



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Popayán, cuatro (4) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO

Expediente: 19001 33 33 009 2019 00061 01
Actor: YESID JOSÉ GARCÍA BALLESTEROS
Demandado: NACIÓN – MINDEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Auto Interlocutorio N° 532

Conoce la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el Auto Interlocutorio N° 618 del 14 de agosto de 2019, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán¹ dentro del proceso de la referencia, por medio del cual se dispuso rechazar la demanda por encontrar configurada la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

I.- La demanda²

Manifiesta el señor García Ballesteros que ingresó al Ejército Nacional en marzo del año 2003, con grado de soldado profesional y que su estado de salud era óptimo.

Aduce que el 28 de octubre de 2005, en la vereda La Zanja, del municipio de La Vega-Cauca, se cayó y sufrió un golpe en la rodilla derecha, que le generó un trauma con lesión “meniscal”; en consecuencia, indica que fue intervenido quirúrgicamente con meniscoplastia y tratado por fisioterapia, agrega que dicho acontecimiento le dejó una secuela de “gonalgia derecha”.

Señala que luego de emitidas varias actas de Junta Médica provisionales, finalmente mediante Acta de Junta Médica Laboral No. 28997 de 3 de marzo de 2009, se le declaró una incapacidad permanente parcial y no apto para actividad militar, con una disminución de la capacidad laboral del 18%, imputabilidad del servicio; se refiere a lesión 1, accidente común lateral (A) (AC); resalta que no indicaron soporte o razón de su despido, ni reubicación.

Resalta que en virtud de su inconformidad solicitó convocatoria al Tribunal Médico de Revisión Laboral, quien decidió confirmar la decisión.

Añade que el 1 de septiembre de 2009, la Jefatura del Ejército Nacional expidió Resolución No. 89921, mediante la cual se definió la situación prestacional, donde se

¹. Folio 37 y 38 del cuaderno de 1 instancia.

². Folios 1 al 16 ibidem.

Expediente: 19001 33 33 009 2019 00061 01
Actor: YESID JOSÉ GARCÍA BALLESTEROS
Demandado: NACIÓN – MINDEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

le concedió el reconocimiento y pago de indemnización por determinarse una disminución de la capacidad laboral del 18%.

Señala que dicho acto fue notificado el 30 de septiembre 2009, sin embargo, posteriormente el 7 de abril de 2010 mediante Acta de Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No 4131, ratificó las conclusiones del Acta No. 28997; por lo tanto, el 14 de abril de 2010, el Ejército Nacional mediante Resolución No. 100350 resolvió el recurso de reposición donde dispuso revocar la Resolución No. 89921 de 01 de septiembre de 2009.

Argumenta que mediante Orden Administrativa de Personal del Comando del Ejército No. 1059 de 4 de abril de 2011, se le retiró del servicio y de la institución, donde se indicó como causal el Acta Médica del Tribunal No. 4131 del 07 de abril de 2010.

Manifiesta que el 26 de abril de 2011, presentó ante el Ejército Nacional petición con el fin de conocer las razones por las cuales había sido retirado del servicio, sin lugar a la reubicación, además solicitando la reincorporación, sin embargo, hasta la fecha no ha obtenido respuesta.

II.- El auto recurrido³.

Mediante Auto Interlocutorio No.618 del 14 de agosto de 2019, el Juzgado de instancia dispuso, rechazar la demanda por caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Para sustentar esta afirmación, hizo las siguientes consideraciones:

Advirtió que el señor Yesid José García Ballesteros fue retirado del servicio activo como soldado profesional del Ejército Nacional, a través de la Orden Administrativa de Personal del Comando del Ejército N° 1059 de 4 de febrero de 2011, en consecuencia, es este acto administrativo el que definió la situación laboral del demandante, por lo tanto, es el acto a demandar.

Señaló que entre la fecha de expedición del acto referido y la presentación de la demanda transcurrieron más de 8 años para acudir a la jurisdicción, por ello, se torna evidente que operó el fenómeno de la caducidad. Añadió que la solicitud de conciliación extrajudicial presentada el 27 de julio de 2018, fue elevada cuando el medio de control ya había caducado.

Resaltó que, si bien la entidad demandada no contestó la petición presentada el 26 de abril de 2011, el acto ficto que se configuró no es el enjuiciable en este asunto, en consecuencia, no revive los términos que dejó expirar el actor.

III.- Del recurso de apelación⁴.

³ . Folio 37 y 38 del Cuaderno de 1 instancia.

⁴ . Folio 39- 41 del cuaderno de 1 Instancia.

Expediente: 19001 33 33 009 2019 00061 01
Actor: YESID JOSÉ GARCÍA BALLESTEROS
Demandado: NACIÓN – MINDEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Dentro de la oportunidad procesal establecida para ello, la parte accionante recurrió la providencia bajo examen.

En el recurso de alzada, indica que la resolución señalada por el *a quo*, no es la que define si el demandante debía ser reubicado laboralmente o no, solo resuelve el pago de la indemnización por las lesiones ocurridas.

Señala que el Ejército nunca resolvió el asunto concerniente a si el señor García debía ser reubicado o no, situación que claramente debía resolver con la petición que presentó el 26 de abril de 2011, donde solicitaba su reintegro, la cual no fue contestada, lo que la convirtió en un acto ficto o presunto demandable en cualquier tiempo.

IV.- Consideraciones.

1.- La Competencia.

De conformidad con el artículo 243 numeral 1 del CPACA, el auto que rechace la demanda es susceptible del recurso de apelación, siendo competencia de la Sala de Decisión resolverlo, conforme a los mandatos de los artículos 125 y 244 de la misma normatividad.

2.- El problema jurídico

El problema jurídico planteado en el caso presente es:

I) ¿Opera el fenómeno de caducidad en el presente caso como lo afirmó el Juzgado Noveno Administrativo de Popayán?

Y como consecuencia de ello,

II) ¿Se debe confirmar el auto apelado?

Para dar solución al problema jurídico planteado, se abordarán los siguientes temas: (i) el fenómeno jurídico-procesal de la caducidad, (ii) caso concreto.

