

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, ocho (08) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Auto Interlocutorio

MAGISTRADO PONENTE: JHON ERICK CHAVES BRAVO

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LESIVIDAD
EXPEDIENTE:	76109-33-33-003-2023-00220-01
DEMANDANTE:	UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co , legalagnotificaciones@gmail.com , cfmunozo@ugpp.gov.co
DEMANDADO:	GILDARDO ANTONIO VEGA URIBE gilovega@yahoo.es
ASUNTO	APELACIÓN DE AUTO

I. OBJETO DE LA DECISION

Se procederá a resolver el recurso apelación propuesto por la parte demandante, contra el auto No. 1306 del 05 de diciembre de 2023, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Buenaventura-Valle del Cauca por medio del cual se negó la medida cautelar solicitada¹.

II. ANTECEDENTES

La Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social-UGPP, por medio de apoderado judicial, demandó al señor Gildardo Antonio Vega Uribe, solicitando que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. RDP 004050 del 30 de enero de 2013² proferida por la UGPP por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual vitalicia de vejez a favor del señor Gildardo Antonio Vega Uribe en cuantía de UN MILLÓN TRESCIENTOS SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.372.708 M/C), cuya base de liquidación se efectuó con el 75% sobre un IBL del promedio devengado entre el 01 de junio de 2011 y 30 de mayo del 2012, efectiva a partir del 01 de junio de 2012.
- Resolución No. RDP 006306 del 16 de febrero del 2015³ proferida por la UGPP, por medio de la

¹ Ver índice 03 del SAMAI/Primera Instancia/índice 18 del Samai

² Ver índice 03 del SAMAI/Primera Instancia/índice 03 del Samai/Pág. 162-167

³ Ver índice 03 del SAMAI/Primera Instancia/índice 03 del Samai/Pág. 180-184



cual reliquidó y ordenó el pago de pensión mensual vitalicia de vejez a favor del señor Gildardo Antonio Vega Uribe cuantía de UN MILLÓN SEISCIENTOS DOCE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.612.445 M/C), cuya base de liquidación se efectuó con el 75% sobre un IBL del promedio de lo devengado entre el 01 de enero de 2013 y 30 de diciembre de 2013, efectiva a partir del 01 de enero de 2014.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que: i) se ordene el recálculo y pago de la pensión de vejez reconocida al señor Gildardo Antonio Vega Uribe, en cumplimiento lo establecido en los artículos 21 de la Ley 100 de 1993 con el promedio de los últimos 10 años y con los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994 ii) Que además de lo anterior, se disponga la restitución de los recursos económicos que fueron percibidos indebidamente como consecuencia de la liquidación pensional errónea efectuada por medio de las resoluciones RDP 004050 del 30 de enero de 2013 y RDP 006306 del 16 de febrero de 2015 y iii) que se e ORDENE el pago indexado de las sumas reconocidas a favor de la entidad demandante en el presente proceso.

III. DE LA PROVIDENCIA APELADA⁴:

Mediante auto interlocutorio No. 1306 del 05 de diciembre de 2023, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Buenaventura, negó la medida cautelar solicitada, tras considerar, que según las directrices del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, para que se proceda la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, debe acreditarse al menos sumariamente, la existencia de los perjuicios, requisitos que, en el presente caso, no vislumbró el A quo, pues de la confrontación del contenido del acto administrativo con los preceptos legales que se señala como vulnerados, no se vislumbra que se hayan desconocido dichas garantías al demandante, máxime cuando no alegó ningún tipo de derecho fundamental o constitucional transgredido que ameritara acceder a la medida solicitada.

Sostuvo, que, pese a que la parte accionante allegó copia del expediente administrativo, dicha situación por si sola no es indicativa de la urgencia o inminencia de proteger y garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado judicial de la parte demandante, presentó recurso de apelación⁵ en contra del auto

⁴Ver índice 03 del SAMAI/Primera Instancia/índice 18 del Samai

⁵Ver índice 03 del SAMAI/Primera Instancia/índice 22 del Samai



interlocutorio No. 1306 del 05 de diciembre de 2023, tras considerar que el régimen legal aplicado para liquidar la mesada pensional mediante el acto administrativo que por esta vía se demanda, viola las normas constitucionales y legales aplicables para el caso bajo estudio, si en cuenta se tiene que el ingreso base de liquidación corresponde al 75% del promedio de los factores salariales devengados en los últimos 10 años de servicio, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, y no al primero de los factores salariales devengados en el último año de servicios, afirmando que no es de recibo la argumentación invocada por el despacho judicial para abstenerse de decretar la medida cautelar solicitada, toda vez, que el principio de la buena fe, la confianza legítima, y el respeto del acto propio no tienen relevancia jurídica – sustancial para el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos demandados, por el contrario, ello tendría incidente en la pretensión consistente en el restablecimiento del derecho de la entidad demandante, UGPP.

