


150013333011-2020-00133-00 - Recurso de Apelación contra Auto que decreta medida cautelar

Demandas EC Tunja <demandas.ectunja@inpec.gov.co>

Jue 01/07/2021 11:28

Para: Correspondencia Juzgados Administrativos - Boyacá - Tunja <correspondenciajadmtun@ceudoj.ramajudicial.gov.co>; luisaguilarlozano@hotmail.com <luisaguilarlozano@hotmail.com>

 1 archivos adjuntos (370 KB)

Apelacion - Medida Cautelar 2020-00133 Juzgado 11 Administrativo de Tunja.pdf;

Señora

JUEZ ONCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

E. S. D.

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: CESAR AUGUSTO PEÑARANDA PEÑA
Demandado: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC
Radicación: 150013333011-2020-00133-00

ALVARO ANDRES MENDOZA ROJAS, mayor de edad y vecino de la ciudad de Tunja, identificado con la C.C. No. 7.180.052 expedida en Tunja, abogado en ejercicio portador de la tarjeta profesional No. 157.218 del C.S. de la J., obrando en mi condición de apoderado del **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC**-, tal como obra en el expediente, a la señora Juez, comedidamente manifiesto que estando dentro del término legal **INTERPONGO RECURSO DE APELACIÓN** en contra del Auto de fecha 25 de junio de 2021, por medio del cual se decretó medida cautelar consistente en la suspensión provisional de actos administrativos, a fin de que se **REVOQUE** en su integridad por el superior.

Así mismo, de acuerdo con lo establecido en el Decreto No. 806 de 2020, remito copia de la apelación a la dirección de correo indicada en la demanda.

De la señora Juez,

ALVARO MENDOZA ROJAS
C.C. No. 7.180.052 de Tunja
T.P. No. 157.218 del C.S. de la J.

demandas.ectunja@inpec.gov.co

 Ministerio de Justicia y del Derecho

Señora
JUEZ ONCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA
E. S. D.

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: CESAR AUGUSTO PEÑARANDA PEÑA
Demandado: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC
Radicación: 150013333011-2020-00133-00

ALVARO ANDRES MENDOZA ROJAS, mayor de edad y vecino de la ciudad de Tunja, identificado con la C.C. No. 7.180.052 expedida en Tunja, abogado en ejercicio portador de la tarjeta profesional No. 157.218 del C.S. de la J., obrando en mi condición de apoderado del **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC**-, tal como obra en el expediente, a la señora Juez, comedidamente manifiesto que estando dentro del término legal **INTERONGO RECURSO DE APELACION** en contra del Auto de fecha 25 de junio de 2021, por medio del cual se decretó medida cautelar consistente en la suspensión provisional de actos administrativos, a fin de que se **REVOQUE** en su integridad por el superior, lo que hago en los siguientes términos:

1. El despacho judicial en auto proferido el 25 de junio de 2021, resolvió:

“(..)

PRIMERO: DECRETAR la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos contenidos en la Resolución No. 003165 del 9 de agosto de 2019, emitida por el Director General del Instituto Penitenciario y Carcelario, por la cual se ordena el traslado del accionante del Establecimiento carcelario de Alta Seguridad de Combita al Establecimiento Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Tierralta Córdoba y de la Resolución No. 005024 del 15 de noviembre de 2015, proferida por el Director (E) General del Instituto Penitenciario y Carcelario que confirmo la decisión inicial. (...)”
(subraya fuera de texto)

2. Sea lo primero indicar que en la parte resolutive del auto de fecha 25 de junio de 2021, se estableció que los actos administrativos sobre los cuales se decreta la medida cautelar – suspensión provisional –, son la **Resolución No. 003165 del 9 de agosto de 2019** y la **Resolución No. 005024 del 15 de noviembre de 2015**, sin embargo se debe precisar que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, profirió los actos administrativos: Resolución No. 003165 de fecha 09 de agosto de 2019 y Resolución No. 005024 de fecha 15 de noviembre de 2019, mediante los cuales se ordenó el traslado del funcionario Cesar Augusto Peñaranda Peña y se resolvió un recurso, confirmando dicha decisión, respectivamente; razón por la cual la medida cautelar no se decretó sobre los actos administrativos proferidos por el INPEC.
3. En segundo lugar se hace necesario insistir en los argumentos expuestos en la oposición presentada a la solicitud de medida cautelar; puesto que uno de los presupuestos indispensables para que se decrete la medida cautelar es que de no suspenderse el acto administrativo se puede causar un **perjuicio irremediable**, situación que no se puede predicar en nuestro caso, puesto que el demandante no ha cumplido con su deber de probar y demostrar con certeza, que de concretarse el traslado del señor Peñaranda Peña, se causaría un perjuicio irremediable, por el contrario su sustento se ha limitado a indicar que los padres y la menor hija del actor se encuentran en tratamientos médicos, sin tener

