

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Magistrado: CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO

Villavicencio, diez (10) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	PEDRO ENRIQUE UNDA FIAGA
DEMANDADO:	CREMIL
RADICADO:	50001-23-33-000-2018-00343-00

I. AUTO

Decide la Sala sobre el recurso de reposición contra auto de fecha 18 de junio de 2019, por medio del cual niega la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional presentada por el apoderado de la parte demandante.

1. Antecedentes.

Mediante apoderado judicial, PEDRO ENRIQUE UNDA FIAGA presenta demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, contra CREMIL, con el fin de obtener la nulidad de la Resolución N° 4013 del 18 de enero de 2018 y la Resolución N. 8543 del 22 de marzo del 2019, mediante los cuales se negó y se confirmó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

En el escrito de la demanda se solicitó decretar medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de la resolución demandada (fls 17-18).

La demanda se admitió en auto del 11 de diciembre de 2018 (fl. 245), y mediante proveído del mismo día (fl. 245) se dispuso dar trámite a la solicitud de medida cautelar presentada y se ordenó correr el traslado de que trata el artículo 233 del C.P.A.C.A.

A través de auto del 5 de febrero de 2019 (fol. 255), se admitió reforma de la demanda y negó la solicitud de adición respecto de la medida cautelar

Finalmente mediante auto de fecha 18 de junio de 2019 se negó la medida cautelar.

<i>Medio de control:</i>	<i>Nulidad y Restablecimiento del Derecho</i>
<i>Expediente:</i>	<i>50001 23 33 000 2018 00343 00</i>
<i>Auto:</i>	<i>Resuelve recurso de reposición</i>
<i>CJMB</i>	

2. Medida cautelar solicitada.

En el punto "J", del escrito de la demanda, visible a folio 17 denominado "**MEDIDAS CAUTELARES**", el apoderado judicial de la parte actora solicita la suspensión provisional del acto administrativo acusado emitido por CREMIL, sustentando en que es indispensable esta asignación de retiro para la subsistencia de él y su núcleo familiar. Medida que fué negada al considerar que no tiene el tiempo de servicio necesario para acceder al beneficio como lo establece el Decreto 0991 de 2015.

Sostiene el apoderado que se vulneraron los derechos adquiridos en materia laboral, desconociendo los principios e eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De conformidad con el artículo 242 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y del artículo 318 del código general del proceso corresponde al Magistrado ponente pronunciarse sobre el recurso de reposición interpuesto contra el auto que negó la solicitud de medida cautelar.

2. Problema jurídico

Corresponde a este Despacho resolver si hay lugar a reponer la negativa a conceder la medida cautelar solicitada, por reunirse los requisitos para decretar la misma, o, por el contrario, si se debe confirmar el auto impugnado.

Una vez planteado lo anterior, procede la Sala a delimitar el *sub examine* teniendo en cuenta lo siguiente:

3. De las medidas cautelares.

Las medidas cautelares dentro del proceso contencioso administrativo se encuentran previstas y reguladas en los artículos 229 y siguientes del C.P.A.C.A., y se constituyen en un instrumento de la garantía efectiva y material de acceso a la administración de justicia que busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción en procura de solucionar una determinada controversia¹.

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente No. 2015-00022, providencia de 13 de mayo de 2015.

Una de tales medidas cautelares es la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, que se reconoce como una excepción a la presunción de legalidad que ampara las decisiones de la administración, en los eventos de infringir las normas superiores en que deben fundarse. En efecto, la suspensión provisional, es una medida cautelar en virtud de la cual, pueden suspenderse transitoriamente los efectos de un acto administrativo.

Dicha medida cautelar encuentra soporte constitucional en el artículo 238, que establece:

"La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial".