3.- El fenómeno jurídico-procesal de la caducidad

El profesor Hernán Fabio López Blanco, en su obra "Instituciones del Derecho Procesal Civil"⁵ hace un recuento de las acepciones que recibe el término CADUCIDAD, así:

"En efecto, en un primer sentido entendiéndose por caducidad el fenómeno procesal que implica una sanción para el demandante descuidado, y que tiene como consecuencia la terminación de la instancia. Así se produce el fenómeno que el actual Código de Procedimiento Civil llama perención y que en la derogada legislación (Ley 105 de 1931) recibía el nombre de caducidad. Aún hoy muchos usan el término con esta significación.

En otro sentido, caducidad, como lo anota la Corte, es la "declaración que una de las partes hace, en virtud de estipulación, de que el contrato se termina.

⁵Tomo I, Pág. 503

Expediente: 19001 33 33 009 2019 00061 01
Actor: YESID JOSÉ GARCÍA BALLESTEROS
Demandado: NACIÓN – MINDEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Administrativamente es una facultad indelegable del Gobierno, que la hace valer como contratante y como entidad de derecho público.”⁶

*Finalmente, se habla de caducidad, y es éste el enfoque que nos interesa para los efectos de este estudio, como de un **“plazo acordado por la ley, por la convención o por la autoridad judicial, para el ejercicio de una acción o un derecho”**⁷*

Es decir, que la caducidad corresponde al fenómeno jurídico que afecta a la parte que, dentro de la oportunidad prevista en la ley, no ejerció su derecho. La inobservancia de dichos plazos hace que la persona titular del derecho no pueda acudir ante la justicia en procura de que sea reconocido el mismo.

La Honorable Corte Constitucional⁸, ha definido la caducidad de la siguiente manera:

*“La caducidad es una institución jurídico procesal a través del cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya (sic) en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, **por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso.** Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia. (Resaltado fuera de texto original)*

*La justificación de la aplicación de la figura de la caducidad en las acciones contencioso administrativas, tiene como fundamento evitarla incertidumbre que podría generarse ya sea por la eventual anulación de un acto administrativo, o el deber que podría recaer sobre el Estado de reparar el patrimonio del particular afectado por una acción u omisión suya. Así, en esta materia, se **han establecido plazos breves y perentorios para el ejercicio de estas acciones, transcurridos los cuales el derecho del particular no podrá reclamarse en consideración del interés general.**” (Resaltado fuera de texto original)*

Por su parte, el Consejo de Estado respecto de la caducidad, ha manifestado lo siguiente:

*“Para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador instituyó la figura de la caducidad como una sanción en los eventos en que determinadas acciones judiciales no se ejercen en un término específico. **Las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro del plazo fijado por la ley y de no hacerlo en tiempo, perderán la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho.***

*Es así como el fenómeno procesal de la caducidad opera ipso iure o de pleno derecho, es decir que no admite renuncia, **y el juez debe declararla de oficio cuando verifique la conducta inactiva del sujeto procesal llamado a interponer determinada acción judicial.** La caducidad ha sido entendida como la extinción de la*

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sent.8 de noviembre de 1955, “G.J.” T.LXXXI, pág.953

⁷SALVAT Raimundo, Tratado de Derecho Civil Argentino, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1956, t.III, pág. 683

⁸Sentencia C-832/01, Expediente D-3388 M.P. Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Expediente: 19001 33 33 009 2019 00061 01
Actor: YESID JOSÉ GARCÍA BALLESTEROS
Demandado: NACIÓN – MINDEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

*posibilidad de formular una pretensión por el transcurso del tiempo previamente fijado por la ley en forma objetiva”.*⁹(Subrayado fuera de texto original)

Por tanto, si el Juez evidencia que en el asunto sometido a su consideración ha vencido el término con que contaba el demandante para incoar la demanda con la que pretendía sacar adelante sus pretensiones, deberá decretarla, ya que la caducidad es el precio que tiene que pagar la parte por su inactividad.

El artículo 164 del actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, fijó la oportunidad para presentar la demanda respecto de los diferentes medios de control, disponiendo para la nulidad y restablecimiento del derecho, lo siguiente:

“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:
(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:
(...)

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales”¹⁰

Por lo que se concluye que el inciso segundo del literal d) del artículo 164 del CPACA, consagra la regla general de la caducidad respecto del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, el cual deberá contarse a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo.

4.- El caso concreto.

El demandante pretendiese declare la nulidad del acto ficto o presunto, respecto de la petición elevada el 26 de abril de 2011, donde solicitó información sobre las razones por las cuales fue retirado del servicio activo del Ejército Nacional, lo referente a su posible reubicación laboral, entre otras, la cual no obtuvo respuesta, del mismo modo requiere se declare la nulidad de dicho acto ficto.

Mediante Auto Interlocutorio No. 618 del 14 de agosto de 2019, el Juzgado Noveno Administrativo de Popayán, rechazó la demanda por considerar ha operado la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; argumenta que el acto a demandar era Orden Administrativa de Personal del Comando del Ejército N° 1059 de 4 de febrero de 2011, pues definió la situación laboral del actor.

En el recurso de apelación, la parte demandante alega que la resolución señalada por el *a quo* no es la que define si el demandante debía ser reubicado laboralmente, solo resuelve el pago de la indemnización por las lesiones causadas.

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO (E). Bogotá D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 08001-23-33-000-2016-0889-01(62117)

¹⁰Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Expediente: 19001 33 33 009 2019 00061 01
Actor: YESID JOSÉ GARCÍA BALLESTEROS
Demandado: NACIÓN – MINDEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Encuentra esta Corporación que, contrario a lo expresado por la parte demandante, el acto administrativo a demandar es la Orden Administrativa de Personal del Comando del Ejército No. 1059 del 4 de febrero de 2011¹¹, como pasará a exponerse.

A través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se busca la protección directa de los derechos de una persona, los cuales fueron causados a través de una decisión de la administración. Esa determinación o voluntad es la que se revisa a la luz del ordenamiento jurídico y al principio de legalidad, para mirar si lesiona o no el derecho de quien reclama.

En el caso sometido a estudio de la Sala, de la lectura hecha tanto de la orden de personal emitida por el Ejército en 2011 como de la solicitud del 26 de abril de ese mismo año¹², emerge sin hesitación alguna que el acto que lesiona los derechos del señor García Ballesteros es el que data del 4 de febrero, como lo señaló el Juzgado.

Aunque la parte actora arguya lo contrario, fue ese y no otro, el que determinó que el señor Yesid José sea retirado del servicio activo de la Institución demandada por disminución de la capacidad psicofísica, sin posibilidad alguna de reubicación y que la solicitud de la cual reclaman la configuración del acto ficto, no los habilitaba para demandar en cualquier tiempo. Fue esa determinación del 4 de febrero de 2011 la que de tajo, negó cualquier posibilidad de reubicación laboral al interior del Ejército.

