



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

Bogotá D. C., veintidós (22) de agosto de dos mil diecisiete (2017).

**Radicado : 76001-23-33-000-2013-00543-01 (4156-2016)**  
**Demandante : LILIA BAENA DE DUQUE.**  
**Demandado : NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA.**  
**Asunto : LEY 1437 DE 2011. AUTO QUE RESUELVE UNA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR.**

Procede el despacho a resolver la solicitud de medida cautelar presentada por la señora **LILIA BAENA DE DUQUE**, en su calidad de demandante, dentro del proceso de la referencia que cursa contra la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Valle del Cauca.

**I. ANTECEDENTES**

**1. De la demanda y el trámite en primera instancia.**

1.1. La señora **LILIA BAENA DE DUQUE**, por conducto de apoderado judicial, presentó demanda orientada a obtener la nulidad de los actos administrativos fictos y/o presuntos por medio de los cuales la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Valle del Cauca negaron el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a su favor.

A título de restablecimiento del derecho, deprecó el reconocimiento y pago de dicha prestación con efectos fiscales a partir del 1.º de agosto de 2011<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> La demanda fue presentada en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Folios 15 a 48 del cuaderno principal.

1.2. Mediante sentencia de primera instancia calendada el 16 de junio de 2016, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedi3 a las s3plicas de la demanda, y en tal sentido, se1al3 lo siguiente:

1. DECLÁRASE la nulidad del acto administrativo ficto o presunto que se configur3 como consecuencia de la omisi3n de respuesta por las entidades demandadas, mediante la (sic) cual se le neg3 el reconocimiento y pago de una pensi3n post – mortem a la se1ora Lilia Baena de Duque en calidad de madre de la se1ora Martha In3s Duque Baena.

2. A t3tulo de restablecimiento del derecho CONDÉNASE a la Naci3n – Ministerio de Educaci3n Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento del Valle del Cauca, a reconocerle y pagarle a la se1ora Lilia Baena de Duque la sustituci3n de pensi3n post mortem por la se1ora Martha In3s Duque Baena, a partir del 01 de agosto de 2011, en los estrictos t3rminos expuestos en la parte considerativa de 3sta decisi3n, cuyo valor corresponde a \$1.820.526.00 M/cte.

[...]²

1.3. Contra la mencionada providencia, la parte demandada interpuso recurso de apelaci3n³, por lo que el proceso fue enviado al Consejo de Estado para dar trámite al mismo⁴.

## 2. De la solicitud medida cautelar.

2.1. El 19 de mayo de 2017, la parte demandante present3 solicitud de medida cautelar «preventiva y anticipativa» consistente en:

PRIMERO: Ordenarle a las entidades demandadas y condenadas en Sentencia de Primera Instancia en el proceso de la referencia, a que reconozcan y paguen de manera TRANSITORIA, y hasta tanto se profiera sentencia de fondo en segunda instancia, la pensi3n post-mortem que el Tribunal Administrativo del Valle orden3 pagarle a la se1ora LILIA BAENA DE DUQUE, en la cuantía legal correspondiente.

SEGUNDO: En subsidio de la anterior petici3n, solicito que se le ordene a las entidades demandadas y condenadas en Sentencia de Primera Instancia en el proceso de la referencia, a que reconozcan y paguen de manera TRANSITORIA y hasta tanto se profiera sentencia de fondo en segunda instancia, la pensi3n post-mortem que el Tribunal Administrativo del Valle orden3 pagarle a la se1ora LILIA BAENA DE DUQUE, en la cuantía de un salario m3nimo legal mensual vigente, sin perjuicio a las compensaciones y/o

² Folios 183 a 187 del cuaderno principal.

³ Folios 195 a 197 del cuaderno principal.

⁴ Por reparto de la Secretar3a de la Secci3n Segunda de esta Corporaci3n, el proceso asignado a este despacho. Folio 214 del cuaderno principal.

Radicado: 76001-23-33-000-2013-00543-01 (4156-2016)  
Actor: Lilia Baena de Duque  
Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,  
Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Valle del Cauca

deducciones que se deban efectuar una vez sea proferida la sentencia de segunda instancia.

TERCERO: En subsidio de las peticiones contenidas en los Numerales PRIMERO y SEGUNDO, solicito a su Honorable Despacho judicial que se adopten las medidas necesarias para darle prevalencia y prioridad al proceso de la señora Lilia Baena de Duque en consideración al avanzado estado de edad en que la mencionada demandante se encuentra, y habida cuenta de sus condiciones de salud.

2.2. Dicha solicitud se fundamentó bajo los siguientes argumentos:

- A la fecha de presentación de la solicitud, la demandante tiene 83 años de edad, superando así la expectativa de vida certificada por el Departamento Nacional de Estadísticas – DANE para las mujeres colombianas (77 años), por tal motivo está catalogada como sujeto de especial protección constitucional (población de la tercera edad, artículo 3 de la Ley 1251 de 2008).