Frente a los requisitos para que proceda la suspensión del acto administrativo acusado, el artículo 231 de del C.P.A.C.A., establece:

"Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
- 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
- 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
- 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios". (Destacado por la Sala).*

En tal sentido, la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la respectiva solicitud, **"cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud"**, encuentra su fundamento en la necesidad de proteger provisionalmente la legalidad, hasta tanto se profiera una decisión definitiva.

Respecto a los criterios que han de ser tenidos en cuenta al momento de estudiar una solicitud de medida cautelar, la Sala Plena del Consejo de Estado en providencia de 17 de marzo de 2015², señaló:

*"(...) La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en el **fumus boni iuris y periculum in mora**. El primero, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la posible existencia de un derecho. El segundo, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho.*

(...)

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

Lo anterior significa que el director del proceso debe realizar un análisis inicial de su legalidad para determinar si se ajusta a las normas superiores invocadas como violadas.

Ahora bien, si la petición fue acompañada con pruebas, también tendrá la carga de analizarlas para adoptar la decisión que en derecho corresponda.

² Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Expediente núm. 2014-03799.

4. Procedencia del recurso.

Frente a la procedencia del recurso de reposición contra la decisión que niega el decreto de una medida cautelar, se tiene que el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011 regula la procedencia y el trámite de las medidas cautelares.

Luego, el artículo 236 *ibídem* regula la procedencia de recursos en relación con la providencia que concede la medida, pero guarda silencio respecto de los recursos admisibles contra la decisión que la niega, motivo por el cual corresponde acudir a la regulación contenida en el artículo 242 *ejusdem*, precepto que consagra la procedencia del recurso de reposición, así:

«Artículo 242. Reposición. Salvo norma legal en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica.

En cuanto a su oportunidad y trámite se aplicará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil».

De lo expuesto se deduce que el recurso de reposición es procedente cuando i) no existe norma legal en contrario que lo prohíba y ii) la decisión no es susceptible de los recursos de apelación o de súplica; presupuestos que indudablemente concurren en relación con la providencia que niega una medida cautelar.

En conclusión, contra el auto del 18 de junio de 2019 por medio del cual el despacho negó la medida cautelar solicitada consistente en la suspensión provisional de los efectos producidos por los actos administrativos demandados procede el recurso de reposición y, por ende, se analizará de fondo, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos para su procedencia.

Entonces, el artículo 242 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, transcrito en precedencia, establece que en cuanto a la oportunidad y trámite del recurso de reposición se aplicará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, debiéndose en consecuencia aplicar el Código General del Proceso, actualmente vigente, que al respecto establece:

«Artículo-318. Procedencia y oportunidades. r...] El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto.

El auto" que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos no decididos en el anterior, caso en el cual podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de los puntos nuevos.

Los autos que dicten las salas de decisión no tienen reposición; podrá pedirse su aclaración o complementación, dentro del término de su ejecutoria».

En consecuencia, se tiene que el recurso interpuesto por la parte accionante, en el proceso de la referencia se presentó por el demandante, el 25 de junio de 2019³ esto es, dentro del término de tres (3) días siguientes a la notificación del auto del 18 de junio de 2019, en virtud de lo cual se tienen como oportunamente presentados.

Mediante auto proferido del 19 de junio de 2019, en el cual se resuelve la solicitud de medida cautelar solicitada por la parte accionante; el Despacho indicó según como lo ha señalado la jurisprudencia que, tanto la carga argumentativa como la carga probatoria deben ser asumidas por quien solicita la medida cautelar, debido a que esto garantiza que el Juez pueda tener los suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia.

1. Caso concreto

El apoderado del accionante solicitó la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los siguientes actos administrativos: N° 4013 del 18 de enero de 2018 y la Resolución N. 8543 del 22 de marzo del 2019, mediante los cuales se negó y se confirmó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro. Como consecuencia de ello, se interpuso el recurso de reposición el cual se procede a resolver.

En el recurso de reposición presentado, centra sus argumentos en 2 aspectos descritos en la parte resolutive del auto apelado: i) no se acreditó perjuicio irremediable y ii) el acto administrativo no viola normas de orden superior.