Su solicitud de información sobre los motivos por los cuales fue retirado del servicio, eran suficientemente claros, así como si había lugar a su reintegro y continuación de tratamiento médico, no tenía razón de ser cuando de bulto, la Orden Administrativa de Personal del 4 de febrero de 2011, ya había resuelto la situación laboral del demandante.

Ahora, teniendo en cuenta lo anterior, y siguiendo los parámetros fijados por el Consejo de Estado donde indica que se debe contar el plazo para demandar los actos que ordenan el retiro de los servidores públicos **desde su ejecución**, resulta evidente que en el presente caso ha operado el fenómeno de la caducidad, pues desde la fecha en la que se emitió la Orden Administrativa de personal del Comando del Ejército Nacional, el 4 de febrero de 2011, y la fecha de presentación de la demanda, el 19 de marzo de 2019, transcurrieron 8 años un mes y 15 días. De igual forma cuando se presentó la solicitud de conciliación extrajudicial el 27 de julio de 2018, el medio de control ya había caducado.

Por lo tanto, se concluye que el accionante presentó la demanda cuando ya había superado con creces el término de caducidad para el medio de control. Por ello, la Sala considera que fue acertada la conclusión del Juzgado cognoscente.

¹¹Folio 27-29 del Cuaderno de Primera instancia.

¹²Folio 30

Expediente: 19001 33 33 009 2019 00061 01
Actor: YESID JOSÉ GARCÍA BALLESTEROS
Demandado: NACIÓN – MINDEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

El demandante tuvo la oportunidad de cuestionar la legalidad del acto dentro del término de los 4 meses, y no lo hizo, en consecuencia, no puede esperar que pasados 8 años se active el aparato judicial para pronunciarse sobre un acto respecto del cual existe firmeza y está dotado de la presunción de acierto y legalidad que lo acompaña. Además, no es coherente que con la solicitud radicada el 26 de abril de 2011 pretenda revivir los términos.

En conclusión y dando solución a los problemas jurídicos planteados, la Sala encuentra que la providencia objeto de alzada debe ser confirmada, pues como se indicó en este pronunciamiento, cuando la declaratoria de nulidad de un acto administrativo traiga consigo como consecuencia el restablecimiento de un derecho, esto deberá tramitarse de acuerdo con el artículo 138 del CPACA y el término que debe atender, es el de los cuatro (4) meses previsto en el numeral 2° literal d) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

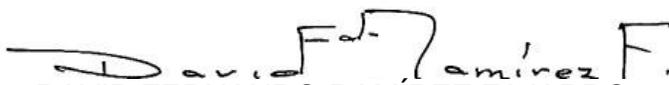
Por lo expuesto, **SE DISPONE:**

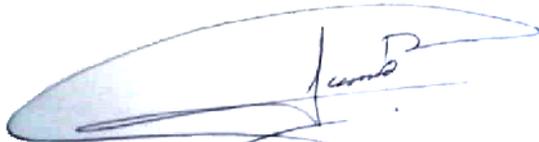
PRIMERO. - CONFIRMAR el Auto No. 618 de 14 de agosto de 2019, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo de Popayán, por lo expuesto en esta providencia.

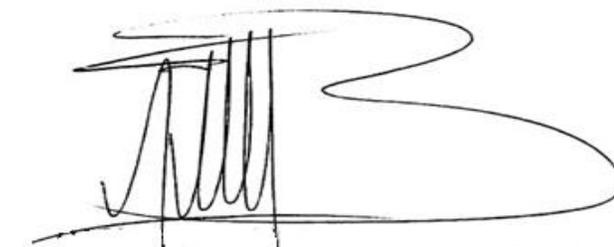
SEGUNDO. -Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,


DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO


JAIRO RESTREPO CÁCERES


CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Popayán, siete (7) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO

Expediente: 19001 33 31 002 2016 00024 01
Demandante: JOSE ADOLFO TAMAYO
Demandado: NACIÓN- MIN- DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Auto Interlocutorio N° 533

Resuelve recurso

Se conoce el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el Auto Interlocutorio No. 433 de 23 de julio de 2019, proferido en audiencia inicial por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Popayán.

I.- Antecedentes

1.1.- La demanda¹

La parte actora impetró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional, para que se le declare la nulidad de los siguientes actos: Resolución del Ministerio de Defensa Nacional N° 5521 del 01 de julio del 2015, mediante la cual se dispuso retirar del servicio activo al mayor José Adolfo Tamayo, por “llamamiento a calificar servicios”, y el acápite N°. 4.2.51 del acta N° 006- APROP- GRURE- 3-22 de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, mediante la cual se recomendó por unanimidad al Gobierno Nacional, el retiro del servicio activo de la Policía Nacional del señor mayor José Adolfo Tamayo “por llamamiento a calificar servicios”.

1.2.- El auto recurrido²

La Juez Segunda Administrativa del Circuito de Popayán mediante Auto Interlocutorio No. 433 dictado en audiencia inicial, de 23 de julio de 2019, dispuso lo siguiente:

1. Folios 309- 333 del C. Ppal N°1.

2. Folio 444, CD Audiencia Inicial, minuto: 12:50 a 13:07 del registro audiovisual.

Expediente: 19001 33 31 002 2016 00024 01
Demandante: JOSE ADOLFO TAMAYO
Demandado: NACIÓN- MIN- DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

“Declárese no probada la excepción de cosa juzgada propuesta por la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional, continúese con el trámite procesal normal”

Consideró que en el Juzgado Sexto se tramitó un proceso en el cual el demandante solicitó la **nulidad parcial del acta N° 007 del 20 de septiembre de 2011**, mediante la cual el Ministerio de Defensa resolvió, **no recomendar al Gobierno Nacional su nombre para que realizara el curso para su ascenso**, y el acto que se está demandando en el presente caso, es aquel que decidió el retiro del señor Tamayo por llamamiento a calificar servicios, por lo tanto, adujo que no hay identidad de objeto, en lo que refiere a los actos demandados.