- Aunado a ello, padece de diabetes mellitus y tiene antecedentes de accidentes cerebrovasculares, además de las dolencias propias de las personas de avanzada edad, las cuales le impiden gozar de una calidad de vida plena.

2.3. De la solicitud en comento, sin necesidad de auto que lo ordenara, se corrió traslado mediante fijación en lista del 24 de mayo de 2017<sup>5</sup>, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 233 del CPACA.

2.4. Mediante informe de 9 de junio de 2017, la Secretaría de la Sección Segunda del Consejo de Estado advirtió al despacho sustanciador que las entidades demandadas guardaron silencio<sup>6</sup>.

Para resolver, se hacen las siguientes

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Problema jurídico.

De los fundamentos en los que se sustenta la solicitud de medida cautelar, se desprende que le corresponde a este despacho determinar si es procedente o no

<sup>5</sup> Folio 13 del cuaderno de medida cautelar.

<sup>6</sup> Folio 15 del cuaderno de medida cautelar.

decretar la medida cautelar deprecada consistente en el reconocimiento y pago transitorio de una pensión de sobreviviente a favor de la demandante.

## 2. De las medidas cautelares en el CPACA: oportunidad y requisitos.

Las medidas cautelares son instrumentos jurídico – procesales previstos en el ordenamiento jurídico para proteger y garantizar, de forma temporal, el objeto del proceso y la efectividad de la eventual sentencia favorable a las pretensiones de la demanda, sin que el mismo, tal como lo dispone expresamente la ley, implique un prejuzgamiento del asunto a decidir de fondo<sup>7</sup>.

Igualmente, debe precisarse que las medidas cautelares en los procesos que se ventilan ante esta jurisdicción se encuentran reguladas en los artículos 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 (CPACA); regulación que las clasificó en (i) preventivas, (ii) conservativas, (iii) anticipativas y, (iv) de suspensión<sup>8</sup>.

Los artículos 229 y 233 ídem desarrollan normativamente el tema de la oportunidad de para presentar solicitudes de medidas cautelares en los procesos declarativos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y en tal sentido disponen:

**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. [...]

**ARTÍCULO 233. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.** La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el

<sup>7</sup> Ley 1437 de 2011. Artículo 229.

<sup>8</sup> Artículo 230 ídem.

curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil. [...]

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia. [...] [Negrilla y subrayado fuera del texto]

Por lo tanto, de las normas transcritas se tienen entonces tres (3) premisas:

- (i) Se puede adoptar cualquier clase de medida que garantice el objeto del proceso (preventivas, conservativas, anticipativas y/o de suspensión).
- (ii) El legislador, tal como lo sostiene la doctrina, «prevé gran flexibilidad respecto de la oportunidad para solicitar y, desde luego, decretar las medidas cautelares, pues se tiene hasta antes de que se dicte la sentencia de última instancia»<sup>9</sup>, y
- (iii) La diferencia entre solicitar medidas cautelares con la presentación de la demanda o en oportunidad diferente (es decir, durante el trámite del proceso) está en el cauce procedimental a seguir previa adopción/decreto de la misma (específicamente en lo que respecta a la forma del traslado a la contraparte y la oportunidad para decidir).

Ahora bien, los requisitos legales para el decreto de las medidas cautelares están consagrados al tenor del artículo 231 ibídem, según el cual:

[...] 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:

<sup>9</sup> GONZÁLEZ REY, Sergio. «Comentario del capítulo XI. Medidas Cautelares». En: BENAVIDES, José Luis (Ed.) Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011. Comentado y Concordado. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia. 2016. Pp. 581-597.

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. [Negrilla y subrayado fuera de texto]

Sea lo primero indicar que de la norma en comento se extrae que los requisitos exigidos para que proceda el decreto de una medida cautelar varían según la naturaleza de esta. En ese sentido, la primera parte de la norma establece los requisitos de la suspensión provisional de actos administrativos; mientras que la segunda parte, condensa los requerimientos que deben concurrir en el evento en el que se pretenda una medida cautelar diferente.

Ahora bien, como en el caso de autos la demandante solicita una medida cautelar diferente de la suspensión provisional de los actos administrativos enjuiciados, corresponde a ella la carga procesal de demostrar (i) que la demanda se encuentra razonablemente fundada en derecho; (ii) la titularidad del derecho invocado (siquiera de forma sumaria); (iii) que resultaría más gravoso al interés público no decretar la medida cautelar; y (iv) que de no decretarse la medida cautelar (de forma disyuntiva) (a) se causaría un perjuicio irremediable o (b) los efectos de la sentencia serían nugatorios.

