



Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Girardot

Girardot, nueve (9) de julio de dos mil diecinueve (2019).

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - OTROS
Demandante: OSCAR ANDRÉS IBAGÓN GALEANO Y OTROS
Demandado: MUNICIPIO DE GIRARDOT
Radicación: 25307-33-33-001-2019-00013-00
Asunto: RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN

Ingresa el proceso a Despacho para resolver recurso de reposición interpuesto por la apoderada de la parte actora en contra del auto proferido el 6 de junio de 2019 dentro del presente asunto.

I. ANTECEDENTES

En escrito separado de la demanda, la apoderada de la demandante presentó solicitud de decreto de medida cautelar¹, en el que precisaba:

"(...)

i) suspensión provisional. Solicito su señoría la suspensión provisional de los siguientes actos administrativos, en atención a que su continuidad afecta los intereses de los demandantes y para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso.

PRIMERO: De la Licencia Urbanística No 25307-0-018-0424 del 15 de noviembre del año 2018, mediante el cual se expidió licencia de construcción modalidad RECONOCIMIENTO al señor Daniel Orlando Medina Balaguera, en el predio con matrícula inmobiliaria N° 307-1053, cedula catastral No 01-03-0090-0001-000, ubicada en la carrera 310 N° 26-40/50 del barrio Santander del municipio de Girardot; por cuanto la accionada desconoció el artículo 29 de la Constitución Nacional, al vulnerar el derecho al debido proceso en cuanto a su expedición, pues el decreto 1469 del 2010 es muy claro respecto de la notificación que se debe hacer al momento de resolver la solicitud de una licencia, requisito que fue obviado por la entidad demandada en perjuicio de los demandantes.

SEGUNDO: De la Licencia Urbanística No 25307-0-018-0239 del 27 de julio del año 2018, mediante la cual se expidió licencia de construcción modalidad ADECUACIÓN Y MODIFICACIÓN al señor Daniel Orlando Medina Balaguera, en el predio con matrícula inmobiliaria N° 307-1053, cedula catastral No 01-03-0090-0001-000, ubicada en la carrera 310 N° 26-40/50 del barrio Santander del municipio de Girardot.

¹ Fls. 1-4 C. Medidas Cautelares 1

ii) ordenar la adopción de una decisión administrativa o impartir ordenes, de acuerdo a lo señalado en el artículo 230 del C.P.A.C.A.

(...)"

Mediante auto calendado 6 de junio de 2019², este Despacho negó el decreto de medida cautelar que había solicitado la demandante.

1. De la Reposición. (Fls. 273-274 C. Medidas Cautelares 2)

Mediante memorial allegado el 12 de junio de 2019, la apoderada de la demandante allegó recurso de reposición contra la mencionada providencia, señalando los hechos que en su criterio, constituyen cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 231 del CPACA, pues precisa que 1) la solicitud se encuentra debidamente fundamentada en derecho, 2) se acreditó la titularidad de los derechos invocados, 3) se indicó que el titular de las licencias de construcción otorgadas, es un simple tenedor y no un poseedor y, 4) se precisó que al no decretar la medida, se configuraría un perjuicio irremediable.

Aduce además, que con la negativa de la medida se está avalando la permanencia en un predio de un tercero ajeno a los propietarios y señala que no se realizó análisis y confrontación de las normas invocadas como demandadas, ni de las pruebas allegadas con la demanda, por lo que solicita realizar estudio del asunto, pues la situación actual está perjudicando moral y psicológicamente a los demandantes.

1.1. Trámite del recurso

De conformidad con el artículo 110 del C.G.P., el anterior recurso de reposición, se fijó en lista por el término de un (1) día y se les corrió traslado por (3) días (Fl. 286 C. Medidas Cautelares 2).

Dentro del término de traslado, el apoderado de la demandada guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

Respecto del recurso de reposición el artículo 242 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala:

"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."

² Fls. 270-272 C. Medidas Cautelares 2.

En esa secuencia, como quiera que el auto que niega el decreto de una medida cautelar no se encuentra enlistado dentro de los señalados en el artículo 243 como susceptibles de apelación, emerge procedente el de reposición.

Así pues, en labor de resolver el recurso interpuesto debe este Despacho puntualizar sobre cada una de las razones expuestas en el escrito de solicitud de medida como fundamento de su solicitud, así:

i) Vulneración del debido proceso, al no haber realizado la notificación de la solicitud de licencia a los propietarios del predio.

Para fundamentar su afirmación, transcribe el artículo 40 del Decreto 1469 de 2010 que señala:

“Artículo 40. Notificación de licencias. El acto administrativo que otorgue, niegue o declare el desistimiento de la solicitud de licencia será notificado al solicitante y a cualquier persona o autoridades que se hubiere hecho parte dentro del trámite, en los términos previstos en el Código Contencioso Administrativo. La constancia de la notificación se anexará al expediente. En el evento que el solicitante de la licencia sea un poseedor, el acto que resuelva la solicitud se le notificará al propietario inscrito del bien objeto de la licencia en la forma indicada anteriormente.”

Realizada entonces la lectura del mencionado artículo, emerge trascendente que en el mismo se señala que “*el acto administrativo que otorgue, niegue o declare el desistimiento de la solicitud de licencia...*”, en ese orden, de la simple lectura de la normatividad, se desprende la inaplicabilidad de la misma al tema bajo estudio, pues la notificación que refiere el citado artículo hace referencia a la del acto que otorga, niega o declara el desistimiento de la solicitud, por lo que la notificación que allí se relaciona es exigible en esa manifestación de la voluntad de la administración, no norma que no regula en momento alguno la notificación del otorgamiento de la licencia de construcción, aquí debatido.