1.3.- Del recurso de apelación³

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra del Auto I N° 433 de 23 de julio de 2019, que declaró no probada la excepción de cosa juzgada y sustentó su inconformidad de la siguiente manera:

“Policía Nacional, no estaría conforme a lo planteado frente al auto. De una forma muy respetuosa Honorable Juez, presentaría recurso de apelación frente al auto que usted saca en este momento, donde se puede mirar u observar que encontramos con relación a los hechos a una cosa juzgada porque ya en este momento el proceso 2013 137 se adelanta ante el Juzgado Sexto Administrativo, se demanda mediante el acta presidencial (sic) que llegó al retiro del señor hoy demandante ante su despacho, y se demanda también referente a lo que se plantea y es objeto del litigio ante su despacho y se tiene que por parte del operador judicial que fue el Juzgado Sexto Administrativo de Popayán, en donde ya se estudió, se analizó y de igual forma se profirió una sentencia que fue ejecutoriada en la misma fecha, el 16 de abril de 2015, por el mismo despacho.

De igual forma lo que se pretende hoy en día en el proceso que se alude o que se plantea en este momento ante su despacho Honorable juez es decretar un fenómeno o una situación fáctica de un ascenso de un señor que estaba activo, si en este momento nos encontramos que era un señor mayor, un mayor de la Policía Nacional, si nos vamos en este momento al Decreto 1791 del 2000 en su artículo 4 dice que fue retirado por llamamiento a calificar servicio y de igual forma en la sentencia que ya fue ejecutoriada se planteó lo que es objeto de litigio ante su honorable despacho.

De igual forma su señoría en este momento referente a lo que el plantea, que no fue llamado a su curso de ascenso de acuerdo al Decreto 1791 del 2000 se hace un planteamiento muy importante que es un elemento fáctico o legal que para que el señor Mayor José Adolfo Tamayo sea llamado a esta situación del curso de ascenso, o ascenso al grado debe ser promovido por la junta asesora de la Policía Nacional. De igual forma un requisito mínimo de acuerdo al 1791, el decreto, debe estar activo y de igual forma en servicio activo y cumpliendo sus funciones mínimas, que en el caso que es objeto de estudio ante su honorable despacho encontramos honorable juez que el Policial hoy demandante ante su despacho, fue llamado a calificar servicio, que es algo facultativo que tiene la Policía Nacional de acuerdo a los estatutos y la normatividad vigente a lo que se planteó en el despacho, a lo que se plantea y lo que pretende demandar o demostrar, pues no habría lugar ya que pues ya fue estudiado y analizado por el Juzgado Sexto Administrativo cuyo radicado anteriormente ya se nombró, mediante la facultad; algo facultativo que tiene el personal de oficiales superiores de la Policía Nacional el decreto de llamamiento a calificar servicio que fue aplicado a este señor; y referente a los actos administrativos demandados, pues la presunción de legalidad, por esa situación presentaría la inconformidad mediante el auto que usted en este momento decreta”

3. Folio 444, CD Audiencia Inicial, minuto: 13:15 a 16:50 del registro audiovisual.

Expediente: 19001 33 31 002 2016 00024 01
Demandante: JOSE ADOLFO TAMAYO
Demandado: NACIÓN- MIN- DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

La Juez, consideró que la exposición del recurso no fue clara, por lo tanto, solicitó que lo explicara nuevamente, en consecuencia, el apoderado sustentó lo siguiente⁴:

“Lo que se pretende en este momento, las pretensiones es el ascenso por la parte demandante en calidad de (sic), en razón de que se busca o se plantea en este momento, por estos mismos hechos se presentó una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Juzgado Sexto Administrativo de Popayán con radicado 2013 00137. En las declaraciones del demandante solicita la nulidad parcial del Acta 007 del 20 de septiembre de 2011, por medio del cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa resolvió no recomendar al Gobierno Nacional, el nombre del señor mayor Tamayo para que realice el concurso previo a capacitación de ascenso. En el Acta 031 de julio de 2012, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, mediante la cual se firmó la decisión adoptada y el Decreto 2438 del 24 de noviembre de 2012 en cuanto la recomendación de la junta se ascendiera a unos oficiales de la Policía Nacional por parte del Presidente de la República, asimismo se pidiera a título de restablecimiento del derecho la recomendación del Gobierno Nacional, el señor Mayor José Adolfo Tamayo que realizara el curso de capacitación para ascenso en la academia superior, una vez superados los concursos, modifíquese el Decreto Presidencial 2438 del 24 de noviembre de 2012, así como se reconociera el pago de todos los sueldos, prestaciones sociales compatibles causadas del tiempo que transcurrió desde la fecha fiscal de los cursos que fueron promedios del teniente coronel hasta la fecha que su materialice su ascenso, así como se tiene en este momento su señoría la sentencia 57 de fecha 16 de abril de 2015 ejecutoriada la misma fecha, el Juzgado Sexto Administrativo de Popayán denegó las pretensiones frente al llamamiento a curso y capacitación de ascenso al grado superior de hoy demandante, por eso esta defensa solicita a la respetada juez decretar fenómeno de caducidad o cosa juzgada en relación a lo solicitado del ascenso pues es claro que la junta asesora de la Nación- Ministerio de Defensa Policía Nacional no recomendó el ascenso del señor hoy demandante Mayor José Adolfo Tamayo.”

“Prevía decisión en virtud de cosa juzgada es que el ascenso del actor debe preceder una decisión denominada imposibilidad jurídica, mantener el servicio activo, que debe estar en servicio activo aún el uniformado no recomendado para el ascenso, mantener el servicio activo para la Policía Nacional, el señor José Adolfo Tamayo, es inviable jurídicamente razón que la estructura premial de los mandos oficiales se debe dinamizar dándole paso a nuevos oficiales así como ascendido mantenimiento ya que en este momento nos encontramos a una recomendación de la junta asesora que es algo facultativo de acuerdo a la normativa vigente que premira (sic) y la que tiene la institución y que maneja en esta instancia su señoría, por esa instancia mediante el auto que usted planteó, no estaría de acuerdo con su planteamiento.”

II.- Consideraciones

2.1.- La competencia

De conformidad con el artículo 153 del CPACA, será competencia del Tribunal conocer de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, siendo competencia de la Sala resolverlo, conforme a los mandatos de los artículos 125 y 243 numeral 3º *ejusdem*.

⁴ . Folio 444, CD Audiencia Inicial, minuto: 18:05- 21:15 del registro audiovisual.

Expediente: 19001 33 31 002 2016 00024 01
Demandante: JOSE ADOLFO TAMAYO
Demandado: NACIÓN- MIN- DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.2.- La cosa juzgada.

