



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

**Magistrado Ponente: LUIS NORBERTO CERMEÑO**

Arauca, Arauca, seis (6) de agosto de dos mil quince (2015)

Radicado : 81001 3333 002 2014 00063 01  
 Demandante : Hugo Alberto Peña Arjona  
 Demandado : Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional  
 Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
 Providencia : Auto que resuelve apelación

Decide de fondo el Tribunal Administrativo de Arauca el recurso de apelación que presentó la parte demandada, contra la decisión que en primera instancia declaró la suspensión provisional del acto administrativo demandado, como medida cautelar.

### ANTECEDENTES

1. Hugo Alberto Peña Arjona presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional.
2. El proceso lo adelanta el Juzgado Administrativo Oral de Arauca en Descongestión, que en auto adoptó la decisión que se impugna.
3. **La providencia apelada.** Mediante auto del 22 de abril de 2015 (fl. 25-29, c. medida cautelar) la primera instancia adoptó la medida cautelar de suspender provisionalmente la Orden Administrativa de Personal No. 1802 del 13 de agosto de 2013, por la cual se retiró del servicio activo al demandante; en las consideraciones se expuso que había violación del inciso segundo del artículo 7 del Decreto 1796 de 2000 que establece que una vez transcurren tres meses después de haberse practicado la revisión militar, se recobra el concepto de aptitud para la prestación del servicio; que al confrontar el acto administrativo con la norma superior, resulta evidente que el retiro se llevó a cabo cuando ya habían transcurrido más de los tres meses que autoriza la norma; y que hay prueba sumaria de la existencia de obligaciones a cargo del demandante y que con ocasión del retiro de las Fuerzas Militares le puede estar causando un perjuicio.
4. **El recurso de apelación.** La demandada presentó recurso de apelación (fl. 31-33, c. medida cautelar) en el que expresa que no vislumbra ninguna vulneración por razón del trámite que se surtió para cumplir "lo regulado en el decreto 1793" que dispuso el retiro definitivo del demandante; que el acto administrativo fue motivado con base a la valoración de la aptitud psicofísica, no son exámenes perentorios, son



actos que definen una situación en concreto, es decir, son de carácter permanente por lo que tiene vigencia a partir de su expedición, por lo que mal haría la judicatura darle un término perentorio a las decisiones contenidas en las actas expedidas por los galenos en los que se determina una valoración de la disminución de la capacidad laboral, por lo que la situación planteada debe efectuarse en la sentencia y no en la etapa inicial del proceso.

**5. Frente al traslado del recurso.** El demandante planteó (fl. 45-58, c. medida cautelar) que surtió el retiro del demandante en la decisión tomada en un Tribunal Médico que había perdido toda su vigencia y validez al notificarlo con posterioridad a los tres meses exigidos desde su práctica como se encuentra en el Decreto 1796 de 2000, artículo 7; que se demostraron con las pruebas aportadas los perjuicios ocasionados, así fueran de carácter sumario; y cita jurisprudencia en su respaldo.

## CONSIDERACIONES

**1.** El Tribunal Administrativo de Arauca es competente para resolver el recurso de apelación planteado, pues se trata de un auto susceptible de este medio de impugnación (art. 153, 243.2, CPACA) y se decide conforme lo determina el artículo 244, numeral 3 del CPACA.

### 2. Problema jurídico

¿Es procedente confirmar la providencia de primera instancia mediante la que adoptó la medida cautelar de suspender provisionalmente la Orden Administrativa de Personal No. 1802 del 13 de agosto de 2013, por la cual se retiró del servicio activo al demandante?

### 3. Análisis de aspectos procedimentales

Revisado el expediente, no se encuentra que exista causal de nulidad que invalide lo actuado o que deba declararse.

### 4. El caso concreto

El asunto sometido a decisión del Tribunal Administrativo de Arauca consiste en definir si las razones expuestas por el *a quo* son procedentes para sustentar y respaldar la medida cautelar adoptada.