Consecuentemente, señala que el negar la medida cautelar, conlleva a que se siga prolongando en el tiempo el giro de las mesadas pensionales en exceso, las cuales ocasionan un detrimento patrimonial de todo el sistema pensional y de las finanzas públicas, que genera un déficit fiscal, siendo este el perjuicio irremediable tanto para la entidad como como para todo el sistema pensional sus afiliados.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Es procedente decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos demandados?

TESIS DE LA SALA.

La Sala revocará la providencia impugnada por cuanto, y en efecto en el presente asunto se cumple la presunción de buen derecho y periculum in mora, el primero por cuanto las pruebas adosadas al expediente demuestra que la pensión de vejez reconocida al señor Gildardo Antonio Vega Uribe, debía ser en cumplimiento lo establecido en los artículos 21 de la Ley 100 de 1993 con el promedio de los últimos 10 años y con los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994 y el segundo ya que la decisión puede afectar los recursos públicos pensionales que amerita tomar una medida provisional con la anotación de que debe corregirse provisionalmente los actos demandados y el recálculo de la pensión para asegurar el objeto del proceso.

Para resolver el problema jurídico, se realizará un recuento normativo y jurisprudencial acerca de las



Radicación : 2023-00220-01
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LESIVIDAD
Accionante : UGPP
Accionado : GILDARDO ANTONIO VEGA URIBE

4

medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, de la suspensión provisional, las medidas preventivas, el régimen pensional del inpec y luego aplicarlo al caso concreto.

4.2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

De conformidad con el numeral 5 del artículo 243 del CPACA modificado por el artículo 66 de la Ley 2080 de 2021⁶, aplicable al caso⁷, el recurso de apelación procede contra el auto que decreta, deniegue o modifique una medida cautelar.

Teniendo en cuenta que en el presente caso se pretende controvertir un auto que negó una medida cautelar, el recurso de apelación interpuesto resulta procedente y su resolución le corresponde a la Sala, en virtud de lo previsto en el numeral 2, literal h)⁸ del artículo 125 *ibidem*.

RECUESTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL ACERCA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL Y LAS MEDIDAS PREVENTIVAS – REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL:

- **LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL:**

El artículo 238 de la Constitución Política establece:

“ARTICULO 238. 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”

La Corte Constitucional, en sentencia C-834 de 2013, se pronunció respecto a la finalidad de las medidas cautelares, de la siguiente manera:

⁶ “Por medio de la cual se Reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción”.

⁷ **Ley 2080 de 2021. Artículo 86. Régimen de vigencia y transición normativa.** La presente ley rige a partir de su publicación, con excepción de las normas que modifican las competencias de los juzgados y tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las cuales solo se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada esta ley.

Las nuevas reglas del dictamen pericial contenidas en la reforma a los artículos 218 a 222 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se aplicarán a partir de la publicación de la presente ley para los procesos y trámites iniciados en vigencia de la Ley 1437 de 2011 en los cuales no se hayan decretado pruebas.

De conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, las reformas procesales introducidas en esta ley prevalecen sobre las anteriores normas de procedimiento desde el momento de su publicación y solo respecto de los procesos y trámites iniciados en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

En estos mismos procesos, **los recursos interpuestos**, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, **se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos**, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.

⁸ **“ARTÍCULO 125. DE LA EXPEDICIÓN DE PROVIDENCIAS.** <Artículo modificado por el artículo 20 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> La expedición de las providencias judiciales se sujetará a las siguientes reglas:

[...]

2. Las salas, secciones y subsecciones dictarán las sentencias y las siguientes providencias:

[...]

h) El que resuelve la apelación del auto que decreta, deniega o modifica una medida cautelar. En primera instancia esta decisión será de ponente.; [...].”



“(…) Las medidas cautelares, son aquellos mecanismos 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 (…)”⁹.

Por su parte, la Ley 1437 de 2011 creó un moderno y amplio régimen de medidas cautelares, adicionales a la suspensión provisional de actos administrativos, y en 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*”. Además, indicó 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.