La Corte Constitucional⁵, definió esta figura como: *“(...) una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica. De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación, y en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio”.*

Se debe precisar que la cosa juzgada impide que un debate judicial sea ventilado innumerablemente, de tal modo que por su indeterminación llegue hasta negar la seguridad que el ordenamiento jurídico debe proveer, poniendo así fin a la incertidumbre que sobre los derechos exista.

Sobre el particular, el H. Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

“Así pues, en reiteradas ocasiones a la cosa juzgada o “res judicata” se le ha asimilado al principio del “non bis in idem” y tiene por objeto que los hechos y conductas que han sido resueltos a través de cualquiera de las pretensiones aceptadas por la ley, no vuelvan a ser debatidos en otro juicio posterior. Tal cualidad de lo resuelto obliga a las partes por cuanto lo decidido tiene carácter vinculante y obligatorio y, por lo tanto, goza de plena eficacia jurídica, de ahí que la cosa juzgada comprenda todo sobre lo que se ha disputado.

Además, la cosa juzgada constituye un mecanismo que brinda seguridad jurídica al otorgarle “intangibilidad” e “inimpugnabilidad” a las decisiones judiciales, La res judicata es una consecuencia jurídica que se le atribuye a la sentencia o decisión del juez, fruto de un procedimiento calificado, denominado proceso de declaración de certeza. Como consecuencia de ello, se pueden predicar efectos procesales y sustanciales que tienden a garantizar un mínimo de seguridad jurídica entre los asociados. En cuanto el objeto del proceso judicial lo constituye la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial y su prevalencia aún frente al mismo, es importante tener presente la distinción entre cosa juzgada en sentido material y en sentido formal para precisar sus efectos respecto de un proceso judicial.

Desde un punto de vista genérico, la cosa juzgada está regulada en los artículos 303 del Código General del Proceso y 189 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los cuales se contienen los elementos formales y materiales para su configuración. El concepto de cosa juzgada material hace alusión a la intangibilidad de la sentencia o su equivalente en firme, pues se tiene por cierto que la actividad jurisdiccional se ocupó plenamente de la relación objeto de la contienda y que esta fue decidida con la plenitud de las formas propias del juicio. Por el contrario, la formal considera la posibilidad de

⁵ C-774 de 2001

Expediente: 19001 33 31 002 2016 00024 01
Demandante: JOSE ADOLFO TAMAYO
Demandado: NACIÓN- MIN- DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

*volver sobre una decisión adoptada en una providencia que hubiere quedado ejecutoriada, en los eventos en que la Ley lo haya autorizado expresamente*⁶.

“i) De la excepción de cosa juzgada

La cosa juzgada “es una cualidad inherente a las sentencias ejecutoriadas, por la cual aquéllas resultan inmutables, inimpugnables y obligatorias, lo que hace que el asunto sobre el cual ellas deciden no pueda volver a debatirse en el futuro, ni dentro del mismo proceso, ni dentro de otro entre las mismas partes y que persiga igual objeto”.

La importancia de este atributo de las sentencias judiciales, proviene de su propia finalidad, entre las cuales está la de conferir estabilidad, firmeza y certeza a las decisiones judiciales, evitando que el mismo asunto pueda ser debatido indefinidamente ante la jurisdicción.

Ahora bien, para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada se requiere que concurren los siguientes elementos⁷:

*“a).- **Identidad de partes**, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculados y obligados por la decisión que constituye cosa juzgada.*

*b).- **Identidad de causa petendi**, es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.*

*c).- **Identidad de objeto**, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente”.*

2.3.- Caso en concreto

La Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional interpuso recurso de apelación contra el Auto I No. 433 del 23 de julio de 2019, mediante el cual se declaró no probada la excepción de cosa juzgada formulada por la parte demandada. Argumenta que el actor llevó a cabo un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en el Juzgado Sexto Administrativo, solicitando las mismas pretensiones que se están elevando en el presente asunto.

En consideración la Sala procede a verificar la configuración de la cosa juzgada, para lo cual se debe constatar si existe la identidad jurídica de partes, objeto y causa petendi.

⁶. Sentencia del 28 de enero del 2009, expediente Nro. 34.239 y sentencia del 27 de mayo de 2015, expediente nro. 30.872.

⁷ Sentencia de 28 de febrero de 2013, Consejo de Estado, Sección Segunda. Radicado No. 11001-03-25-000-2007-00116-00(2229-07). M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Actor: Luz Beatriz Pedraza Bernal.

Expediente: 19001 33 31 002 2016 00024 01
Demandante: JOSE ADOLFO TAMAYO
Demandado: NACIÓN- MIN- DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se encuentra frente a la **identidad de partes**, que mediante sentencia de 16 de abril de 2015⁸, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán decidió la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor José Adolfo Tamayo, contra la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional, cuyo objeto era obtener la nulidad del acto administrativo por medio del cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa no recomendó al actor, al Gobierno Nacional, para que realizara el curso previo al concurso de capacitación para el ascenso, y el acto que confirmó la decisión.

A su vez, el proceso de la referencia es impulsado por el señor José Adolfo Tamayo contra la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional con el objeto de obtener, entre otras, la reincorporación a su cargo; en este estado de cosas, se cumple con la identidad de partes.

Ahora respecto a la **identidad de objeto y causa petendi** se halla, que con el proceso llevado a cabo en el Juzgado Sexto Administrativo de Popayán se buscaba obtener la nulidad del **Acta No.007 del 20 de septiembre de 2011**, por medio de la cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa resolvió no recomendar al Gobierno Nacional el nombre del señor Tamayo, para que realizara el concurso previo al curso de capacitación para ascenso, el **Acta del 31 de julio de 2012** de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, mediante la cual se confirmó la decisión antes adoptada; actas cuyo fundamento fueron las actas No. 004 del 16 de agosto de 2011 de la Junta de Evaluación y Clasificación para oficiales y el Acta No. 003 del 25 de agosto de 2012, de la Junta de Generales de la Policía Nacional, donde por unanimidad se decidió no seleccionar al demandante para realizar el curso previo al concurso para la academia superior.