### 3. De los requisitos para decretar la medida cautelar en el caso concreto.

A continuación, procederá el despacho a realizar el análisis del caso concreto por cada uno de los requisitos antes mencionados, con el fin de determinar si es procedente o no el decreto de la medida cautelar en los términos de la solicitud presentada.

### **3.1. Que la demanda esté razonadamente fundada en derecho:**

De la lectura del escrito de la demanda, el despacho observa que la misma está debidamente sustentada en derecho, pues, *grosso modo*, los fundamentos normativos y jurisprudenciales que arguyó la parte demandante se encuentran relacionados (y son congruentes) con las pretensiones de la demanda (reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente).

Esta premisa adquiere mayor fuerza si se tiene en cuenta que durante el trámite de la primera instancia del proceso de la referencia fueron concedidas las súplicas de la demanda; y bajo este contexto puede entonces el despacho presumir que dicho libelo se encuentra razonadamente sustentado en derecho.

### **3.2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados:**

En el caso *sub lite*, está demostrado que la señora MARTHA INÉS DUQUE BAENA (i) era hija de la señora LILIA BAENA DE DUQUE<sup>10</sup>, y (ii) que falleció el 1.º de agosto de 2011<sup>11</sup>; a ello debe agregarse que la demandante manifestó depender económicamente de la causante y para sustentar dicha afirmación aportó con la demanda y la solicitud de medida cautelar varias declaraciones anticipadas de carácter extrajudicial<sup>12</sup>.

Por lo tanto, está probado en el proceso, siquiera de forma sumaria, que la demandante es la beneficiaria de la prestación reclamada. A esto debe sumarse que, al igual que como se indicó en el acápite anterior, el hecho de que hayan sido concedidas las pretensiones por el *a quo*, conduce a admitir, con cierto grado de certeza, que está probado en el proceso la titularidad del derecho en cuestión.

### **3.3. Que resultaría más gravoso al interés público no decretar la medida cautelar:**

El tercer requisito consistente en determinar si la decisión de no decretar la medida cautelar resulta más gravoso al interés público, supone el desarrollo de un

<sup>10</sup> Copia de Registro Civil de Nacimiento de la señora MARTHA INÉS DUQUE BAENA. Folio 7 del cuaderno principal.

<sup>11</sup> Copia de Registro Civil de Defunción de la señora MARTHA INÉS DUQUE BAENA. Folio 8 del cuaderno principal.

<sup>12</sup> Folios 12, 13 y 14 del cuaderno principal, y 1, 2 y 3 del cuaderno de medida cautelar.

ejercicio de ponderación, cuyos extremos en conflicto en el caso concreto son: de un lado los derechos a la seguridad social, mínimo vital y vida digna de la demandante<sup>13</sup>, y del otro, el principio de sostenibilidad fiscal en las finanzas públicas, específicamente respecto del sistema prestacional del Magisterio.

Por lo anterior, es necesario considerar si existe o no conflicto entre las normas de estructura abierta contentivas de los intereses en juego, pues solo en el evento en el que se demuestre dicha existencia podrá el operador jurídico proceder con el respectivo juicio de ponderación (consistente en la aplicación de la *ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación*)<sup>14</sup>.

En el caso *sub examine*, si bien es cierto los propósitos deónticos<sup>15</sup> de ambos extremos comparados son ORDENAR/OBLIGAR, tales «obligaciones» entran en choque, pues visto desde la perspectiva de las garantías *iusfundamentales* invocadas por la demandante, el Estado está obligado a garantizar el acceso y disfrute de la seguridad social, así como la vida digna y el mínimo vital de sus asociados; mientras que desde el principio de sostenibilidad fiscal, corresponde al Estado racionalizar la economía del país, tanto en el plano nacional como territorial, dentro de lo que la misma Carta Política de 1991 ha denominado «un marco de sostenibilidad fiscal»<sup>16</sup>, con miras a la persecución de fines tales como «el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano»<sup>17</sup>. Es decir, el conflicto radica entonces en que:

*Si se reconoce de forma transitoria una pensión de sobreviviente a favor de la señora LILIA BAENA DE DUQUE ello implica una erogación para el tesoro público, que eventualmente podría significar el desbalance del mismo; mientras que si se resuelve negar la medida, no existirá afectación alguna a las finanzas públicas que componen el sistema prestacional del Magisterio con la consecuencia de desconocer y/o vulnerar los derechos fundamentales de la demandante.*

<sup>13</sup> Los derechos mencionados fueron invocados en la demanda.

<sup>14</sup> Sobre el particular: ALEXY, Robert. La fórmula del peso. En: CARBONELL, Miguel (Ed.). El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito (Ecuador). 2008. Pp. 13-42. En el mismo sentido: MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad administrativa. Universidad Externado de Colombia. 2007. 407-426.

