

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil dieciocho (2018).

Expediente No.: 110013342-046-2017-00131-00
DEMANDANTE: LUIS ARENAS ZARATE
DEMANDADO: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL
- CASUR

ASUNTO

Procede el despacho a pronunciarse sobre la medida cautelar presentada por la parte demandante, visible en la pretensión cuarta de la demanda.

I. ANTECEDENTES

De la medida Cautelar

El señor Luis Arenas Zarate propone la suspensión provisional del Oficio No. E-00003-201702064-CASUR de 14 de febrero de 2017, por medio del cual se le negó el reconocimiento de la asignación de retiro, y en consecuencia, se disponga el pago provisional de la asignación de retiro en los porcentajes establecidos en el Decreto 1212 y 1213 de 1990.

Replica

Notificado el auto de 5 de abril de la presente anualidad¹, y corrido el respectivo traslado, la parte pasiva se opuso a la prosperidad de la medida cautelar propuesta por el demandante al considerar que no cumple con los requisitos formales la solicitud, pues aduce que no se advierte una apariencia de buen derecho real para el decreto de la medida cautelar, igualmente, porque no se demuestra la necesidad manifiesta de efectuar el decreto de ésta.

Finalmente manifiesta que la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, es la única medida cautelar que goza de un requisito distinto para

¹ Folio 209

ser decretada, aseverando que al ser el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el actor debe demostrar el perjuicio que aduce se le está causando, hecho que no fue acreditado por el accionante, razón por la cual, solicita sea denegada la medida cautelar solicitada.

Así las cosas, este Despacho resuelve atendiendo las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

En orden a resolver la solicitud de suspensión provisional, son indispensables las siguientes precisiones:

Marco normativo de la medida cautelar de suspensión provisional por vía de nulidad y restablecimiento del derecho

Para el caso concreto, interesa la medida cautelar señalada en el numeral 3 del artículo 230 del CPACA, es decir, **la suspensión provisional de un acto administrativo.**

Acorde con lo dispuesto en el artículo 238 de la Constitución Política, esta jurisdicción podrá suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley.

En concordancia con la norma constitucional citada, el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011² establece que el juez o magistrado ponente, a petición de parte, debidamente sustentada, puede decretar no solamente la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos sino las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

² 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.

Entre las medidas cautelares que pueden ser decretadas por el juez o el magistrado ponente, el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011³ prevé la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado.

En desarrollo de ese mandato constitucional, el artículo 231 del CPACA, señala que cuando se pretenda la anulación de un acto administrativo, **por vía de nulidad y restablecimiento del derecho**, la suspensión provisional de sus efectos procede cuando:

(i) La violación de las normas invocadas por la parte actora surja: (a) del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores expresadas como violadas o (b) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

Luego entonces, el funcionario judicial le corresponde realizar un examen de legalidad o de constitucionalidad para anticipar un caso de violación de norma superior por parte del acto acusado.

(ii) La prueba sumaria de los perjuicios que causa la ejecución del acto.

En relación con este último presupuesto, la ley le da la posibilidad al juez de atender la prueba sumaria, esto es, *aquella que lleva a la certeza del hecho que se quiere establecer, en iguales condiciones de las que genera la plena prueba, pero, a diferencia de ésta, no ha sido sometida al requisito de contradicción de la parte contra quien se hace valer*⁴.

³ ARTÍCULO 230. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

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

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

PARÁGRAFO. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.

⁴ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Pruebas. Tomo 3. 2ª Edición. Editorial Dupré. Bogotá, 2008. Pág. 83.

Obsérvese que el carácter sumario de la prueba no se relaciona con su poder demostrativo, sino a la circunstancia de no haber sido contradicha, ya que no se trata de una prueba incompleta, pues aquella tiene que probar plenamente el hecho.

La consagración de esta prueba para la demostración de los perjuicios encuentra justificación, de una parte, en la efectividad de los derechos subjetivos de las personas y, de la otra, en lo que persigue que es la protección y garantía del objeto del proceso y la efectividad del fallo.