En el presente asunto se pretende la nulidad de la **Resolución del Ministerio de Defensa Nacional N° 5521 del 01 de julio del 2015**, mediante la cual se dispuso retirar del servicio activo al mayor José Adolfo Tamayo, por “llamamiento a calificar servicios”, y el acápite N°. 4.2.51 del acta N° 006- APROP- GRURE- 3-22 de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, mediante la cual se recomendó por unanimidad al Gobierno Nacional, el retiro del servicio activo de la Policía Nacional del señor mayor José Adolfo Tamayo “por llamamiento a calificar servicios”.

De lo anterior se puede concluir que se trata de actos administrativos diferentes, que conllevan a distintas pretensiones, en el primer proceso se solicitaba la nulidad de actos que no recomendaban la participación del demandante en un concurso previo al curso de ascenso, situación que ya fue debatida y decidida en el Juzgado cognoscente; por el contrario en esta sede, se pretende la nulidad del acto que retiró del servicio activo de la Policía Nacional, y del que recomendó el retiro del señor Tamayo, por lo tanto no se configura la institución jurídica de la cosa juzgada.

En virtud de lo anterior, la Sala confirmará el Auto Interlocutorio No. 433 de 23 de julio de 2019, proferido en audiencia inicial por el Juzgado Segundo Administrativo de

⁸ Folios 390 a 427 del Cuaderno Principal.

Expediente: 19001 33 31 002 2016 00024 01
Demandante: JOSE ADOLFO TAMAYO
Demandado: NACIÓN- MIN- DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Popayán, que declaró no probada la excepción de cosa juzgada propuesta por la demandada.

Por lo expuesto, SE DISPONE:

PRIMERO.- CONFIRMAR el Auto Interlocutorio No. 433 de 23 de julio de 2019, proferido en audiencia inicial por el Juzgado Segundo Administrativo de Popayán, que declaró no probada la excepción de cosa juzgada propuesta por la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional.

SEGUNDO.- Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO

JAIRO RESTREPO CÁCERES

CARLOS LEONEL BUITRAGO CHAVEZ

Firmado Por:

DAVID FERNANDO RAMIREZ FAJARDO

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **2dda9f43b7866acbe9a0a75397f08775a977996a02cc8b25dcd07e2c14123700**

Documento generado en 07/12/2020 03:44:20 p.m.

Expediente: 19001 33 31 002 2016 00024 01
Demandante: JOSE ADOLFO TAMAYO
Demandado: NACIÓN- MIN- DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Popayán, siete (07) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO

Expediente: 190012333004 20190021200
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN
SOCIAL- UGPP
Demandado: JAIRO VICENTE CORREA ESTACIO

Auto Interlocutorio No. 534

Resuelve medida cautelar

Pasa el asunto para resolver la medida cautelar de suspensión provisional solicitada por el apoderado de la parte actora.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- La solicitud de medida cautelar

Se reclama la suspensión provisional de la Resolución No. RDP 045715 de 2 de octubre de 2013, por la cual se reconoció una pensión de vejez a favor del demandado, de conformidad con lo establecido en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, por considerar que fue expedida en contra de la normatividad que rige la materia.

Que en la precitada resolución, se le reconoció la pensión por haber laborado más de 20 años al servicio del INPEC en cargos de excepción y sin exigir requisito de edad, en cuantía de \$ 1,491,888 m/cte, efectiva a partir del 1 de junio de 2013.

Señala, que el señor Jairo Vicente Correa Estacio nació el 19 de septiembre de 1963, que laboró en el Instituto Penitenciario y Carcelario – INPEC en el cargo de Dragoneante, desde el 17 de septiembre de 1987 hasta el 31 de julio de 2009 efectuando aportes a Cajanal, y desde el 01 de agosto de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2015 con aportes al Instituto de Seguros Sociales, computando así más de 20 años de servicio público.

Sustenta su solicitud, indicando que no es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, porque a la fecha de entrada en vigencia de dicha ley (1° de abril de 1994), el hoy pensionado tenía 6 años, 6 meses y 15 días de servicio y 30 años de edad, razón por la cual no cumple con los 15 de años de servicio ni 40 años de edad exigidos por el artículo 36 ibídem, tal como lo dispone el

Expediente: 190012333004 20190021200
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP
Demandado: JAIRO VICENTE CORREA ESTACIO

artículo 6° del Decreto 2090 de 2003, norma que estima es la aplicable en el presente caso.

Explicó, que no es dable aplicar el régimen especial del INPEC contenido en la Ley 32 de 1986, toda vez que el requisito de los 20 años de servicio en cargos de excepción allí establecido, lo completó con posterioridad al 28 de julio de 2003 (fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003) específicamente, el 17 de septiembre de 2007.

A su juicio, para gozar de dicho régimen, el señor Correa Estacio debió ceñirse a lo dispuesto en el párrafo del artículo 6° ibídem, esto es, efectuar aportes para pensión cuando menos 500 semanas de cotización especial; cumplir con el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo, y cumplir, por lo menos, uno de los dos requisitos exigidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior, aduce que al interesado no le asiste el derecho pensional adquirido bajo ese marco normativo reconocido, y en consecuencia, debe decretarse la medida cautelar pregonada, comoquiera que la pensión se está pagando con recursos del Tesoro Nacional causando un detrimento a las arcas del Estado. Asimismo, solicita que “se ordene emitir acto administrativo por medio del cual de forma provisional y en aras de garantizar el mínimo vital del demandado se reconozca un salario mínimo legal mensual vigente hasta tanto se emita sentencia definitiva y de fondo”.

1.2.- Intervención del demandado

El apoderado judicial del demandado, en principio, considera que la medida cautelar solicitada no está llamada a prosperar por considerar que la pensión de jubilación reconocida bajo la Ley 32 de 1986 no exige requisito de edad, y que el 17 de septiembre de 2007, cumplió con la única exigencia, bajo la competencia de la UGPP, de haber demostrado que prestó más de 20 años de servicio como miembro del cuerpo de custodia y vigilancia en los términos del artículo 126 de Decreto 407 de 1994.

Alegó, que el demandado no tiene posibilidades laborales en razón a su edad (57años) ni que recibe ingresos distintos a su mesada pensional, que le permitan subsistir, por lo que la sustracción de este derecho afecta su mínimo vital.

A raíz de la somera argumentación contenida en la oposición a la medida cautelar, el Despacho sustanciador acudió a la contestación de la demanda, en la cual, en un discurso abiertamente contradictorio, manifiesta estar de acuerdo con la demandante y apoya la pretensión de nulidad del acto administrativo enjuiciado, habida cuenta de que es contrario a la ley y a la Constitución, por cuanto su parte motiva y resolutive es falsa en el entendido que se refiere a una pensión de vejez propia del régimen general y no el que corresponde a la pensión especial de jubilación de la Ley 32 de 1986.