<sup>15</sup> Estos pueden ser: (i) permitir, (ii) ordenar/obligar, o (iii) prohibir.

<sup>16</sup> Constitución Política, artículo 334. Modificado por el Acto Legislativo 003 de 2011.

<sup>17</sup> Idem.



Ahora bien, para desarrollar el respectivo ejercicio de ponderación (proporcionalidad en sentido estricto), siguiendo el modelo desarrollado por el jurista alemán ROBERT ALEXI, es necesario agotar tres pasos: el primero de ellos es emplear la ley de la ponderación, para así determinar las variables del peso concreto, el peso en abstracto y la seguridad de las premisas empíricas; en segundo lugar, debe el operador jurídico aplicar la fórmula del peso usando las variables antes mencionadas, y finalmente, acudir a las cargas de la argumentación jurídica, si y solo si, el resultado del ejercicio de ponderación a través de la aplicación concreta de la fórmula del peso arroja valores paritarios, que no muestren una respuesta satisfactoria al conflicto suscitado entre los intereses en juego.

### 3.3.1. La ley de la ponderación.

Como en el caso de autos se presenta un conflicto entre normas de estructura flexible como lo son los derechos fundamentales y los principios constitucionales, es necesario determinar las variables de (i) peso concreto, (ii) peso en abstracto y (iii) seguridad de las premisas empíricas, para cada uno de los intereses contrapuestos.

**3.3.1.1. Peso en concreto:** Esta variable responde al nivel de afectación y/o satisfacción de los intereses en juego en el evento de adoptarse la medida solicitada. Este se determina a través de una escala trídica donde cuatro (4) es intenso, dos (2) es medio y uno (1) es leve.

- a. De los derechos que invoca la demandante como afectados: Corresponde el valor de cuatro (4), como quiera que de reconocer de forma transitoria el derecho pensional reclamado (pensión de sobreviviente) se satisfacen en gran medida los derechos a la seguridad social, la vida digna y el mínimo vital de la señora LILIA BAENA DE DUQUE.
- b. Del principio de sostenibilidad fiscal: Corresponde el valor de uno (1), pues en el evento en el que proceda el decreto de la medida cautelar solicitada la afectación a este principio sería mínima o leve, es decir, reconocer

transitoriamente una pensión de sobreviviente no tiene mayor impacto sobre el sistema prestacional del Magisterio.

**3.3.1.2. Peso en abstracto:** Este valor se calcula a partir de la importancia de los valores imperantes en la sociedad, por lo tanto<sup>18</sup>:

- a. De los derechos que invoca la demandante como afectados: A esta variable se le asigna el valor de cuatro (4), dado que los derechos que pretende la demandante le sean protegidos (seguridad social, vida digna y mínimo vital), a la luz de los postulados constitucionales de la Carta Política de 1991 (v. gr., el Estado social y democrático de Derecho, el principio constitucional de primacía de los derechos fundamentales y la aplicación inmediata de los mismos, entre otros) y la interpretación que la Corte Constitucional ha hecho de los mismos<sup>19</sup>, pueden catalogarse como garantías *iusfundamentales*.
- b. Del principio de sostenibilidad fiscal: El valor que se le asigna a esta variable es de uno (1), ya que por expreso mandato constitucional se estableció que «[...] bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva»<sup>20</sup>. Se tiene entonces que la respectiva apreciación sobre contraposición de este principio frente a los derechos fundamentales (a partir de los valores imperantes en la sociedad) fue zanjada previamente por el constituyente derivado al instaurar la precitada prohibición.

**3.3.1.3. Seguridad de las premisas empíricas:** Esta variable responde al nivel de certeza en el acaecimiento de las consecuencias tácticas y/o jurídicas producto de la adopción de la medida cautelar. Este valor puede calcularse de la siguiente manera: se asignará el valor de uno (1) al evento en donde el nivel de certeza sea el mayor posible; el valor será un medio (1/2) cuando las

<sup>18</sup> Esta variable se determina, al igual que con la del *peso en concreto*, a través de una escala tríadica donde cuatro (4) es intenso, dos (2) es medio y uno (1) es leve.

<sup>19</sup> Sobre el tema: Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992, Magistrado ponente doctor CIRO ANGARITA BARÓN.

<sup>20</sup> Constitución Política. Artículo 334, parágrafo.

consecuencias sean plausibles; y un cuarto (1/4), cuando pareciere que las consecuencias no ocurrirán pero no se tiene certeza absoluta de ello. En ese sentido:

- a. De los derechos que invoca la demandante como afectados: Es relevante señalar que (i) en el proceso existe prueba sumaria de la dependencia económica de la demandante respecto de la causante, y (ii) el decreto de la medida cautelar en cuestión dentro de los parámetros de la razonabilidad y racionalidad tiene la potencialidad de amparar los derechos que se reclaman como lesionados. Por lo anterior el valor es uno (1).
- b. Del principio de sostenibilidad fiscal: Frente a este, el despacho observa que el nivel de certeza de acaecimiento de las consecuencias jurídicas (afectación del mencionado principio) es medio, por lo que podría clasificarse como plausible, y en ese sentido el valor correspondiente es de (1/2).

