



Arauca, Arauca, 15 de mayo de 2023.

Asunto : **Auto resuelve solicitud medida cautelar**
Radicado No. : 81001 3333 001 2019 00266 00
Demandante : Jhon Fredy Soler Martínez
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho

Procede el Despacho a estudiar la solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional presentada por el demandante.

ANTECEDENTES

1. Solicitud

El demandante solicitó como medida cautelar la suspensión provisional de la Resolución No. 2322 de 21 de diciembre de 2018, proferida por el Comando de Personal del Ejército Nacional, en la que se dispuso el retiro del servicio activo por disminución de la capacidad psicofísica, a Jhon Fredy Soler Martínez.

Sustentó su solicitud de suspensión en: **i)** vulneración al debido proceso y derecho de defensa por no realización del Tribunal Médico, y por basarse en exámenes vencidos; **ii)** desconocimiento de su condición de sujeto de protección especial por estabilidad laboral reforzada; **iii)** causación de perjuicio irremediable.

2. Medios de prueba

El solicitante no aportó pruebas distintas a las presentadas en la demanda.

3. Trámite procesal

En auto del 01 de febrero de 2021, se ordenó correr traslado de la solicitud de medida cautelar a la parte demandada.

4. Contestación de la medida

Mediante escrito presentado oportunamente¹, la entidad demandada expresó que la petición de medida cautelar se basa en los mismos argumentos expuestos en la demanda, centrados en que se tuvieron como base unos exámenes vencidos y que el demandante se encuentra sin trabajo. Así mismo, indicó que no se aportaron pruebas para justificar la solicitud, ni acreditó alguna afectación en su entorno social, económico o laboral, por lo cual no se configuran los requisitos legales y solicitó negar la solicitud.

Manifestó que el demandante interpuso acción de tutela, y si el juez constitucional hubiese observado alguna vulneración a un derecho constitucional, habría ordenado su reintegro laboral.

¹ Índice 09, expediente digital

CONSIDERACIONES

1. Las medidas cautelares en la noción actual

1.1. En materia de medidas cautelares, la legislación nacional tanto ordinaria como administrativa, ha sido tradicionalmente conservadora, por ello, su desarrollo en los códigos anteriores (CCA y CPC), se caracteriza por establecer medidas **taxativas**, esto es, de *origen legal*, mas no innominadas, que son de *proposición judicial* según la necesidad de cada caso.

No obstante, el procesalismo moderno es consciente de las dificultades que enfrentan los derechos para hacerse valer a tiempo dentro de un proceso judicial ordinario, dado que la sentencia que eventualmente los ampare o reconozca, puede proferirse transcurrido mucho tiempo, en desmedro del bien jurídico a tutelarse. Así que en las últimas codificaciones (CPACA y CGP), se propendió porque las medidas cautelares tuviesen un vuelco pragmático, donde el juez ganara un papel protagónico a la hora de tomar determinaciones trascendentales *-aunque interinas-*, que luego puedan refrendarse en la sentencia. La nueva noción propende por evitar que los efectos de la sentencia sean inocuos.

Si bien las medidas cautelares de hoy no implican prejuzgamiento, sí procuran ofrecer respuestas rápidas y coherentes dentro del proceso mientras se aguarda a la sentencia.

1.2. En el CPACA, a partir del artículo 229 hasta el 241, se desarrolla el tema de las medidas cautelares, regulando su procedencia, oportunidad, clasificación, requisitos, procedimiento y demás situaciones en torno a esta figura procesal.

«**Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares.** En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, **a petición de parte debidamente sustentada**, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares **que considere necesarias** para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La **decisión** sobre la medida cautelar **no implica prejuzgamiento (...)**» (Se resalta).

De lo anterior, es claro que las medidas cautelares en procesos declarativos contenciosos administrativos, solo proceden a solicitud de parte y se pueden gestionar en cualquier momento para garantizar la efectividad de los derechos en litigio, y si bien su decreto debe ser motivado, la decisión no puede entenderse como prejuzgamiento.

2. De la medida cautelar de suspensión provisional

En cuanto a la clasificación de las medidas cautelares, el CPACA las caracteriza en preventivas, conservativas, anticipativas o *de suspensión*. Para el caso *sub judice*, la pretendida es la de suspensión provisional del acto administrativo demandado, conforme el artículo 230.3 ibidem.

El artículo 231 del CPACA establece los requisitos que deben satisfacer las solicitudes de medidas cautelares para proceder a su decreto, distinguiendo o diferenciando los alusivos a la suspensión provisional de los actos administrativos, respecto de los concernientes a las otras clases de medidas cautelares. Expresa la norma textualmente:

«**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.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. (...)» (Se resalta)

La diferenciación se desprende de la redacción del artículo antes transcrito, en donde se observa que, el legislador en el primer inciso redacta los presupuestos que debe cumplir una solicitud de suspensión provisional. Aparte o subsiguientemente, indica los que deben satisfacer las otras medidas cautelares actualmente posibles en la jurisdicción contenciosa administrativa. Esto se tenía que precisar, advirtiendo entonces, que para que proceda la solicitud de suspensión bajo estudio, no cabe realizar valoración alguna al cumplimiento de requisitos **sustanciales** distintos a los consagrados en el **primer inciso del artículo 231 del CPACA**. Tratándose de suspensiones provisionales, no se debe determinar la *apariencia de buen derecho* y/o el *periculum in mora* (peligro de la mora) a que hacen referencia los numerales 1 a 4, sino se itera, únicamente a los consagrados en el primer inciso. Así lo ha reconocido el Consejo de Estado:

