



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SINCELEJO – SUCRE

Carrera 16 N° 22-51 Sexto Piso Edificio Gentium Tel. No Tel. No 2754780 Ext 2076-2077

Sincelejo, diez (10) de marzo de dos mil veinte (2020)

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación N° 70-001-33-33-009-2019-00070-00
Demandante: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES
Demandado: WILLIAM WALTER MURILLO LÓPEZ

Asunto: Resuelve medida cautelar

1. ANTECEDENTES:

La parte actora presentó demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, pretendiendo la nulidad de la Resolución GNR 130504 de 15 de junio de 2013 por medio de la cual, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES reconoció la pensión a favor del señor William Walter Murillo López, sin el carácter de compartida con la Empresa Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. E.S.P.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó la diferencia de lo pagado por concepto de pensión de vejez, toda vez que el monto de la pensión reconocida en la resolución referenciada, fue en virtud del Decreto 758 de 1990 teniendo en cuenta: 1382 semanas de cotización y un ingreso base de liquidación de \$2.911.362 al cual se le aplicó una tasa de remplazo del 90% dando como resultado una masa de \$2.620.226 efectiva a partir de 10 de enero de 2013, sin tomar en consideración el carácter de compartida, reconociendo un retroactivo pensional de \$12.315.062 a favor del señor William Walter Murillo López. Así mismo, devolución de lo pagado por concepto de salud al pensionado.

En el libelo introductor, la parte actora solicitó como medida cautelar, la suspensión provisional de la Resolución GNR 130504 de 15 de junio de 2013, argumentando que se cumplen con los

requisitos para su decreto contenidos en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 (fls.2-3 C.Ppal).

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 abiertamente ilegal o inconstitucional.

La Ley 1437 de 2011, consagra la procedencia de las medidas cautelares, su contenido, alcance, y los requisitos para decretarlas:

Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o 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, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

Parágrafo. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.

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:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al 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 dé 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.

Parágrafo. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.

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”.

La H. Corte Constitucional al referirse a las medidas cautelares, precisó que eran instrumentos a través de los cuales el ordenamiento jurídico protege provisionalmente determinado derecho que está siendo controvertido en un proceso.

"(...) 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 reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido.

(...)

Las medidas cautelares tienen amplio sustento constitucional, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal. Sin embargo, la Corte ha afirmado que "aunque el Legislador, goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos modos obrar cuidadosamente, por cuanto estas medidas, por su propia naturaleza, se imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio. Por ende, (...) los instrumentos cautelares, por su naturaleza preventiva, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en un juicio"¹.

Por su parte, el H. Consejo de Estado precisó que las medidas cautelares surgieron de manera preventiva y con fundamento constitucional, siendo desarrolladas por el legislador a través de la Ley 1437 de 2011:

"La medida cautelar nació entonces, como un mecanismo jurídico preventivo, establecido por el legislador con fundamento constitucional, con el objetivo de proteger y garantizar el objeto del proceso y evitar que las sentencias tuviera un efecto inocuo e inane frente a los derechos que el demandante considera afectados"².

(...)

Ley 1437 de 2011 – CPACA, estableció una amplia gama de medidas cautelares, que pueden ser aplicadas de oficio o a solicitud de parte con el fin de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, entre ellas se encuentran las (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, y de (iv) suspensión que consiste en una cesación temporal de los efectos de una decisión administrativa. Es preciso destacar que el CPACA no establece un número limitado o taxativo de medidas cautelares que puedan ser adoptadas por el Juez, por el contrario, se trata de un procedimiento flexible con el que se busca, en definitiva, adoptar decisiones inmediatas, las cuales pueden ser de cualquier tipo, con el fin de satisfacer las necesidades que surjan con una situación en específico; esto se evidencia en el artículo 230 que establece que: el Juez o

¹ Corte Constitucional - Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 37 A de la ley 712 de 2001 "Por el cual se reforma el Código Procesal del Trabajo" – Sentencia de 27 de abril de 2004. M.P. Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

² Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta - Providencia de 19 de diciembre de 2016. Radicado No. 11001-03-28-000-2016-00081-00. C.P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas (...)»³ (Subrayado fuera del texto original).

Así mismo el máximo órgano de lo Contencioso Administrativo se pronunció respecto a los criterios que utiliza el juez para decretar determinada medida cautelar en un proceso:

"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»⁴. 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 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.⁵» (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

³ Ibídem.

⁴ Artículo 229 del C.P.A.C.A.

⁵ Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

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.»⁶(Negrillas no son del texto).

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”⁷.

3. CASO CONCRETO: En el caso sub examine, la petición de medida cautelar solicitada es la cesación de los efectos del acto administrativo contenido en la Resolución GNR 130504 de 15 de junio de 2013 por medio de la cual, la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, reconoció pensión vejez ordinaria sin tener en cuenta la compatibilidad pensional (fls.2-3 C.Ppal):

⁶ 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 uno de los principios contrapuestos ... El propio artículo 231 del C.P.A.C.A. da lugar a esta 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.”

