

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Auto Interlocutorio No. _____

Villavicencio,

REFERENCIA:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (LESIVIDAD)
DEMANDANTE:	UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - UGPP
DEMANDADO:	ROSA HERMINIA REY
EXPEDIENTE:	50001-23-33-000-2014-00341-00
ASUNTO:	NIEGA MEDIDA CAUTELAR

MAGISTRADA PONENTE: NILCE BONILLA ESCOBAR

Se ocupa el Despacho de la solicitud de medida cautelar invocada dentro del asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

La Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales (en adelante UGPP), interpuso demanda con el objeto que se declare la nulidad de la Resolución No. 125863 de 7 de julio de 2003, por medio de la cual la entidad reliquidó por retiro definitivo del servicio, la pensión gracia reconocida a la señora Rosa Herminia Rey de Bernal, y que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la accionada restituir a la UGPP la suma correspondiente a los valores pagados en exceso, debidamente indexados.

La UGPP solicita se decrete la suspensión provisional de la Resolución señalada, por estimar que desconoce los artículos 1, 2, 6, 121, 128 y 209 de la Carta Política, el artículo 2 de la Ley 114 de 1913, el artículo 1º de la Ley 24 de 1947, el artículo 4 de la Ley 4ª de 1966, el artículo 5 del Decreto 1743 de 1966, el artículo 5 del Decreto Ley 224 de 1972, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, y el artículo 9 de la Ley 71 de 1988,

en la medida que reliquidó la pensión gracia de Rosa Herminia Rey de Bernal, sin tener derecho a ella.

Para fundamentar su petición remite al concepto de violación señalado en la demanda, en donde afirma que a la pensión de gracia no le resulta aplicable el artículo 9 de la Ley 71 de 1988, pues esta norma autoriza la reliquidación pensional por factores devengados al momento del retiro efectivo del servicio, para quienes continuaron desempeñándose en la labor y no recibieron la mesada pensional sino hasta que se retiraron del servicio, mientras que la pensión de jubilación de gracia permite que los docentes perciban el pago de la mesada pensional desde el momento de su reconocimiento, y que a más de ello, continúen en el servicio activo y reciban el pago salarial correspondiente, pues no son incompatibles en virtud a lo establecido en el artículo 5 del Decreto Ley 224 de 1972.

Manifiesta además que las Leyes 33 y 62 de 1985 tampoco resultan aplicables al caso en cuanto a los factores pensionales en la medida que existe régimen especial para la pensión gracia, que se justifica porque los docentes titulares de la prestación no realizan aportes a la entidad pensional para adquirir ese derecho. Precisa que las normas especiales aplicables son entonces el artículo 4 de la Ley 4ª de 1966 y el artículo 5 del Decreto 1743 de 1966.

De la anterior solicitud se corrió traslado a la demandada, conforme lo dispone el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011¹, sin que en el expediente obre pronunciamiento alguno.

II. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

i) Competencia

El Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Tercera, en estudio abordado por el Magistrado Mauricio Fajardo Gómez², concluyó que el auto que resuelve sobre la petición de una medida cautelar debe ser dictado por el

¹ Auto de 15 de enero de 2016, notificado a través de Estado 000005 de 18 de enero de 2016 (folio 130).

² Consejo De Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera C.P: Mauricio Fajardo Gómez 14 de mayo de 2014 Proceso: 110010326000201400035 00 (50.222).

respectivo Magistrado Ponente. El Tribunal comparte esa tesis porque según el artículo 233 del CPACA, en concordancia con sus normas precedentes, le asignan al mencionado, la responsabilidad de decidir las. Tales normas son el artículo 229 del CPACA, que trata sobre la procedencia de medidas cautelares; el artículo 230 que estatuye el contenido y alcance de las mismas; y el artículo 232, que fija las reglas sobre la caución que debe prestar la parte interesada con el fin de garantizar el pago de los perjuicios que puedan ocasionarse con su decreto.

Ahora, según el contenido del artículo 125 del CPACA en el caso de los jueces colegiados, deben ser adoptadas por la Sala las decisiones a que hace referencia el artículo 243 en sus numerales 1, 2, 3 y 4, estando entre ellas *“2. El que decreta una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite”*. No obstante, lo cierto es que las normas especiales que en esa misma codificación se ocupan de regular las medidas cautelares, especifican que la decisión en cuanto a las medidas cautelares solicitadas, debe ser adoptada por el juez o magistrado ponente respectivo.

A ello, se añade que el artículo 236 de la Ley 1437, indica: *“El auto que decreta una medida cautelar será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso...”*, de lo que se concluye que, de proferirse decisión por parte de la Sala, el último de los medios de impugnación citados resultaría inviable si se tiene en cuenta que el recurso de súplica procede *“... contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el Magistrado Ponente en el curso de la segunda o única instancia ...”* (Artículo 246 CPACA).

