

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

CONSEJERO PONENTE: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho
(2018)

Radicación: 25000-23-37-000-2016-01357-01
Número interno: 23172
Demandante: EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN ESP
Demandado: MINISTERIO DE TRABAJO, UGPP, OTRAS

Decide recurso de apelación contra auto

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del patrimonio autónomo de remanentes de CAJANAL EICE en liquidación contra el auto del 23 de febrero de 2017, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, suspendió provisionalmente los efectos jurídicos de las resoluciones 2266, del 14 de diciembre de 2012; 3308, del 18 de marzo de 2013; 3888, del 17 de abril de 2013, y 3892, del 17 de abril de 2013.

ANTECEDENTES

Demanda

El 2 de mayo de 2013, la parte actora promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Ministerio de Trabajo, UGPP y CAJANAL en liquidación, a fin de obtener la nulidad de las resoluciones: (i) 2266, del 14 de diciembre de 2012; (ii)

3308, del 18 de marzo de 2013; (iii) 3892, del 17 de abril de 2013, y (iv) 3888, del 17 de abril de 2013, mediante las cuales se rechazó la reclamación de la liquidación de las cuotas partes pensionales y se resolvió el recurso de reposición.

La actora solicitó la suspensión provisional de los anteriores actos administrativos con fundamento en que la Resolución 2266, del 14 de diciembre de 2012, negó el reconocimiento de las cuotas partes pensionales que la demandante le solicitó reconocer a CAJANAL en liquidación. A su vez, la Resolución 3388, del 18 de marzo de 2013, negó la revocatoria de la Resolución 2266, del 14 de diciembre de 2012.

CAJANAL en liquidación mediante la Resolución 3308, del 18 de marzo de 2013, declaró la compensación de las obligaciones recíprocas de cuotas partes pensionales que contrajo con la demandante. Contra dicho acto, la sociedad interpuso recurso de reposición que fue resuelto desfavorablemente, a través de la Resolución 3892, del 17 de abril de 2013.

La actora indicó que el liquidador de CAJANAL, EICE, quebrantó el artículo 6.º de la Ley 1105 de 2006, dado que sus funciones se contraían a adoptar las medidas necesarias para el procedimiento de liquidación de la entidad, mas no era competente para negar el recobro de las cuotas partes pensiones, al propio tiempo que omitió cumplir el acuerdo de compensación suscrito en el año 2008 con Empresas Varias de Medellín ESP (antes de la liquidación de CAJANAL).

Adujo que el liquidador de CAJANAL consideró que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público debía avalar el acuerdo de compensación anteriormente indicado.

Auto recurrido

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, por medio del auto del 23 de febrero de 2017, declaró la suspensión provisional de las resoluciones demandadas (ff. 51 a 72 cuaderno medidas cautelares).

Consideró que el liquidador de CAJANAL desconoció el acuerdo de compensación y exigió requisitos para su acatamiento, los cuales resultaban improcedentes. Lo anterior, puesto que el acuerdo de compensación no requería de certificado de disponibilidad presupuestal para que fuera obligatorio y vinculante entre las partes. Asimismo, no era necesario que el Ministerio de Hacienda avalara dicho acuerdo, puesto que la ley no lo exige.

Señaló que el liquidador de CAJANAL tenía la facultad de demandar judicialmente el acuerdo de compensación, pero no podía dejarlo de aplicar.

Por otra parte, verificó que las resoluciones 3308, del 18 de marzo de 2013 y 3892, del 17 de abril de 2013, por medio de las cuales se declaró la compensación de las obligaciones recíprocas, requería de la voluntad de ambos acreedores, de tal manera que no podía ser una decisión unilateral de CAJANAL, puesto que transgredía el acuerdo de compensación celebrado entre las partes.

De esta forma, la Sala mayoritaria del tribunal accedió a la solicitud de suspensión provisional de los actos acusados.

