidación por retiro definitivo del servicio de la pensión gracia de la señora Guillermina Núñez de Salazar, se reconoció mediante Resolución N° 27874 del 03 de octubre de 2002, es decir, hace más de doce años, por lo que la suspensión provisional de sus efectos no es necesaria para garantizar el cumplimiento de la decisión que resuelva de fondo el presente proceso; por el contrario la adopción de la medida cautelar solicitada, podría implicar una vulneración de los derechos fundamentales a la salud y al mínimo vital de la señora Núñez de Salazar, por ser esta una persona de la tercera edad, en quien recae una especial protección constitucional.

Finalmente, Aduce que mediante auto del 17 de febrero de 2015, dentro del proceso radicado 54-001-23-33-000-2014-00300-00, este Despacho Judicial negó la suspensión provisional del acto administrativo demandado, en un caso con los mismos presupuestos fácticos y normativos.

II. CONSIDERACIONES

2.1 La medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo, en el CPACA.

La suspensión provisional de un acto administrativo es una medida cautelar de carácter material, como quiera que con el decreto de aquella se suspendan los atributos de fuerza ejecutiva y ejecutoria del acto administrativo, con la finalidad de proteger los derechos que se pueden ver vulnerados con la aplicación del acto administrativo cuya legalidad se cuestiona².

² Cfr. "Las medidas cautelares son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a

Actor: U.G.P.P.

Auto.

El artículo 229 del CPACA dispone que, en todos los procesos declarativos que se adelanten en esta jurisdicción, antes de notificarse el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, podrá el juez o magistrado ponente decretar, a petición de parte debidamente sustentada, *“las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia...”*, sin que dicha decisión involucre, por contera, un prejuzgamiento.

El artículo 230 siguiente señala que, según la necesidad, se podrán decretar conjuntamente una o varias medidas cautelares, entre las cuales se encuentra la suspensión provisional de un acto administrativo, prevista en el numeral 3º del artículo mencionado.

En ese orden, el artículo 231 *ibidem* enseña 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...”* y si adicional a la nulidad, se solicita el restablecimiento del derecho en conjunto con la indemnización de perjuicios, deberá probarse, siquiera sumariamente, la existencia de los mismos.

Respecto de la aplicación del artículo 231 del CPACA, la Sección Quinta del Consejo de Estado, con la ponencia de la doctora Susana Buitrago Valencia, en auto del 4 de octubre de 2012, dictado en el expediente 11001-03-28-000-2012-00043-00, dijo:

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

reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Así, las medidas cautelares constituyen una parte integrante del contenido constitucionalmente protegido del derecho a acceder a la justicia, no sólo porque garantizan la efectividad de las sentencias, sino además porque contribuyen a un mayor equilibrio procesal, en la medida en que aseguran que quien acuda a la justicia mantenga, en el desarrollo del proceso, un estado de cosas semejante al que existía cuando recurrió a los jueces” Consejo de Estado, Sentencia del 22 de junio de 2011, Radicado: 76001-23-31-000-1996-02876-01(19311), Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

momento procesal obtenga la percepción de que hay la violación normativa alegada, pueda: 1º) realizar **análisis** entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2º) **estudie** las pruebas alegadas con la solicitud.

Ahora bien, según la Real Academia de la Lengua Española el término "surgir" (del latín *surgere*), significa aparecer, manifestarse, brotar.³

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 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."

Con los anteriores lineamientos, concluye el Despacho que en aras de resolverse la solicitud de suspensión provisional de un acto administrativo, está facultado el Juez de lo Contencioso Administrativo para realizar un estudio de las pruebas que acompañen la solicitud y el cotejo con el ordenamiento jurídico invocado, siendo prudente advertir que dicho estudio en modo alguno deberá involucrar razones de peso que consideren un prejuzgamiento.