Así las cosas, la decisión sobre la procedencia de la medida cautelar solicitada, será adoptada por la suscrita ponente, con miras a la necesidad de protección y garantía provisional del objeto del proceso y para la efectividad de la sentencia³.

ii) Análisis Jurídico sobre las Medidas Cautelares

El artículo 238 de la Constitución Política atribuye a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la competencia para suspender provisionalmente los efectos de los

³ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del CPACA.

actos administrativos que sean susceptibles de impugnación judicial, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley.

Es el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el que en su artículo 231 establece que la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados, se decretará cuando se concluya que ellos vulneran las normas superiores invocadas y establece como requisitos para su procedencia lo siguiente:

“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.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios” (El resaltado es nuestro)

Como se evidencia, el inciso primero de la norma citada prevé que para decretar la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, debe confrontarse el acto sobre el que verse la solicitud, con las normas invocadas como transgredidas. En cuanto a su procedencia, el artículo 229 del CPACA establece que en todos los procesos declarativos que se adelanten ante ésta jurisdicción, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, podrá el 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, sin que la decisión que se adopte implique prejuzgamiento.

Hechas las anteriores precisiones, procederá el Despacho a verificar si en el caso sub examine, se cumplen o no los presupuestos de la suspensión provisional deprecada por la parte actora.

iii) Caso concreto

Corresponde realizar la confrontación del acto sobre el que versa la solicitud de medida cautelar, para con las normas presuntamente violadas, no sin antes precisar los supuestos facticos y jurídicos que llevaron a su adopción:

Tenemos que en la Resolución No. 12583 de 7 de julio de 2003⁴, la extinta Caja Nacional de Previsión Social ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora Rosa Herminia Rey de Bernal, de conformidad con lo establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985, aplicando el 75% sobre el salario promedio de 12 meses, considerando como factores salariales la asignación básica de los años 2001 y 2002, siendo efectiva la reliquidación a partir del 8 de julio de 2002.

En el acto se indica que la señora Rey de Bernal fue pensionada inicialmente por la entidad demandante a través de Resolución 12675 del 3 de noviembre de 1995, con efectos fiscales a partir del 28 de febrero de 1993, por haber laborado durante 11168 días al servicio del Departamento del Meta⁵, y que la reliquidación se efectúa por cuanto su retiro del servicio se produjo el 7 de julio de 2002, en virtud de Resolución de 5 de julio de 2002.

Se anuncia allí que se allegaron nuevos tiempos de labor de la docente para un total de 3355 días, transcurridos desde el 13 de marzo de 1993 hasta el 7 de julio de 2002 y en virtud de ello, se ordenó liquidar las diferencias que resultaren entre la pensión reliquidada, frente a la Resolución 1275 de 1995, teniendo especial cuidado en deducir lo cancelado por vía ejecutiva o administrativa.

Visto lo anterior, señalemos que el problema para resolver en esta solicitud de medida cautelar se centra en establecer si, a la luz de la normatividad invocada, resulta

⁴ Folios 88 a 89.

⁵ Aportes por tiempos que van desde 1962/02/05 a 1979/07/17, y de 1979/08/18 a 1993/03/12.

procedente la reliquidación de la pensión de gracia de la señora Rosa Herminia Rey de Bernal con el 75% del promedio mensual devengado en el año inmediatamente anterior al retiro definitivo del servicio, tal como lo establece la Resolución No. 12583 de 7 de julio de 2003, o si por el contrario el acto resulta ostensiblemente contrario al ordenamiento legal, en tanto que el beneficio pensional debía considerar exclusivamente el ingreso percibido durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado.

Sea del caso precisar que la pensión gracia es una prestación especial por la labor docente en un establecimiento nacionalizado o del orden departamental o municipal, por un término no menor de veinte años, que se adquiere una vez el solicitante ha cumplido cincuenta años de edad, o cuando demuestre que se halla en incapacidad por enfermedad u otra causa, de ganar lo necesario para su sostenimiento⁶.

Ésta pensión se somete al régimen establecido por las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y 91 de 1989, lo cual impide aplicar las disposiciones del régimen ordinario de pensiones para empleados del sector oficial, tales como las Leyes 33 y 62 de 1985, el artículo 9º de la Ley 71 de 1988 y el artículo 10 del Decreto 1160 de 1989, dado que se trata de una prestación especial que no se liquida con base en el valor de aportes realizados durante el año anterior al retiro definitivo del servicio, sino con base en el valor de los factores salariales devengados en el año anterior a la fecha en adquirió su estatus.