En cuanto al primer aspecto, se fundamenta en que las declaraciones extrajuicio efectuadas acreditan su situación de vulnerabilidad y riesgo inminente teniendo en cuenta que desempeña una labor informal dentro del departamento del Meta donde debido al fuerte invierno que ocasionó el cierre de las vías afectándolo a él y su familia. Por otro lado, señala el demandante que sufre rechazo por su condición de ex presidiario negándosele la oportunidad de acceder a un trabajo formal, contando únicamente con los ingresos que obtiene de acarreo que realiza en un vehículo que se encuentra pagando.

El segundo aspecto, con relación a la confrontación de las normas señala el apoderado de la parte actora, que cuando el representado ingresó al Ejército Nacional el régimen aplicable era el decreto 1211 de 1990 el cual determinaba el acceso al beneficio de asignación de retiro con solo 15 años de servicio, sin

³ 341-344 cuaderno principal N.2

embargo; con la expedición y aplicación del decreto 991 de 2015 , el tiempo de servicio incrementó para conceder el beneficio de asignación de retiro cuando la causal de retiro sea "separación absoluta", por lo tanto considera que se vulneraron los derechos adquiridos así como los parámetros establecidos en la ley marco 923 de 2004.

Tan cierto resulta la imposibilidad de decretar en este momento la medida cautelar, que en la propia demanda el actor requiere la inaplicación por inconstitucionalidad del decreto 991 de 2015, lo cual supone un análisis complejo, toda vez que implica verificar si el termino allí previsto no resultaba pertinente, y por el contrario debía tomarse el establecido en el Decreto 1211 del 1990, además de constatar que el mencionado acto vulnera los artículos 2, 6, 16, 25, 29, 125, 150 de la Constitución Política , lo cual no resulta pertinente en esta etapa procesal y deberá diferirse para la decisión final.

En efecto, la Corte Constitucional⁴ ha precisado que no toda circunstancia contraria al goce efectivo de derechos o prerrogativas del individuo configura un perjuicio irremediable, sino que sólo algunas situaciones cualificadas adquieren esa entidad; de esta manera, en primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder, esto exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además la causa de daño.

En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), per que sea susceptible de determinación jurídica.

En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas estas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por lo que una declaración extra juicio no cuenta como prueba que permita predicar la configuración de un perjuicio irremediable y que aunque el demandante manifieste haber laborado por más de 22 años y que a su caso debe aplicársele lo establecido en el Decreto 1211 de 1990, donde se exige 15 años de servicio para tal efecto, lo cierto es que el acto administrativo demandado establece que el tiempo de servicio fue de 19 años, 4 meses y 19 días y que conforme a lo dispuesto en el Decreto 0991 de 2015, el señor UNDA FIAGA no tiene derecho asignación de retiro pues dicha norma establece que el tiempo mínimo de servicio es de 20 años, razón por la que en este momento procesal no existe apariencia de buen derecho.

En ese orden, no se observa fundamento suficiente del recurso de reposición en contra de la negativa de la medida cautelar, pues no aporta elementos de prueba

⁴ Corte Cnsittucional. Sentencias: T-225/93, T-789/00, T-803/02, T-882/02, T-922/02 y T-1125/04

que demuestren que de no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, dicho de otra manera, tal como lo está la solicitud de la medida cautelar no puede concluirse en esta etapa procesal con los límites que la misma impone, y con la mera afirmación del accionante, que se presenta un perjuicio irremediable.

Por lo anterior, este Despacho,

RESUELVE:

PRIMERO.- NO REPONER la decisión en contra del auto que niega la medida cautelar, interpuesto por la parte demandante por las razones expuestas en la parte motivada de esta providencia.

SEGUNDO.- Una vez ejecutoriada la presente providencia, ingrédese al Despacho para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE


CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO
Magistrado