



**JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SINCELEJO -SUCRE**

Carrera 16 N° 22-51, Sexto Piso, Edificio Gentium, Tel. 2754780 Ext.: 2076

Sincelejo, diecisiete (17) de julio de dos mil dieciocho (2018)

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LESIVIDAD
Radicación N° 70001-33-33-009-**2017-00072**-00
Demandante: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES
Demandado: JORGE ADALBERTO CÁRDENAS PALENCIA

Asunto: Medida cautelar

1. ANTECEDENTES

La demandante ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, presentó solicitud de medida cautelar, obrante a folios 2-4 del libelo introductorio, consistente en la suspensión provisional de la Resolución No. GNR 75867 del 08 de marzo de 2014, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez.

Mediante providencia de fecha 06 de abril de 2017¹, se admitió la demanda y se ordenó en auto separado, correr traslado por secretaría a las partes, de la medida cautelar presentada por la parte demandante²; teniendo la parte accionada el término de cinco días para pronunciarse sobre la misma.

2. CONSIDERACIONES

Las medidas cautelares, se ponen a consideración del juez con el fin de garantizar de manera provisional el objeto del proceso o en su defecto suspender la ejecución de un acto o norma

¹ Fl. 45 C.Ppal.

² Fl. 16 C. Medidas Cautelares.

abiertamente ilegal o inconstitucional, hay diferentes tipos de medidas cautelares:

- (i) *Preventivas, destinadas a impedir que se consolide una afectación al derecho del cual se busca su protección*
- (ii) *Conservativas, este tipo de medidas buscan mantener o resguardar un statu quo ante*
- (iii) *Anticipativas, en donde se procura satisfacer por adelantado la pretensión perseguida por el actor, y que encuentra su justificación en tanto que de no adoptarse se incurriría en un perjuicio irremediable para el demandante,*
- (iv) *Suspensión que consiste en una cesación temporal de los efectos de una decisión administrativa.*³

En el presente asunto, la medida cautelar solicitada es de suspensión provisional de la Resolución No. GNR 75867 del 08 de marzo de 2014, es decir la suspensión del pago de la pensión de vejez reconocida al señor LUIS ALFREDO RUÍZ PÉREZ.

De conformidad con la Ley 1437 de 2011 artículo 231, las medidas cautelares deben cumplir con unos requisitos de procedencia así:

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*

³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA
Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, Bogotá, D.C., diecinueve (19)
de diciembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00081-
00.

Ver al respecto artículo 230 de la ley 1437 de 2011

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.*

Así mismo el H. Consejo de Estado se ha pronunciado al respecto:⁴

II.2. Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo.

Las medidas cautelares son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento jurídico protege, de manera provisional y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso⁵.

Con la expedición de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se instituyó un amplio y novedoso sistema de medidas cautelares, aplicables en aquellos casos en que se consideren «necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia» (artículo 229).

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ, Bogotá, D.C., cuatro (4) de abril de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00139-00.

⁵ Ver ampliación de esta definición en la sentencia C- 379 de 2004, de la Corte Constitucional.

Los artículos 229 y siguientes del nuevo Estatuto presentan el régimen cautelar del procedimiento contencioso administrativo como un instrumento concreto de la garantía efectiva y material de acceso a la Administración de Justicia que busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción en procura de solucionar una determinada controversia.⁶

Vale la pena resaltar la clasificación de las medidas cautelares contenida en el C.P.A.C.A., la cual se orienta a considerarlas preventivas, cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho; conservativas, si buscan mantener o salvaguardar un statu quo; anticipativas, de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del demandante; y de suspensión, que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.⁷

En cuanto a los criterios de aplicación que debe seguir el Juez para la adopción de la medida, merece destacarse que aquel cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma «podrá decretar las que considere necesarias»⁸. No obstante, a voces del artículo 229 del C.P.A.C.A., su decisión estará sujeta a lo «regulado» en dicho Estatuto, previsión que apunta a un criterio de proporcionalidad, si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 ídem, según el cual para que la medida sea procedente debe el demandante presentar «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» (Resaltado fuera del texto).

Sobre este asunto en particular, la Sala Plena de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:

«La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en **el fumus boni iuris** y

⁶ Sobre la finalidad de las medidas cautelares, consultar providencia de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), en la que se aseveró: "...se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda 'la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón.'"

⁷ Artículo 230 del C.P.A.C.A.