### 3.3.2. La fórmula del peso.

Se trata de una relación matemática que permite calcular el peso total de cada uno de los intereses en conflicto, a partir de los valores establecidos en el acápite precedente. Dicha fórmula es:

$$PT(A) = \frac{PC(A)}{PC(B)} \times \frac{PA(A)}{PA(B)} \times \frac{SPE(A)}{SPE(B)} \qquad PT(B) = \frac{PC(B)}{PC(A)} \times \frac{PA(B)}{PA(A)} \times \frac{SPE(B)}{SPE(A)}$$

Donde:

- PT es peso total.
- PC es peso en concreto.
- PA es peso en abstracto.
- SPE es seguridad de las premisas empíricas.
- (A) es el primer derecho/principio en conflicto.
- (B) es el segundo derecho/principio en conflicto.

Por lo tanto, si se extrapola lo anterior al caso concreto se tiene entonces que:

Radicado: 76001-23-33-000-2013-00543-01 (4156-2016)

Actor: Lilia Baena de Duque

Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,  
Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Valle del Caucaa. De los derechos fundamentales que invoca la demandante como afectados:

$$PT(\text{seguridad social, vida digna y mínimo vital}) = \frac{4^{21}}{1^{22}} \times \frac{4^{23}}{1^{24}} \times \frac{1^{25}}{1/2^{26}} = 8$$

b. Del principio de sostenibilidad fiscal:

$$PT(\text{sostenibilidad fiscal}) = \frac{1}{4} \times \frac{1}{4} \times \frac{1/2}{1} = \frac{1}{8}$$

Por ende,

$$8 > \frac{1}{8}$$

*PT(derechos a la seguridad social, mínimo vital y vida digna) > PT(principio de sostenibilidad fiscal)*

Bajo este contexto, si se compara el peso total de los intereses en conflicto se advierte que los derechos fundamentales invocados por la demandante tienen un peso mayor que el del principio de sostenibilidad fiscal, y por consiguiente, (i) los primeros se sobreponen al segundo, y (ii) el ámbito de aplicación del principio de sostenibilidad fiscal habrá de contraerse para facilitar el cumplimiento y satisfacción de aquellas garantías *iusfundamentales* invocadas. En consecuencia resulta más gravoso al interés público no decretar la medida solicitada, pues una decisión en tal sentido no solo contrariaría la Constitución, sino que también serviría de aval para el desconocimiento de derechos fundamentales en razones como la protección del tesoro público<sup>27</sup>.

<sup>21</sup> Ver el literal A del punto 3.3.1.1., de las consideraciones.

<sup>22</sup> Ver el literal B del punto 3.3.1.1., de las consideraciones.

<sup>23</sup> Ver el literal A del punto 3.3.1.2., de las consideraciones.

<sup>24</sup> Ver el literal B del punto 3.3.1.2., de las consideraciones.

<sup>25</sup> Ver el literal A del punto 3.3.1.3., de las consideraciones.

<sup>26</sup> Ver el literal B del punto 3.3.1.3., de las consideraciones.

<sup>27</sup> Sobre este tema: Corte Constitucional. Sentencia T-403 de 1992, Magistrado ponente doctor EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. «La opción por la primacía de los derechos fundamentales sobre las llamadas "razones de estado", históricamente esgrimidas por la autoridad para limitar el ejercicio de los derechos y libertades ciudadanas, en aras de la defensa *in abstracto* de valores y nociones como "la moral", el "orden público", las "buenas costumbres" o el "interés general", llevó al constituyente de 1991 a postular derechos de aplicación inmediata que no requieren de desarrollo legal para ser exigibles (CP art. 85). El libre ejercicio de derechos no condicionados a lo establecido por la ley (CP art. 18, 19, 20), así como la prohibición de que sean suspendidos los derechos humanos y las libertades fundamentales en estados de excepción (CP art. 214), se explican en el mismo principio de primacía de los derechos fundamentales.»

### **3.3.3. Las cargas de la argumentación jurídica.**

Comoquiera que en el caso concreto no existe paridad entre los pesos totales de los intereses contrapuestos, este paso del juicio de ponderación puede omitirse, pues la balanza entre las normas de contenido flexible ya encontró movimiento para favorecer uno de los extremos, específicamente, el de los derechos fundamentales.