Sin embargo, expone que no comparte la pretensión de restablecimiento del derecho pregonada por la UGPP, porque el juez administrativo no puede determinar con exactitud cuál es la nueva reliquidación sin antes revisar los valores de las prestaciones percibidas en el último año de servicio.

Expediente: 190012333004 20190021200
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP
Demandado: JAIRO VICENTE CORREA ESTACIO

Amén de lo anterior, solicita que se anule el acto demandado y se reconozca la “pensión de sobrevivientes” bajo la Ley 32 de 1986.

2.- CONSIDERACIONES

2.1.- De las medidas cautelares.

El artículo 238 Superior establece que esta Jurisdicción:

“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”.

A su turno, el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, dispone:

*“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.** (Negrillas resalta la Sala).*

Seguidamente, el artículo 230 *eiusdem*, señala que las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y **deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.**

Por su parte, el artículo 231 consagra los requisitos para decretarlas, en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, así:

“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.(...)” (Subrayamos).

Sumado a esto, existen pautas o criterios doctrinales que han sido reiterados por el Consejo de Estado, así:

*“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”.¹*

1. Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. 17 de marzo de 2015. Radicación número 11001031500020140379900.

Expediente: 190012333004 20190021200
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP
Demandado: JAIRO VICENTE CORREA ESTACIO

Posteriormente en providencia del 15 de febrero de 2018², la Alta Corporación ahondó en el tema y sostuvo:

“Precisa la Sala, que los requisitos enlistados 1°, 2° y 3° del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 aluden a lo que la doctrina ha denominado “fumus boni iuris” o apariencia de buen derecho, mientras que el numeral 4°, literal a), hace referencia al “periculum in mora”, o perjuicio de la mora. La apariencia de buen derecho o “fumus bonis iuris”, es un principio o criterio desarrollado por el derecho comunitario europeo³, el cual tiene por objeto verificar que quien solicite una medida cautelar goce de la probabilidad razonable de que prospere su causa, esto con el objetivo, de que no sean decretadas medidas cautelares propuestas por la parte que sostiene una posición manifiestamente injusta o sin fundamento legal suficiente, de conformidad con el principio general de derecho según el cual “la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón”. Para determinar si la solicitud de cautela tiene apariencia de buen derecho, el juez administrativo debe realizar un análisis anticipado de los argumentos expuestos por las partes al momento de decidir sobre la procedencia de esta. Dicha valoración no constituye prejuzgamiento, esto en atención a que, es posible que el proceso se encuentre en una fase inicial, y que por tanto, no se haya hecho efectivo el derecho de defensa del demandado, o no se haya surtido la etapa probatoria o de alegaciones.”

De las anteriores trasliteraciones se desprende que es deber del juez, efectuar un análisis normativo e incluso probatorio para establecer si hay lugar o no a la suspensión de los actos administrativos, sin que ello implique prejuzgamiento o un estudio de fondo sobre la constitucionalidad o legalidad propio del que se hace en la sentencia.

A continuación, se pasa a analizar uno a uno los requisitos que establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para la procedencia de la medida cautelar solicitada.

2.2.- El cumplimiento de los requisitos establecidos en el CPACA

Se solicita como medida cautelar, la suspensión provisional de la Resolución No. RDP 045715 de 2 de octubre de 2013, por la cual se reconoció una pensión de vejez a favor del señor Jairo Vicente Correa Estacio, de conformidad con lo establecido en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, por considerar que no le asiste el derecho pensional bajo ese marco normativo reconocido, sino de conformidad con el artículo 6 del Decreto 2090 de 2003.

Con los documentos aportados como pruebas con la demanda y confrontados con las normas invocadas como vulneradas tal y como establece el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, procede el Despacho a hacer las siguientes consideraciones sobre el caso concreto así:

2.2.1.- Que la demanda esté razonablemente fundada en Derecho

Requisito que se cumple, pues del escrito contentivo de la medida cautelar se constata, que el fundamento jurídico de la parte actora para pedir la suspensión provisional de la Resolución No. RDP 045715 de 2 de octubre de 2013, por la cual se reconoció al demandado su pensión de vejez, consiste en la presunta vulneración de la Ley 32 de

2. Expediente 110010325000201500366(0740-2015) Demandante: Héctor Alfonso Carvajal Londoño, Demandado: Procuraduría General de la Nación con ponencia de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez.

3. Particularmente, a partir del Auto de 20 de diciembre de 1990 de la Sala 3° del Tribunal Supremo Europeo con ponencia del Magistrado F. González Navarro, según lo cuenta el profesor Eduardo García de Enterría en su obra “La batalla por las medidas cautelares”.

Expediente: 190012333004 20190021200
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP
Demandado: JAIRO VICENTE CORREA ESTACIO

1986, el Decreto 407 de 1994, y la Ley 100 de 1993; fundamento normativo que se acompaña a los preceptos que alega transgredidos en el libelo de la demanda, a saber: artículos 4, 48 y 64 de la Constitución Política y el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005.

Señala, que al expedir el acto enjuiciado hubo una infracción de las normas invocadas como fundamento de la acción, lo cual, a su juicio, constituye una causal para declarar la nulidad de aquel por constituir un vicio material que afecta la legalidad del mismo, toda vez que la indebida aplicación y errónea interpretación de las citadas normas, permitió un reconocimiento pensional contrario a Derecho, al aplicarse el régimen especial del INPEC consagrado en la Ley 32 de 1986, cuando el hoy demandado no cumple con los 15 años de servicio ni 40 años de edad exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como lo dispone el artículo 6° del Decreto 2090 de 2003, que arguye ser la norma aplicable en el caso concreto.

2.2.2.- Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o derechos invocados.

El Consejo de Estado indicó que le corresponde al juez administrativo al analizar una solicitud de medida cautelar, estudiar lo que la doctrina ha denominado apariencia de buen derecho o “fumus boni iuris”, es decir, si provisionalmente hay lugar a proteger el derecho que se está reclamando a través de un proceso judicial.