El artículo 230 del CPACA clasificó las medidas cautelares como: **i) preventivas** (numeral. 4), cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho; **ii) conservativas** (numeral 1 primera parte), si buscan mantener o salvaguardar un *statu quo*; **iii) anticipativas** (numerales 1 segunda parte, 2 y 3), de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del demandante, y **iv) de suspensión** (numerales 2 y 3), que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.

Los artículos 231 a 233 *ibidem* determinan los requisitos, la caución y el procedimiento para decretar las medidas cautelares; normas que son aplicables cuando se solicita la adopción de alguna de las medidas cautelares enunciadas en el artículo 230.

Para mayor claridad, el Consejo de Estado, en el siguiente pronunciamiento¹⁰, esquematizó la clasificación de los requisitos de las medidas cautelares, así:

“Requisitos de procedencia, generales o comunes, de índole formal y de índole material, para decretar medidas cautelares, en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

REQUISITOS PARA EL DECRETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-834/13. Referencia: Expediente D -9509. Demandante: Martín Bermúdez Muñoz. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 613 (parcial) de la Ley 1564 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso”. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil trece (2013).

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, providencia del siete (07) de febrero de dos mil diecinueve (2019), rad: 05001-23-33-000-2018-00976-01 (5418-2018).



REQUISITOS DE PROCEDENCIA GENERALES O COMUNES	DE ÍNDOLE FORMAL	Debe tratarse de procesos declarativos o en los que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículo 229, Ley 1437 de 2011)
		Debe existir solicitud de parte ¹¹ debidamente sustentada en el texto de la demanda o en escrito separado, excepto en los casos de los procesos que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos donde opera de oficio (artículo 229, Ley 1437 de 2011).
	DE ÍNDOLE MATERIAL	La medida cautelar solicitada debe ser necesaria para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia (artículo 229, Ley 1437 de 2011).
		La medida cautelar solicitada debe tener relación directa y necesaria entre la medida a decretar y las pretensiones de la demanda (artículo 230, Ley 1437 de 2011).

Requisitos de procedencia específicos, para decretar medidas cautelares, en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

REQUISITOS PARA EL DECRETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES			
REQUISITOS DE PROCEDENCIA ESPECÍFICOS	SUSPENSIÓN PROVISIONAL	Si la demanda tiene únicamente la pretensión de nulidad del acto administrativo, se debe verificar que exista una violación de las normas superiores invocadas, la cual puede surgir:	a) tras confrontar el acto demandado con estas
			b) tras confrontar, las normas superiores invocadas, con las pruebas.
		Si la demanda además de la nulidad del acto administrativo pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios...	Además de verificarse que exista una violación de las normas superiores invocadas debe probarse al menos sumariamente la existencia de los perjuicios (artículo 231, inciso 2°, Ley 1437 de 2011)
		a) Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho;	b) Que el demandante haya demostrado, así fuere

¹¹ De conformidad con el párrafo del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las únicas medidas que pueden ser declaradas de oficio por el juez son 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".



	Si se pretenden otras medidas cautelares diferentes a la de suspensión de los efectos del acto administrativo demandado, deben concurrir los siguientes requisitos:	sumariamente la titularidad del derecho o de los derechos invocados;
		c) 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; y
		d) Que, al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable o que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse los efectos de la sentencia serían nugatorios (artículo 231, inciso 3°, numerales 1° a 4°, Ley 1437 de 2011).

En providencia del 31 de mayo de 2019, el Consejo de Estado – Sección Primera, C.P: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, radicación número: 11001-03-24-000-2014-00682-00, recordó en cuanto a los criterios de aplicación que debe seguir el juez para adoptar una medida cautelar lo siguiente:

*“ En cuanto a los **criterios de aplicación** que debe seguir el juez para la adopción de una medida cautelar, como ya se anunció, éste cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma que señala que “podrá decretar las que considere necesarias”¹². No obstante lo anterior, a voces del artículo 229 del CPACA, 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 el demandante debe 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 lo Contencioso Administrativo 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** [...]”¹³ (Negritas fuera del texto).*

Por su parte, la Sección Tercera, mediante auto de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo lo siguiente:

“[...] 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

¹² Artículo 229 del CPACA

¹³ Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.



*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 [...]***¹⁴(Negrillas no son del texto).

