



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, tres (3) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación N° 70- 001-33-33-003-**2017-00169-00**
Demandante: Farides María Zabala Castro.
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional "CASUR".

Asunto: Medida Cautelar suspensión provisional. Se niega.

SOLICITUD.

Procede el despacho, previo traslado a la parte demandada¹, a resolver solicitud de medida cautelar presentada por el apoderado de la parte demandante referente a la suspensión provisional de los efectos de la Resolución N° 003452 del 03 de agosto de 2009², expedida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, por medio de la cual se reconoce a partir del 17 de agosto de 2007, cuota de sustitución de asignación mensual de retiro a la señora ROSA EDILTRUDIS ESPITIA DE CERVERA, en calidad de conyugue, en cuantía equivalente al 50% de la prestación que devengaba el causante RUBÉN ALFONSO CERVERA BARANDA.

ANTECEDENTES.

Dentro de la presente actuación, se tiene que con fecha 04 de julio de 2017³, la parte demandante, formuló demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, a fin de obtener la nulidad parcial de la Resolución N° 003452 del 03 de agosto de 2009⁴, expedida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, en cuanto le negó el reconocimiento de la cuota de sustitución de asignación pensional de retiro a la señora FARIDEZ MARÍA ZABALA CASTRO.

¹ Folio 106.

² Folio 13 - 15 del expediente.

³ Folio 58 del expediente.

⁴ Folio 13 - 15 del expediente.

La demanda fue admitida a través de auto del 28 de julio de 2017⁵, y debidamente notificada a las partes el 12 de septiembre de 2017⁶.

Con fecha 22 de mayo de 2018⁷, se llevó a cabo audiencia inicial, en la cual se decidió suspender el trámite de la actuación a fin de vincular a la señora ROSA EDILTRUDIS ESPITIA DE CERVERA, al proceso.

La señora ROSA EDILTRUDIS ESPITIA DE CERVERA, por intermedio de apoderada judicial, contestó la demanda el 28 de septiembre de 2018⁸.

La accionante, a través de memorial de fecha 28 de mayo de 2018⁹, solicitó el decreto de medida cautelar de suspensión de los efectos de la Resolución N° 003452 del 03 de agosto de 2009¹⁰, expedida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, solicitud de la cual se dio el respectivo traslado a los sujetos procesales¹¹.

El apoderado de la parte demandante CASUR, emitió pronunciamiento sobre las medidas cautelares requeridas con fecha 08 de octubre de 2018¹². De igual forma lo hizo la apoderada de la señora ROSA EDILTRUDIS ESPITIA DE CERVERA, el 10 de octubre de 2018¹³.

El apoderado de la parte demandante fundamenta su solicitud de medida cautelar sosteniendo que su mandante convivió hasta el día de su fallecimiento y por más de 20 años con el causante RUBÉN ALFONSO CERVERA BARANDA, con el cual procrearon dos hijos JHONY ALFONSO y RUBÉN ANTONIO CERVERA ZABALA, por lo que tiene derecho a la sustitución de la asignación de retiro que este devengaba y que por un proceder no claro de quien la represento en el trámite administrativo adelantado para tal efecto no puede perder su derecho.

2. CONSIDERACIONES

Nos enseña el artículo 229 sobre la procedencia de medidas cautelares en los procesos declarativos de jurisdicción administrativa que podrán solicitarse antes de la notificación del auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada; solicitud a la cual, si es del caso, accederá el juez o magistrado por medio de providencia motivada

⁵ Folio 60 del expediente.

⁶ Folio 66 - 68 del expediente.

⁷ Folio 82 - 83 del expediente.

⁸ Folio 110 - 120 del expediente.

⁹ Folio 96 - 97 del expediente.

¹⁰ Folio 13 - 15 del expediente.

¹¹ Folio 106 del expediente.

¹² Folio 122 - 124 del expediente.

¹³ Folio 125 - 127 del expediente.

a fin de proteger provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, y sin que tal decisión signifique un prejuzgamiento.

El artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, advierte que las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión; bajo el supuesto de que guarden relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Sobre la clasificación y fines de cada una de las medidas a adoptar en el proceso, se afirma:

"-Medidas preventivas. Las medidas cautelares preventivas buscan evitar que se produzca o aumente el daño causado por la Administración. Cuando éste es consecuencia de un acto administrativo, la suspensión de los efectos es la medida preventiva por antonomasia. (...)

-Medidas conservativas. Las medidas conservativas buscan mantener el statu quo previo a la decisión administrativa o a la acción u omisión de la Administración, para evitar que se vuelva irreversible la situación, o que no sea posible volver las cosas al estado anterior y por tanto lo único viable sea la indemnización de perjuicios.