Salvamento de voto

La magistrada Carmen Amparo Ponce Delgado, salvó voto en los siguientes términos:

Evidenció que el cuestionamiento principal de la demanda consistió en el procedimiento de compensación de las cuotas partes pensionales, empleado por CAJANAL.

Si bien la situación censurada tiene origen en la Resolución 2266, del 14 de diciembre de 2014, lo cierto es que la suspensión provisional de este acto no satisface la pretensión de la actora, puesto que se requiere del análisis de fondo una vez verificado el marco legal y probatorio que es aplicable.

Agregó que no observó la prueba del perjuicio irremediable que aseveró la parte actora.

Recurso de apelación

El apoderado del patrimonio autónomo de remanentes de CAJANAL en liquidación interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión.

Precisó que la solicitud de suspensión provisional de las resoluciones censuradas incumple el requisito de apariencia del buen derecho o verosimilitud del derecho invocado. A este respecto, invocó el artículo 293 del Estatuto Orgánico Financiero, a partir del cual concluyó que el liquidador tenía plenas competencias para reconocer o rechazar obligaciones reclamadas en el marco del procedimiento de liquidación.

Sumado a esto, manifestó que a la luz del artículo 32 del Decreto Ley 254 de 2000, el liquidador de CAJANAL debía constatar que no hubiera operado la caducidad o prescripción de las obligaciones reclamadas, puesto que tenía plena competencia para desconocer obligaciones que incurrieran en cualquiera de estas figuras jurídicas, que por contera, extinguían las obligaciones.

Cuestionó el estudio efectuado por el *a quo*, en la medida en que se hizo un juicio de fondo en dicha etapa procesal lo que, según su dicho, conllevó un prejuzgamiento.

Finalmente, expresó que el tribunal decretó la medida cautelar sin verificar la prueba del perjuicio irremediable a que alude la parte demandante, aspecto que también fue refutado por la magistrada que salvó voto de la decisión mayoritaria.

Oposición al recurso

Dentro de la oportunidad legal, la apoderada de la sociedad actora se opuso al recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada.

Particularmente, aseveró que el debate principal está relacionado con que CAJANAL desconoció el acuerdo de compensación suscrito, el cual, estimó, constituye el título ejecutivo para la reclamación del pago de las cuotas partes pensionales que la demandada adeuda a la memorialista.

Una vez efectuado el procedimiento de compensación, resultó un saldo a favor de la actora, por la suma de \$444.013.994.40 con corte al 30 de octubre de 2007.

Aseguró que dentro de los actos suspendidos por el tribunal, las resoluciones 3308, del 18 de marzo de 2013, y 3892, del 17 de abril de 2013, efectuaron una compensación unilateral de cuotas partes pensionales, siendo que CAJANAL debía consultar la voluntad de la actora para reconocer dichas obligaciones, tal como fue pactado en el acuerdo de compensación.

Afirmó que en los actos enjuiciados no se estableció desde cuándo se contabilizó la prescripción de las cuotas partes pensionales y en ese sentido, insistió en la falta de motivación de los actos administrativos.

Por último, valoró que el artículo 231 del CPACA permite el decreto de las medidas cautelares una vez efectuado un juicio de confrontación entre los actos demandados y las normas superiores en que se debían fundarse, sin necesidad de comprobar los perjuicios irremediables que mencionó la recurrente.

CONSIDERACIONES

1- De conformidad con el artículo 150 del CPACA, el Consejo de Estado es competente para conocer en segunda instancia de los autos «*susceptibles de apelación*» proferidos por los tribunales administrativos. Por otra parte, el artículo 125 *ibidem* precisó que será competencia del despacho dictar los autos interlocutorios y de

trámite diferentes a los previstos en ordinales 1.º a 4.º del artículo 243 *ibid.*

En consecuencia, la Sala unitaria es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del patrimonio autónomo de remanentes de CAJANAL, contra el auto del 23 de febrero de 2017, que decretó la suspensión provisional de las resoluciones enjuiciadas.