Al efecto, el Consejo de Estado ha sido enfático en afirmar que, si bien la Ley 33 de 1985⁷ (art. 1⁸ y 3⁹), dispone que el monto de las pensiones se liquida con el 75% del

⁶ Requisitos establecidos en el artículo 4 de la Ley 114 de 2013.

⁷ Ley 33 de 1985, por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.

⁸ Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

⁹ Artículo 3º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de

salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, esta normatividad en su artículo 1º, exceptúa de su aplicación a aquellos empleados que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones, deduciéndose que al tener la pensión gracia esta categoría, no puede ser liquidada al abrigo de dicho ordenamiento. Lo mismo señala la Corporación respecto de la Ley 62 de 1985¹⁰ pues ésta tan solo modificó el artículo 3º de la citada Ley 33 de 1985, por lo que se mantuvo incólume lo dispuesto en su artículo 1º en cuanto al régimen de excepción en su aplicación¹¹.

Así, se observa que desde el año 2001 el órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señalaba que

“el reajuste del valor de la pensión gracia se hace sobre los factores devengados en el año inmediatamente anterior al que se causó dicha prestación. Tratándose de esta pensión especial que se adquiere por los servicios docentes, el último año que sirve de fundamento para su liquidación es aquel en el cual se adquirió el derecho, por haber reunido los requisitos de edad y tiempo de servicio. No es dable, por lo tanto, pretender en esta prestación especial la aplicación del artículo 9 de la Ley 71 de 1988 sobre reliquidación de la pensión con base en el salario devengado en el último año de servicio, pues la situación que contempla dicha preceptiva comporta una situación diferente, como quiera que se trata de empleados del régimen prestacional común, para los cuales no está permitido el goce simultáneo de pensión y sueldo.

La reliquidación de la pensión en este caso tiene como claro fundamento la fecha en la cual se entra a percibir la prestación; por ello, resulta lógico que se reliquide la pensión que ha sido decretada más no percibida, situación ésta que no se da en el caso de la pensión gracia, pues, se repite, la percepción de ésta es compatible con la del sueldo.^{12”}

La posición ha sido reiterada¹³ estableciéndose que para el caso específico de la pensión gracia debe interpretarse que el último año de servicios corresponde al año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus pensional, es decir, al del

cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

¹⁰ Ley 62 de 1985, por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 del 29 de enero de 1985.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicación 68001-23-33-000-2013-00304-02(1908-15). Actor: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. Demandado: María Francisca Aristizabal de Giraldo. Bogotá D.C., 2 de febrero de 2017.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero, Sentencia de 6 de septiembre de 2001, Radicación número: 25000-23-25-000-1998-0363-01(0185-01), Actora: Mercedes Aguirre de Castillo.

¹³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación 15001-23-31-000-2003-03445-01(2225-08). Actor: Pedro Simón Galindo Infante. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social. Bogotá D.C., 18 de junio de 2009.

cumplimiento de los 20 años de servicio docente en entidades del orden territorial y 50 de edad. Lo anterior tomando en consideración que esta prestación se reconoce y paga aun cuando el docente continúe vinculado al Estado, pues se trata de una concesión especial en virtud de la cual los docentes pueden simultáneamente, continuar laborando y percibiendo la pensión correspondiente¹⁴.

Entonces, dado que la pensión gracia es especial y tiene reglamentación propia, no es viable su reliquidación con base en factores salariales devengados a la fecha del retiro, los que si se tienen en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión ordinaria.

Así las cosas, la reliquidación de la pensión gracia que ordena la Resolución 12583 de 2003, con base en factores salariales devengados durante el último año anterior al retiro del servicio de la señora Rosa Herminia Rey de Bernal, que fue posterior a la fecha de adquisición del estatus de pensionada, deviene contrario a la normatividad invocada. Sin embargo, la medida provisional de suspensión de los efectos del acto no se encuentra viable en la medida que no han sido acreditados los perjuicios que aduce la actora le han sido irrogados.

Al respecto debe señalarse que a folios 29 a 33 del expediente obra formato titulado “consulta histórica de valores”, por los periodos julio de 1974 a junio de 2014, respecto de la señora Rosa Herminia Rey de Bernal. Dicho documento contiene un listado de devengados y descuentos mensuales, sin que sea posible establecer si dichas sumas corresponden a lo pagado con base en la Resolución atacada, o si se incluyen otros conceptos, pues como se dijo, el régimen aplicable a los docentes (según la fecha en que han ingresado al servicio) les permite devengar más de una asignación, por no ser incompatibles la pensión de jubilación y la pensión gracia a que tienen derecho, a más de que consagra valores devengados por la demandada aún antes de la vigencia de la Resolución 12583, que señaló que la reliquidación de la pensión gracia ordenada sería efectiva a partir del 8 de julio de 2002, y posteriores a ella, cuando según consta a folio 95 se estaría aplicando reliquidación de la pensión ordenada en Resolución 27034 de 12 de junio de 2007.