En ese orden de ideas, revisada tanto la demanda, los anexos, la contestación a la misma y los argumentos expuestos en el traslado de la medida cautelar solicitada, advierte este Sustanciador que se encuentra satisfecho este requisito, debido a que la entidad demandante demuestra que a través de la Resolución No. RDP 045715 de 2 de octubre de 2013 reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez a favor del demandado, de conformidad con lo establecido en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 por haber laborado por más de 20 años al INPEC en cargos de excepción, en cuantía de \$ 1'491,888, efectiva a partir del 1 de junio de 2013.

Sostiene que el acto administrativo enjuiciado va en contravía del ordenamiento jurídico, porque el demandado, quien prestó sus servicios como Dragoneante en el INPEC desde el 17 de septiembre de 1987 hasta el 31 de diciembre de 2015, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994), tenía 30 años de edad y 6 años, 6 meses y 15 días de tiempo de servicio, razón por la cual no cumple con los 15 años de servicio ni 50 años de edad exigidos por el artículo 36 ibídem, tal como lo dispone el artículo 6° del Decreto 2090 de 2003, normatividad que alude es la adecuada para efectuar el reconocimiento pensional; situación que en definitiva constituye un detrimento presupuestal para la entidad.

A partir de lo expuesto, este Despacho avizora la posible existencia de un derecho en cabeza de la accionante, como quiera que la solicitud de la medida cautelar, se acompaña con los lineamientos fijados por el Órgano Vértice de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa frente al régimen pensional del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC, que rezan:

“Sobre este particular, debe decirse que la disposición en materia pensional vigente antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, para los empleados oficiales del orden nacional era la Ley 33 de 1985 la cual, si bien es cierto en su artículo 1 fijó los requisitos de tiempo

Expediente: 190012333004 20190021200
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP
Demandado: JAIRO VICENTE CORREA ESTACIO

y edad necesarios para el reconocimiento de una pensión de jubilación no lo es menos, que excluyó de esta regla a los empleados oficiales que disfrutaban de un régimen especial de pensiones, como es el caso de los integrantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC. (...) Bajo estos supuestos, para que a un empleado del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le fuera reconocida una pensión de jubilación con aplicación del régimen especial previsto en los artículos 96 de la Ley 32 de 1986 y 168 del Decreto 407 de 1994 debía acreditar una de las condiciones descritas en el artículo 36 de la citada Ley 100 de 1993, estas son, edad o tiempo de servicio.”⁴

Bajo ese precepto, sin el ánimo de efectuar un análisis de fondo que le compete a este Tribunal, el sustanciador concluye que la medida cautelar pedida por la entidad demandante tiene piso jurídico, habida consideración de que los fundamentos esbozados en ella son suficientes para demostrar que se cohesionan al desarrollo jurisprudencial decantado por el Consejo de Estado.

Así las cosas, la UGPP demuestra la titularidad del derecho invocado con la medida cautelar a través del análisis del marco normativo del régimen pensional del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC, por lo cual se cumple el requisito bajo análisis.

2.2.3.- 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.

Para el Despacho Sustanciador este requisito se cumple a cabalidad, como quiera que del análisis de los elementos materiales probatorios obrantes en el expediente y de la lectura los argumentos jurídicos esbozados por la entidad demandante, emerge en forma diáfana que la intención de la medida cautelar estriba en la protección del Tesoro Público, por considerar que al haber efectuado un reconocimiento pensional a un miembro del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC a la luz de los requisitos planteados en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, sin ser beneficiario del régimen de transición, se afecta gravosamente las arcas del Estado y el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, tanto general como especial.

Así pues, al efectuar el ejercicio de ponderación de intereses que exige la norma, observa el Despacho que el interés público se vería gravemente afectado al negar la medida cautelar, habida consideración que la mesada pensional reconocida al demandado es una erogación que debe asumir la UGPP, en detrimento de los derechos pensionales de otras personas a las que, sin manto de duda, les asiste el derecho a la pensión de vejez, panorama que para esta Jefatura constituye una afectación presupuestal para el extremo activo de la litis.

2.2.4.- 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.

4. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B” Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve Sentencia de 12 de abril de 2011. Radicación número: 11001-03-15-000-2011-00286-00(AC)

Expediente: 190012333004 20190021200
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP
Demandado: JAIRO VICENTE CORREA ESTACIO

Siguiendo el derrotero jurídico trazado en el numeral anterior, el Despacho sustanciador estima que en el presente caso se configura el literal "a", ya que de no conceder la medida cautelar deprecada por la UGPP, se edifica un perjuicio irremediable al sistema pensional, pues de comprobarse por este Tribunal que el hoy pensionado no es beneficiario del régimen de transición tal como se reconoció en el acto demandado, el detrimento patrimonial y el reconocimiento pensional a otras personas se vería afectado por asumir pagos que no se ajustan a Derecho.

Así pues, en este momento se cuenta con los elementos necesarios para determinar que le asiste a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP, esa apariencia de buen derecho respecto de sus pretensiones frente al reconocimiento pensional adjudicado al señor Jairo Vicente Correa Estacio, y por ello se encuentran satisfechos todos los requisitos exigidos por el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011.

Corolario de lo expuesto, se accederá el decreto de la medida cautela en los términos en que fue solicitada por la entidad demandante, ya que se encuentran cumplidos los presupuestos que le permitan a este Sustanciador, señalar que existe una "probabilidad razonable" de que prospere lo pretendido por la parte actora.

Por lo anterior, SE DISPONE:

PRIMERO.- DECRETAR la MEDIDA CAUTELAR solicitada por la UGPP en los precisos términos que fue pedida por ésta .

En consecuencia, ORDENAR la suspensión provisional de la Resolución No. RDP 045715 de 2 de octubre de 2013, emanada de la UGPP, por la cual se reconoció la pensión de vejez a favor del señor Jairo Vicente Correa Estacio, identificado con cédula de ciudadanía No. 12.981.645, y emitir acto administrativo por medio del cual de forma provisional y en aras de garantizar el mínimo vital del demandado se reconozca un salario mínimo legal mensual vigente hasta tanto se emita sentencia definitiva y de fondo.

SEGUNDO.- Ejecutoriada esta providencia, vuelva a Despacho para continuar con el trámite del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

El Magistrado,

DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO

Firmado Por:

**DAVID FERNANDO RAMIREZ FAJARDO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**

Expediente: 190012333004 20190021200
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP
Demandado: JAIRO VICENTE CORREA ESTACIO

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

d960eff5f1a272cea2e655d015c097bebcf641cc0b0077045e6d2a08c4b50853

Documento generado en 07/12/2020 04:24:06 p.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**