Se tiene, entonces, que en el examen de procedencia de la medida cautelar solicitada debe verificarse la concurrencia de los elementos 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.

- **LA MEDIDA CAUTELAR CONSISTENTE EN LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL ACTO ACUSADO – REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL:**

Como se dijo en líneas anteriores, la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado tiene su fundamento constitucional en el artículo 238 de la CP y su trámite, procedencia y demás requisitos se desarrolla en los artículos 229 y ss del CPACA.

Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesorio, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad, en el proceso ordinario en el que se hubiere decretado tal medida. Es por ello que su finalidad está dirigida a “*evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho*”.¹⁵

¹⁴ 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 CPACA. 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.”

¹⁵ Providencia citada *ut supra*, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



Para la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, la Ley 1437 de 2011 indica que debe referirse expresamente a la confrontación de legalidad que debe efectuar el juez de la medida; es decir, ese **análisis inicial de legalidad** del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas.

El Consejo de Estado – Sección Primera, en providencia del 31 de mayo de 2019, C.P: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, anteriormente citada, recordó los postulados de la providencia del 13 de mayo de 2015¹⁶ y señaló que:

“(...) la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada en los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del periculum in mora y del fumus boni iuris, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio (...)”.

Tal visión ha sido compartida por la precitada Sección Primera del Consejo de Estado, en el auto del 27 de agosto de 2015¹⁷, en el cual subrayó lo siguiente:+

“(...) En esta providencia no se está adoptando decisión de fondo, pues lo que se resuelve es la solicitud de suspensión provisional, la cual se niega mediante auto interlocutorio, entre otras razones, porque no se configuran los requisitos que la Jurisprudencia y la Doctrina denominan Fumus bonis iuris (aparición de buen derecho) y periculum in mora (necesidad de urgencia de la medida cautelar)”.

Acerca de la forma en la que el juez debe abordar este análisis inicial, la citada providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), sostuvo:

*“(...) Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una **valoración del acto acusado** que comúnmente se ha llamado **valoración inicial**, y que implica **una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud**. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, **pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa**. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **no constituye prejuzgamiento**, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final (...)” (Resaltado fuera del texto).*

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., 13 de mayo de 2015. Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057). Actor: CARACOL Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. Demandado: Autoridad Nacional de Televisión – ANTV. Referencia: Medio de control de nulidad simple (Auto medida cautelar de suspensión provisional)

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera ponente: María Elizabeth García González. Bogotá, D.C., 27 de agosto de 2015. Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00194-00. Actor: Marco Fidel Ramírez Antonio. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social.



Como lo refiere la providencia transcrita, es importante la prevención efectuada por el legislador al advertir que la decisión sobre la medida cautelar de ningún modo implica prejuzgamiento, teniendo en cuenta que, como lo ha precisado la Jurisprudencia del Consejo de Estado – Sección Primera, se trata de “*mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto*”¹⁸.

• LA MEDIDA CAUTELAR PREVENTIVA

Como se señaló en precedencia, conforme al artículo 230 del CPACA, las medidas cautelares son preventivas (num. 4), conservativas (num. 1 primera parte) anticipativas o de suspensión (nums. 1 segunda parte, 2 y 3). En este orden de ideas, la norma enumera las posibles medidas que pueden adoptarse, entre las que se encuentran cautelares negativas y positivas.

La cautela negativa por excelencia es la suspensión provisional, cuando el objeto de control es un acto administrativo. Las cautelares positivas operan cuando el litigio versa sobre la inactividad o las actuaciones de la administración: hechos u operaciones administrativas, y dichas cautelares son de tipo preventivo, conservativo y anticipativo.

Respecto de las medidas preventivas, estas tienen por finalidad evitar que se configure un perjuicio o se vulneren los derechos del demandante¹⁹. La Ley 1437 del 2011 consagró, dentro de los procesos contenciosos administrativos, un procedimiento que tiene por finalidad evitar la inejecución de la sentencia, esto es, diseñó un proceso cautelar que se torna en instrumental del proceso principal²⁰, que corresponde no solo a lo previsto en el artículo 238 de la Constitución Política sino también busca materializar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia²¹.

¹⁸ Así lo sostuvo la Sala en la providencia de 11 de marzo de 2014 (Expediente núm. 2013 00503. Consejero ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala), al expresar que: “Con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los Jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la Jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 del C.P.A.C.A. expresamente dispone que “[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es de brindar a los Jueces ‘la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite’ []. Una suerte de presunción iure et de iure, sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido. // La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o ‘prejuzgamiento’ de la causa []. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia”.(Negrillas fuera del texto).

