

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL

Medellín, veintidós (22) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO:	05001 33 33 009 2020 00348 00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO -LESIVIDAD-
DEMANDANTE:	COLPENSIONES
DEMANDADO:	LUIS FERNANDO TAMAYO TOBÓN
ASUNTO:	NIEGA SUSPENSIÓN PROVISIONAL

En el asunto de la referencia, visible en la pág. 13 del archivo 03Demanda del expediente digitalizado, el apoderado de la entidad demandante solicita se declare la suspensión provisional de los efectos jurídicos de las Resoluciones GNR392626 del 28 de diciembre de 2016 y SUB 66803 del 16 de mayo de 2017, mediante las cuales COLPENSIONES reconoció una pensión de vejez y ordenó el pago de un retroactivo a favor del señor LUIS FERNANDO TAMAYO TOBÓN, teniendo en cuenta unas cotizaciones inconsistentes arrojando una mesada pensional superior a la que en derecho le corresponde; y de la Resolución SUB 141481 del 02 de julio de 2020, mediante la cual COLPENSIONES establece la cuota parte correspondiente al empleador EDATEL S.A. E.S.P, al encontrar variación en los factores de liquidación pensional de vejez.

ANTECEDENTES

COLPENSIONES, obrando por conducto de apoderado judicial instauró demanda, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Lesividad-, contemplado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), a fin de que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

“1. Que se declare la NULIDAD de las Resoluciones GNR 392626 del 28 de diciembre de 2016 y SUB 66803 del 16 de mayo de 2017 mediante la cual COLPENSIONES reconoció pensión de vejez y ordenó el pago de un retroactivo a favor del señor LUIS FERNANDO TAMAYO TOBÓN, para lo cual se tuvo en cuenta unas cotizaciones inconsistentes arrojando una mesada pensional superior a la que en derecho le corresponde, por lo cual es contraria a la ley.

2. Que se declare la NULIDAD de la Resolución SUB 141481 del 2 de julio de 2020, mediante la cual la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones establece la cuota parte al empleador EDATEL S.A. E.S.P, al encontrar variación en los factores de liquidación pensional de vejez, por lo cual carece de legalidad.

3. A título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se ORDENE al señor LUIS FERNANDO TAMAYO TOBON REINTEGRAR a favor de COLPENSIONES la diferencia de las sumas económicas recibidas por concepto de mesadas pagadas, mas aquellas que se continúan

pagando, retroactivo recibidos de forma irregular con ocasión del reconocimiento de pensión de vejez en cuantía superior a la correspondiente.

4. se orden la INDEXACION de las sumas reconocidas en esta demanda a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y al pago de intereses a los que hubiere lugar, como consecuencia de los pagos realizados en virtud del reconocimiento de pensión de vejez a favor del asegurado LUIS FERNANDO TAMAYO TOBÓN en cuantía superior a la correspondiente.

5. Se condene en costas a la parte demandada. (...)"

DE LA SOLICITUD Y SU FUNDAMENTO

La entidad actora con la demanda presentó solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos acusados, por considerar la pensión de vejez reconocida al señor TOBÓN TAMAYO, no fue estudiada con observancia de los requisitos que exige la Ley 797 de 2002, pues al momento de la liquidación de la prestación pensional fueron tenidos en cuenta tiempos públicos de cotización, correspondientes a los periodos 02/3/1987 al 09/4/1989 y del 11/4/1989 al 02/6/1993, hecho que tiene una incidencia en el reconocimiento de la prestación de vejez incrementando la mesada pensional que actualmente viene percibiendo el demandado respecto del que en derecho le corresponde, generando así un detrimento de las arcas del estado y un enriquecimiento sin justa causa, siendo necesario que se ordene la suspensión de la prestación pensional, además de la nulidad de los actos acusados.

CONSIDERACIONES

El artículo 238 Constitucional permite a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación judicial bajo los parámetros establecidos por la Ley.

El artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 CPACA consagra el medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO de los actos administrativos de carácter particular cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deben fundamentarse, en forma irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa. Dicho canon es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 138. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. (...)"

El artículo 229 ibidem regula lo concerniente al trámite de las medidas cautelares permitiendo su interposición en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, antes de notificarse el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, con el fin de preservarse el objeto del mismo y la efectividad de la decisión que posteriormente se emita.

El artículo 230 de la misma normativa reglamenta lo relacionado al contenido y alcance de las medidas cautelares y realiza una clasificación de las mismas de la siguiente manera:

“Art. 230.- 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 podrán decretar, una o varias de las siguientes medidas:

- 1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca el 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 de 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. (...)*”

Por su parte, el artículo 231 establece los requisitos que son imprescindibles para la imposición de tales medidas:

*“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.*

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.” (Negrillas fuera de texto original)

La suspensión provisional de los actos administrativos es una medida cautelar que tiene como objeto suspender los atributos de fuerza ejecutoria y ejecutiva del acto administrativo para la protección de los derechos subjetivos o colectivos que pueden verse conculcados con los efectos del mismo¹.

El Consejo de Estado se ha referido a la norma del Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo que regula la medida de suspensión provisional² en los siguientes términos:

*“(…) Ahora bien, la suspensión provisional es **una medida cautelar de carácter material, que suspende el atributo de fuerza ejecutoria del acto administrativo, con la finalidad de proteger el ordenamiento jurídico conculcado con la aplicación o concreción del acto administrativo cuya constitucionalidad o legalidad se cuestiona.***

El artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece como requisitos para que proceda la suspensión provisional de los actos administrativos los siguientes:

“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”.

De la normativa se deducen los parámetros de índole formal y sustancial que se deben tener en cuenta para la procedencia de dicha medida cautelar: i) que sea solicitada por el demandante, ii) la violación deber surgir 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 iii) que si se trata del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, deben acreditarse, al menos de manera sumaria, los perjuicios que se alegan como causados.

En ese estado de cosas, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece una variación significativa en relación con aquella que contenía el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, en lo referente a la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos.

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Radicado: 11001-03-26- 000-2011-00050-00(41869), 3 de febrero de 2012, C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera

² Consejo de Estado, Sección Tercera, 11 de mayo de 2015, C.P Olga Mérida Valle De De La Hoz. Radicación: 11001-03-26-000-2014-00143-00 (52.149)

En primer lugar, en la actualidad –CPACA–, para la procedencia de la medida cautelar, la confrontación se hace respecto de las normas invocadas en la demanda o en la solicitud de suspensión, pues por su parte el C.C.A. establecía que la confrontación se hacía únicamente respecto de las normas invocadas en la petición de la medida cautelar. Así, el cambio de legislación le otorgó al Juez un campo de acción más amplio, en la medida que podrá hacer la confrontación no sólo con las normas invocadas en la solicitud, sino con las que se señalen en el libelo demandatorio.

Otro cambio que se advierte es que en el artículo 231 del CPACA la suspensión no está limitada a la verificación de una flagrante o manifiesta vulneración del ordenamiento superior; ahora señala que prospera cuando la 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”, sin que se exija que la vulneración o violación sea ostensible o manifiesta³.”

Conforme lo anterior la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos implica un análisis por parte del juez **entre el acto enjuiciado** y la normativa señalada como infringida bien sea en la demanda o en la sustentación misma de la medida, sin dejar de lado el examen de las pruebas aportadas como soporte de la misma para constatar efectivamente la vulneración invocada.

En el asunto que se examina, tenemos que COLPENSIONES, manifiesta en relación con la medida cautelar, que ésta debe decretarse por cuanto los actos administrativos acusados mediante los cuales se le reconoció la pensión de vejez al señor LUIS FERNANDO TOBÓN TAMAYO, desconocieron los requisitos que exige la Ley 797 de 2003, puesto que fueron tenidos en cuenta unos tiempos de cotización que no había a lugar, presentándose variación de los factores de liquidación de la pensión de vejez, haciendo esto que se incrementa su mesada pensional sin tener derecho a ello. Lo que representa un detrimento de las arcas del estado y un enriquecimiento sin causa.