**4.1. Las medidas cautelares en el CPACA.** Respecto de la consagración normativa que tiene la figura jurídica de las medidas



cautelares en el CPACA, se encuentra que están contenidas en los artículos 229 al 241, mientras que por su parte, el Consejo de Estado (M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, 1 de septiembre de 2014, rad. 11001-03-24-000-2013-00509-00, 21047, entre otras sentencias) ha establecido criterios jurisprudenciales sobre su aplicación.

El presente proceso es de carácter declarativo, por lo cual es viable solicitar y decretar medidas cautelares (art. 229, CPACA). Y dentro de las que proceden está la que se pide, de suspensión provisional de los actos administrativos que se demandan (art. 230, num. 3, CPACA), para la que exige el artículo 231 que cuando se pretenda **la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional** de sus efectos procederá:

(i) 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.

(ii) Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

**4.2.** La Orden Administrativa de Personal No. 1802 del 13 de agosto de 2013 invocó para el retiro del demandante, la causal de disminución de la capacidad psicofísica, la cual está contemplada en el Decreto 1793 de 2000:

"ARTÍCULO 8. CLASIFICACIÓN. El retiro del servicio activo de los soldados profesionales, según su forma y causales, se clasifica así:

a. Retiro temporal con pase a la reserva (...)

2. Por disminución de la capacidad psicofísica".

"ARTÍCULO 10. RETIRO POR DISMINUCION DE LA CAPACIDAD PSICOFÍSICA. El soldado profesional que no reúna las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica determinadas por las disposiciones legales vigentes, podrá ser retirado del servicio".

La regulación expresa de la causal se encuentra contenida en el Decreto 1796 de 2000, que entre otras disposiciones contempla:

"ARTICULO 2o. DEFINICION. Es el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir las personas a quienes se les aplique el presente decreto, para ingresar y permanecer en el servicio, en consideración a su cargo, empleo o funciones.

La capacidad sicofísica del personal de que trata el presente decreto será valorada con criterios laborales y de salud ocupacional, por parte de las autoridades médico-laborales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.



ARTICULO 3o. CALIFICACION DE LA CAPACIDAD PSICOFISICA. La capacidad sicofísica para ingreso y permanencia en el servicio del personal de que trata el presente decreto, se califica con los conceptos de apto, aplazado y no apto.

Es apto quien presente condiciones sicofísicas que permitan desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial y civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

Es aplazado quien presente alguna lesión o enfermedad y que mediante tratamiento, pueda recuperar su capacidad sicofísica para el desempeño de su actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

Es no apto quien presente alguna alteración sicofísica que no le permita desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

ARTICULO 7o. VALIDEZ Y VIGENCIA DE LOS EXAMENES DE CAPACIDAD PSICOFISICA. Los resultados de los diferentes exámenes médicos, odontológicos, psicológicos y paraclínicos practicados al personal de que trata el artículo 1o. del presente decreto, tienen una validez de dos (2) meses, contados a partir de la fecha en que le fueron practicados.

El concepto de capacidad sicofísica se considera válido para el personal por un término de tres (3) meses durante los cuales dicho concepto será aplicable para todos los efectos legales; sobrepasado este término, continúa vigente el concepto de aptitud hasta cuando se presenten eventos del servicio que impongan una nueva calificación de la capacidad psicofísica.

El examen de licenciamiento para el personal de tropa deberá ser practicado dentro de los sesenta (60) días anteriores a su desacuartelamiento. El control de este término será responsabilidad directa de la Dirección de Personal u Oficina que haga sus veces en la respectiva Fuerza y en la Policía Nacional".

**4.3.** Al tener en cuenta la normativa aplicable, tanto para adoptar la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, como la que rige el retiro de un soldado profesional en el Ejército Nacional por la disminución de la capacidad psicofísica, así como también las pruebas que obran en el expediente, se procede a analizar las consideraciones sobre las cuales el *a quo* adoptó la medida que se apeló.

(i). En cuanto a la primera razón que se expresó en la providencia apelada, esta instancia considera que el Juzgado de primera instancia acudió a las disposiciones jurídicas que se deben aplicar para resolver el tema, las cuales son las que ya se transcribieron atrás: el artículo 231, CPACA y el artículo 7, inciso segundo, Decreto 1796 de 2000.