¹⁹ Consejo de Estado Sección Cuarta, sentencia de 21 de mayo de 2015, radicación 11001-03-24-000-2013-00534-00

²⁰ Gómez Aranguren, Gustavo. El régimen de medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011. En: Briceño de Valencia y Zambrano Cetina (Coord.) *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*. Banco de la República. Bogotá.

²¹ Constitución Política de Colombia:

Artículo 238. 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 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.



Así, las medidas cautelares preventivas buscan proteger la materialización de las decisiones judiciales, ya que permiten que el objeto del juicio permanezca inalterado durante el trámite del proceso, pues, de lo contrario, el restablecimiento del ordenamiento jurídico por medio de la sentencia sería puramente formal y no material.

Por ende, para su decreto se requiere que: (i) exista la apariencia de buen derecho, esto es, que las pretensiones del proceso aparezcan debidamente fundadas, es decir, que el demandante haya demostrado, así sea sumariamente, la titularidad del derecho o derechos invocados; (ii) que se efectúe un juicio de ponderación de intereses que permita determinar si resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla, y (iii) que exista peligro para la efectividad de la sentencia, esto es, que se produzca un perjuicio irremediable o que los efectos de la sentencia serían nugatorios²².

- **REGIMEN PENSIONAL DEL INPEC**

La recopilación normativa constitucional y legal que permite el reconocimiento y la reliquidación pensional del personal de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, es el siguiente²³:

La Ley 32 de 3 de febrero 1986 adoptó el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, estableciendo en su artículo 1° las materias que regulan dicha ley, incluyendo el régimen prestacional de dicho personal; de igual manera en su artículo 96 se consagró:

"(...) ARTÍCULO 96. PENSIÓN DE JUBILACIÓN. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta su edad. (...)"

Por su parte, el artículo 114 ibidem dispuso:

*"(...) ARTÍCULO 114. NORMAS SUBSIDIARIAS. **En los aspectos no previstos en esta Ley o en sus decretos reglamentarios, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, se les aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales. (...)**" (Negrilla fuera del texto original)*

²² Ibidem.

²³ Tomado de: CE 1, 27 Jul. 2017, el1001-03-15-000-2017-01476-00(AC), H. Sánchez.



A su turno, fue expedido el Decreto No. 407 de febrero 20 de 1994, "por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario". El artículo 168 de dicho decreto determinó lo siguiente:

*"(...) ARTICULO 168. PENSIÓN DE JUBILACIÓN. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelario Nacional, **que a la fecha de la vigencia del presente decreto se encuentren prestando** sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, **tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986.** El tiempo de servicio prestado en la fuerza pública se tendrá en cuenta para estos efectos.*

Con relación a los puntos porcentuales de cotización, serán determinados por el Gobierno Nacional.

*PARÁGRAFO 1°. **Las personas que ingresen a partir de la vigencia de este decreto, al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelario Nacional, tendrán derecho a una pensión de vejez en los términos que establezca el Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993 para las actividades de alto riesgo.***

PARÁGRAFO 2°. El personal Administrativo del Instituto se regirá por las normas establecidas en la Ley 100 de 1993. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En este sentido puede indicarse que el Decreto No. 407 de 1994, que entró en vigencia el 21 de febrero de 1994, fue expedido en el entendido de que regiría la Ley 100, la cual entró en vigencia el 1° de abril de 1994, como se puede observar del párrafo 1° del artículo 168 del mencionado decreto, que indica claramente que *"Las personas que ingresen a partir de la vigencia de este decreto, al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelario Nacional, tendrán derecho a una pensión de vejez en los términos que establezca el Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993 para las actividades de alto riesgo"*. Sin embargo, el IBL no hace parte de la transición.

4.3. CASO CONCRETO

De conformidad con el artículo 328 del C.G.P, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del CPACA, se procederá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, pronunciándose **solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso interpuesto.**



Conforme con el acápite “sustentación del recurso”, de la presente providencia, el punto de inconformidad resulta ser si es procedente decretar la medida cautelar en esta etapa procesal, dado que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, el régimen legal aplicado para liquidar la mesada pensional mediante el acto administrativo que por esta vía se demanda, viola las normas constitucionales y legales aplicables para el caso bajo estudio, ya que el recálculo y pago de la pensión de vejez reconocida al señor Gildardo Antonio Vega Uribe, debe ser en cumplimiento lo establecido en los artículos 21 de la Ley 100 de 1993 con el promedio de los últimos 10 años y con los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Como se señaló en el cuadro normativo y jurisprudencial, en el examen de procedencia de la medida cautelar solicitada debe verificarse la concurrencia de los elementos 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.

