

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DEL VALLE DEL CAUCA
SALA DE ORALIDAD

Auto Interlocutorio

RADICACIÓN: 76001-23-33-000-2019-00305-00
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (LABORAL)
 DEMANDANTE: ANDRÉS FELÍPE MONTOYA ROLDÁN
 DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA NACIONAL
 ASUNTO: MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR. NIEGA MEDIDA CAUTELAR.

MAGISTRADA PONENTE: PATRICIA FEUILLET PALOMARES

Santiago de Cali, dieciséis (16) de marzo de dos mil veinte (2020)

1. El Despacho resuelve la solicitud de medida cautelar formulada por la parte actora, con la que pretende suspender provisionalmente los efectos de la Resolución 7624 del 24 de octubre de 2018 que llamó a calificar servicios al demandante.

ANTECEDENTES

1. La demanda

2. En ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, el demandante solicitó la nulidad de la Resolución 7624 del 24 de octubre 2018¹, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, que retiró del servicio activo de las fuerzas militares, Armada Nacional, por llamamiento a calificar servicios al teniente coronel de Infantería de Marina Andrés Felipe Montoya Roldán.

3. A título de restablecimiento, solicitó que se condenara a la demandada a reintegrar al actor al grado que habría alcanzado si no se hubiere retirado del servicio, y a pagar los salarios y demás prestaciones dejados de percibir.

2. La medida cautelar

4. Como medida cautelar, la parte actora pidió la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado.

¹ Folios 46-47.

5. Afirmó que el acto administrativo que llamó a calificar servicios al demandante es un acto discrecional, pero que no puede incurrir en arbitrariedades y su motivación debe fundarse en el concepto previo, suficiente y razonado, que emitan las juntas asesoras o los comités de evaluación

6. Adujo que la Resolución 7624 del 24 de octubre de 2018 señaló que la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional, en acta 009 del 27 de agosto de 2018, recomendó por unanimidad el retiro del señor Andrés Felipe Montoya Roldán, pero dicha acta tenía espacios en blanco en el sitio donde se debían consignar las consideraciones del retiro y, además, no está suscrita por los 55 generales y oficiales de insignia que presuntamente asistieron a la reunión de la sesión ordinaria del 27 de agosto de 2018, por lo que, en su criterio, la unanimidad de la recomendación del retiro del servicio del actor es incierta.

7. Aclaró, al analizar los artículos 99 del Decreto 1790 de 2000 y 54 y 60 del Decreto 1512 de 2000, que el acta: i) no cumplió con los requisitos de ley y, por ende, ella y la Resolución que llamó al actor a calificar servicios es ilegal, ii) no contiene argumentos sustentados en razones objetivas y hechos ciertos para llamar a calificar el servicio del demandante, pues solo obran espacios en blanco, iii) relaciona como asistentes a 54 generales y oficiales de insignia, pero no obra la firma de ninguno para confirmar su participación como miembro de la junta.

8. Indicó que la ejecución de la Resolución 7624 del 24 de octubre de 2018 causa un perjuicio a los derechos a la igualdad y al buen nombre del señor Andrés Felipe Montoya Roldán.

3. Oposición a la medida cautelar

9. La demandada, una vez surtido el traslado de la nueva solicitud de medida cautelar, guardó silencio.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

10. Este Despacho es competente para resolver la solicitud de medida cautelar, de conformidad con lo establecido en el artículo 229 del CPACA.

2. Problema jurídico

11. El problema jurídico se contrae a determinar si debe decretarse la suspensión provisional de la Resolución 7624 de 2018, pues, a juicio de la parte demandante, el acta de la junta asesora no consignó las consideraciones de retiro y no estaba firmada por los generales y oficiales de insignia que se relacionaron como asistentes a la sesión ordinaria del 27 de agosto de 2018.

3. De la procedencia de las medidas cautelares en los procesos declarativos que se surten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo

12. La Ley 1437 de 2011 reservó todo un capítulo para regular lo concerniente a las medidas cautelares en los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

13. El artículo 229 del CPACA estableció que el juez o magistrado ponente, en cualquier etapa del proceso, incluso antes de admitir la demanda, puede decretar, a petición de parte², las medidas cautelares *«que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia»*. La decisión que se adopte frente a la solicitud de medida cautelar debe estar debidamente motivada y esa motivación no implicará prejuzgamiento.

14. Las medidas cautelares que puede adoptar el juez deben tener relación directa con las pretensiones que se persiguen en la demanda y podrán consistir en: i) la conservación de una situación o, cuando fuera posible, el restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban antes de la conducta vulnerante o amenazante; ii) la suspensión de un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual, medida a la que debe acudir únicamente cuando no exista otra forma de conjurar la situación; iii) la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo; iv) 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, y v) la imposición de órdenes o de obligaciones de hacer o no hacer.