(ii). La segunda razón en que se fundamentó la providencia impugnada para declarar la medida cautelar, es que al confrontar el acto administrativo con la norma superior, resulta evidente que el retiro se llevó a cabo (13 de agosto de 2013) cuando ya habían transcurrido más de los tres meses (11 de marzo de 2013) que autoriza la norma.



5  
Proceso: 81 001 3333 002 2014 00063 01  
Demandante: Hugo Alberto Peña Arjona

El análisis de las pruebas que obran en el expediente demuestra que no hay claridad sobre la fecha en la cual se expidió el Acta de Tribunal Médico Laboral No. 3453-4442.

En efecto, el texto del documento contiene dos fechas distintas: 14 de mayo de 2013 y 11 de marzo de 2013 (fl. 76, c.01).

Es claro entonces que si se toma la primera fecha, el acto de retiro (13 de agosto de 2013) se adoptó dentro de los tres meses que exige el inciso segundo del artículo 7, del Decreto 1796 de 2000; pero si se acoge la segunda, la desvinculación del demandante se hizo cuando dicho lapso había vencido.

Documentos posteriores que se refieren al Acta 3453-4442 tampoco son unánimes al identificar la fecha; así, los de los folios 128, 130, citan el 11 de marzo de 2013, mientras que el del folio 123, menciona el 14 de mayo de 2013.

Incluso, el Acta 3453-4442 se le notificó al hoy demandante a través de su apoderado, y en el documento de notificación se incluyó que el Acta del Tribunal Médico Laboral era del 14 de mayo de 2013 (fl. 123, c.01), hecho que no fue controvertido en ese instante, ni tampoco lo ha sido en el transcurso del presente proceso.

Las anteriores circunstancias no permiten tener certeza en este preciso momento del proceso, sobre la fecha real del Acta 3453-4442, y por lo tanto, no puede predicarse que la Orden Administrativa de Personal No. 1802 del 13 de agosto de 2013 fue expedida por fuera de los tres meses que consagra la norma jurídica; no se encuentra ninguna razón que haya expresado el *a quo* para preferir la fecha del 11 de marzo por sobre la del 14 de mayo de 2013.

Significa entonces que este aspecto solo podrá ser definido en la sentencia, cuando se obtengan pruebas adicionales, aún de oficio si se requiere, que permitan garantizar con precisión la verdadera y real fecha en la que se emitió el documento que se constituye en la bases y fundamento indispensable de la decisión judicial; y en donde también procederá efectuar un análisis respecto de si la fecha que debe utilizarse no es alguna de las dos anteriores, sino que podría ser la del 9 de julio de 2013, cuando se le notificó el Acta 3453-4442 al demandante (fl. 123, c.01), oportunidad a partir de la cual pudo comenzar a surtir efectos jurídicos y la que estaría aún más dentro de los tres meses que exige el inciso segundo, artículo 7, Decreto 1796 de 2000.

(iii). Respecto de la tercera razón en que se fundamentó la providencia impugnada para declarar la medida cautelar, tampoco hay claridad probatoria suficiente.



Se observa que los menores hijos de Peña Arjona no son con su compañera permanente, pues mientras aquellos tienen como segundo apellido el de "Quiroz", ésta es de apellido "Rondón Olave" (fl. 28-envés, c. medida cautelar), lo cual descarta que ésta sea la madre de los niños, y también deja sin prueba que el demandante, aún teniendo la obligación legal, sea quien provea las necesidades económicas de sus hijos, o que conviva con ellos; y al no mencionarse prueba en contrario surgida de alguien distinto al propio demandante, tampoco se demuestra que la compañera permanente dependa económicamente de Peña Arjona.

El demandante nació el 28 de junio de 1986 (fl. 105, c.01); significa que para la fecha del retiro (13 de agosto de 2013), ya tenía 27 años de edad, con lo cual había dejado de asumir el pago de la subsistencia de sus padres, conforme con la presunción que aplica la Jurisdicción Contencioso Administrativa, máxime cuando ya tenía dos hijos y también una compañera permanente<sup>1</sup>.