-Medidas anticipativas. Quizás esta es la mayor novedad, pues este tipo de medidas cautelares le permiten al juez anticipar el derecho pedido como pretensión principal, en forma cautelar antes de la sentencia de fondo. Es claro que esa anticipación no puede ser de tal naturaleza que la situación en la que quede el demandante se convierta en irreversible en caso de perder el proceso.

-Medidas de suspensión. Se trata de la suspensión de los actos administrativos, que como se expuso es fundamentalmente preventiva. Sin embargo, el numeral 2 [Art. 230 L. 1437 de 2011] permite suspender todo tipo de procedimiento o actuación administrativa, debiendo el juez, además, ordenar corregir los defectos de que adolezca la actuación para que pueda continuar."¹⁴ (Negrillas por fuera del texto)"

Entre las posibles medidas que el juez o magistrado puede decretar, sea una o varias, el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, enuncia:

"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.

¹⁴ Arboleda Perdomo, José E. "Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", 2ª Edición 2012, Ed. Legis. Colombia. Pág. 357.

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

El artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo establece los requisitos para decretar las medidas cautelares, y respecto a la medida de suspensión provisional de los efectos de actos administrativos, la normativa prevé que procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda si aquella puede inferirse del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores alegadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

El doctrinante Juan Ángel Palacio Hincapié¹⁵ define la suspensión provisional como el mecanismo a través del cual se solicita al juez administrativo la suspensión de la aplicación de un acto administrativo hasta tanto resuelva de fondo la controversia que se le plantea sobre su legalidad. Rescata el hecho de que la medida tiene consagración constitucional en el artículo 238 Superior, facultando para adoptarla a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y sobre su regulación en la Ley 1437 de 2011, refiere:

"La suspensión provisional es una medida cautelar que en el CPACA fue innovada en su redacción para facultar su procedencia. En el C.C.A anterior la suspensión provisional requería de un trámite previo, sumario y formalista. Se caracterizaba porque el juez para decretarla no podía acudir a silogismos y análisis profundos para llegar a la conclusión de que un acto infringe una norma superior. En la nueva redacción, por el contrario (sic), el juez puede y debe hacer los estudios necesarios, si es el caso, para llegar a la conclusión de suspender. (...) Eso significa que el juez debe hacer la valoración probatoria que le permita llegar a la deducción de la contradicción de las normas, salvo que tal contradicción de las normas se aprecie directamente de la confrontación del texto del acto con la norma superior invocada."

CASO CONCRETO

El apoderado de la parte demandante, solicita se decrete como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos de la Resolución N° 003452 del 03 de agosto de 2009¹⁶, expedida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, por medio de la cual se reconoce a partir del 17 de agosto de 2007, cuota de sustitución de asignación mensual de retiro a la señora ROSA EDILTRUDIS ESPITIA DE CERVERA, en calidad de conyugue, en cuantía equivalente al 50% de la prestación que devengaba el causante RUBÉN ALFONSO CERVERA BARANDA y niega el reconocimiento de tal derecho a la señora FARIDEZ MARÍA ZABALA CASTRO.

¹⁵ HINCAPIÉ PALACIO, Juan Ángel. "Derecho Procesal Administrativo", Octava Edición 2013, Ed. Librería Jurídica Sánchez. Pág. 856.

¹⁶ Folio 13 - 15 del expediente.

Hecha la anterior delimitación, corresponde determinar si el acto administrativo enjuiciado desconoce los preceptos normativos informados por la parte demandante.

Es importante precisar que el artículo 231 del CPACA, al momento de decidir sobre el decreto de una medida cautelar, faculta al Juez, para que de entrada pueda realizar un análisis a las normas invocadas como transgredidas y que también pueda estudiar las pruebas allegadas a la solicitud.

Es claro, que al momento del estudio de la procedencia o no de la medida cautelar, al tenor del inciso 2º del artículo 229, el juez, debe ser prudente, a fin de que no se tome partido en el juzgamiento del acto, y se viole el debido proceso y derecho de defensa de la parte demandada, quien tiene el derecho a que se valoren sus argumentos y los medios de pruebas en la sentencia.

Frente al caso bajo examen, se tiene que la actora alega en su demanda como norma violada los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003, en cuanto modificaron los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, que tratan sobre los requisitos y beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

Es pertinente precisar que la sustitución de la asignación de retiro de un miembro de la Policía Nacional, encuentra su regulación en el artículo 40 en concordancia con el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, por medio del cual se fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública y no en la ley 100 de 1993, que establece la normativa aplicable al régimen general.

Efectuado el análisis de confrontación del acto demandado con las precitada disposición citada por el apoderado de la actora, se considera que no es posible en esta incipiente etapa procesal, determinar que la decisión administrativa enjuiciada viole la norma jurídica contenida en los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003, por medio del cual se modificaron los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, pues será necesario que en las etapas procesales pertinentes, se logre establecer a través del ejercicio probatorio, con grado de certeza si efectivamente la demandante cumplía con los requisitos para acceder a la prestación económica del sistema pensional que reclama.