15. En cuanto a los requisitos que deben concurrir para que proceda el decreto de medidas cautelares, el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 distingue tres escenarios: cuando se pretenda la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo del que no dependa ningún restablecimiento del derecho, cuando se pretenda la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo del que sí se desprende el restablecimiento de un derecho y cuando se pretenda la adopción de cualquier otra medida cautelar.

16. El primer escenario, es decir, si se pretende la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo del que no depende ningún restablecimiento del derecho, la medida cautelar se decretará cuando se advierta una violación de las normas superiores invocadas como desconocidas en la demanda o en la solicitud que se formuló en escrito separado, pero esa violación debe surgir³: i) del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas que se invocaron como desconocidas o ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

17. En este punto, conviene destacar que el examen de violación no debe limitarse a las normas invocadas como vulneradas en la solicitud de medida cautelar, sino que también comprende las normas que se invocaron como violadas en la

² Salvo en los procesos de tutela o de protección de derechos e intereses colectivos, en los que sí procede la adopción de medida cautelares de oficio.

³ En ese sentido, ver providencia del 15 de febrero de 2016 (11001-03-27-000-2016-00008-00), dictada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

demanda. Esa observación encuentra respaldo normativo⁴ y jurisprudencial⁵. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que no es necesario que la violación de normas superiores sea ostensible o flagrante, es decir, no se trata de una simple comparación normativa; en realidad, es permitido que el funcionario judicial analice el contenido y alcance de las normas jurídicas en confrontación, para determinar si existe o no la violación endilgada⁶.

18. En el segundo evento, si se pretende la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo del que sí se desprende el restablecimiento de un derecho, es necesario que se cumplan los requisitos del escenario anterior y, además, se acredite la existencia del perjuicio⁷.

19. En el tercer escenario, cuando se pretenda la adopción de medidas cautelares distintas a la suspensión provisional de los efectos de actos administrativos, es indispensable que concurren los siguientes requisitos: i) que la demanda esté razonablemente fundada en derecho; ii) que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados; iii) 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, y iv) que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable o que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

4. Oportunidades para solicitar medidas cautelares en la jurisdicción contenciosa administrativa

20. El inciso primero del artículo 229 del CPACA fija que, en todos los procesos declarativos, el operador jurídico puede decretar las medidas cautelares en los siguientes eventos: i) antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda, o ii) en cualquier estado del proceso.

⁴ El artículo 234 dispone que *«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»*.

⁵ Por ejemplo, en providencia del 11 de mayo de 2015 (11001-03-26-000-2014-00143-00), la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado expuso: *«en la actualidad –CPACA–, para la procedencia de la medida cautelar, la confrontación se hace respecto de las normas invocadas en la demanda o en la solicitud de suspensión, pues por su parte el C.C.A. establecía que la confrontación se hacía únicamente respecto de las normas invocadas en la petición de la medida cautelar. Así, el cambio de legislación le otorgó al Juez un campo de acción más amplio, en la medida que podrá hacer la confrontación no sólo con las normas invocadas en la solicitud, sino con las que se señalen en el libelo demandatorio»*.

⁶ Auto del 10 de febrero de 2016 (110010327000-2015-00004-00): *«2.1.4 Entonces, si la suspensión provisional parte del supuesto de que se presenta infracción entre una norma inferior respecto de una norma superior, y comoquiera que a partir de la vigencia del CPACA, para que proceda la suspensión provisional ya no es requisito indispensable que se presente manifiesta infracción entre la norma legal y la reglamentaria, es dable concluir que al juez administrativo le asiste la facultad de analizar el contenido y alcance de la norma, en el evento en el que el asunto planteado lo requiera»*.

⁷ En el auto del 28 de agosto de 2014, expediente 11001-03-27-000-2014-00003-00, la Sección Cuarta del Consejo de Estado dijo que *«pese a las variaciones referidas en precedencia, lo cierto es que se conservó la exigencia relativa a la acreditación, siquiera sumaria, del perjuicio que causa la ejecución del acto cuestionado en aquellos eventos en los que se pretenda el restablecimiento del derecho, esto es, cuando se ejercite el medio de control previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A.»*

21. Por su parte, el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011 advierte que si la medida cautelar fue negada, se puede solicitar nuevamente ante la existencia de hechos sobrevinientes. En concreto, la norma dispone:

ARTÍCULO 233. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

(...)

Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso. (Subraya fuera del texto original).

