



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

Magistrado: LUIS NORBERTO CERMEÑO

Arauca, Arauca, cinco (5) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Radicado No. : 81 001 2339 000 2022 00080 00
Demandante : Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP
Demandado : Manuel Ignacio Gélvez Maldonado
Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho/*Lesividad*
Providencia : Auto sobre medida cautelar

Cumplidos los trámites procesales, se decide la petición planteada.

ANTECEDENTES

1. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- presentó en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (Lesividad), demanda en contra de Manuel Ignacio Gélvez Maldonado, a través de la cual solicita que se declare la nulidad de la Resolución 038326 de 2014, por la que se le indexó la primera mesada pensional en \$1.087.180.72 efectiva a partir del 12 de septiembre de 1993 con efectos fiscales a partir del 12 de diciembre de 2009, entre otras pretensiones (a.01, c.MC).
2. En el escrito de la demanda se solicitó que se suspendan provisionalmente los efectos de la Resolución No. RDP 038326 de 2014, por ser exorbitantes los valores reconocidos al pensionado y que se ordene una nueva indexación.
3. Como fundamento, la demandante expresa que se incurrió en error al momento de determinar la suma objeto de indexación para la primera mesada pensional, por lo que de conformidad con el artículo 231 de CPACA, la suspensión provisional de los efectos procederá con el objetivo de evitar un perjuicio mayor a cargo del Estado.
4. Se ordenó proceder conforme lo establece el inciso segundo del artículo 233, CPACA, con el traslado de la solicitud al demandado (a.03, c.MC).
5. El demandado (a.09, a.11, C.MC) se opone a la medida cautelar pedida, pues considera que no existe un motivo que signifique la necesidad de la medida solicitada, pues es una apersona mayor, siempre ha actuado de buena fe y ha estado atento a atender los requerimientos de la Unidad. Agrega que la resolución junto con las demás que ha expedido después la UGPP están revestidas de legalidad y todas las decisiones son de la entidad, por lo que no puede aducir sumas exorbitantes y lo único que hizo fue solicitar que se cumpliera una conciliación adelantada ante el Juzgado 25 Laboral de Bogotá, por



lo que no es de recibo que lo alegue luego de ocho años cuando la entidad legalmente y con las normas de la conciliación no cumplió a cabalidad lo pactado en el proceso ordinario laboral que finalizó e hizo tránsito a cosa juzgada.

CONSIDERACIONES

1. Aspectos procedimentales

El Tribunal Administrativo de Arauca es competente para resolver la solicitud de medida cautelar que radicó la demandante (Artículos 137, 152.1, 233, CPACA); y la decisión la adopta el Magistrado Ponente (Artículo 125, numerales 2.h y 3, CPACA).¹

2. Problema jurídico

Consiste en: ¿Procede en este caso, declarar la medida cautelar pedida por la entidad demandante?

3. Las medidas cautelares en el CPACA

La Constitución Política de Colombia (C. Po) establece que *"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"* (Artículo 238), norma jurídica que fue concretada en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA- en los artículos 229-241.

Sobre esta figura jurídica, el Consejo de Estado (M. P. Carlos Enrique Moreno Rubio, 31 de marzo de 2016, rad. 68001-23-33-000-2016-00149-01) consagra que *"Así, la suspensión provisional de los efectos del acto acusado es procedente siempre y cuando se acredite que existe violación de las disposiciones y que dicha transgresión surja del análisis del acto y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud"*. Y también (M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, 1 de septiembre de 2014, rad. 11001-03-24-000-2013-00509-00, 21047) ha establecido:

"El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- CPACA regula las medidas cautelares en los artículos 229 a 241. El artículo 229 le da una amplia facultad al juez para que decrete las medidas cautelares que estime necesarias para proteger y garantizar, temporalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

¹ CPACA hace referencia al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, normativa que reemplazó al C.C.A, lo que a su vez, corresponde al Código Contencioso Administrativo, vigente hasta el 2 de julio de 2012 pero que se aplica en los procesos iniciados antes de esa fecha. Cuando se escriba C. Po, se hace alusión a la Constitución Política de Colombia; C.P.C es Código de Procedimiento Civil; CGP es Código General del Proceso; al mencionar C.C, es Código Civil, CST es Código Sustantivo del Trabajo, C. Co. es Código de Comercio y E. T. Estatuto Tributario. C. P. es Código Penal y CPP se refiere al Código de Procedimiento Penal. M.P. es el Magistrado Ponente en sentencias que se citan; de otra parte, "a" indica el número del archivo del expediente digital en donde se encuentra el documento o la prueba invocada, "a. c.MC" remite a un archivo que se encuentra dentro del cuaderno de medidas cautelares; si después de "a" no se indica "c", el archivo está en el cuaderno o carpeta principal. (E) se refiere a que la Gobernadora es Encargada o designada.