2- De acuerdo con el artículo 229 del CPACA, procede el decreto de la medida cautelar cuando el juez o magistrado ponente observe la necesidad de la misma, «*para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia*». Agrega la norma, que la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

A su turno, el artículo 231 *ibidem*, establece dentro de los requisitos para el decreto de la suspensión de los efectos de un acto administrativo, que los actos acusados deben transgredir aquellas normas que sean superiores, lo cual se podrá establecer con la confrontación de estas junto con las pruebas aportadas, según sea el caso. En dicho contexto, en aras de salvaguardar la efectividad de la sentencia y el ordenamiento jurídico, el CPACA reitera que las medidas cautelares pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión.

En relación con los presupuestos para la procedencia de la medida cautelar, esta corporación ha tenido la oportunidad de pronunciarse de la siguiente forma (auto del 19 de julio de 2018, exp. 60291, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, CP: María Adriana Marín):

Las medidas cautelares han sido instituidas en los procesos judiciales como un mecanismo tendiente a evitar que resulte nugatoria la sentencia con la que se pondrá fin a los mismos, en virtud de las modificaciones que se pueden presentar en el transcurso de la actuación procesal respecto de la situación que inicialmente dio lugar a la demanda, es decir, que surjan hechos que dificulten o incluso eviten los efectos prácticos de la decisión. Es por ello que se conciben como “(...) precauciones inequívocamente diseñadas para garantizar que la solución que se adopte como resultado del proceso judicial podrá ser materializada”, brindándole a quien acude a la justicia, la certeza de que el trámite del proceso en sí mismo, no va a obrar

en contra de sus intereses y que los mismos serán protegidos aún antes de la decisión definitiva. Para la procedencia de las medidas cautelares, se exige evaluar si se cumplen ciertos requisitos, que de no obrar, harán que la medida sea innecesaria o inconveniente. Es así como se debe verificar:

a. La verosimilitud del derecho invocado o apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), lo que se traduce en últimas, en qué tantas probabilidades de éxito tienen las pretensiones del demandante a las que servirá la medida cautelar, pues de ser éstas mínimas, el daño que se le ocasione a quien soporta la medida cautelar será superior al beneficio de su existencia, lo que la hace inconveniente.

b. La existencia del riesgo por la demora del trámite procesal (*periculum in mora*), pues si el mismo no existe, las medidas cautelares sobran.

Lo anterior conduce a tener en consideración que la adopción de una medida cautelar compromete el ejercicio de un derecho y, por lo tanto, puede llegar a ocasionarse un perjuicio a su titular, razón por la cual este riesgo sólo resulta admisible, en la medida en que realmente sea necesaria la medida por estar reunidos los requisitos enunciados.

(...)

Como se precisa en la citada providencia, la procedencia de la medida cautelar está circunscrita a que la necesidad de su decreto garantice la efectividad de la sentencia, esto es, que la decisión no pueda aguardar a las subsiguientes etapas procesales puesto que ello originaría perjuicios a cargo de quien solicita el decreto de la medida.

Lo anterior, por cuanto si bien la normativa invocada en la demanda puede conllevar, *prima facie*, apreciar la ilegalidad de los actos demandados, es lo cierto que la medida cautelar como está concebida es para salvaguardar el fallo y así evitar que existan decisiones inanes, o fútiles, en tanto se materialicen daños.

De esta forma, las consideraciones preliminares que se efectúen en torno a la ilegalidad de los actos administrativos, no se pueden considerar como un prejuzgamiento, aunque la identificación de la necesidad de efectuar estos análisis, resulta ser tenue a la hora de verificar la procedencia de la suspensión provisional de los actos administrativos.

En principio, la suspensión provisional de los actos administrativos garantiza que los derechos de la parte demandante no se vean afectados por la preeminencia de la presunción de legalidad, puesto que, mientras los actos no sean suspendidos provisionalmente o anulados jurisdiccionalmente —entre las demás previsiones del artículo 91 del CPACA— estos tienen fuerza ejecutoria y deben ser aplicados por la Administración.