Ahora bien, no desconoce esta Juzgadora el citado decreto 1469 de 2010, que señala:

Artículo 19. Titulares de las licencias de urbanización, parcelación, subdivisión y construcción. *Podrán ser titulares de las licencias de urbanización, parcelación, subdivisión y construcción los titulares de derechos reales principales, los propietarios del derecho de dominio a título de fiducia y los fideicomitentes de las mismas fiducias, de los inmuebles objeto de la solicitud.*

También podrán ser titulares las entidades previstas en el artículo 59 de la Ley 388 de 1997 o la norma que lo adicione, modifique o sustituya, cuando se les haya hecho entrega del predio o predios objeto de adquisición, en los procesos de enajenación voluntaria y/o expropiación previstos en los capítulos VII y VIII de la Ley 388 de 1997.

Los propietarios comuneros podrán ser titulares de las licencias de que trata este artículo, siempre y cuando dentro del procedimiento se convoque a los demás copropietarios o comuneros de la forma prevista para la citación a vecinos con el fin de que se hagan parte y hagan valer sus derechos.

En los casos de proyectos bifamiliares, será titular de la licencia de construcción el propietario o poseedor de La unidad para la cual se haya hecho la solicitud,

sin que se requiera que el propietario o poseedor de la otra unidad concurra o autorice para radicar la respectiva solicitud. En todo caso, este último deberá ser convocado de la forma prevista para la citación a vecinos.

Parágrafo. Los poseedores solo podrán ser titulares de las licencias de construcción y de los actos de reconocimiento de la existencia de edificaciones.

Así pues, como quiera que en este asunto se trata de un predio del cual son titulares del derecho de dominio un número plural de personas, emerge necesario que se notifique a quienes ostentan el mencionado derecho, acto frente al cual dando aplicación a lo dispuesto en el artículo transcrito, debe observarse la estipulación del artículo 29 que señala:

“Artículo 29. Citación a vecinos. *El curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente para el estudio, trámite y expedición de licencias, citará a los vecinos colindantes del inmueble o inmuebles objeto de la solicitud para que se hagan parte y puedan hacer valer sus derechos. En la citación se dará a conocer, por lo menos, el número de radicación y fecha, el nombre del solicitante de la licencia, la dirección del inmueble o inmuebles objeto de solicitud, la modalidad de la misma y el uso o usos propuestos conforme a la radicación. La citación a vecinos se hará por correo certificado conforme a la información suministrada por el solicitante de la licencia.*

Se entiende por vecinos los propietarios, poseedores, tenedores o residentes de predios colindantes, de acuerdo con lo establecido en el numeral 6 del artículo 21 de este decreto.

Si la citación no fuere posible, se insertará un aviso en la publicación que para tal efecto tuviere la entidad o en un periódico de amplia circulación local o nacional. En la publicación se incluirá la información indicada para las citaciones. En aquellos municipios donde esto no fuere posible, se puede hacer uso de un medio masivo de radiodifusión local, en el horario de 8:00 a. m. a 8:00 p. m.

Cualquiera sea el medio utilizado para comunicar la solicitud a los vecinos colindantes, en el expediente se deberán dejar las respectivas constancias.

Parágrafo 1°. *Desde el día siguiente a la fecha de radicación en legal y debida forma de solicitudes de proyectos de parcelación, urbanización y construcción en cualquiera de sus modalidades, el peticionario de la licencia deberá instalar una valla resistente a la intemperie de fondo amarillo y letras negras, con una dimensión mínima de un metro (1.00 m) por setenta (70) centímetros, en lugar visible desde la vía pública, en la que se advierta a terceros sobre la iniciación del trámite administrativo tendiente a la expedición de la licencia urbanística, indicando el número de radicación, fecha de radicación, la autoridad ante la cual se tramita la solicitud, el uso y características básicas del proyecto.*

Tratándose de solicitudes de licencia de construcción individual de vivienda de interés social, se instalará un aviso de treinta (30) centímetros por cincuenta (50) centímetros en lugar visible desde la vía pública.

Cuando se solicite licencia para el desarrollo de obras de construcción en las modalidades de ampliación, adecuación, restauración o demolición en edificios o conjunto sometidos al régimen de propiedad horizontal, se instalará un aviso de treinta (30) centímetros por cincuenta (50) centímetros en la cartelera principal del edificio o conjunto, o en un lugar de amplia circulación que determine la administración.

Una fotografía de la valla o del aviso, según sea el caso, con la información indicada se deberá anexar al respectivo expediente administrativo en los cinco

(5) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, so pena de entenderse desistida.

Esta valla, por ser requisito para el trámite de la licencia, no generará ninguna clase de pagos o permisos adicionales a los de la licencia misma y deberá permanecer en el sitio hasta tanto la solicitud sea resuelta.

Parágrafo 2°. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará para las solicitudes de licencia de subdivisión, de construcción en la modalidad de reconstrucción; intervención y ocupación de espacio público; las solicitudes de revalidación ni las solicitudes de modificación de licencia vigente siempre y cuando, en estas últimas, se trate de rediseños internos manteniendo la volumetría y el uso predominante aprobados en la licencia objeto de modificación.

En esta secuencia, asume relevante que aunque la normatividad señalada establece la necesidad de notificación de los condueños en casos como el del presente inmueble, la misma puede surtirse incluso por medio de publicación por aviso, hecho frente al cual, para que proceda el decreto de la medida cautelar, no es suficiente que por parte de los demandantes se realice negación respecto a su notificación, sino que debe acreditarse, supuesto que sólo podría tenerse por sentado, al contar con la totalidad del expediente adelantado en trámite de expedición de las licencias de construcción que se debaten y que al no haber sido allegado, no constituye certeza de que la notificación no fue realizada.

ii) Expedición de licencia de construcción en la modalidad de adecuación y modificación, sin contar con licencia de construcción ni de reconocimiento de edificaciones existentes.