Se procederá, entonces a establecer si se cumplen cada uno de los ítems en el caso concreto.

Respecto del *fumus boni iuris*, dicho requisito consiste en que las pretensiones del proceso aparezcan debidamente fundadas, así sea sumariamente, y 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.

De la lectura del escrito de la medida cautelar se desprende que la parte demandante encuentran presuntamente vulneradas las siguientes normas:

- Constitución Política.
- Ley 100 de 1993
- Decreto 1158 de 1994

Ahora bien, para resolver el presente asunto, el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente²⁴:

“De lo anterior, esta Sala concluye que, contrario a lo afirmado por la parte actora, la autoridad judicial accionada no solo efectuó un estudio minucioso acerca de las normas que regulan el régimen pensional de trabajadores del INPEC, sino también de la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 sobre los factores salariales que conforman el IBL, así:

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, CP: NICOLÁS YEPES CORRALES, veintidós (22) de julio de dos mil veintidós (2022) Rad. 11001-03-15-000-2022-01813-01



“De conformidad con lo anterior, es claro para la Sala que los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para efectos de determinar el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez de los servidores públicos sometidos a la transición establecida en el art. 36 de la Ley 100 (sic) de 1993, corresponden exclusivamente a los factores salariales devengados en los periodos señalados en los artículos 21 y 36 ibídem, respecto de los cuales se hayan realizado aportes o cotización al sistema de seguridad social”.

En cuanto a la aplicación al caso concreto, lo hizo de forma motivada y razonable, así:

“...la Sala señala que con la sentencia de unificación a la que se ha hecho mención, las normas especiales no resultan aplicables a efectos de establecer el Ingreso Base de Liquidación de la pensión del actor, pues la aplicación de la norma anterior –esto es la Ley 32 de 1986- se limita a, como se indicó, los requisitos de edad y tiempo de servicios para acceder al derecho pensional y el monto de la pensión; no así para efectos de establecer el cálculo de la base pensional, aspecto que se encuentra sometido a lo indicado en los artículos 21 o 36 ibídem, según sea el caso.

Así, para el cálculo del monto pensional de la demandante, el IBL corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE, conforme con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicable por remisión del artículo 36 ibídem”.

Ahora bien, la solicitud de suspensión provisional solicitada se fundamenta en las mismas consideraciones de orden legal que las pretensiones de la demanda, pues considera la entidad demandante que las resoluciones No. RDP 004050 del 30 de enero de 2013 y No. RDP 006306 del 16 de febrero de 2015 proferidas por la UGPP mediante las cuales se reconoció y reliquidó una pensión mensual vitalicia de vejez a favor del señor Gildardo Antonio Vega Uribe, no se encuentran ajustadas a derecho, ya que estas no cumplen con los requisitos normativos establecidos y son contrarias a la normativa vigente, lo cual favoreció al actor para que obtuviera el derecho a una pensión en cuanto a la liquidación del IBL .

Así pues, de la revisión de la demanda y de los actos administrativos demandados Resoluciones No. RDP 004050 del 30 de enero de 2013²⁵ y No. RDP 006306 del 16 de febrero de 2015²⁶ proferidas por la UGPP,

²⁵ Ver índice 03 del SAMAI/Primera Instancia/índice 03 del Samai/Pág. 162-167

²⁶ Ver índice 03 del SAMAI/Primera Instancia/índice 03 del Samai/Pág. 180-184



Radicación : 2023-00220-01
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LESIVIDAD
Accionante : UGPP
Accionado : GILDARDO ANTONIO VEGA URIBE

15

se constata en que, si bien el señor señor Giraldo Antonio Vega Uribe se encuentra en transición, también lo es que se le incluyeron unos factores salariales en la liquidación pensional que no debían ser incluidos según las pautas propuestas por el Consejo de Estado, pues no debe liquidar con los factores devengados el último año de servicio, sino bajo un IBL referente a los 10 últimos años y con los factores del Decreto 1158 de 1994.

A continuación, se describen los factores salariales calculados en ambas resoluciones:

RDP 004050 del 30 de enero de 2013.