Por lo tanto, tampoco hay claridad en este momento procesal, respecto de la prueba que se requiere de los perjuicios, a lo que se suma que no puede tenerse como prueba siquiera sumaria la declaración juramentada del propio demandante (fl. 28-envés, c. medida cautelar) pues nadie, por honesto que sea, puede darse su propia prueba, y además Peña Arjona dispone de la mayor parte de su capacidad laboral, pues la pérdida que inicialmente se le declaró del 50.91% (fl. 75, c.01), después se le redujo al 23.07% (fl. 79, c.01) cuando se descubrió por los médicos que no era cierto que "no escucha nada" (párrafo tercero, acápite III, fl. 78, c.01), pues "se encuentra hablando con otro señor de la sala de espera" (párrafo primero, acápite IV, fl. 78, c.01), con lo cual puede ejercer algunas actividades laborales. Este aspecto también debe ser analizado en la sentencia de fondo que se profiera.

Por lo tanto, no es dable acceder en este momento procesal a la suspensión provisional pedida, ya que no se desprende con las piezas procesales que se allegaron con la demanda, la violación de las disposiciones invocadas en dicho escrito y en el de solicitud de la medida cautelar, y porque no están probados los perjuicios que se aducen.

**4.4.** Pero hay un elemento adicional para negar la medida: Peña Arjona se encuentra nuevamente vinculado al Ejército Nacional.

Así lo demuestra el oficio del 16 de junio de 2015, en el que la demandada informa que "se encuentra laborando en el Batallón de ASPC No. 18 "St. Rafael Aragona", con sede en Arauca" (fl. 134, c.01), lo cual

---

<sup>1</sup> Se presume que los padres pueden depender de los hijos hasta cuando éstos alcancen los 25 años de edad, salvo alguna especial excepción que debe estar idóneamente acreditada; entre otras, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 27709, M.P. Carlos Alberto Zambrano.



se ratifica con la certificación del salario que se le pagó en mayo de 2015 (fl. 135, c.01) y con la constancia en la que se expresa que es soldado profesional EJC desde el **19 de mayo de 2014** (fl. 136, c.01), aspecto que no ha comunicado al Juzgado por el demandante.

**4.5.** Como quiera que se encuentran idóneos y suficientes presupuestos fácticos y jurídicos para no respaldar la decisión de primera instancia, se revocará el auto impugnado.

Por lo tanto, ante el problema jurídico planteado, se responde que no es procedente confirmar la providencia de primera instancia mediante la que adoptó la medida cautelar de suspender provisionalmente la Orden Administrativa de Personal No. 1802 del 13 de agosto de 2013, por la cual se retiró del servicio activo al demandante.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca,

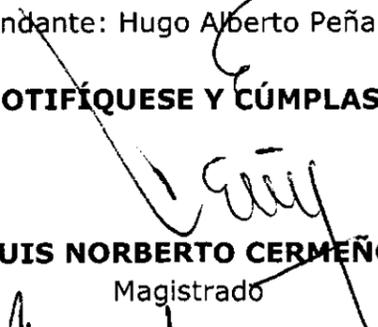
#### RESUELVE

**PRIMERO. REVOCAR** el auto del 22 de abril de 2015, proferido por el Juzgado Administrativo Oral de Arauca en Descongestión, y en su lugar, **NEGAR** la medida cautelar pedida de suspensión provisional, conforme con lo expuesto en las Consideraciones.

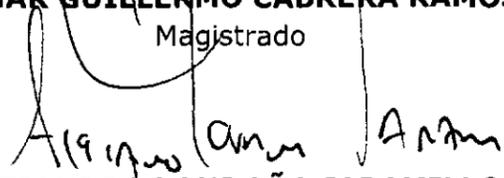
**SEGUNDO: DEVOLVER** el expediente al Juzgado de origen, una vez ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor.

La presente providencia se profiere dentro del proceso 81 001 3333 002 2014 00063 01, demandante: Hugo Alberto Peña Arjona.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**LUIS NORBERTO CERMEÑO**  
 Magistrado

  
**EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS**  
 Magistrado

  
**ALEJANDRO LONDOÑO JARAMILLO**  
 Magistrado

9

.

●

●