Asimismo, la doctrina internacional ha definido el presupuesto denominado *periculum in mora*, de la siguiente manera:

"En relación con este presupuesto, debe decirse ya de entrada que también supone un enjuiciamiento prima facie, y no sólo porque se decida junto con el anterior, precisamente en el mismo momento procesal, sino porque a través de dicho presupuesto se le obliga al juez a construir una perspectiva de futuro, tratando de adivinar qué es lo que sucederá si no adopta la medida cautelar. Y al tiempo deberá pensar también cuáles son las consecuencias de dicha adopción, lo cual le supondrá un contrapeso en su decisión sobre este presupuesto que contribuirá a complicar notablemente la resolución cautelar.

La doctrina es bien consciente de esos peligros. FAIRÉN GUILLÉN advirtió del riesgo de subjetivismo en la toma de esa decisión sobre la existencia del peligro, habiendo coincidido varios autores en esta consideración. Hasta tal punto se reconoce ese

³ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, consultado en <http://lema.rae.es/drae/?val=surja>

Actor: U.G.P.P.

Auto.

subjetivismo que se argumentó que en el Derecho positivo español, antes de la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, ni tan siquiera era precisa una demostración prima facie del periculum, porque el ordenamiento ya partía de su presencia por el propio hecho de regular la medida cautelar.

Sin embargo, en el momento actual, el art. 728 L.E.C. expresa que "sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria." Incluso se exige que cuando el solicitante intente modificar con la medida una situación consentida durante largo tiempo, debe justificar por qué solicita ahora, y no antes, la medida. Ello obedece a una tendencia doctrinal que intenta mostrar que el periculum no se debiera presumir ni sobreentender⁴. (...)"

2.3 Del caso concreto

En el caso bajo estudio, la parte accionante solicita que se decrete la suspensión provisional de los efectos de la Resolución No. 27874 del 03 de octubre de 2002 expedida por la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL EICE, mediante la cual se reliquidó la pensión gracia por retiro definitivo del servicio en favor de la señora Guillermina Núñez de Salazar.

De acuerdo con lo antes expuesto, el Despacho analizará los argumentos expuestos y las pruebas allegadas al plenario para determinar si prospera la causal de suspensión provisional invocada por la parte actora en contra de las expresiones arriba relacionadas.

Manifiesta la parte demandante que las normas especiales que rigen el reconocimiento de la pensión gracia, entre otras: artículo 4º de la Ley 4ª de 1966 y el artículo 5º del Decreto 1746 de 1966, se aplican bajo el entendido de que el 75% del promedio obtenido en el último año de servicios, es el año inmediatamente anterior a aquél a la sustentación del status de pensionado (trayendo a colación una sentencia del año 2008 de ponencia de la Consejera Bertha Lucia Ramírez de Páez), razón por la cual a la señora Guillermina Núñez de Salazar no le asiste el derecho a la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos y cada uno de los factores devengados al momento del retiro del servicio como erradamente lo hizo CAJANAL, situación que le está causando detrimento al erario público, en cuantía de \$147.592.510, correspondientes al total de valores de las mesadas pagadas en exceso.

⁴ <http://portales.te.gob.mx/seminario/sites/portales.te.gob.mx/seminario/files/materiales/Jordi%20Nieva.pdf>
EL ELEMENTO PSICOLÓGICO EN LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES, Autor: Jordi NIEVA FENOLL.

Por su parte, la parte demandada advierte que la normatividad contendida en el artículo 4º de la Ley 4ª de 1966 y el artículo 5º del Decreto 1746 de 1966, no prevé la interpretación a que aduce el apoderado de la parte actora, en la medida que no exige que el último año de servicios sea el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional como se sostiene en la solicitud de medida cautelar, o el año inmediatamente anterior al retiro definitivo, como lo interpretó CAJANAL en el momento de proferir la resolución objeto de estudio. Asimismo, argumenta que la señora Guillermina Núñez de Salazar, es un sujeto de especial protección constitucional por ser una persona de la tercera de edad, por lo que realizar una interpretación anticipada de la normatividad como lo pretende la parte actor, vulneraría derechos fundamentales a la salud y al mínimo vital.

Para el Despacho, la medida cautelar de suspensión del acto administrativo, no tiene vocación de prosperidad, toda vez que la parte actora no demostró la urgencia e inminencia del decreto de la misma, sino que se limitó a mencionar los argumentos jurídicos en contra de las expresiones motivo de estudio.