Argumenta el peticionario que la licencia de construcción N° 25307-0-018-0239 del 27 de julio de 2018, fue expedida en la modalidad de adecuación y modificación, premisa frente a la cual resalta que el predio objeto de licencia no contaba con licencia de construcción ni de reconocimiento de edificaciones existentes que hubiera sido expedida anteriormente.

Al respecto, llama la atención del Despacho que el 13 de noviembre de 2018, fue expedida por la Oficina Asesora de Planeación Municipal, licencia urbanística N° 25307-0-018-0424 en la modalidad de reconocimiento, misma que en el acápite de descripción señaló:

“CONFORME A LO ESTIPULADO EN EL ARTICULO 135 ENCISO (sic) 24, PARAGRAFO 2 DE LA LEY 1801 DEL 29 DE JULIO DE 2016; SE AUTORIZA EL RECONOCIMIENTO DE 221.52 M2, EN UN LOTE CON UN AREA TOTAL DE TERRENO DE 2465 M2; CONFORME A LOS PLANOS ANEXOS APROBADOS. DEBE ACOGERSE A LA LEY 400 DE 1997, CODIGOS COLOMBIANOS DE CONSTRUCCION SISMORESISTENTES DE 2010, LEY DE PISCINA 1209 DE 2008 Y AL PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL POT.”

En esa secuencia, deviene relevante que el mencionado artículo 135 de la ley 1801 de 2016, señala:

“ARTÍCULO 135. COMPORTAMIENTOS CONTRARIOS A LA INTEGRIDAD URBANÍSTICA. *Los siguientes comportamientos, relacionados con bienes inmuebles de particulares, bienes fiscales, bienes de uso público y el espacio*

público, son contrarios a la convivencia pues afectan la integridad urbanística y por lo tanto no deben realizarse, según la modalidad señalada:

(...)

PARÁGRAFO 2o. *Cuando se realice actuación urbanística sin previa licencia en predios aptos para estos menesteres, sin perjuicio de la medida de multa y de la suspensión temporal de la obra, se concederá un término de sesenta (60) días para que el infractor solicite el reconocimiento de la construcción ante la autoridad competente del distrito o municipio; si pasado este término no presenta licencia de reconocimiento, no podrá reanudar la obra y se duplicará el valor de la multa impuesta. (...)*"

Así pues, emerge trascendente que según se extrae de la documental que ha sido aportada hasta el momento, en contra del señor Daniel Orlando Medina Balaguera, se adelantó proceso policivo de contravención urbanística, en virtud de la construcción que se encontraba ejecutando, hecho que asume concordante con la decisión de licencia de reconocimiento que fue expedida por la oficina asesora de planeación municipal, pues conforme señala el artículo transcrito, en casos en los que una persona adelanta construcciones sin la debida licencia de construcción, la sanción a imponer, sin perjuicio de las multas de las cuales sea acreedor el contraventor, es la orden de adelantar el trámite para la expedición de licencia de reconocimiento de las construcciones existentes, para la que debe cumplir las especificaciones técnicas que la ley señala.

En esta línea, reitera el Despacho la necesidad de contar con la totalidad del expediente administrativo adelantado, no sólo en trámite de las licencias de construcción, sino en el proceso de contravención urbanística que se llevó a cabo, pues es vinculante conocer las decisiones que fueron adoptadas en una y otra dependencia, en cuanto debe verificarse la correlación entre ellas, ya que sólo evidenciando éstas podría adoptarse una decisión razonada y fundamentada acerca del caso bajo estudio, por lo que al no contarse con la precitada documental, no es posible que en este momento se acceda a la medida cautelar.

iii) Expedición de licencia en calidad de poseedor al señor Daniel Orlando Medina Balaguera.

Precisan los demandantes que el mencionado señor Medina es simplemente un arrendador, por lo que el derecho que le asiste es el de mero tenedor, más no el de poseedor, hecho frente al cual no debió habersele expedido la licencia solicitada.

Para dilucidar este aspecto, iniciará el Despacho por realizar una enunciación de los hechos que se encuentran probados en el sub – lite:

- En trámite del proceso de sucesión del señor Hernando Ibagón fue adjudicado el inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria N° 307-1053 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Girardot, ubicado en la Carrera 10 N° 26-40/50, así (Anotación N° 21. Certificado de libertad y tradición Fls. 275-281):

Díaz de Ibagón Rosa Elvira	2.5%
Ibagón Cruz Cesar Augusto	6.5%
Ibagón Cruz Holman	6.5%
Ibagón Cruz Juan Carlos	6.5%
Ibagón Cruz María Angélica	6.5%
Ibagón Cruz María Elizabeth	6.5%
Ibagón Díaz Jeannette	6.5%
Ibagón Díaz María Rocío	6.5%
Ibagón Galeano Oscar Andrés	6.5%
Ibagón Herrán Maricela	6.5%
Ibagón Melo Javier	6.5%
Ibagón Melo Jorge Enrique	6.5%
Ibagón Pulido Hernando	6.5%
Ibagón Pulido Jairo Alfonso	6.5%
Ibagón Puido Nubia	6.5%
Ibagón Rodríguez María del Pilar	6.5%