22. En ese contexto, el Consejo de Estado (2018)⁸, a partir del derecho comparado⁹, explicó que los hechos sobrevinientes a los que hace mención el artículo 233 del CPACA –que no están definidos en el CPACA ni en la exposición de motivos con las que se presentaron las ponencias ante el Congreso de la República para discutir el proyecto de ley que le dio origen a esa norma– se refiere a los «*hechos constitutivos, modificativos o extintivos producidos durante la sustanciación del juicio que estén debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente por ninguna de las partes, o que fueron producidos o conocidos con posterioridad a que se trabe la litis; tales como: (i) hechos nuevos, (ii) hechos sobrevinientes; (iii) nuevos hechos no invocados, (iv) nuevos documentos y (v) nuevas pruebas de hechos ya alegados.*»

23. Explicó cada uno de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, así:

- i) **Hechos nuevos:** Los define como un conjunto de sucesos que llegan a conocimiento de las partes con posterioridad a la traba de la litis y que se conectan con la demanda o la contestación y la integran, sin transformarla, y además tienen relación con la cuestión que se ventila en el litigio.

Advirtió que la invocación de hechos nuevos no entraña la inserción de una nueva pretensión, ni la alteración objetiva de la ya interpuesta, sino el aporte de circunstancias fácticas tendientes a confirmar o completar la causa de su pretensión, no siendo posible variar los términos en los que había quedado trabada la relación procesal. Agregó que el hecho nuevo no puede alterar el objeto litigioso, aunque aporta material fáctico vinculado a las pretensiones iniciales.

- ii) **Hechos sobrevinientes propiamente dichos:** Son los hechos constitutivos, modificativos o extintivos del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente, que facultan al juez para que los considere al momento de dictar sentencia, sin necesidad de que hayan sido invocados por las partes como hechos nuevos, aunque deben surgir del expediente y encontrarse acreditados.

⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. auto del 8 de marzo de 2018, radicación número: 15001-31-33-000-2013-00041-01(4226-17).

⁹ La doctrina y la jurisprudencia argentina, a partir de lo normado en el Artículo 163, numeral 6°, del Código Civil y Comercial de la Nación.

Consideró que el hecho sobreviniente debe guardar vinculación con la materia objeto de debate y que su incorporación no transgreda el principio de economía procesal, para no favorecer conductas dilatorias o de mala fe.

iii) Hechos no invocados por las partes: Ocurren cuando el demandado, al contestar la demanda, o el actor, al contestar la reconvención, traen a colación eventos que no se mencionaron en los escritos de demanda o reconvención.

iv) Nuevos documentos: son aquellos conocidos por las partes o que tienen fecha posterior a la traba de la litis y que se utilizan para acreditar lo invocado en la demanda, en la contestación, la reconvención, la contestación a la reconvención y a lo alegado como hechos nuevos y como hechos sobrevinientes.

v) Nuevas pruebas de hechos ya alegados: Es la incorporación de nuevos elementos probatorios respecto de: i) hechos nuevos, ii) hechos sobrevinientes propiamente dichos, o iii) de hechos no invocados por las partes.

24. Informó que esa conceptualización no es extraña al ordenamiento jurídico colombiano, pues el inciso 4 del artículo 281 del CGP prescribe que *«En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.»*.

25. Entonces, manifestó que los hechos sobrevinientes, aludidos en el artículo 233 del CPACA, son el requisito de procedibilidad que permite solicitar una medida cautelar, luego de que haya sido previamente negada, y se refieren a: i) hechos nuevos, ii) hechos sobrevinientes propiamente dichos, iii) nuevos hechos no invocados por las partes, iv) nuevos documentos y v) nuevas pruebas de hechos ya alegados, en virtud de los que, para los efectos de la referida norma y respetando el debido proceso, se cumplan los requisitos exigidos en el artículo 231 ibídem para decretar la medida cautelar.

26. Por último, indicó que las pruebas decretadas en la audiencia inicial están comprendidas en el entendimiento general y amplio de los hechos sobrevinientes explicados con antelación, en concreto sobre las nuevas pruebas de hechos ya alegados, pues están revestidas de una presunción de legalidad y legitimidad al haber sido decretadas e incorporadas en cumplimiento de las normas que gobiernan cada medio de prueba y por haberse respetado todos los componentes del debido proceso.

5. Caso concreto

27. En el *sub lite*, la parte actora sostiene que el acto administrativo demandado (cuya suspensión se solicita) no cumplió con los requisitos de los artículos 99 del Decreto 1790 de 2000 y 54 y 60 del Decreto 1512 de 2000, pues: i) el acta de la junta asesora, en la que se soportó el llamamiento a calificar servicios, no consignó las consideraciones de retiro, y ii) el acta relacionó como asistentes a 54 generales y oficiales de insignia, pero no obra la firma de ninguno para confirmar su

participación como miembros de la junta y, por ende, consideró que la unanimidad de la recomendación del retiro del servicio del actor era incierta.