en cuenta que con el traslado del funcionario se puede continuar con estos servicios de salud.

- De otro lado, frente a la manifestación relacionada con la situación del señor Jorge Enrique Peñaranda Leal, es necesario reiterar lo señalado por el propio actor, al indicar que es el único hijo que reside en la ciudad de Duitama, afirmación que permite inferir que existen más hermanos del señor Peñaranda Peña, quienes también tienen el deber legal de velar por la salud y brindarle lo necesario a sus padres.

Específicamente, frente a la situación familiar del Dragoneante Peñaranda Peña, es claro que sus derechos y los de los terceros que se enuncia pueden verse afectados – sus padres y su menor hija, se encuentran amparados puesto que reitero según lo indicado por el actor existen las hermanas que también tienen el deber legal de velar por su salud y brindarle lo necesario, a los padres, se debe tener presente cual es la afiliación al sistema de salud de los padres del señor Peñaranda Peña, puesto que de encontrarse con una afiliación al servicio de salud, la misma le debe cubrir al señor Peñaranda Leal y la señora Martha Cecilia Peña Aguilar, todo lo relacionado con los gastos médicos, incluido el suministro de medicamentos; lo propio ocurre respecto de los tratamientos y asistencia en salud a su menor hija. Con lo expuesto es posible concluir que la Administración – Inpec, no actuó de forma irregular y no se está vulnerando derecho fundamental alguno al demandante.

- Respecto a las medidas cautelares y el perjuicio irremediable, tanto el Consejo de Estado, como la Corte Constitucional, se han pronunciado, así:

Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo.

Las medidas cautelares son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento jurídico protege, de manera provisional y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso¹

Con la expedición de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) se instituyó un amplio y novedoso sistema de medidas cautelares, aplicables en aquellos casos en que se consideren "necesarias para proteger y garantizar provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia" (artículo 229).

Los artículos 229 y siguientes del nuevo Estatuto presentan el régimen cautelar del procedimiento contencioso administrativo como un instrumento concreto 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 controversia.

Vale la pena resaltar la clasificación de las medidas cautelares contenida en el C.P.A.C.A. la cual se orienta a considerarlas preventivas, cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho; conservativas, si buscan mantener o salvaguardar un statu quo; anticipativas de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del demandante; y de suspensión, que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.

En cuanto a los criterios de aplicación que debe seguir el Juez para la adopción de la medida, merece destacarse que aquel cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma "podrá decretar las que considere necesarias". No

¹ Consejo de Estado, Sección Primera. Bogotá D.C. 8 de febrero de 2016. Ref. Expediente 2015-00265-00.

obstante, a voces del artículo 229 del C.P.A.C.A., su decisión estará sujeta a lo "regulado" en dicho Estatuto, previsión que apunta a un criterio de proporcionalidad, si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 ibídem, según el cual para que la medida sea procedente debe el demandante presentar "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.

Sobre este asunto en particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799. Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez), 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."

También la Sección Tercera, mediante auto de 13 de mayo de 2015 (Expediente num. 2015-00022. Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa). Sostuvo:

"Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia razón por la cual es dable entender que en el escenario de las medidas cautelares, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad.

Así pues, conforme a la Jurisprudencia de esta Corporación, en el examen de procedibilidad de la medida solicitada, deberá verificarse la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la imposición de la cautela, a saber: (i) *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, (ii) *periculum in mora*, o perjuicio de la mora, y, (iii) la ponderación de intereses.

La medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos del acto acusado

En el marco de las diversas medidas cautelares instauradas en el nuevo procedimiento contencioso administrativo se encuentra la figura de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Política y desarrollada por los artículos 231 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesorio, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso en el que se hubiere decretado la medida. Su finalidad, pues, es la de "evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho".

Merece resaltarse, en relación con el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), que la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos se supeditaba a la manifiesta infracción de la norma invocada, indicándose que en acciones distintas a la objetiva de legalidad se requería demostrar, aunque fuera sumariamente, el perjuicio con la ejecución del acto. Por ello, la innovación más relevante de la Ley 1437 de 2011 consiste en referirse expresamente a la confrontación de legalidad que debe efectuar el Juez de la medida; es decir ese análisis inicial de legalidad del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas.

Acerca de la manera en la que el Juez aborda este análisis inicial, la citada providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), sostuvo:

"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 2° 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".

Como lo refiere la providencia transcrita, es importante la prevención efectuada por el legislador al advertir que la decisión sobre la medida cautelar de ningún modo implica prejuzgamiento, teniendo en cuenta que, como lo ha precisado la Jurisprudencia de esta Sala, se trata de "mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto".

Requisitos de procedencia de la suspensión de los efectos del acto acusado.

A voces del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 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". Entonces, su procedencia está determinada por la violación del ordenamiento jurídico y la necesidad de proteger provisionalmente la legalidad, mientras se profiere la decisión definitiva respecto del acto administrativo demandado. Dice así el citado artículo:

"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.

Del texto normativo transcrito se desprenden, para la procedencia de la medida cautelar, los siguientes requisitos: 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."

Con lo expuesto, se reitera que en nuestro caso no se configura un perjuicio irremediable pues tal como lo ha indicado la Corte Constitucional, "(...) Se requiere que este sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona"².

Así mismo, la Corte Constitucional expresó en relación con el Perjuicio Irremediable, lo siguiente:

"(...) los elementos que deben ser tenidos en cuenta para determinar la existencia de un perjuicio irremediable o su inminencia son en esencia, los siguientes: "A). El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". (...) B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, (...) C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona, (...) ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.

(...) El fin que persigue esta figura es la protección del bien debido en justicia, el cual exige lógicamente unos mecanismos transitorios, urgentes e impostergables que conllevan, en algunos casos, no una situación definitiva, sino unas medidas precautelativas (...) Analizando con detenimiento estos elementos para el caso concreto, la Corte observa que, en primer lugar, los requisitos de inminencia y gravedad no se configuran (...)"

6. Finalmente es pertinente indicar que analizadas las condiciones específicas de funcionario Cesar Augusto Peñaranda Peña, es claro que el INPEC, dio aplicación al denominado *ius variandi*, entendido como "la facultad que tiene el empleador de modificar unilateralmente

² T-289 del 16 de junio de 1997 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

condiciones no esenciales del contrato de trabajo, en lo atinente al lugar, tiempo o modo"; puesto que la decisión del cambio de lugar de trabajo del demandante, no le ocasiona perjuicios irremediables, no altera su jornada laboral, tampoco cambia sus funciones, y de ninguna forma su remuneración; es decir que el traslado en mención se encuentra acorde a los parámetros establecidos por la Corte Constitucional.

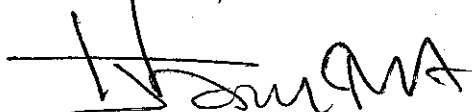
7. Con todo lo expuesto se evidencia que el demandado Inpec, dio cumplimiento a lo establecido en la legislación y normatividad que regula los traslados de los funcionarios del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, puesto que profirió los actos administrativos demandados, conforme a los lineamientos legales y en ejercicio de las facultades que también le otorga la Ley al Nominador - Director General del INPEC.

Por las anteriores consideraciones, a su Despacho comedidamente,

SOLICITO

Solicito se REVOQUE el auto de fecha 25 de junio de 2021, proferido por el Juzgado Once Administrativo de Oralidad de Tunja, mediante el cual se decretó la medida cautelar – suspensión provisional de actos administrativos.

Atentamente,



ALVARO ANDRES MENDOZA ROJAS

C.C. No. 7.180.052 de Tunja

T.P. No. 157.218 del C.S. de la J.