



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA PRIMERA DE ORALIDAD
MAGISTRADO PONENTE DR. JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

Medellín, catorce (14) de febrero de dos mil trece (2013).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO – LESIVIDAD

DEMANDANTE: CAJANAL E.I.C.E. EN LIQUIDACION

DEMANDADO: CAJANAL E.I.C.E. EN LIQUIDACION

RADICADO: 05001-23-33-000-2012-00815-00.

ASUNTO: AUTO INTELOCUTORIO No SPO – 047.

TEMA: Resuelve sobre Medida Cautelar.
--

Se procede a resolver la solicitud de medida cautelar, consistente en la suspensión provisional de los efectos de la Resolución N° 46559 del 11 de septiembre de 2008 proferida por CAJANAL E.I.C.E. en liquidación, por medio de la cual se da cumplimiento a un fallo de tutela proferido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales.

ANTECEDENTES

CAJANAL E.I.C.E. en liquidación, a través de apoderada, presentó demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 de C.P.A.C.A, con el fin de que se declare la nulidad del acto administrativo antes mencionado por medio del cual se reliquida la pensión de vejez del señor Gilberto Montoya Gallego, con la inclusión del 100% de lo devengado por concepto de bonificación por servicios prestados.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad, solicitó, se ordene al señor Montoya reintegrar la totalidad de las sumas canceladas en virtud del acto demandado y que no le asista el derecho a que su pensión de jubilación se mantenga en los términos ordenados por vía de fallo de tutela.



De la solicitud y su fundamento

En la demanda se solicitó la suspensión provisional del acto acusado, por considerar, que para la liquidación de pensiones de los empleados de la rama judicial debe computarse la bonificación de servicios prestados de manera proporcional, pues tratándose de una prestación que se causa por año cumplido, su inclusión debe hacerse en una doceava parte. Manifestó además que es evidente la infracción de normas superiores y expresó que las razones de dicha transgresión se encuentran en el concepto de violación de la demanda, citando como quebrantados los artículos 1, 2, 6, 121 y 122, de la Constitución Política, y el precedente jurisprudencial desarrollado en este tema por el Concejo de Estado¹.

Posición del afectado:

De la solicitud de Suspensión Provisional, se corrió traslado al señor Gilberto Montoya Gallego beneficiario del acto acusado, en los términos del artículo 233 del C.P.A.C.A, quien dentro de la oportunidad legal, guardó silencio.

CONSIDERACIONES

El medio de control indicado en este caso es el de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., medio para el cual el legislador consagró la posibilidad de medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto 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.

¹ Sentencias Consejo de Estado: expediente N° 15001-23-31-000-2000-02396-014 (7559-05) del 29 de junio de 2006, expediente N° 25000-23-25-000-2002-12846-01 (0640-08) del 6 de agosto de 2008, entre otras.



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

Respecto al estudio de los requisitos para decretar las medidas cautelares, en este caso, la suspensión provisional bajo el amparo de la Ley 1437 de 2011, se cita el Auto del 13 de septiembre de 2012, del H. Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejera Ponente (E) Susana Buitrago Valencia, en el cual se señaló:

*“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 surgere)- significa aparecer, manifestarse, brotar.²

*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***

² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, consultado en <http://lema.rae.es/drae/?val=surja>



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.

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".

Como se puede apreciar, existe una nueva manera de analizar la figura de la suspensión provisional a partir de la Ley 1.437 de 2011, pues ya no se requiere que la violación sea manifiesta, sino que de la confrontación del acto con las normas violadas se pueda deducir la ilegalidad del acto.

En el presente caso, considera el Despacho, que no es posible acceder a la solicitud de suspensión provisional, porque el acto administrativo objeto de la demanda fue proferido en cumplimiento de una sentencia de tutela y antes de entrar a mirar la legalidad del acto en sí mismo, se debe estudiar si es posible revisar los efectos de dicho fallo, esto es definir si hay o no cosa juzgada, en razón de dicha tutela, y este asunto es ajeno a la suspensión provisional, pues debe ser objeto de debate dentro del proceso.

Para el Despacho es claro que el primer asunto a dilucidar en este caso, es el de los efectos del fallo de tutela, porque en principio (y así lo han considerado otros Despachos del Tribunal) el acto acusado no sería susceptible de control jurisdiccional por ser de ejecución del fallo de tutela, sin embargo, en aras de garantizar el acceso a la administración de justicia y con base en algunas decisiones de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se admitió la demanda, pero es evidente, se reitera, que el primer asunto que se debe resolver por el Tribunal es el de si ese fallo de tutela produce efectos de cosa juzgada, frente a los actos de su ejecución, y sólo superado ese obstáculo se podrá entrar a estudiar la



legalidad del acto; y eso imposibilita el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional que se solicita.

En mérito de lo expuesto se,

RESUELVE:

PRIMERO: NIÉGASE amparo cautelar de suspensión provisional formulado en contra de la resolución N° 46559 del 11 de septiembre de 2008, proferida por la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL EICE hoy en liquidación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFÍQUESE

JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ.
MAGISTRADO