28. El Despacho, al revisar el acta 009 del 27 de agosto de 2018¹⁰, advierte que hay un espacio en blanco a continuación de los acápites «Consideración y recomendación del retiro del servicio activo del siguiente personal de oficiales» y «Por llamamiento a Calificar Servicios», pero al final, después del espacio, se especifica el nombre del demandante, así:

Nro.	GR	ESP	APELLIDOS Y NOMBRES	IDENTIFICACIÓN
3	TC	CIM	MONTOYA ROLDÁN ANDRES FELIPE	71.767.881

29. De otra parte, contrario a lo esgrimido por el actor, la junta asesora sí consignó las consideraciones de retiro, pues en el acta 009 del 27 de agosto de 2018 se determinó que, siguiendo los lineamientos del artículo 103 del Decreto 1790 de 2000, modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 del 13 de diciembre de 2016, los oficiales de las fuerzas militares pueden ser retirados por llamamiento a calificar servicios si cumplen con los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro (El demandante tenía más de 15 años de servicio que lo hacía acreedor, acorde con el Decreto 991 del 15 de mayo de 2015, a la asignación mensual de retiro).

30. Aclaró que, siguiendo lo prescrito por la Corte Constitucional (2016)¹¹, la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios se aplica bajo el único presupuesto del cumplimiento del tiempo de servicio para tener derecho a la asignación de retiro, sin importar la idoneidad y la calidad profesional en el desempeño de las funciones asignadas, porque el objeto de esa medida es garantizar la renovación generacional en la jerarquía institucional. Por lo tanto, a renglón seguido, señaló que bajo esta causal de retiro se desvirtúan condiciones propias de un fuero de estabilidad o de reglamentaciones adicionales que limiten la potestad legal y discrecional del nominador.

31. Como se ve, el acta de la junta asesora (Resolución 2041 de 1994 y Resolución 6393 de 1996) puso de presente la causal objetiva del retiro del servicio, por llamamiento a calificar servicios, porque cumplía con los presupuestos legales para acceder a la asignación de retiro.

32. Además, se debe agregar que, en audiencia inicial del 23 de enero de 2020¹² y antes de la etapa de medidas cautelares, se fijó el litigio en determinar si el acto administrativo demandado debe anularse, porque es el resultado de una acción sancionatoria por los presuntos vínculos de miembros del Batallón de Infantería de Marina 23 de Bahía Solano, entre ellos el demandante, con bandas criminales. Así las cosas, la solicitud de medida cautelar no puede dar lugar a analizar aspectos

¹⁰ Aportada en medio magnético con la contestación de la demanda, folio 176, C.1.
¹¹ Sentencia T-107 del 2 de marzo de 2016.
¹² Folios 211-216.

que desborden el asunto objeto del litigio y que no fueron puestos de presente en los fundamentos de nulidad de la demanda. Dicho argumento se hace extensivo al cargo formulado contra el acta 009 del 27 de agosto de 2018, de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional, porque no obraba en ese documento la firma de los 54 generales y oficiales de insignia con el objeto de confirmar su participación como miembros de dicha junta.

33. El Consejo de Estado (2018)¹³ fue claro en determinar que los hechos sobrevinientes, consignados en el artículo 233 del CPACA, son el requisito de procedibilidad que permite solicitar una medida cautelar que fue negada previamente y entre ellos está «*las nuevas pruebas de hechos ya alegados*».

34. Consideró que «*las nuevas pruebas de hechos ya alegados*» —que se refiere a la incorporación de nuevos elementos probatorios respecto de «*hechos nuevos*» o de «*hechos sobrevinientes*» propiamente dichos o de «*nuevos hechos no invocados*»— es el presupuesto en el que se subsumen las pruebas documentales incorporadas al proceso en desarrollo de la fase probatoria establecida en el artículo 180 del CPACA, para tenerlas como un hecho sobreviviente que permite solicitar la medida cautelar que ya había sido negada.

35. No obstante, el acta 009 del 27 de agosto de 2018, que se aportó al proceso con la contestación de la demanda, es la prueba de un «*hecho nuevo*» que llegó al conocimiento de la parte actora cuando ya se había trabado la litis, pero se recuerda que la invocación de hechos nuevos no permite la introducción de nuevas pretensiones, la alteración de las pretensiones ya formuladas, ni alterar el objeto litigioso.

36. Las anteriores razones son suficientes para denegar la medida cautelar solicitada por la parte demandante. Queda resuelto el problema jurídico propuesto.

En mérito de lo expuesto, el Despacho,

RESUELVE:

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

SEGUNDO: NOTIFICAR esta decisión a las partes, de conformidad con la Ley 1437 de 2011.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


PATRICIA FEUILLET PALOMARES
Magistrada

JOPP

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. auto del 8 de marzo de 2018, radicación número: 15001-31-33-000-2013-00041-01(4226-17).