Encuentra el Despacho que han transcurrido más de doce (12) años desde que se profiriera la Resolución No. 27874 del 03 de octubre de 2002 expedida por la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL EICE, razón por la cual no se observa la inminencia del decreto de la medida cautelar y la suspensión del acto acusado, presupuesto que resulta necesario para la prosperidad de la medida cautelar solicitada.

Advierte el Despacho, tal y como lo señaló el apoderado de la parte demandada que el análisis de la norma que sirvió de sustento para proferir el acto administrativo acusado, no permite determinar con claridad que la reliquidación de la pensión gracia de la señora Guillermina Núñez de Salazar, efectuada por la extinta CAJANAL EICE, se debió realizar con el promedio de lo devengado durante el último año anterior a la adquisición del status pensional como lo pretende la parte actora, puesto que la norma aplicable al tema de la pensión gracia es la contenida en el artículo 4º de la Ley 4ª de 1966 que señala: "(...)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 servicios⁵", sin que se haga

⁵ En igual sentido prevé el artículo 5º del Decreto 1743 de 1966, al disponer: "(...) A partir del veintitrés de abril (23) de 1966 inclusive, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los

ninguna clase de distinción acerca de si debe tener en cuenta para liquidar la pensión gracia el último año previo a la adquisición del status pensional o el último año de servicios como quedó plasmado en la Resolución No. 27874 del 03 de octubre de 2003, debiéndose recurrir para determinar tal situación a la interpretación jurisprudencial de la norma, la cual no es objeto de debate en la resolución de una medida cautelar tal y como lo señala el inciso 1º del artículo 231 del CPACA⁶, que prevé es la confrontación del acto administrativo del acto demandado con la norma superior o las pruebas allegadas con la solicitud y no el análisis jurisprudencial de la norma.

En igual medida, el anterior análisis se aplica a lo previsto en el inciso primero del artículo 231 del CPACA en lo que tiene que ver con la prosperidad de la medida cautelar al efectuar la confrontación del acto demandado con las pruebas, toda vez que ni en el cuaderno de medida cautelar ni en el cuaderno principal obran el suficiente material probatorio que indiquen a prima facie la necesidad de decretar la suspensión del acto acusado, teniendo en cuenta que no obran las nóminas de lo percibido por la señora Guillermina Núñez de Salazar durante el último año previo a la adquisición del status pensional y las nóminas correspondientes al último previo al retiro definitivo del servicio, que permitan establecer el detrimento patrimonial que depreca la parte actora.

Considera el Despacho, que al no haberse acreditado por la parte actora la inminencia del decreto de la medida cautelar, la controversia puesta a consideración será decidida con la sentencia de mérito que ponga fin al proceso.

Por todo lo anterior, el Despacho no accederá a la medida provisional de suspensión del acto administrativo, solicitada por la parte actora, por cuanto no prospera de prima facie la causal de impugnación del acto acusado.

En razón de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

trabajadores de una o unas entidades de Derecho Público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el setenta y cinco (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios, previa la demostración de su retiro definitivo del servicio público". (normas aplicables al tema de la pensión gracia).

⁶ **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. (Negrillas y subrayado por el Despacho)

Actor: U.G.P.P.

Auto.

RESUELVE

PRIMERO: NIÉGUESE la suspensión provisional de la **Resolución No. 27874 del 03 de octubre de 2002** expedida por la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL EICE que reliquidó a favor de la señora Guillermina Núñez de Salazar la pensión mensual vitalicia de gracia, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: RECONÓZCASE personería para actuar a la profesional del derecho **DIANA JULIETH BLANCO BERBESI** en los términos y para los efectos del poder obrante a folio 18 del expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MARIBEL MENDOZA JIMÉNEZ
Magistrada



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
NORTE DE SANTANDER
CONSTANCIA SECRETARIAL

Por anotación en **ESTADO**, notifico a las partes la providencia anterior, a las 8:00 a.m.

23 JUL 2015


Secretario General (E)