En esa misma disposición se indica que las medidas cautelares proceden: (i) en cualquier momento, (ii) a petición de parte -debidamente sustentada- y (iii) en todos los procesos declarativos promovidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Solo se le permite al juez de oficio decretar medidas cautelares en procesos de tutela o en aquellos que busquen la defensa de los derechos e intereses colectivos. (...)

La norma en su parte inicial [art. 231] señala que cuando se pide la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procede por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se presente en escrito separado. Cuando además se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, deben probarse la existencia de los mismos".

4. Caso concreto

En el proceso se cuestiona la legalidad de un acto administrativo, se pretende que se declare la nulidad de la resolución demandada y como restablecimiento del derecho, se ordene una nueva indexación y se condene al demandado al reintegro de los valores pagados en exceso con ocasión de su reconocimiento pensional; se trata entonces, de un proceso declarativo que se adelanta ante esta Jurisdicción, por lo cual es procedente analizar el tema planteado (art. 229, CPACA).

4.1. La entidad demandante pide aplicar la medida cautelar prescrita en el numeral 3 del artículo 230 del CPACA, norma jurídica que 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: (...)

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo. . (...)"

4.2. Cuando se solicita la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, el CPACA en su artículo 231 consagra de manera expresa y taxativa los requisitos que deben concurrir para acceder a la petición:

"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 (...)"

4.3. De la revisión del expediente, se encuentra probado que efectivamente el demandado, Manuel Ignacio Gélvez Maldonado, obtuvo el reconocimiento de una pensión hoy a cargo de la UGPP (a.34).

4.4. El Consejo de Estado (M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 22 de octubre de 2013, rad. 1100132500020130011700, 02632 013) ha precisado sobre la figura jurídica que se pide aplicar:

“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) Además, señala que esta 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: 1º) realizar **análisis** entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2º) que también pueda **estudiar** las pruebas allegadas con la solicitud.

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

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”.

4.5. En cuanto a los elementos generales de la figura jurídica aplicados al caso, en el expediente se demuestra que la medida cautelar fue pedida en la demanda -Es decir, no se analiza de oficio-; la solicitud se sustentó; se trata de un proceso declarativo -De nulidad y restablecimiento del derecho/Lesividad-; a cargo de la jurisdicción contencioso administrativa -Artículo 138, CPACA-.

4.6. Y respecto de los específicos, sobre la valoración para decidir si se declara la medida cautelar pedida (Artículo 231, CPACA), esto es, si la endilgada violación surge del análisis del acto demandado y su confrontación con (i) Las normas superiores invocadas como vulneradas en la demanda o (ii) Del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, se encuentra que la demandante, (a) aduce que “no existe un error en la aplicación de la normatividad, sino un error en la determinación del valor sobre el cual correspondía realizar la indexación de la primera mesada, pues el demandado cumplió los requisitos para que se le reconociera la pensión sanción, y posteriormente, los requisitos para hacer exigible la misma” y (b) Como pruebas aportó parte del expediente administrativo del caso.



4.7. La confrontación que exige el artículo 231, CPACA, entre el acto demandado con las normas superiores invocadas como violadas, muestra como lo reconoce la propia entidad demandante, que no existe en principio -Así es, ya que la decisión de fondo se adoptará en la sentencia-, ninguna norma jurídica vulnerada frente al otorgamiento de la pensión de Gélvez Maldonado, pues como lo indica, en su criterio, cumplía todos los requisitos legales para su causación y después para proceder a su pago. Significa entonces, que no se cumple con uno de los elementos inexorables para declarar la medida cautelar de suspensión provisional que se pide: Establecer en este momento que el acto administrativo acusado podría vulnerar la disposición jurídica que respaldaría una ilegalidad para luego adoptar la nulidad pretendida en la demanda.

Y de manera consecencial por sustracción de materia, además de no plantearse la disposición normativa violada, tampoco sería dable determinar ahora que del expediente prestacional se establece dicha vulneración. También se debe tener presente y en asunto que resulta trascendental para la decisión, que ante el error en la liquidación que aduce la Unidad, se necesitará analizar en detalle y a fondo, el proceso ordinario laboral que se adelantó y dentro del cual se pactó un acuerdo conciliatorio que obligaría a los suscribientes, la historia laboral del hoy demandado con todos los valores y conceptos salariales aplicables, cifras de actualización o indexación, los actos administrativos que se adoptaron incluso para dejar sin efecto algunos anteriores, entre otros aspectos.

Así entonces, en el expediente no se cuenta hoy con la prueba de los elementos que se exigen para declarar la medida cautelar pedida, los cuales son taxativos; esto es, que se violaron las disposiciones invocadas en la demanda y en la solicitud de suspensión provisional, o que podría surgir dicha vulneración del análisis del acto impugnado con su confrontación con las normas superiores endilgadas como infringidas o del estudio de las pruebas allegadas.