Así entonces, revisados los argumentos con que la parte actora respalda su inconformidad estos tienen que ver con el sustento legal del acto administrativo, es decir, es un asunto de índole legal, una controversia acerca de la norma aplicable al caso concreto y este es un aspecto que sólo puede dirimirse con base en los argumentos de las partes, es decir al momento de decidir de fondo.

³ En efecto, la anterior codificación establecía: “Artículo 152.1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida. “2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud. “3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor” (se destaca).

En esta etapa procesal el Despacho no cuenta con los elementos suficientes para decidir acerca de la legalidad de los actos que se demandan, en tanto es menester agotar cada etapa del proceso, ya que además de los argumentos jurídicos se acompañan cargos probatorios, sin que la lectura de los actos acusados, y específicamente de aquel cuya suspensión provisional se pretende, sea suficiente para cuestionar su presunción de legalidad, dado que, se reitera, el proceso apenas se encuentra en una fase inicial que no proporciona todos los elementos de convicción necesarios para establecer en qué medida desconoce o no los actos administrativos el mandato contenido en la Ley 797 de 2003.

Resolver ahora el presunto desconocimiento de la norma sería coartar la posibilidad que tiene el demandado para hacerse parte en una actuación judicial que lo va a afectar e impedirle el derecho que tiene de ser oído y solicitar pruebas.

Así las cosas, no es procedente la suspensión provisional de las Resoluciones GNR392626 del 28 de diciembre de 2016 y SUB 66803 del 16 de mayo de 2017, mediante las cuales COLPENSIONES reconoció una pensión de vejez y ordenó el pago de un retroactivo a favor del señor LUIS FERNANDO TAMAYO TOBÓN, teniendo en cuenta unas cotizaciones inconsistentes arrojando una mesada pensional superior a la que en derecho le corresponde; y de la Resolución SUB 141481 del 02 de julio de 2020, mediante la cual COLPENSIONES establece la cuota parte correspondiente al empleador EDATEL S.A. E.S.P, al encontrar variación en los factores de liquidación pensional de vejez; habida consideración que la alegada violación no surge de manera evidente del cotejo de los actos con las normas que se alegan como violadas y que pruebe la necesidad de la medida cautelar.

Es necesario, entonces hacer un estudio e interpretaciones sistemáticas de las normas para llegarse a formar el concepto de la presunta infracción en que se incurrió al expedir el acto, o si la norma cuyo quebrantamiento se acusa admite diversas interpretaciones. Por lo tanto, será durante el debate jurídico y probatorio propio del proceso que se demuestre la legalidad o ilegalidad del acto administrativo demandado.

En consecuencia, se negará la medida cautelar solicitada y que consiste en la suspensión provisional de las Resoluciones GNR392626 del 28 de diciembre de 2016, SUB 66803 del 16 de mayo de 2017 y SUB 141481 del 02 de julio de 2020.

Por lo expuesto, el **JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLIN**

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la solicitud de suspensión provisional de las Resoluciones GNR392626 del 28 de diciembre de 2016, SUB 66803 del 16 de mayo de 2017 y SUB 141481 del 02 de julio de 2020 *por* las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFÍQUESE

Francy E. Ramirez 1A

FRANCY ELENA RAMÍREZ HENAO
JUEZ

(Firma escaneada Art. 11 D.L. 491 de 18 de marzo de 2020)

SAP

<p>NOTIFICACIÓN POR ESTADO JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN</p> <p>CERTIFICO: En la fecha se notificó por ESTADO el auto anterior.</p> <p>Medellín, 23/02/2021. Fijado a las 8 a.m. #010</p> <p>_____ Secretario</p>
--