- Entre el señor Daniel Orlando Medina Balaguera y Jorge Enrique Ibagón Melo, se suscribieron contratos de arrendamiento de local comercial, sobre el inmueble que se encuentra ubicado en la Carrera 10 N° 26-50 y calle 27 N° 8A-25, 8A-65; 8A-57 y 8A-53, el 31 de octubre de 2013 y 1° de abril de 2014 (Fls. 53-57 y 60-62).
- El señor Daniel Orlando Medina Balaguera adquirió cuotas partes del inmueble en mención, mediante compra efectuada a los herederos del señor Hernando Ibagón, así (Certificado de libertad y tradición Fls. 275-281):

Fecha	Compra efectuada a:	Porcentaje	Anotación N°
29-10-2014	Ibagón Melo Javier	6.5%	26
29-10-2014	Ibagón Melo Jorge Enrique	6.5%	27
16-12-2014	Ibagón de Soto Maricela	6.5%	28
17-03-2015	Ibagón Díaz María Rocío	6.5%	29
15-04-2015	Ibagón Pulido Hernando	6.5%	30
09-06-2015	Ibagón Cruz Juan Carlos	6.5%	31
08-03-2016	Ibagón de Kobayashi María del Pilar	6.5%	33
03-05-2016	Ibagón Díaz María Rocío	1.25%	34
19-05-2016	Ibagón Pulido Jairo Alfonso	6.5%	35
02-11-2016	Ibagón Pulido Nubia	6.5%	40

- El 23 de marzo de 2018, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Girardot, comunicó a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Girardot, la decisión de revocatoria judicial, en la que se ordenó cancelar todas las anotaciones que se hubieran registrado con posterioridad a la inscripción

de la demanda comunicada el 11 de febrero de 2013, quedando canceladas las anotaciones efectuadas en los numerales 26 a 40 (Certificado de libertad y tradición Fls. 275-281).

En ese orden de ideas, es claro que aunque el señor Daniel Orlando Medina Balaguera inicialmente ostentaba la tenencia del inmueble objeto del presente proceso en calidad de arrendador, posteriormente adquirió derechos de cuota parte del mismo por compraventa que se celebrara entre quienes ostentaran el derecho de dominio en el porcentaje que les correspondía y él, encontrándose en su cabeza al 2 de noviembre de 2016 el 59.75% del inmueble en cuestión.

Ahora, si bien el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Girardot ordenó la cancelación de las anotaciones efectuadas en los numerales 26 a 40 del Certificado de Libertad y Tradición del inmueble, afectando directamente el registro de las compraventas que habían sido efectuadas entre el señor Medina y algunos herederos del señor Ibagón, no puede desconocer la suscrita la existencia de los negocios jurídicos celebrados entre ellos, hecho frente al cual es claro que mientras no sean escindidos, se encuentran vigentes y sitúan en cabeza del señor Medina un derecho, el cual así no sea el de dominio, si le otorga interés jurídico frente al inmueble tantas veces señalado.

A lo anterior debe agregarse el hecho de que quienes efectuaron la venta de las cuotas partes en su momento, reconocen en cabeza del señor Medina el derecho de usufructo de las mismas, situación que está plenamente demostrada con los pagos que mensualmente se han efectuado por quien se predica administradora de los bienes, al mencionado señor y que enuncian como concepto, la entrega de dividendos que le corresponden a algunos de los herederos del señor Hernando Ibagón (Fls. 171-183 C. Medidas Cautelares 1, 184-191 y 217-268 C. Medidas Cautelares 2).

Además, en la diligencia de secuestro practicada a la cuota parte del señor Cesar Augusto Ibagón Cruz en proceso ejecutivo que en su contra se adelanta, se observa que quien atendió la diligencia fue el señor Daniel Orlando Medina Balaguera y que en trámite de la misma se señaló:

"(Minuto 16:52) JUEZ: En este estado de la diligencia dejamos la constancia de que fuimos atendidos por el señor Daniel Orlando Medina Balaguera (...) a quien el despacho le concede la palabra. DANIEL ORLANDO: Daniel Medina Balaguera, identificado con la cédula 12258957 de Girardot, estoy acá obrando como comprador de 11 partes de una sucesión y hay un embargo sobre una cuota de las 16 partes del señor Augusto Cesar y sobre esa diligencia es la que estoy anexando los soportes debido a que hoy se hizo el secuestro (...)"³

En este orden de ideas, para el Despacho se encuentra acreditado que contrario a lo mencionado por la apoderada de la parte demandante, el señor Daniel Orlando Medina Balaguera no es un simple tenedor del inmueble sobre el cual se cierne el debate, sino que le asiste un verdadero interés jurídico sobre parte de él,

³ CD Fl. 213 C. Medidas Cautelares 2.

mismo sobre el que al estar ejerciendo actos de señor y dueño y al ser reconocido de esa manera incluso por quienes ostentan el derecho de dominio, se sitúa en él, el carácter de poseedor de parte del inmueble, desvirtuándose entonces lo afirmado por los hoy demandantes. .

iv) Aclaración realizada con la Resolución N° 124 del 7 de septiembre de 2018 de la licencia de construcción N° 25307-0-018-0239 del 27 de julio de 2018.

Con Resolución N° 174 del 6 de diciembre de 2018, la Oficina Asesora de Planeación Municipal revocó la Resolución N° 124 del 7 de octubre de 2018, mediante la cual se aclaró la licencia de construcción N° 25307-0-018-0239 del 27 de julio de 2018, hecho frente al cual habiendo desaparecido del mundo jurídico y cesado los efectos que presentaba, deviene inoficioso e inocuo desatar discusión en torno a la legalidad de la misma.

v) Licencia de construcción N° 25307-0-018-0424 del 15 de noviembre de 2018.