De ahí que en este momento procesal no es dable analizar todos los cargos o aspectos que se formulan en la demanda, pues obligan a un detenido y exhaustivo análisis de los elementos fácticos y jurídicos que intervienen en el caso, y ello corresponde asumir es en la sentencia de fondo y no para decidir sobre la medida cautelar; esta aclaración es necesaria para precisar que dicho análisis no se aborda en la presente providencia por ser ajenas al objeto judicial que hoy aquí se decide; como de igual forma ocurre con otras circunstancias del procedimiento administrativo que se cuestiona.

Pero ello no significa -Es importante reiterarlo- que hoy quede agotado el análisis exigido o que no se retome más adelante, pues se advierte que solo podrá tenerse sobre el objeto judicial un criterio decisorio al final del proceso, cuando se disponga de todas las pruebas que las partes aporten al expediente y de los fundamentos fácticos -Financieros, salariales, matemáticos, entre otros-, jurisprudenciales y jurídicos definitivos que se expongan y acrediten; de ahí que se exige un estudio de mayor grado para establecer si se demuestra el pago exorbitante que predica la Unidad. Lo cual tendrá su debida oportunidad en la sentencia que decida el litigio y no hoy al abordar la posible adopción de la medida cautelar pedida.



De manera que solo será con el debate judicial completo que en todos sus ámbitos se adelante en el proceso, el que permitirá definir si los cargos endilgados al acto administrativo cuya nulidad se pide se demostraron. Y es necesario advertir que la decisión que aquí hoy se adopta no constituye prejuzgamiento alguno, ni ata lo que corresponda resolver en la sentencia.

Por lo tanto, el requisito que exige el artículo 231, CPACA, consistente en que procede la suspensión provisional "*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*", por ahora no aparece, ni concurre en este caso, para acceder a la medida cautelar. En consecuencia, en este momento procesal se negará la suspensión provisional pedida. Resaltado no es del original.

Pero también se resalta para no adoptar la decisión de suspensión provisional, que se trataría de privar durante el trámite del proceso –pues será en la decisión de fondo donde se decidirá si se accede o no a la nulidad pedida- de recursos obtenidos de una pensión, a un adulto mayor, lo que podría afectar derechos fundamentales como el mínimo vital, dignidad humana y el debido proceso, máxime cuando no se encuentra probado que él disponga de otros recursos. El Consejo de Estado (M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, 23 de octubre de 2014, rad. 25000234100020130268601) considera:

“La condición de sujeto de especial protección constitucional encuentra su fundamento en los principios que inspiran el Estado Social de Derecho, plasmados en el Ordenamiento Superior a lo largo de su articulado, y obedece al deber que le asiste al Estado y a la Sociedad de lograr la igualdad material de aquellas personas que por razón de su condición física, social o psicológica, requieran de acciones positivas para lograrla. En ese orden, la Jurisprudencia Constitucional ha ubicado en tal categoría a los adultos mayores, los niños, los adolescentes, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza, entre otros.

De conformidad con el literal b) del artículo 7° de la Ley 1276 de 2009, se considera adulto mayor a la persona que tenga 60 años de edad o más. En igual sentido el Boletín Trimestral de Violencia al Adulto Mayor en el Contexto Intrafamiliar del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, publicado en marzo de 2012, señaló que según la Política Nacional de Envejecimiento y Vejez del Ministerio de la Protección Social publicada en diciembre de 2007, son considerados adultos mayores las personas que cuentan con 60 o más años de edad. (...)

Teniendo en cuenta que la determinación cuantitativa de la “tercera edad” de una persona, “realmente” es efectuada por el Juez de tutela al apreciar las circunstancias específicas en cada caso, concluye la Sala que de acuerdo con los criterios expuestos, los accionantes superan la edad mínima establecida en la Ley 1276 de 2009, para ser considerados pertenecientes al grupo de los “adultos mayores”, lo cual, *per se*, los coloca en una situación de especial protección respecto del Estado, la sociedad y la familia”.

En el mismo sentido, se tiene el respaldo de otra sentencia (M. P. Guillermo Vargas Ayala, 5 de marzo de 2015, rad. 11001-03-15-000-2014-04270-00):

“No obstante lo anterior, la Sala advierte que en el presente caso la tutela es procedente como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable, pues se trata de un acto



que de manera unilateral redujo la pensión de vejez del actor, sujeto de especial protección, en un 28%. En efecto, el señor Juan Gabriel Ortegón Guerrero nació el 12 de enero de 1953, es decir que actualmente tiene 62 años, lo que lo hace un sujeto de especial protección constitucional por ser una persona de la tercera edad. En este punto es pertinente recordar que la Corte Constitucional ha indicado que la procedencia de la acción de tutela debe estudiarse de manera más amplia o flexible cuando se trate de sujetos de especial protección, como se lee en el siguiente aparte: (...)"

4.8. Conforme con lo expuesto y ante el problema jurídico planteado, se responde que en esta etapa, no se accede a decretar la medida cautelar pedida.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la medida cautelar solicitada por la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado