



Cartagena de Indias D. T. y C., nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-005-2021-00073-00
Demandante	Carmen Solano De Silva
Demandado	Municipio de Magangué Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A.
Asunto	Resolver Solicitud de medida Cautelar
Auto Sustanciación No.	437

I. Antecedentes

Visto el informe secretarial que antecede, se advierte del presente proceso del documento presenta una solicitud de medida cautelar¹ con el escrito de demanda

La medida cautelar solicitada es : “(...) *la suspensión del acto administrativo No. resolución No. 0395 de 28 de diciembre de 2020 “la cual aclara la resolución 0249 de 8 de septiembre 2020 y niega el pago de un ajuste de cesantía definitiva”.*

2. *Cumplimiento del inmediato de lo ordenado en el acto administrativo No. 0249 de 8 de septiembre 2020 “por el cual se revisa y ordena el pago de un ajuste de cesantía definitiva a un docente nacionalizado”.*

3. *se ordene el pago de un ajuste de cesantía definitiva contemplado en la parte resolutive del acto No. 0249 de 8 de septiembre 2020 “por el cual se revisa y ordena el pago de un ajuste de cesantía definitiva a un docente nacionalizado”.*

Al tratarse de una medida cautelar solicitada con la demanda conforme a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contempladas art. 233 al admitir la demanda, en auto separado de 24 de septiembre de 2021 (documento 19) se ordenó traslado de la misma a la parte demandada por el término de cinco (05) días.

El auto de traslado fue notificado el 07 de octubre de 2021 (documento22) que se notifica simultáneamente con el admisorio.

La demandada Nación Ministerio de Educación-Fomag dio contestación a la medida.

II. CONSIDERACIONES

¹ documento 15 expediente electrónico





Conforme al fin de las medidas cautelares en los procesos declarativos, esto es, garantizar el objeto del proceso y la efectividad del fallo, se hace el análisis de la medida solicitada.

Las medidas cautelares en los procesos contenciosos administrativos están reguladas en los arts. 229 y s.s. del CPACA, donde se relacionan las medidas cautelares que pueden ser adoptadas por el juez contencioso administrativo, entre las cuales se encuentra la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, y se prevé que deben ser solicitadas por la parte interesada y estar debidamente sustentadas, expresamente señala el artículo pertinente lo siguiente:

Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. *En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.*

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

Parágrafo. *Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.*

Igualmente, el art. 230 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala que las medidas cautelares pueden ser preventiva, conservativas, anticipativas o de suspensión y que las mismas deben tener relación directa con las pretensiones de la demanda y señala entre otras:

“(...) 2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida (...)”

Por su parte el artículo 231 del nuevo estatuto C.P.A.C.A. establece los requisitos para poder decretar las medidas cautelares en los siguientes términos:

“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.” (Negrillas y subraya fuera del texto original).*

La nueva norma precisa entonces a partir de que haya petición expresa al respecto que:

1°) la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si la **violación de las disposiciones invocadas, surge**, es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal –cuando el proceso apenas comienza–, como conclusión del: **i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.**

2°) La medida cautelar se debe solicitar, ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado.

Entonces, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que ahora, la norma da apertura y autoriza al juez administrativo para que, a fin de que desde este momento procesal obtenga la percepción de que hay la violación normativa alegada, pueda: 1°) realizar **análisis** entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2°) **estudie** las pruebas allegadas con la solicitud.

Aunque la nueva regulación como ya se dijo permite que el juez previo a pronunciarse sobre la suspensión provisional lleve a cabo análisis de la sustentación de la medida y estudie pruebas, ocurre que ante el perentorio señalamiento del 2° inciso del artículo 229 del C.P.A.C.A. (Capítulo XI Medidas Cautelares – procedencia), conforme al cual “*La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento*”, es preciso entonces que el juez sea muy cauteloso y guarde





moderación a fin que el decreto de esta medida cautelar no signifique tomar partido definitivo en el juzgamiento del acto ni prive a la autoridad pública que lo produjo o al demandado (en el caso el elegido o el nombrado cuya designación se acusa), de que ejerzan su derecho de defensa y que para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba.

En este sentido se observa que la medida deberá ser decretada siempre que del análisis realizado por el Juez se concluya que existe violación de las normas invocadas en la demanda o en el escrito contentivo de la solicitud.

Partiendo de estos presupuestos y en el enfoque indicado, se procede a resolver el caso concreto:

- CASO CONCRETO

- Acto administrativo cuyo efecto se piden suspender.

Es la Resolución No. 0395 de 28 de diciembre de 2020 “*la cual aclara la resolución 0249 de 8 de septiembre 2020 y niega el pago de un ajuste de cesantía definitiva*”

Se solicita también se ordene el cumplimiento del inmediato de lo ordenado en el acto administrativo No, 0249 de 8 de septiembre 2020 "por el cual se revisa y ordena el pago de un ajuste de cesantía definitiva a un docente nacionalizado" y el pago de un ajuste de cesantía definitiva contemplado en la parte resolutive del acto No. 0249 de 8 de septiembre 2020.

-Fundamento de la solicitud de la medida.

La parte demandante fundamenta su solicitud señalando que ella tiene como fin evitar inseguridad jurídica de un acto en firme y ejecutoriado sobre un derecho ya adquirido, porque expidieron otro acto administrativo negando el derecho, sin contar con su autorización, lo que considera lo convierte en ilegal a todas luces y pone en peligro la estabilidad y la confianza ante las entidades encargadas de expedir dichos actos administrativos, conforme con lo anterior, paso a sustentar.

Que, se cumplen los requisitos para la procedencia de la medida cautelar porque la Resolución No. 0395 de 28 de diciembre de 2020 “ *la cual aclara la resolución 0249 de 8 de septiembre 2020 y niega el pago de un ajuste de cesantía definitiva*” desconoce preceptos como el *indubio pro operario*, el *Principio de Favorabilidad* consagrado en el artículo 53 de la C. P. y la ley 1955 de 2019, Art 57.

Que, el acto que le reconoció la cesantía definitiva gozó de firmeza, sin embargo, en virtud del art. 57 de la Ley 1955 de 2019 y del Fallo del Consejo de Estado en Sentencia de Unificación 014 Secc 02 de 2019, que fueron hechos sobrevinientes y le quitaban la firmeza al acto administrativo, en aplicabilidad de la Ley 791 de 2002, tenía derecho a los respectivos ajustes, por lo que la Resolución No. 0249 de 8 de septiembre 2020 "por el cual se revisa y ordena el pago de un ajuste de cesantía





definitiva a un docente nacionalizado”, cumple con la ley 1955/19 y SU 014 SII 2019, siendo así el acto demandando que niega el derecho ya adquirido, fue expedido en flagrante violación de la normas de expedición y trámite de actos administrativos, por no contar con el consentimiento de la demandante.

- **Contestación de Nación-Ministerio de educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:**

Presentó oposición a la medida afirmando que no hay prueba de la existencia de elementos necesarios para que se configure la violación a los derechos fundamentales y principios como el de favorabilidad alegados porque la entidad ha actuado en derecho y no causado un perjuicio irremediable.

Que, la resolución fue expedida con los fundamentos legales y jurisprudenciales que actualmente rigen las disposiciones administrativas, razón por la que no hay lugar a suspender provisionalmente el acto administrativo hasta tanto se decida de fondo la controversia.

Finalmente solicita se deniegue la solicitud de la medida cautelar porque no existe un perjuicio irremediable y teniendo en cuenta la prescripción de las prestaciones económicas en este caso que señala el Consejo de Estado.

a. Análisis del caso concreto y decisión del Despacho

Efectuado el análisis de la medida solicitada y la circunstancias particulares del caso, advierte el Despacho que lo que se discute en el presente proceso es si la decisión contenida en el acto demandado Resolución No.0395 de 28 de diciembre de 2020, por medio del cual se aclara–negando lo concedido mediante la Resolución 0249 de 08 de Septiembre de 2020 por medio de la cual se concede el ajuste a las cesantías definitivas a la docente CARMEN SOLANO DE SILVA, requería para su expedición del consentimiento de la docente, y si lo contenido en la Resolución No. 249 de 8 de septiembre de 2020, constituía un derecho adquirido en favor de ella y si el Municipio podía modificar la Resolución 249 de 08 de septiembre de 2020, como lo hizo.

Teniendo en cuenta lo anterior de la confrontación del acto demandado con las disposiciones consideradas como violadas y las pruebas documentales allegadas hasta ahora con la demanda, se advierte que no es posible establecer con certeza si existe disconformidad del acto con la normativa alegada como como violada, ello por cuanto el acto demandado de forma expresa no está revocando la Resolución 0249 de 08 de Septiembre de 2020, sino la modifica en atención a que respecto a los valores que había reconocido en ésta había operado la prescripción y por haber excedido las competencias que por ley tenía para el reconocimiento de dicha prestación por tratarse de una docente afiliada al FOMAG, toda vez que corresponde a éste soportar el pago de la misma, de conformidad con las Leyes 91





de 1989 (arts. 3,9) 115 de 1994 (art. 180) y 962 de 2005 (art. 56), tratándose de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y si bien existe una modificación introducida por la ley 1955 de 2019 art. 57² (PND) que afirma resultaba aplicable al caso, también existían unas directivas en comunicados 005 del 29/05//2019 y 007 del 04/06/2019 para el procedimiento en la adopción de tales decisiones fundado en que el Municipio no era el responsable del pago.

Lo anterior teniendo en cuenta que si bien para la revocatoria de los actos administrativos, en los términos de art. 97 del C. de P.A. y de lo C.A., se requiere el consentimiento previo, expreso y escrito del titular, en este caso estamos frente aun trámite complejo por cuanto interviene varias entidades en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación (SED-FOAG-FIDUPREVISORA S.A.), por lo que debe revisarse toda la actuación administrativa, la cual no está en su integridad allegada en esta instancia procesal; y verificar la competencia del ente territorial y la legalidad del procedimiento adelantado para modificar mediante Resolución No.0395 de 28 de Diciembre de 2020 acto aquí demandado el otro acto (Resolución No. 249 de 8 de septiembre de 2020) proferido por el ente territorial, pero que obligaba al FOMAG.

Así las cosas, se advierte que en el plenario solo obran los actos administrativos, el demandado y los que le antecedieron, mas no las peticiones, el expediente administrativo y pruebas del mismo, por lo que no es posible verificar el material probatorio con que contó la entidad para resolver, más allá de lo consignado en el

² ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente párrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención.





mismo acto, por lo que, en principio, atendiendo a la presunción de legalidad de que gozan los actos demandados pudiera decirse por ahora que la actuación estuvo ajustada derecho, ya que los actos administrativos cuentan con sus respectivas motivaciones fácticas y las de orden legal, por lo que la presunción de legalidad debe desvirtuarse en el presente proceso con las pruebas que legal y oportunamente se alleguen; sin que la alegada ilegalidad se evidencie de forma palmaria, ya que, se reitera, no se trata de una revocatoria sino de una modificación al advertir el acaecimiento de la prescripción de los derechos que le fueron reconocidos, pero que en todo caso debe determinarse si ello lo podía hacer por vía de modificación o agotar el procedimiento en los términos del art. 97 del C de PA. y obtener el consentimiento como lo señala la demandante, pero no es evidente que éste no gozara de competencia para ello.