Aduce la libelista que la existencia de este acto administrativo genera contradicción y confusión entre él y la licencia otorgada el 27 de julio de 2018, hecho frente al cual reitera el Despacho que observada la motivación de la licencia expedida el 15 de noviembre de 2018 y contrastada la existencia de un proceso policivo de contravención urbanística, bien puede ser que la última licencia expedida fue consecuencia del mencionado trámite policivo, por lo que para poder adoptar decisión al respecto o establecer las contradicciones entre los actos administrativos, es imperativo conocer la totalidad del procedimiento policivo, por lo que al no contarse con él, se imposibilita acceder a lo solicitado.

Frente a los requisitos para la procedencia de las medidas cautelares ha señalado el Consejo de Estado:

"Al tenor de lo establecido en el artículo 231 del CPACA, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos procede 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".

Es así como su procedencia está determinada por la violación del ordenamiento jurídico y la necesidad de proteger provisionalmente la legalidad del mismo, mientras se profiere la decisión definitiva respecto del acto administrativo demandado. Dice así el citado artículo:

(...)

Del texto normativo transcrito se desprenden los siguientes requisitos para que proceda una medida cautelar, a saber: i) que se invoque a petición de parte; ii) que exista una violación que 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; y, iii) si se trata de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que se acredite, de manera sumaria, los perjuicios que se alegan como causados."

En ese orden, es claro que para que proceda el decreto de una medida cautelar el Juez debe contar con los supuestos fácticos debidamente acreditados que evidencien que en realidad es necesario proferirla sin que se haya agotado la totalidad del procedimiento ordinario, hecho frente al cual, en las valoraciones realizadas anteriormente se dejó en evidencia la escasez probatoria respecto de los argumentos esbozados por la demandante, pues si bien se aportó documental de los trámites administrativos surtidos, no se le permitió a este Despacho conocer la totalidad de la actuación adelantada, hecho en virtud del cual esta juzgadora sólo cuenta con una versión de la situación que en realidad acontece, por lo que sería precario acceder a lo petitionado, pues en razón de lo señalado, el debate bajo estudio requiere un análisis detallado y profundo de las actuaciones administrativas, mismo que no es propio de esta etapa procesal.

Como consecuencia de lo anterior, al no encontrar la suscrita serios motivos que la lleven al convencimiento de la necesidad de mutar su decisión, habrá de mantenerla incólume.

Por todo lo anterior y en consecuencia, el **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE GIRARDOT,**

RESUELVE

NO REPONER la providencia de fecha 6 de junio de 2019, por las razones anteriormente expuestas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JUANITA DEL PILAR MATIZ CIFUENTES
JUEZ

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE
GIRARDOT

Notifico por ESTADO ELECTRÓNICO, en

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-01-administrativo-de-girardot/245>

Hoy 10 de Julio de 2019 a las 08:00 A.M.



ANDREA SALAZAR GIRARDO
Secretaria



Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Girardot

Girardot, nueve (9) de julio de dos mil diecinueve (2019).

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO –
LABORAL
Demandante: RICARDO MANCIPE CAICEDO
Demandado: HOSPITAL SAN RAFAEL DE FUSAGASUGÁ E.S.E.
Radicación: 25307-3333-001-2019-00127-00
Asunto: DECRETA MEDIDA CAUTELAR

I. ANTECEDENTES

Resuelve el despacho la solicitud de medida cautelar presentada por el accionante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 233 del C.P.A.C.A.

1. SOLICITUD

El actor en el escrito presentado solicita:

"(...)

1. Decretar como medida cautelar la suspensión provisional de los actos administrativos obrantes en la Resolución No. 0223 del 18 de octubre de 2018 y la resolución No. 0249 del 23 de noviembre de 2018, proferidos por el Hospital San Rafael de Fusagasugá E.S.E., por medio de los cuales se dispuso el retiro del señor Ricardo Mancipe Caicedo de la nómina de funcionarios de la entidad accionada, a partir del 31 de diciembre de 2018.

2. Como consecuencia de lo anterior, ordenar al Hospital San Rafael de Fusagasugá E.S.E. que le permita al accionante continuar de manera ininterrumpida el ejercicio de las funciones inherentes al cargo de Técnico Área Salud Código 323, hasta el momento en el que cumpla la edad de setenta años que el artículo 1º de la Ley 1821 de 2016 fija como edad de retiro forzoso, bajo el compromiso de seguir efectuando las cotizaciones destinadas al Sistema de Seguridad Social Integral (salud, pensión, riesgos laborales); hasta que el despacho se pronuncie de manera definitiva y de fondo respecto a las pretensiones formuladas por el señor Mancipe Caicedo en el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho inicialmente referenciado.

3. En cumplimiento de las pretensiones anteriores, ordenar al Hospital San Rafael de Fusagasugá E.S.E. que se abstenga de aducir el reconocimiento de la pensión de jubilación como justa causa para dar por terminada la relación legal y reglamentaria que une al señor Mancipe Caicedo con la entidad en el ejercicio de las funciones inherentes al cargo de Técnico Área Salud Código 323; hasta que el despacho se pronuncie de manera definitiva y de fondo respecto de las

pretensiones formuladas por el señor Mancipe Caicedo en el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho inicialmente referenciado.

(...)"

2. TRÁMITE PROCESAL

La presente solicitud de suspensión provisional fue presentada el día primero (1º) de abril del dos mil diecinueve (2019) (fl. 110); mediante providencia del cuatro (4) de abril del dos mil diecinueve (2019) se ordenó correr traslado de la misma a la accionada para que se pronunciara sobre la medida cautelar (fl.11 cuaderno de Medidas Cautelares), por secretaría se notificó el 17 de junio de 2019, y se corrió traslado al demandado para que se pronunciaran. (Fl.125-126 del cuaderno principal).