### **3.4. Que de no decretarse la medida cautelar se causaría un perjuicio irremediable:**

Tanto en la solicitud de la medida cautelar como en el escrito de demanda, la parte actora sostiene que dada su avanzada edad y sus condiciones de salud requiere de determinados tratamientos que implican la erogación de ciertos costos respecto de los cuales manifiesta estar en la imposibilidad de incurrir por sí misma, dado que dependía económicamente de la señora MARTHA INÉS DUQUE BAENA.

Bajo este contexto, no decretar la medida reclamada podría desembocar en la vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida digna de la demandante, y consecuentemente, en la causación de un perjuicio irremediable para la misma, así como la disminución y/o merma de las condiciones de su salud y vida.

### **3.5. Que existen serios motivos para considerar que de no decretarse la medida cautelar los efectos de la sentencia serían nugatorios.**

Si bien es cierto, esta condición es disyuntiva con la precedente (acápito 3.4) en los términos del numeral 4 del artículo 231 del CPACA, en el caso objeto de estudio, el despacho advierte que de igual manera esta se encuentra estructurada, toda vez que de no reconocerse de forma transitoria la prestación social (pensión de sobreviviente) dada la avanzada edad y estado de salud actual de la demandante, por un lado, y el tiempo para que el asunto de la referencia tenga una resolución de fondo, por el otro, los efectos de la eventual sentencia favorable serían nugatorios.

#### 4. Del contenido de la solicitud de medida cautelar en el caso concreto:

En este punto el despacho se dispone a estudiar el contenido de la medida específica reclamada, el cual, en el caso de autos, se contrae al reconocimiento y pago transitorio de una pensión de sobreviviente.

Al respecto, debe manifestarse que el tema ha sido desarrollado eminentemente por el juez constitucional (específicamente en sede de tutela) pues a la luz de la vulneración de derechos fundamentales, concatenado a la necesidad de evitar/mitigar perjuicios irremediables, aquel, excepcionalmente (dado el carácter subsidiario de la acción de tutela), ha reconocido de forma transitoria prestaciones de carácter pensional, v. gr.; en sentencia T-043 de 2005, la Corte Constitucional sostuvo:

3.2. En este sentido, la Sala advierte que el reconocimiento de una acreencia laboral debe ser decretada por el juez de tutela cuando éste evidencie que su intervención es imprescindible para impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable o encuentre que los mecanismos ordinarios de protección judicial resultan inanes para garantizar el derecho fundamental amenazado o vulnerado<sup>28</sup>. Ello ocurre, por ejemplo, cuando la negativa de la entidad competente para reconocer la acreencia respectiva signifique una afectación del mínimo vital de la persona, o a otros derechos fundamentales como el derecho de igualdad ante la ley, el derecho a la familia o su protección especial y los derechos fundamentales de los niños.

3.3. Ahora, específicamente respecto de la pensión de sobrevivientes, la Corte ha concedido en varias ocasiones el amparo para obtener su reconocimiento y cancelación cuando exista una violación de derechos fundamentales que entrañe un perjuicio irremediable,<sup>29</sup> cuya valoración

<sup>28</sup> Así por ejemplo, en la Sentencia T-311 de 1996, se concedió la tutela a una mujer que estando en estado de embarazo, por la conjunción de éste con una enfermedad neurológica, quedó incapacitada laboralmente. El empleador, una empresa de servicios temporales, no había realizado el cruce de cuentas necesario para el pago de la incapacidad, motivo por el cual la Corte ordenó el pago directo de las incapacidades a éste y no a la E.P.S. Es de resaltar que, tomando en cuenta el hecho de que la accionante iba a tener un hijo y tenía otros menores que mantener, se consideró que el proceso ordinario laboral no era idóneo para reclamar lo relativo a las incapacidades. Igualmente, en la sentencia T-553 de 1998, se concedió el amparo como mecanismo transitorio a un enfermo de SIDA, que había reunido los requisitos para adquirir la pensión de invalidez; y en la sentencia T-627 de 1997, se concedió la tutela a un pensionado, a quién se le había reconocido ya la pensión de invalidez y se le exigía para continuar gozando de la pensión, la existencia de una sentencia de interdicción y la asignación de curaduría, existiendo valoración médica que confirmaba su estado de invalidez. Así mismo, en la Sentencia T-413 de 2004 la Corte ordenó el pago de una incapacidad laboral a una peticionaria a quien el hecho de no haber recibido ingreso alguno durante el lapso en que estuvo incapacitada, vulneró su mínimo vital. En este mismo sentido pueden consultarse, entre otras, las Sentencias T-173 de 1994, T-829 de 1999, C-1247 de 2001, T-205 de 2002, T-081 de 2003 y T-1229 de 2003.