Por esto, frente a la suspensión provisional de actos administrativos, la lectura de la norma que habilita la prueba del perjuicio a través de prueba sumaria, esto es, el artículo 231 del CPACA, debe hacerse a la luz del principio de tutela judicial efectiva y el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, de tal manera que debe entenderse que los jueces contencioso administrativos se encuentran habilitados para decretar una medida de tal naturaleza cuando **las partes logren demostrarle la afectación de sus derechos a través del contenido del acto administrativo, de la decisión misma o de cualquier otro medio de prueba que le permita arribar a la conclusión de que está causándose un perjuicio.**

Como lo destacó el Consejo de Estado en pronunciamiento proferido en el marco de la nueva normatividad establecida en el CPACA, según el cual para la suspensión provisional se prescindió de la *"manifiesta infracción"* hasta allí vigente y se interpretó que, *"la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al juez administrativo a realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas y a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud"*⁵. Esta es una reforma sustancial, si se tiene en cuenta que ello habilita al juez a realizar un estudio no simplemente superficial de la solicitud de la medida sino que incluye la apreciación de las pruebas aportadas al efecto. Todo esto, lógicamente, sin incurrir en una valoración de fondo más propia de la fase de juzgamiento que de este primer momento del proceso; ya que, conforme lo estatuido por el artículo 229 CPACA en su inciso 2º, *"[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento"*.

El artículo 230 del C.P.A.C.A., contiene una lista no taxativa de medidas cautelares, las cuales pueden ser decretadas de forma singular o conjunta:

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 3 de diciembre de 2012, Rad. No. 11001-03-24-000-2012-00290-00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

“Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

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.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

PARÁGRAFO. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente”. (Negrita del despacho).

Así, una de las medidas cautelares fijadas en la ley es la suspensión provisional del acto administrativo, respecto de la cual el artículo 231 del C.P.A.C.A., fija unos requisitos para su decreto.

“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.
(...)”.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, respecto de la procedencia de la suspensión provisional de actos administrativos demandados ante la Jurisdicción Contenciosa, en el nuevo código de lo contencioso, ha indicado lo siguiente:

“Como se aprecia a partir de una simple comparación textual, el tránsito legislativo acarreó una modificación efectiva de los requisitos legales a los que debe sujetarse el juez para decretar o no una medida de suspensión provisional de actos administrativos. El Consejo de Estado ya ha tenido oportunidad de precisar el alcance de esta modificación legal, explicando al respecto lo siguiente:

*“La nueva norma precisa entonces a partir de que haya petición expresa al respecto que: 1º) 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.** 2º) Además, señala que esta 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: 1º) realizar **análisis** entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2º) que también pueda **estudiar** las pruebas allegadas con la solicitud.*

Ahora bien, según la Real Academia de la Lengua Española el término “surgir” - (del latín surgĕre)- significa aparecer, manifestarse, brotar.⁶

*En este punto esencial es donde radica la innovación de la regulación en el CPACA de esta institución de la suspensión provisional, pues la Sala recuerda que en el anterior CCA -Decreto 01 de 1984-, artículo 152, la procedencia de esta medida excepcional solicitada y sustentada de modo expreso en la demanda o en escrito separado, estaba sujeta o dependía de que la oposición o la contradicción del acto con las disposiciones invocadas como fundamento de la suspensión provisional fuera **manifiesta**, apreciada por **confrontación directa** con el acto o con documentos públicos aducidos con la solicitud.*

*De las expresiones “manifiesta” y “confrontación directa” contenidas en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo anterior, tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia dedujeron que la procedencia de esta figura **excluía** que el operador judicial pudiera incursionar en **análisis** o **estudio**, pues la transgresión por el acto de las normas en que debería fundarse, alegadas como sustento de la procedencia de la suspensión, debía aparecer “prima facie”, esto es, sin implicar estudio ni esfuerzo analítico alguno.*

⁶ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, consultado en <http://lema.rae.es/drae/?val=surja>

Ahora bien, no obstante que 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 2º inciso del artículo 229 del CPACA (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”⁷.

Caso concreto

Analizado el caso concreto, conforme lo anteriormente considerado, encuentra el Despacho que en el asunto que nos ocupa la medida solicitada es “*de suspensión provisional del acto demandado*”.

El objeto del proceso lo constituye la determinación de legalidad o ilegalidad del oficio No. E-00003-201702064-CASUR de 14 de febrero de 2017 proferida por la Dirección General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional por medio del cual negó el reconocimiento de la asignación de retiro al demandante.

Como pruebas de la solicitud de medida cautelar allegó copia del registro civil de matrimonio que contrajo el demandante con la señora Nydia Lucia Alfonso Palacino, copia del registro civil de nacimiento de sus dos hijos, Luis Alejandro y Juan Camilo Arenas Alfonso, copia del Acta de Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía efectuada al señor Arenas Zárate el 31 de mayo de 2016 en el que se le dictamina una disminución de la capacidad laboral del ocho punto cero por ciento (8.0%) y copia de la historia clínica del actor⁸.

El objeto del proceso en este caso, se reitera, lo constituye la nulidad del oficio que negó el reconocimiento de la asignación de retiro al demandante y como consecuencia a título de restablecimiento entre otras pretensiones, se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar al accionante la asignación mensual de retiro a la que aduce tiene derecho.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Bogotá, D.C., trece (13) de marzo de dos mil catorce (2014), Radicación número: 110010325000201300171 00(0415-2013)

⁸ Documentos visibles a folios 79 a 96 del expediente

Ahora bien, de conformidad con los requisitos para que proceda el decreto de la medida cautelar está entre otros, 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. En este caso este requisito que no se cumple, pues en los argumentos expuestos en la demanda, no se advierte dicha eventualidad, simplemente se despliega un extenso estudio normativo respecto al derecho pretendido y se transcriben apartes jurisprudenciales respecto del tema objeto de debate, esto es, el reconocimiento de la asignación de retiro en aplicación del Decreto 1212 de 1990.

Cabe advertir que de llegar a accederse a las pretensiones, es decir, reconocerse la asignación de retiro, tal circunstancia no surge por sí sola con la mera expectativa de vencer en el proceso, pues también es cierta la posibilidad de obtenerse una sentencia que niegue las pretensiones de la demanda, con lo cual lo gravoso para el interés público resultaría el haber efectuado un reconocimiento pensional cuando quizá no era acreedor del mismo.

De ahí que de los dos escenarios posibles no es dable en este momento procesal, mediante un juicio de ponderación de intereses respecto del cual pueda salir triunfante al término del proceso, tener con mejor probabilidad el pretendido por el demandante, pues de las pruebas allegadas al expediente no se vislumbra un resultado que permita concluir la inminencia de la mayor gravosidad en contra del erario.

Igualmente, tampoco se observa que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, pues no se advierte que pueda presentarse tan grave circunstancia frente al demandante ni ante la entidad estatal, al punto que ni siquiera fue planteado en la demanda o en la solicitud de la medida cautelar.

Así las cosas, resultan suficientes estas argumentaciones para negar la solicitud de medida cautelar impetrada.

Debe recordar el Despacho que en materia de decreto de medidas cautelares el pronunciamiento judicial está circunscrito a la petición de parte debidamente sustentada, frente a la que podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para

Expediente No.: 110013342-046-2017-00131-00
DEMANDANTE: LUIS ARENAS ZARATE
DEMANDADO: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL - CASUR

proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el capítulo XI del C.P.A.C.A.

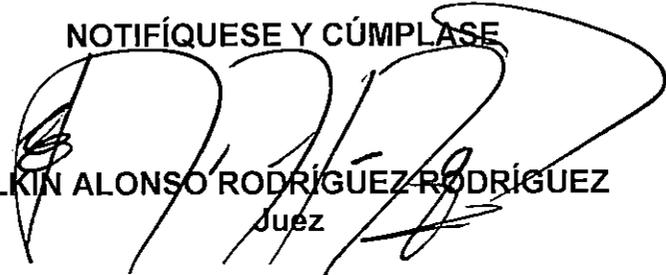
En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR la medida cautelar solicitada, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

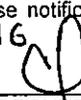
SEGUNDO: En firme continúese el trámite del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez

JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

Hoy 27 de abril de 2018 se notifica el auto anterior por
anotación en el Estado No. 16


MARIA DEL PILAR CORCHUELO SAAVEDRA
SECRETARIA