¹⁴ La pensión gracia y el ejercicio de la docencia son compatibles en virtud de lo consagrado en el artículo 5 del Decreto 224 de 1972.

De otro lado, lo que sí se encuentra claramente acreditado es que la señora Rosa Herminia Rey de Bernal nació el 28 de febrero de 1943¹⁵, por lo que cuenta actualmente con 74 años, y que se retiró del servicio a partir del 8 de julio de 2002¹⁶, de suerte que su condición actual es cesante. Ello implica que nos encontramos ante una persona de mayor edad de quien sólo se ha acreditado funge en este momento como beneficiaria de una pensión de gracia, por lo que suspender provisionalmente los efectos de la Resolución 12583 en esta instancia procesal, podría ocasionar afectación grave de su mínimo vital pues tal prestación constituiría su fuente principal de ingresos.

Al respecto debe citarse que la Corte Constitucional en Sentencia T-147 de 2016¹⁷ señaló que

cualquier cambio en los ingresos económicos de las docentes -así los mismos se deriven, como en estos casos, de una correcta aplicación de las normas legales sobre la materia por lo que no son el resultado de una actuación arbitraria de la administración que desconozca el debido proceso administrativo- afecta de manera sustancial la dignidad de las afectadas en tanto que, bajo el principio de mínimo vital móvil, la decisión de aplicar el tope máximo permitido por la ley tiene el potencial de imponer cargas desmedidas que impidan el desarrollo adecuado de un estilo de vida afectado por circunstancias de debilidad manifiesta.

En virtud de lo expuesto, el Despacho no decretará la medida cautelar solicitada. No obstante, debe resaltarse que la finalidad de la medida cautelar es la de garantizar *ex ante* del decurso procesal, la efectividad de la sentencia, por lo que lo decidido no implica prejuzgamiento y *“no impide que al fallar el caso, el operador judicial asuma una posición distinta, dado que con el transcurrir de la actuación procesal es factible*

¹⁵ Folios 48 y 50.

¹⁶ Folio 85.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-147/16. Referencia: Expediente T-5.209.992 y otros 16 acumulados. Acciones de tutela interpuestas en forma independiente por Nohra Cárdenas Cortés y otros, contra UGPP. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá D.C., 31 de marzo de 2016. La decisión se profiere ante situación en la que la UGPP ordenó suspender pagos de pensión gracia que habrían sido irregularmente obtenidos, revocó la reliquidación de la prestación y, posterior a una nueva inclusión en la nómina, dispuso descontar el 50% del valor de las mesadas, la Sala logró cerciorarse de que se afectaban los derechos al mínimo vital y a la seguridad social de dos personas en condición de debilidad manifiesta por lo que, como medida transitoria de protección, ordenó la suspensión inmediata de los descuentos que se encontraban por encima de los correspondientes al pago de la seguridad social, mientras se expedía un nuevo acto administrativo fijando un descuento razonable que no vulnere el principio de las cargas soportables derivado de estos derechos.

que el arribo de nuevas pruebas o la presentación de nuevos argumentos, persuadan al juez de resolver en sentido contrario al que ab initio se adoptó”¹⁸.

Finalmente, se observa que a folio 154 del expediente obra renuncia que presenta el Dr. Manuel Jesús Rincón González al poder conferido por la UGPP, para lo cual anexa copia de comunicación mediante la cual informó la situación al subdirector jurídico pensional de la entidad, en fecha 13 de enero de 2017 (visible a folios 155 a 156). En consecuencia, al encontrarse cumplidos los requisitos del artículo 76 del CGP se aceptará la dimisión del togado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Meta,

R E S U E L V E

PRIMERO: Negar la suspensión provisional de la Resolución 12583 de 7 de julio de 2003 proferida por la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP-, de conformidad con lo expuesto en la motivación de esta providencia.

SEGUNDO: Aceptar la renuncia del Dr. Manuel Jesús Rincón González, a la representación de la entidad demandante en este proceso, en los términos de la comunicación que obra a folio 154 del expediente.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, ingrédese al Despacho para tomar la decisión que en derecho corresponde.

Notifíquese y Cúmplase,

NILCE BONILLA ESCOBAR
Magistrada

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro. Radicación: 11001-03-28-000-2016-00083-00. Bogotá, D.C., 16 de enero de 2017.