<sup>29</sup> Al respecto, en la Sentencia T-859 de 2004, la Corte consideró que el no reconocimiento de la pensión de sobrevivientes sin haber tenido en cuenta la totalidad del acervo probatorio, tratándose de una persona que presenta una discapacidad mental severa, constituye una vulneración de los

**ha de efectuarse teniendo en cuenta los supuestos tácticos particulares de cada caso concreto. [...]**

Así es como la Corte Constitucional en varias oportunidades ha concedido la pensión de sobrevivientes vía tutela, en virtud de la importancia que esta acreencia tiene para la protección de los derechos fundamentales de una categoría especialmente vulnerable de personas, esto es, aquellas que deben soportar las cargas económicas derivadas de la muerte de que quien dependían para su sustento. Entonces, en la medida en que la pensión de sobrevivientes garantiza a los beneficiarios de la misma, el acceso a los recursos necesarios para subsistir en condiciones dignas y al menos, el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida el pensionado, es procedente el amparo de la familia por medio de la tutela, cuando con el mismo se busca evitar la consumación o continuación de un perjuicio irremediable.<sup>30</sup>

[...]

4.2 En este orden, en lo que al perjuicio irremediable se refiere, la Sala reitera que algunos grupos con características particulares, como los niños, los ancianos, las personas discapacitadas o las mujeres cabeza de familia entre otros, pueden llegar a sufrir daños o amenazas que, aun cuando para la generalidad de la sociedad no representan un perjuicio irremediable, sí lo representa para ellos, en virtud de las especiales circunstancias de debilidad o vulnerabilidad en que se encuentran.<sup>31</sup>

A partir de lo anterior, se entiende entonces que el mérito para que proceda el amparo transitorio de reconocimiento y pago de una pensión, se estructura a partir de la debida comprobación del perjuicio irremediable. Es importante aclarar que si bien es cierto el argumento planteado fue desarrollado en sede de tutela, ello no es óbice para que el mismo sea aplicado por el juez contencioso administrativo tratándose de medidas cautelares, pues en este caso la lógica de uno y otro mecanismo jurídico es precisamente la de evitar la consumación de un perjuicio, que en el contexto del proceso contencioso administrativo conlleva a que los

---

derechos fundamentales de la accionante y un desconocimiento de la obligación de prestar especial protección a la misma, teniendo en cuenta su condición síquica, la cual le da un del derecho a ser tratada de manera especial, por encontrarse en una condición de desventaja frente a las demás personas. Así mismo, la Corte consideró que la negativa de reconocimiento de la sustitución pensional afectaba el derecho al mínimo vital de la accionante, ya que ésta no contaba con los recursos económicos para garantizar su subsistencia, ni la atención médica constante que requiere por su condición de persona con retardo mental. Siguiendo este criterio, en la sentencia 664 de 2004, la Corte concedió el amparo a una menor que solicitaba el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en virtud de su calidad de sujeto de especial protección constitucional y de la afectación que implicaba para su mínimo vital, la negativa a la pensión. Así mismo en la Sentencia T-444 de 2004 se concedió el amparo a una mujer de la tercera edad, para la que la negativa al pago de la pensión de sobrevivientes constituía una afectación a su mínimo vital y a su derecho a la salud, en la medida en que requería de ese ingreso para poder adquirir los medicamentos que su médico tratante le había ordenado en virtud de su delicado estado de salud. Pueden consultarse, además en este mismo sentido, las Sentencias, T-01 y T-036 de 1997, T-718 de 1998, T-660 de 1999, T-408 de 2000 y T-398 y T-476 de 2001

<sup>30</sup> En este sentido, consultar entre otras, la Sentencia T-813 de 2002.

<sup>31</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-043 de 2005. Magistrado ponente doctor MARCO GERARDO MONROY CABRA.

efectos de la sentencia sean nugatorios, haciendo improbable la tutela judicial efectiva.

Aunado a ello, se considera necesario señalar que en torno al perjuicio irremediable y los sujetos de especial protección constitucional (como lo son las personas de la tercera edad), la Corte Constitucional ha dicho:

En el mismo orden de ideas, como la prueba del perjuicio irremediable no es rigurosa ni se encuentra sometida a ritualidades específicas, la Corte Constitucional ha sostenido que, frente a casos especiales, el perjuicio irremediable puede presumirse. La Corte reitera en este punto que lo que se exige es que "en la demanda al menos se señalen los hechos concretos que permitan al juez constitucional deducir la ocurrencia de dicho perjuicio<sup>32</sup>,<sup>33</sup> Por ello, por ejemplo, en el caso de los sujetos de especial protección constitucional, a favor de los cuales la jurisprudencia constitucional ha dispuesto un tratamiento singular, la existencia del perjuicio irremediable se somete a reglas probatorias más amplias, derivadas de la sola condición del afectado<sup>34</sup>, lo cual implica una apertura del ángulo de presunción.<sup>35</sup>

En conclusión, este despacho encuentra mérito para decretar la medida cautelar deprecada, y en consecuencia, ordenar a la parte demandada a reconocer y pagar de forma transitoria una pensión de sobreviviente a favor de la señora LILIA BAENA DE DUQUE en cuantía equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, con efectos fiscales a partir de la fecha en la que tome firmeza esta providencia, hasta el momento en el que el juez natural de la causa (medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho) resuelva de fondo el asunto de la referencia, en segunda instancia.