⁸ Artículo 229 del C.P.A.C.A.

periculum in mora. El primero, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la **posible existencia de un derecho. El segundo**, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de **un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho.**⁹» (Negrillas fuera del texto).

Y en providencia de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo:

«Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que **en el escenario de las medidas cautelares**, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, **además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el fumus boni iuris y el periculum in mora, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu**, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad.»¹⁰(Negrillas no son del texto).

⁹ Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁰ Sobre la aplicación de la proporcionalidad, la misma providencia indicó: "(...) Se ha sostenido en anteriores ocasiones:

(...)

Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad'

En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada

Así pues, conforme a la Jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación, en el examen de procedibilidad de la medida solicitada, deberá verificarse la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la imposición de la cautela, a saber: (i) fumus boni iuris, o apariencia de buen derecho, (ii) periculum in mora, o perjuicio de la mora, y, (iii) la ponderación de intereses.

Caso concreto: La petición de medida cautelar solicitada es la cesación de los efectos del acto administrativo GNR 75867 del 08 de marzo de 2014, es decir la suspensión del pago de la pensión de jubilación reconocida al señor JORGE ADALBERTO CÁRDENAS PALENCIA.

Alega la parte demandante ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, que la resolución demandada fue expedida en contravía de lo ordenado en el Decreto 813 de 1994 y el Decreto 2527 de 2000, respecto a la competencia en el reconocimiento de las prestaciones, por cuanto sostiene, que el afiliado acusa el derecho pensional antes del 01 de julio de 2009, fecha en la cual se perfeccionó el traslado de afiliados de Cajanal al Seguro Social, por tanto expresa, que es de competencia de la Caja Nacional o de la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales UGPP.

Al respecto es preciso señalar, por este Despacho que la decisión en relación al derecho pensional que tendría el demandando, es un asunto que se resolverá de fondo al momento de emitir sentencia, y la medida cautelar solicitada al ser ponderada en un juicio de proporcionalidad y lesividad de los derechos del accionante no tiene la magnitud de ser protectora de derecho alguno.

*uno de los principios contrapuestos ... El propio artículo 231 del C.P.A.C.A. da lugar a estar consideración imperativa en el numeral 4, literales a) y b), cuando prescribe como exigencia: 'Que, adicionalmente, se cumpla con 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.'*

Es decir, de suspender provisionalmente durante el lapso que dure el curso del presente proceso los efectos del acto demandado, se podría vulnerar el derecho fundamental al mínimo vital del señor JORGE ADALBERTO CÁRDENAS PALENCIA, pues como ya se indicó este es un asunto que atañe al fondo de la decisión que será resuelta en la sentencia.

Corresponde entonces entrar a analizar si la solicitud de suspensión provisional del acto acusado cumple con los requisitos señalados en el artículo 231 del C.P.A.C.A., a saber:

"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. (...)."

Se tiene que en el presente caso la parte demandante aporta como pruebas que soportan la solicitud de medida cautelar, sólo la Resolución GNR 75867 del 08 de marzo de 2014 (acto acusado), misma que da génesis al proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho que nos ocupa.

Conforme lo anterior, debe decirse que de la lectura de la resolución señalada en el acápite anterior no se puede determinar *prima facie* la violación de las normas invocadas en la demanda, que den pie para decretar la medida provisional, toda vez que, como se señaló, sólo se relaciona el acto acusado, lo cual no es suficiente, como ya se dijo, para hacer un juicio de ponderación excluyente del fondo del asunto.

Así las cosas, el no otorgar la medida no le causa un perjuicio irremediable a la demandante y tampoco haría nugatorios los efectos de la sentencia, lo que sí podría llegar a causar es una violación a los derechos fundamentales del señor JORGE ADALBERTO CÁRDENAS PALENCIA, por lo cual, se considera que es preciso hacer un análisis de fondo del caso concreto y por consiguiente una valoración de los medios probatorios allegados al expediente lo cual tal como se ha repetido se hará en la sentencia.¹¹

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO – SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: Negar la solicitud de medida cautelar de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia continúese con el trámite del presente proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA

Juez

JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

SINCELEJO-SUCRE

Por anotación en ESTADO No____, notifico a las partes de la providencia anterior, hoy ____ de _____ de 2018, a las 8:00 a.m.

LA SECRETARIA

¹¹ Ver sentencia CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C., nueve (09) de febrero de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00143-00(52149).