En el asunto debatido, se detalla que los actos demandados son: (i) la Resolución 2266, del 14 de diciembre de 2012, mediante la cual se admitieron parcialmente los derechos de recobro de las cuotas partes pensiones reclamadas por la sociedad actora; (ii) la Resolución 3308, del 18 de marzo de 2013, por medio de la cual se declaró de forma unilateral, la compensación de las obligaciones recíprocas de cuotas partes pensionales con Empresas Varias de Medellín ESP; (iii) la Resolución 3888, del 17 de abril de 2013, que confirmó la Resolución 2266, del 14 de diciembre de 2012; (iv) la Resolución 3892, del 17 de abril de 2013, que desató el recurso de reposición contra la Resolución 3308 del 18 de marzo de 2013, en el sentido de confirmar este acto.

Al tiempo que la demandante aduce la ilegalidad de los anteriores actos, la razón fundamental que emplea para endilgar tal perjuicio está asociada al acuerdo de compensación suscrito en el año 2008 entre CAJANAL y Empresas Varias de Medellín ESP.

Por su parte, el liquidador de CAJANAL, en su momento, no reconoció la totalidad de las obligaciones de cuotas partes pensionales reclamadas por la demandante, puesto que consideró que algunas de estas obligaciones habían prescrito. Sobre este particular, la memorialista indicó en el escrito de demanda y de oposición al recurso de apelación, que la entidad demandada no motivó en los actos debatidos, desde cuándo se contabilizó la prescripción, esto es, cuál fue el término prescriptivo que aplicó a las obligaciones reclamadas.

De acuerdo con los hechos sintetizados, el despacho encuentra que el caso controvertido versa, por una parte, sobre aspectos jurídicos y, por otra parte, respecto de hechos que deben ser analizados a la luz de las pruebas allegadas al expediente.

Por su parte, el tribunal encontró que, según los hechos y el concepto de violación del escrito de demanda así como del contenido de los actos acusados, que la entidad demandada debía sujetarse al acuerdo de compensación suscrito con la sociedad actora.

Empero, la Sala unitaria considera que junto al análisis jurídico que debe efectuarse en relación con las normas aplicables al asunto, es necesario adelantar una valoración probatoria que permitirá corroborar y analizar el papel que cumple el prenotado acuerdo de compensación, en relación con las obligaciones de las cuotas partes pensionales previamente reconocidas por ambas partes procesales. Asimismo, los hechos que corroboren la presunta prescripción de las obligaciones reclamadas junto con las demás circunstancias que hayan interrumpido la prescripción (o la renuncia a la prescripción, según sea el caso).

Así, de la sola confrontación de los actos acusados con las normas superiores no se puede inferir la necesidad del decreto de la medida cautelar.

Debe insistir esta corporación en que las medidas cautelares exigen, además de confrontar los actos con las normas en que deben fundarse, que se constate que la medida resulte indispensable para garantizar la efectividad de la sentencia. Esto, por cuanto se le debe garantizar a la Administración ejercer el derecho de defensa y contradicción, lo cual supone poder solicitar y aportar las pruebas tendentes a enervar los cargos de nulidad que propone la parte demandante.

En este sentido, la solicitud de medida cautelar no debe propender por decisiones que de forma anticipada obtengan un pronunciamiento de fondo, puesto que aun cuando la decisión de las medidas cautelares no conlleve un prejuzgamiento, es lo cierto que su decreto no debe implicar pronunciamientos preliminares que podían aguardar a la etapa del juzgamiento.

Por consiguiente, se estima que es procedente revocar la decisión de primer grado y, en su lugar, negar la suspensión provisional de los actos demandados.

En consecuencia, el despacho,

RESUELVE

- 1- **Revocar** el auto del 23 de febrero de 2017, mediante el cual se accedió a la suspensión provisional de los actos administrativos demandados por EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN ESP. En su lugar, conforme a lo expuesto en la presente providencia,

Negar la solicitud de la medida cautelar.

- 2- Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase.

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