Así las cosas, considera esta judicatura no están dadas las circunstancias que permita acceder a la medida cautelar de suspensión provisional, lo cual impide en esta oportunidad inferir la supuesta ilegalidad que pregona la parte actora, es decir, en este momento procesal no es evidente la contradicción o violación de las disposiciones señaladas en el libelo introductor, que conlleve a acceder a la medida cautelar perseguida.

En este orden de ideas, el despacho negará la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional solicitada y tampoco el cumplimiento del inmediato de lo ordenado en el acto administrativo No. 0249 de 8 de septiembre 2020 "*por el cual se revisa y ordena el pago de un ajuste de cesantía definitiva a un docente nacionalizado*" y el *pago de un ajuste de cesantía definitiva contemplado en la parte resolutive del acto No. 0249 de 8 de septiembre 2020*, dada también la naturaleza del presente medio de control que es declarativo más no ejecutivo.

En consecuencia, será al decidir de fondo el presente asunto que se determinará si le asiste o no la razón a la parte demandante para acceder a la declaratoria de nulidad del acto demandado, y dado que para el análisis de procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo deben atenderse los criterios de *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, *periculum in mora*, o perjuicio de la mora y la ponderación de intereses, aplicando estos criterio no se accederá a la medida solicitada, porque será en el desarrollo del proceso, una vez se analicen los antecedentes administrativos, que se ventilarán los argumentos y razones de las partes, para determinar si el acto administrativo expedido se ajustó a la ley. Además, de que no se advierte perjuicio irremediable alguno.

Finalmente, el Despacho advierte que, tal como lo señala el segundo inciso del artículo 229 del CPACA, la decisión que se toma en relación con la solicitud de medidas cautelares no implica prejuzgamiento, y ello se entiende en la medida que la decisión adoptada no implica de ninguna forma un análisis definitivo y vinculante con efectos de cosa juzgada para las partes y el fallador.





Por ello, al haberse analizado los requisitos para la procedencia de la medida cautelar, no significa que se haya definido el fondo del litigio, como quiera que lo que se busca al decidir sobre la medida solicitada accionante, es determinar si dicha medida es o no procedente con base al material aportado hasta el momento y con los argumentos esbozadas en el momento procesal de la petición, sin perjuicio de que, con lo que posteriormente se llegue a probar durante el desarrollo de todo el proceso, sea evidente la ilegalidad del acto demandado.

En consecuencia, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena,

RESUELVE

PRIMERO: No acceder a la medida provisional de “(...) *la suspensión del acto administrativo No. resolución No. 0395 de 28 de diciembre de 2020 “la cual aclara la resolución 0249 de 8 de septiembre 2020 y niega el pago de un ajuste de cesantía definitiva”*”

2. *Cumplimiento del inmediato de lo ordenado en el acto administrativo No, 0249 de 8 de septiembre 2020 “por el cual se revisa y ordena el pago de un ajuste de cesantía definitiva a un docente nacionalizado”.*

3. *se ordene el pago de un ajuste de cesantía definitiva contemplado en la parte resolutive del acto No. 0249 de 8 de septiembre 2020 “por el cual se revisa y ordena el pago de un ajuste de cesantía definitiva a un docente nacionalizado”;* solicitado por la demandante, por lo expuesto.

SEGUNDO: La presente decisión que se toma en relación con la solicitud de medidas cautelares no implica prejuzgamiento, y ello se entiende en la medida que la decisión adoptada no implica de ninguna forma un análisis definitivo y vinculante con efectos de cosa juzgada para las partes y el fallador.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**MARÍA MAGDALENA GARCÍA BUSTOS.
JUEZ.**

Firmado Por:

**Maria Magdalena Garcia Bustos
Juez Circuito
Juzgado Administrativo**

Página 8 de 9





**Contencioso 005 Administrativa
Cartagena - Bolivar**

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:

69917bdfd5afc329367c9f574668644521b8df3f36b6b31d201f550a24af84c5

Documento generado en 09/12/2021 07:33:54 AM

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



SC25811-03