3. CONTESTACIÓN

3.1. HOSPITAL SAN RAFAEL DE FUSAGASUGÁ

La entidad demandada se pronunció frente a la solicitud de suspensión de los actos demandados manifestando que no le asiste razón al apoderado de la parte actora en solicitar la suspensión de las resoluciones Nos. 0223 del 18 de octubre y la No. 0249 del 23 de noviembre de 2018, por medio de la cual se ordenó el retiro al funcionario Ricardo Mancipe Caicedo, por las siguientes razones:

3.1. El accionante en varios escenarios jurídicos ha manifestado que la entidad accionada ha venido vulnerando sus derechos legítimos al mínimo vital, el debido proceso, seguridad social y a la estabilidad laboral, afirmaciones que se caen de todo peso ya que el actor actualmente funge como técnico área salud código 323, además que fue el mismo accionante quien inició los trámites ante la Administradora Colombiana de Pensiones para obtener el reconocimiento de su pensión, prestación que fue reconocido por el extinto Instituto de Seguros Sociales mediante la Resolución No. 6532 del 15 de enero de 2008.

3.2. No es cierto que la entidad no ha constatado o corroborado que real y efectivamente se haya realizado la previa inclusión en la nómina de pensionados al actor antes de la fecha de su retiro, por cuanto el Hospital de Fusagasugá ofició a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES, para verificar el estado de pensión del señor Mancipe, entidad que dio respuesta mediante oficio 2018-9789600 del 14 de agosto de 2018; además de ello, el accionante sigue vinculado a la entidad hasta tanto la administradora mencionada active nuevamente al señor Ricardo en la nómina de pensionados como se ha solicitado.

3.3. El actor argumenta que la accionada desconoció al expedir los actos administrativos de los cuales pretende la nulidad, la ley 1821 de 2016, en el que se dispone de manera clara y perentoria que los funcionarios públicos a quienes en vigencia de la ley antes referenciada se encuentren en el ejercicio de funciones públicas, tienen derecho y la posibilidad de continuar en el desempeño de funciones

públicas hasta el momento en el que cumplan la edad máxima de retiro forzoso, esto es los 70 años de edad. Frente a ello, es de anotar que el accionante cumplió con los requisitos establecidos para adquirir la calidad de pensionado y su posterior inclusión en la nómina de pensionados desde el 7 de marzo de 2016, y la Ley 1821 de 2016 hace alusión de que “rige a partir de su promulgación”, es decir el 30 de diciembre de 2016, por lo que las normas que éste invoca para permanecer en el ejercicio de funciones, no son aplicables al presente caso, por cuanto como se ha venido aclarando, el accionante le fue reconocida la pensión de vejez desde el año 2008.

3.4. En cuanto a que la entidad demandada no tenía la posibilidad legal de acudir a la causal contemplada en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, se le aclara al despacho y al accionante que la ley 1821 de 2016, en ninguno de sus artículos establece que se le prohíba a las entidades públicas acudir a la causal contemplada en el parágrafo 3 del artículo 9 de la ley 797 de 2003, induciendo en error al despacho.

II. CONSIDERACIONES

4. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde al despacho establecer si, ¿es procedente decretar la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados, i) Resolución 0223 del 18 de octubre de 2018, y ii) Resolución 0249 del 23 de noviembre de 2018, proferidos por la entidad accionada por medio de los cuales se dispuso el retiro del señor Ricardo Mancipe Caicedo de la nómina de funcionarios de la entidad, inicialmente a partir del 01 de noviembre de 2018 y posteriormente a partir del 31 de diciembre de 2018 por ser contrarias a lo dispuesto en el artículo 2 de la ley 1821 de 2016?

4.1 TESIS DE LA PARTE DEMANDANTE

Señala el demandante, que debe decretarse la medida cautelar solicitada por cuanto las pruebas aportadas al proceso con la presentación de la demanda, acreditan los presupuestos axiológicos necesarios para decretar la suspensión provisional de la resoluciones ya referenciadas, como quiera que la decisión administrativa de retiro fue adoptada sin tener en cuenta lo dispuesto en la Ley 1821 de 2016.

4.2 TESIS DE LA ENTIDAD ACCIONADA

Solicita negar la medida provisional solicitada por el accionante, teniendo en cuenta que el señor Mancipe tiene reconocida la pensión de jubilación, y se encuentra incluido en la nómina de pensionados, además por cuanto no le es aplicable el artículo 2 de la Ley 1821 de 2016.

4.3 TESIS DEL DESPACHO

Es procedente decretar la medida cautelar solicitada como quiera que los argumentos expuestos en el escrito de suspensión cumplen con los requisitos exigidos por el artículo 231 del CPACA, pues es clara la vulneración de la normativa invocada como infringida por el accionante (ley 1821 de 2016) generándose entonces la afectación de los derechos de éste.