Tal conclusión encuentra más respaldo, cuando al revisar el contenido del acto administrativo atacado, se puede establecer que uno de los pilares de la decisión fue la manifestación voluntaria rendida por la señora FARIDES MARÍA ZABALA CASTRO, sobre el hecho de que no convivió permanentemente con el

causante y que quien vivió hasta el momento del fallecimiento del mismo fue la señora ROSA EDILTRUDIS ESPITIA DE CERVERA.

Sobre el particular el H. Consejo de Estado¹⁷ ha manifestado:

"Efectuando una interpretación integral y sistemática del inciso 1 del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, entonces, se concluye que 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".

Así las cosas, en voces de la jurisprudencia del Órgano de Cierre de esta Jurisdicción¹⁸, se concluye, que la parte que pretenda la suspensión provisional de un acto administrativo, corre con la responsabilidad de fundamentar la medida, con la suficiente carga argumentativa para convencer al operador judicial de la contrariedad del acto acusado frente al ordenamiento jurídico superior en el que debe fundarse.

Así las cosas, en este momento procesal no se evidencia ninguna violación o trasgresión de la decisión administrativa demandada con respecto a las disposiciones legales que sirven de fundamento a esta acción, que ameriten el decreto de la suspensión provisional del efecto de tal acto administrativo.

Por lo anterior, en lo referente a la violación o trasgresión de las disposiciones legales que sirven de fundamento a esta acción por parte del acto administrativo enjuiciado, se concluye que en este momento procesal no puede establecerse tal situación hasta el punto de ameritar el decreto de una medida cautelar de suspensión provisional de sus efectos jurídicos, pues para llegar a tal conclusión, es necesario que el proceso avance en sus etapas, se fortalezca en materia probatoria y se esclarezca con los alegatos finales.

Debe remarcar el despacho que la medida cautelar de suspensión provisional está sometida a los principios de la carga probatoria de la ilegalidad del acto

¹⁷CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.SECCIÓN SEGUNDA. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Auto del 7 de marzo de 2015.

¹⁸ Ver reiteración jurisprudencial, CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ Auto del 31 de enero de 2017.

del cual se pretende se suspendan sus efectos. De tal suerte que en forma clara y en este estadio del proceso, sin contar aún con la integración total del acervo probatorio, resulta, en principio, que la motivación del acto es legal hasta que se demuestra lo contrario a la luz de lo probado en el curso del proceso, por consiguiente de manera obligatoria, la legalidad o no debe ser analizada de fondo en estudio que es propio del fallo.

En este orden de ideas, se puede concluir, que el tema no es de simple confrontación de las normas superiores, si no que se requiere de un análisis de fondo y detallado, para finalmente llegar a la conclusión que en derecho corresponda respecto de la legalidad del acto administrativo demandado, por consiguiente, este despacho no encuentra mérito para declarar la suspensión provisional del acto administrativo en mención.

Ahora si bien, la parte demandante afirma someramente que se encuentra afectado su mínimo vital, y se causa un perjuicio irremediable, sin embargo, no aporta ninguna prueba de esa circunstancia, toda vez que, el simple hecho de negarle la pensión, no es suficiente para erigir de ello un perjuicio irremediable, máxime cuando prima facie, no se advierte la transgresión de las normas en que se fundamenta el derecho pretendido.

Resulta necesario, para la valoración a que está obligado juez sustanciador, que el carácter del perjuicio irremediable se encuentre alegado y probado siquiera de manera sumaria en el proceso, lo cual impone un mínimo despliegue probatorio por parte del accionante.

A manera de refuerzo es pertinente traer a colación uno de los pronunciamientos del H. Consejo de Estado en lo relacionado con los requisitos para decretar las medidas cautelares conforme el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011:

"De la normativa en cita, se deducen como requisitos para la procedencia de dicha medida cautelar que i) sea solicitada por el demandante, ii) procede cuando existe 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 debe acreditarse, de manera sumaria los perjuicios que se alegan como causados por los actores.

*Ahora bien, bajo los supuestos legales referidos y para determinar sobre la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional del aparte acusado se **procederá a efectuar el respectivo análisis de cada uno de los cargos invocados por el actor, para así determinar si en el presente asunto se***

*vislumbra una infracción evidente u ostensible de las normas superiores cuya transgresión se alega*¹⁹.

En mérito de lo expuesto, se **DECIDE**:

PRIMERO: NO DECRETAR la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de la Resolución N° 003452 del 03 de agosto de 2009²⁰, expedida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, en consideración a lo anteriormente expuesto.

SEGUNDO: En firme esta providencia, continúese con el trámite correspondiente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS
JUEZ



¹⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C
.Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Auto del 26 de febrero de 2016.

²⁰ Folio 13 - 15 del expediente.