AÑO	FACTOR	VALOR ACUMULADO	VALOR IBL	VALOR IBL ACTUALIZADO
2011	ASIGNACION BASICA MES	17,466,936.00	10,189,046.00	10,189,046.00
2011	AUXILIO DE ALIMENTACION	510,336.00	297,696.00	297,696.00
2011	AUXILIO DE TRANSPORTE	763,200.00	445,200.00	445,200.00
2011	PRIMA DE NAVIDAD	1,809,117.00	1,055,318.00	1,055,318.00
2011	PRIMA DE SERVICIOS	801,578.00	66,806.00	66,806.00
2011	PRIMA DE VACACIONES	1,669,954.00	974,140.00	974,140.00
2012	ASIGNACION BASICA MES	7,641,790.00	7,641,790.00	7,641,790.00
2012	AUXILIO DE ALIMENTACION	223,275.00	223,275.00	223,275.00
2012	AUXILIO DE TRANSPORTE	339,000.00	339,000.00	339,000.00
2012	PRIMA DE VACACIONES	731,048.00	731,048.00	731,048.00

RDP 006306 del 16 de febrero de 2015.

AÑO	FACTOR	VALOR ACUMULADO	VALOR IBL	VALOR IBL ACTUALIZADO
2013	ASIGNACION BASICA MES	19,205,479.00	19,205,479.00	19,205,479.00
2013	AUXILIO DE ALIMENTACION	554,304.00	554,304.00	554,304.00
2013	AUXILIO DE TRANSPORTE	846,000.00	846,000.00	846,000.00
2013	BONIFICACION SERVICIOS PRESTADOS	540,235.00	540,235.00	540,235.00
2013	PRIMA DE NAVIDAD	1,966,528.00	1,966,528.00	1,966,528.00
2013	PRIMA DE SERVICIOS	871,323.00	871,323.00	871,323.00
2013	PRIMA DE VACACIONES	1,815,256.00	1,815,256.00	1,815,256.00

Consecuentemente, agrega la sala que los factores que se deben tener en cuenta son los establecidos en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1998.

Entonces, de lo anterior, concluye la Sala que en efecto se cumple la presunción de buen derecho y periculum in mora, el primero por lo señalado en precedencia y el segundo ya que la decisión puede afectar los recursos públicos pensionales que amerita tomar una medida provisional con la anotación de que debe corregirse provisionalmente los actos demandados y el recálculo y pago de la pensión de vejez

Radicación : 2023-00220-01
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LESIVIDAD
Accionante : UGPP
Accionado : GILDARDO ANTONIO VEGA URIBE



16

reconocida al señor Gildardo Antonio Vega Uribe, debe ser en cumplimiento lo establecido en los artículos 21 de la Ley 100 de 1993 con el promedio de los últimos 10 años y con los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Por ello, se revocará el auto recurrido.

Finalmente señalar que la presente decisión no implica prejuzgamiento y se volverá a revisar en la sentencia.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala Segunda de Decisión:

RESUELVE:

PRIMERO. - REVOCAR el Auto Interlocutorio No. 1306 del 05 de diciembre de 2023, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Buenaventura-Valle del Cauca, por medio del cual se negó la medida cautelar solicitada y en su defecto **ORDENAR** la suspensión de forma PARCIAL Y PROVISIONAL de los efectos de las Resoluciones No. RDP 004050 del 30 de enero de 2013 y RDP 006306 del 16 de febrero de 2015, emitidas por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, debiendo emitir la entidad demandante acto administrativo en el que ajuste la pensión a lo señalado en esta providencia.

SEGUNDO. – COMUNÍQUESE inmediatamente esta decisión al juzgado de primera instancia, de acuerdo con lo señalado en el artículo 326 del CGP.

TERCERO. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen una vez ejecutoriado el presente auto, para que continúe con el trámite de las demás etapas correspondientes al proceso.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

FRIMADO ELECTRÓNICAMENTE.

JHON ERICK CHAVES BRAVO
Magistrado

FERNANDO AUGUSTO GARCÍA MUÑOZ
Magistrado

RONALD OTTO CEDEÑO BLUME
Magistrado

Radicación : 2023-00220-01
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LESIVIDAD
Accionante : UGPP
Accionado : GILDARDO ANTONIO VEGA URIBE



LINK EXPEDIENTE DIGITAL

https://samai.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=761093333003202300220017600123