##### **5. De la caución.**

Dentro de la regulación que hace el CPACA respecto las medidas cautelares que se tramitan ante esta jurisdicción, se prevé una norma específica sobre la caución

<sup>32</sup> Sobre la comprobación del perjuicio irremediable como condición para la procedencia de la acción de tutela, pueden revisarse las sentencias T-425-00, M.P. Álvaro Tafur Gálvis; T-620-00, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-1205-01, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1496-00, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez y T-882-02, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>33</sup> SU-1070 de 2003 Jaime Córdoba Triviño

<sup>34</sup> Lo anterior explica entonces por qué, tratándose de sujetos de especial protección, el concepto de perjuicio irremediable debe ser interpretado en forma mucho más amplia y desde una doble perspectiva. De un lado, es preciso tomar en consideración las características globales del grupo, es decir, los elementos que los convierten en titulares de esa garantía privilegiada. Pero además, es necesario atender las particularidades de la persona individualmente considerada, esto es, en el caso concreto. Consecuencialmente, para determinar la procedencia del amparo, cuando se trata de sujetos de especial protección, el juez deberá analizar cada uno de estos aspectos. (Sentencia T-1316 de 2001 M.p. Rodrigo Uprimny Yepes)

<sup>35</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-290 de 2005. Magistrado ponente doctor MARCO GERARDO MONROY CABRA.



que debe prestar el solicitante en los eventos en los que se adopte una medida distinta a la suspensión del acto administrativo, cuyo tenor literal dispone:

**Artículo 232. Caución.** El solicitante deberá prestar caución con el fin de garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar con la medida cautelar. El Juez o Magistrado Ponente determinará la modalidad, cuantía y demás condiciones de la caución, para lo cual podrá ofrecer alternativas al solicitante.

La decisión que fija la caución o la que la niega será apelable junto con el auto que decreta la medida cautelar; la que acepte o rechace la caución prestada no será apelable.

No se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, de los procesos de tutela, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.

Al respecto, se considera que a partir de los elementos fácticos de caso concreto, resulta desproporcionado exigir a la parte actora prestar caución, pues precisamente en la solicitud se ha manifestado, además de haberse aportado el material probatorio que sirviera de soporte, que la demandante carece de los recursos necesarios para tener y gozar de una calidad de vida plena. Por lo tanto, el despacho se abstendrá de dar aplicación a la regla contenida en el artículo citado y no fijará caución alguna en el caso concreto.

Lo anterior se ajusta a la lectura sistemática y teleológica del régimen cautelar asumido en el capítulo XI del título V de CPACA, de suerte que la caución no resulta ser requisito *sine qua non* para el decreto de las medidas cautelares distintas a la suspensión del acto administrativo.

En efecto, una lectura diferente de la norma haría nugatoria y/o ilusoria la protección cautelar que se pretende por la demandante, pues «[l]a esencia de las medidas cautelares, es justamente la de evitar las frustraciones de los fallos judiciales de fondo, de modo que no resulten «desprovistos de eficacia», consolidando las situaciones que resulten contrarias al derecho según el propio fallo. [...] Este concepto resulta el decisivo. La medida cautelar es contenido inseparable del derecho de tutela judicial efectiva. El legislador no puede, en modo

Radicado: 76001-23-33-000-2013-00543-01 (4156-2016)  
Actor: Lilia Baena de Duque  
Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,  
Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Valle del Cauca

alguno, negarlo o impedirlo. A mayor abundamiento, los jueces tendrán que otorgarlas cuando de no hacerlo se pone en riesgo la efectividad del fallo final.»<sup>36</sup>

En mérito de lo expuesto, el despacho sustanciador,

### III. RESUELVE

**PRIMERO:** **DECRETAR** la medida cautelar consistente en ordenar a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Valle del Cauca, que reconozca y pague, de forma transitoria, una pensión de sobreviviente a favor de la señora **LILIA BAENA DE DUQUE** en cuantía equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, con efectos fiscales a partir de la fecha de notificación de esta providencia, hasta tanto se profiera sentencia definitiva en el presente asunto.

**SEGUNDO:** **ABSTENERSE** de fijar caución, de conformidad a las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

Notifíquese y cúmplase,

  
**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**  
Consejero de Estado

<sup>36</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y procesos contenciosos-administrativo español. Civitas Ediciones. Tercera edición. Madrid (España) 2004. Pp. 330-331