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P. Dra. María Elizabeth García González. Providencia del 04 de abril de 2017. Radicación No. 11001-03-24-000-2015-00139-00.

"Lo anterior atendiendo a que se cumplen la totalidad de requisitos para su decreto de conformidad con lo establecido en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011:

I. La demanda se encuentra razonablemente fundada en derecho, toda vez que Resolución GNR 130504 de 15 de junio de 2013, proferida por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, reconoce una pensión de vejez ordinaria pero no de carácter compartida, razón por la cual debe cambiar la fecha de reconocimiento conforme a la fecha de status pensional y el valor del retroactivo pensional se debe girar a la empresa jubilante.

II. En el presente caso el señor WILLIAM WALTER MURILLO LÓPEZ, es beneficiario de una pensión de vejez de carácter compartible con la EMPRESA RECTIFICADORA DE LA COSTA ATLÁNTICA S.A E.S.P.

III. La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, como administradora del régimen de Prima Media de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007, es la encargada del reconocimiento de las prestaciones a las que tengan derecho sus afiliados.

Así mismo se debe señalar que el pago de una prestación generada sin el cumplimiento de los requisitos legales atenta igualmente contra el principio de Estabilidad Financiera del Sistema General de Pensiones, establecido por el Acto Legislativo 001 de 2005 como una obligación del Estado entendido como el manejo eficiente de los recursos asignados a dicho sistema con el objetivo de garantizar a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social procurando que las decisiones que afecten dicho sistema como el reconocimiento de prestaciones, se adopten teniendo en cuenta que está conformado por recursos limitados, que se distribuyen de acuerdo a las necesidades de la población, con el objetivo de que los derechos adquiridos se hagan efectivos.

Es así como este perjuicio inminente en contra de la Estabilidad Financiera del Sistema General de Pensiones se configura en la medida en que dicho sistema debe de disponer de un flujo permanente de recursos que permita su mantenimiento y adecuado funcionamiento, y el continuar con el pago de una prestación a favor de una persona que no acredita todos los requisitos para su reconocimiento afecta gravemente su capacidad de otorgar y pagar las prestaciones a los afiliados que si tienen derecho a su reconocimiento, vulnerando como consecuencia el principio de progresividad, y el acceso a las pensiones de todos los colombianos.

Mediante auto fechado 13 de junio de 2019, se corrió traslado de la solicitud de medida cautelar para que la parte demandada se pronunciara dentro del término de cinco días, guardando silencio (fl.1 C. Med.Caut).

Corresponde entonces entrar a analizar si la solicitud de suspensión provisional del acto acusado cumple con los requisitos señalados en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 citado previamente, esto es el estudio de las disposiciones presuntamente violadas e invocadas y de las pruebas allegadas con la solicitud.

Se tiene que en el presente caso la parte demandante aporta como pruebas que soportan la solicitud de medida cautelar, sólo la Resolución GNR 130504 de 15 de junio de 2013 (acto acusado) (fls.22-27 C.Ppal), misma que da génesis al proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho que nos ocupa; certificado de devengados y deducidos del señor William Walter Murillo López (fl.28 C.Ppal), Resolución GNR 107896 de 18 de abril de 2016 por la cual no se accede a solicitud de reliquidación pensional (fls.40-50 C.Ppal), Resolución VPB 31560 de 08 de agosto de 2016 (fls.29-37 C.Ppal) por medio de la cual se resuelve recurso de apelación contra la Resolución GNR 107896 de 18 de abril de 2016, Auto de pruebas APGNR 649 de 30 de enero de 2017, por el cual la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIOENS, da apertura a término probatorio en el curso de actuación administrativa (fls.51-59 C.ppal).

Conforme lo anterior, debe precisarse que de la lectura de la resolución acusada y de los demás actos administrativos aportados con la demanda, no se puede determinar *prima facie* la violación de las normas invocadas en la demanda, que permitan decretar la medida provisional, toda vez que, como se señaló, sólo se relaciona el acto acusado, lo cual no es suficiente, para hacer un juicio de ponderación excluyente del fondo del asunto.

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 accionado no tiene la magnitud de ser protectora de derecho alguno.

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 WILLIAM WALTER MURILLO LÓPEZ, pues como ya se indicó este es un asunto que atañe al fondo de la decisión que será resuelta en la sentencia.

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, se reitera es una violación a los derechos fundamentales del señor WILLIAM WALTER MURILLO LÓPEZ, 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.⁸

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 DEL CIRCUITO
SINCELEJO-SUCRE

Por anotación en ESTADO No _____, notifico a las partes de la providencia anterior, hoy ____
de _____ de 2020, a las 8:00 a.m. LA SECRETARÍA

⁸ Ver sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Providencia de 9 de febrero de 2017 Radicación No. 11001-03-26-000-2014-00143-00(52149).