5. DE LOS HECHOS PROBADOS

- Se observa que el actor cuenta con 67 años de edad de acuerdo a la cedula de ciudadanía que se anexa a folio 16 de la demanda.
- Que el extinto Seguro Social reconoció pensión de jubilación al accionante dejando en suspenso el pago de la prestación hasta tanto se acredite el retiro definitivo del servicio. (fl. 29-30 del cuaderno de medida cautelar y fl. 32-34 del cuaderno de la demanda)
- Que el 10 de febrero de 2017, Colpensiones informó que el ingreso a la nómina de la pensión vitalicia de vejez se hizo efectiva en abril de 2016, pero que fue suspendida por el no cobro de mesadas, (fl. 61-63 del cuaderno de la medida cautelar).
- Que el actor el 6 de febrero de 2019 solicitó ante la Administradora Colombiana de Pensiones y el Hospital San Rafael de Fusagasugá suspender el beneficio de reconocimiento pensional ya adquirido, y así mismo dejar postergado el pago de la pensión hasta la fecha en que quiera hacer efectivo su retiro, en atención de que es su voluntad acogerse a lo dispuesto en la Ley 1821 de 2016 y que una vez acredite su retiro definitivo del servicio público, se proceda a reliquidar la pensión considerando los aportes realizados al sistema de seguridad social. (fl. 21, 22 y 23 de la demanda).
- Que mediante Resolución No. 0223 del 18 de octubre de 2018, se dio cumplimiento a la Resolución No. 153 de mayo 19 de 2016 emitida por la E.S.E. Hospital San Rafael de Fusagasugá, y se ordenó retirar a un funcionario de carrera administrativa por pensión de jubilación, (fl. 50-51)
- Posteriormente, mediante Resolución No. 0249 del 23 de noviembre de 2018, se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el demandante en contra del acto antes mencionado, decidiendo no reponer la decisión contenida en la resolución referenciada, modificándola en el sentido de desvincular al servidor público a partir del 31 de diciembre de 2018 (fl. 54-64).

- Que mediante Resolución No. SUB 27056 del 30 de enero de 2019, Colpensiones resuelve un trámite de prestaciones económicas en el régimen de prima media con prestación definida, disponiendo mantener en suspenso el ingreso en nómina de la pensión de vejez reconocida al accionante hasta tanto no alleguen el acto administrativo de retiro. (fl. 28-31 de la demanda).

6. DE LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 del C.P.A.C.A, las medidas cautelares podrán ser decretadas por el juez, cuando tengan relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Entre las medidas que pueden ser decretadas se encuentra la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo.

El artículo 231 ibídem en cuanto a los requisitos que deben tenerse en cuenta al momento del decreto de la medida cautelar dispone:

"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"*

De lo anterior deviene que la procedencia de la suspensión provisional se presenta, cuando la violación de las normas invocadas surja del análisis del acto demandado

y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o de las pruebas que el accionante haya aportado para que sea decretada la medida cautelar.

7. DEL RETIRO DEL SERVICIO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS POR CAUSA DEL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Ahora bien, la Ley 100 de 1993 en su artículo 33, modificado por la Ley 797 de 2003, consagra como causal de retiro del servicio público de los servidores públicos

“(…)

PARÁGRAFO 3o. *Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.*

(…)”

Posteriormente, la mentada norma en el parágrafo del artículo 150 señaló:

“ARTÍCULO 150. RELIQUIDACIÓN DEL MONTO DE LA PENSIÓN PARA FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS. *Los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo, tendrán derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución.*

PARÁGRAFO. *No podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso.*

(…)”

Posteriormente, el Decreto 2245 de 2012, reglamentó lo relacionado con el inciso primero del parágrafo 3° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, disponiendo:

“(…)”

Artículo 1°. Objeto y Ámbito de Aplicación. *El objeto del presente decreto es establecer las medidas que garanticen que no se presente solución de continuidad entre el momento del retiro del servicio del trabajador del sector público o privado y su inclusión en nómina de pensionados y sus disposiciones aplican a los empleadores de los sectores público y privado y a las administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.*

Artículo 2°. Obligación de Informar. *Las administradoras del Sistema General de Pensiones o las entidades competentes para efectuar el reconocimiento de pensiones de vejez, cuando durante dicho trámite no se haya acreditado el retiro definitivo del servicio oficial y una vez profieran y notifiquen el acto de reconocimiento de la pensión, deberán a más tardar dentro de los diez (10) días siguientes*

comunicar al último empleador registrado el acto por el cual se reconoce la pensión, allegando copia del mismo.

Artículo 3. Trámite en el Caso de Retiro con Justa Causa. En caso que el empleador haga uso de la facultad de terminar el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, para garantizar que no exista solución de continuidad entre la fecha de retiro y la fecha de la inclusión en la nómina de pensionados, el empleador y la administradora o entidad reconocedora deberán seguir el siguiente procedimiento:

a) El empleador deberá informar por escrito a la administradora o a la entidad que efectuó el reconocimiento de la pensión, con una antelación no menor a tres (3) meses, la fecha a partir de la cual se efectuará la desvinculación laboral, allegando copia del acto administrativo de retiro del servicio o tratándose de los trabajadores del sector privado, comunicación suscrita por el empleador en la que se indique tal circunstancia. La fecha en todo caso será la del primer día del mes siguiente al tercero de antelación.

b) La administradora o la entidad que efectuó el reconocimiento de la pensión, dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de recibo de la comunicación de que trata el literal anterior, deberá informar por escrito al empleador y al beneficiario de la pensión la fecha exacta de la inclusión en nómina general de pensionados, la cual deberá observar lo dispuesto en el literal anterior. El retiro quedará condicionado a la inclusión del trabajador en la nómina de pensionados. En todo caso, tratándose de los servidores públicos, salvo el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y las excepciones legales, no se podrá percibir simultáneamente salario y pensión.

(...)"

Pese a lo anterior, con posterioridad se profirió **la Ley 1821 del 2016**, norma que modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas estableciéndola en 70 años.

Además y en cuanto al retiro de los empleados que se encuentren ejerciendo funciones públicas, el artículo 2, indicó

"ARTÍCULO 2o. La presente ley no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación. Quienes a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas podrán permanecer voluntariamente en los mismos, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. A las personas que se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo, en los términos de la presente ley, no les será aplicable lo dispuesto en el parágrafo 3o del artículo 9o de la Ley 797 de 2003".

8. CASO CONCRETO

En el caso concreto, el accionante solicita se declare la nulidad de la Resolución No. 0249 del 23 de noviembre de 2018, por medio del cual se dispuso su retiro de la nómina de funcionarios de la E.S.E. Hospital San Rafael de Fusagasugá a partir del 31 de diciembre de 2018.

El fundamento de la medida radica en la obtención de una tutela judicial efectiva y anticipada de los derechos legítimos al mínimo vital, al debido proceso, a la seguridad social y a la estabilidad laboral que en la actualidad le están siendo desconocidos al señor Ricardo Mancipe Caicedo, en su condición de funcionario público de la E.S.E. Hospital San Rafael de Fusagasugá, para lo cual el apoderado del actor desarrolla punto por punto todos los requisitos establecidos para su procedencia y viabilidad.

En ese orden de ideas, es claro que el señor Ricardo Mancipe Caicedo se le reconoció pensión de jubilación dejando en suspenso el pago de dicha prestación hasta tanto se acredite el retiro definitivo del servicio; además que se elevó derecho de petición tanto al Hospital San Rafael de Fusagasugá como a Colpensiones, mediante el cual se pide suspender el beneficio de reconocimiento pensional ya adquirido, y así mismo dejar postergado el pago de la pensión hasta la fecha en que quiera hacer efectiva la pensión, en atención a que es su voluntad acogerse a lo dispuesto por la ley 1821 de 2016, es decir, la posibilidad de mantenerse en el empleo hasta cumplir la edad de retiro forzoso o antes si así es su voluntad.

No obstante lo anterior, la entidad accionada expidió las resoluciones No. 0223 del 18 de octubre de 2018 y No. 0249 del 23 de noviembre de 2018, por medio de los cuales se dispuso el retiro del señor Ricardo Mancipe Caicedo de la nómina de funcionarios de la entidad accionada, a partir del 30 de noviembre y posteriormente el 31 de diciembre de 2018.

Posteriormente mediante Resolución No. SUB 27056 del 30 de enero de 2019, Colpensiones resolvió mantener en suspenso el ingreso en nómina de la pensión de vejez reconocida al accionante hasta tanto no alleguen el acto administrativo de retiro.

Analizada entonces la normativa antes mencionada y como quiera que lo dispuesto en el artículo 2 de la ley 1821 de 2016, le aplica de manera integral al actor, pues al momento de proferirse la misma se encontraba ejerciendo funciones públicas y en el entendido que se acoge de manera voluntaria a permanecer en el cargo, es diáfana la norma al señalar que no puede darse aplicación al artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por la 797 de 2003, esta última que permitía tener como justa causa para dar por terminada la vinculación legal y reglamentaria del empleado público.

Por lo anterior y como quiera que de la simple lectura de la norma acusada como vulneradora de derechos a través de los actos demandados se puede concluir de estos últimos su no aplicación, es claro que se cumplen los requisitos exigidos en el artículo 231 del CPACA, lo que hace que la medida provisional solicitada tenga vocación de prosperidad, sin que se puede acoger lo señalado por la parte accionada en el entendido que la norma antes transcrita no le es aplicable, pues como se señaló esta cobija desde su expedición a todos los funcionarios públicos

que se encuentren vinculados a entidades públicas, como es el caso del señor MANCIPE CAICEDO.

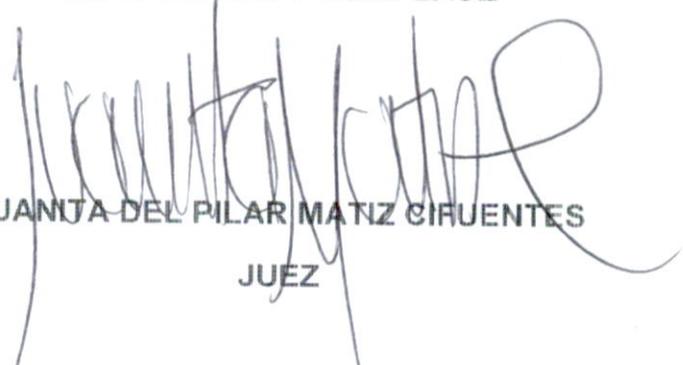
Por lo anterior, y teniendo en cuenta que existen pruebas suficientes que lleven al despacho al convencimiento de la presunta violación generada por el acto administrativo demandado, y que a su vez de no ser decretada se podría causar un perjuicio irremediable al accionante, se accederá a la solicitud de suspensión provisional pretendida, hasta tanto no se realice un estudio de fondo que involucre un conjunto de razonamientos y análisis complementarios de la normatividad pertinente, o hasta el 2 de febrero de 2022, fecha en que el demandante cumplirá la edad de retiro forzoso, lo que ocurra primero.

Por lo expuesto, el **Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Girardot**,

RESUELVE:

- 1. DECRETESE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL** de los efectos de los actos administrativos demandados, esto es la Resolución 0223 del 18 de octubre de 2018 y la Resolución 0249 del 23 de noviembre de 2018, proferidos por la E.S.E. Hospital de Fusagasugá por medio de los cuales se dispuso el retiro del señor Ricardo Mancipe Caicedo de la nómina de funcionarios de dicha entidad, inicialmente a partir del 01 de noviembre de 2018 y posteriormente a partir del 31 de diciembre de 2018, hasta tanto se adopte decisión de fondo en este proceso o hasta el 2 de febrero de 2022, lo que ocurra primero, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
- 2. NOTIFÍQUESE** de la presente providencia a las partes de este proceso, por el medio más expedito.
- 3.** Una vez en firme la presente providencia, continúese con el trámite del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JUANITA DEL PILAR MATIZ CIFUENTES
JUEZ

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE GIRARDOT

Notifico por ESTADO ELECTRONICO, en
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-01-administrativo-de-girardot/245>

Hoy 10 de julio de 2019 a las 08:00 A.M


ANDREA SALAZAR GIRALDO
Secretaria