«En ese orden, el artículo 231 ibídem, en desarrollo de lo previsto en la norma constitucional precitada, fija en el primer inciso los requisitos que deben acreditarse para la procedencia de **la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo**; y, en el segundo, aquellos que deben configurarse para acceder a una cualquiera de las demás medidas (...)»²
(Se resalta)

En cuanto a la identificación de esos requisitos sustanciales, la respuesta se obtiene con mayor facilidad cuando se fragmenta la norma, identificando cada presupuesto:

i) Debe existir una «*violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado*».

ii) Tal violación debe advertirse al analizarse el acto demandado y confrontarse «*con las normas superiores invocadas como violadas*».

iii) O del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

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

«Según el artículo 231 del CPACA, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la confrontación con las normas superiores invocadas ha de entenderse como el análisis integral que debe hacer el juez, lo cual implica dilucidar, entre otros, los siguientes problemas hermenéuticos: (i) vigencia de las normas; (ii) examen de posibles juicios de constitucionalidad o de legalidad de las normas supuestamente infringidas; (iii) jerarquía normativa; (iv) posibles antinomias; (iv) ambigüedad normativa; (v) sentencias de unificación, doctrina probable, jurisprudencia sugestiva, etc.-; (vi) integración normativa; (vii) criterios y postulados de interpretación; (viii) jerarquía de los criterios y postulados de interpretación, etc.

² CE. Secc. II, Subs. B. Auto del 23 de febrero de 2017. MP. Sandra Lisseth Ibarra Vélez. Exp. 3255-16.

Ahora bien, *prima facie*, la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* que describen los numerales 1.º y 2.º del artículo 231 del CPACA, es un requisito más propicio de las medidas cautelares positivas; no obstante, cuando se trata de medidas cautelares negativas -suspensión de los efectos del acto demandado- resulta pertinente, pero en sentido inverso, esto es, no como apariencia de buen derecho, sino como apariencia de ilegalidad, lo cual justifica la tutela cautelar temprana siguiendo la doctrina italiana, según la cual, ante la imposibilidad de una respuesta definitiva en un plazo razonable, es pertinente una respuesta provisional en un tiempo justo. El sentido de apariencia de ilegalidad lo precisa Chinchilla Marín así:

“[...] de la misma forma que la intensidad con la que el interés general reclama la ejecución de un acto es tenida en cuenta por los tribunales para determinar la intensidad del perjuicio que se exige para adoptar la medida cautelar, la intensidad con que se manifieste la apariencia de buen derecho, que es tanto como decir la apariencia de ilegalidad del acto administrativo, debe también tomarse en consideración para determinar la medida del daño que cabe exigir para apreciar la existencia del *periculum in mora* necesario para otorgar la medida cautelar solicitada.[...]”³ (Se resalta).

Identificar si en el presente caso concurren los presupuestos expuestos, es precisamente el trabajo que le corresponde al Despacho efectuar en este momento procesal.

3. Sobre el retiro de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares

En la Constitución Política de Colombia se estableció que las fuerzas armadas de Colombia se constituyen por el Ejército Nacional, la Armada y la Fuerza Aérea, las cuales tendrían un régimen jurídico propio o especial (art. 217). En razón de lo anterior, a través del Decreto Ley 1793 de 2000, el Gobierno expidió el régimen de carrera y estatuto de personal de los soldados profesionales. En esta norma se pueden encontrar aspectos claves como su incorporación, selección, **retiro** y su clasificación, reincorporación, situaciones administrativas, régimen salarial y prestacional, entre otros.

Sobre el retiro, la mencionada norma establece que este se puede clasificar en dos grupos **i)** retiro temporal con pase a la reserva y **ii)** el retiro absoluto.

En cuanto al **retiro temporal**, que es el concerniente al presente asunto, establece en el artículo 8 que serán causales:

«(...)

1. Por solicitud propia.

2. Por disminución de la capacidad psicofísica». (Se resalta)

Al desarrollar la causal a.2, dispuso lo siguiente:

«**Artículo 10. Retiro por disminución 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».

Dicha norma fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, que en sentencia C-063 de 2018 la declaró exequible de forma condicionada, siempre que el concepto de reubicación por parte de la Junta Médico Laboral no sea favorable, y no puedan aprovecharse sus capacidades en otro tipo de actividades.

Partiendo de las precisiones anteriores, se procede a estudiar la solicitud de la

³ CE. Secc. II, Subs. A. Auto del 06 de septiembre de 2018. MP. William Hernández Gómez. Exp. 1392-18.

parte actora.

4. Estudio de la solicitud

4.1. Se entiende que la medida cautelar procede si es *i) a petición de parte*, y está *ii) debidamente sustentada*. Son presupuestos **simples**, pero **necesarios** para que el juzgador estudie la medida, de lo contrario se tornaría improcedente. No son presupuestos para decretar la medida, pues ellos no están contemplados en el artículo 231 del CPACA, sino para que al menos la solicitud sea estudiada.

4.2. La medida cautelar bajo estudio, en efecto, cumple con los requisitos de *solicitud* y de *motivación*, pues el demandante sostiene dentro de su escrito que:

«(...) En efecto esta medida es preventiva, tiene relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda, dado que como hubo una falsa motivación se está afectando el debido proceso, el comando de personal del Ejército Nacional al retirar de la Fuerza a mi prohijado por disminución de la capacidad psicofísica, sin haberle realizado el tribunal médico le violo el debido proceso y el derecho de defensa, en el mismo sentido la Junta Médica tuvo como fundamento exámenes vencidos, al transcurrir más del tiempo establecido en el Decreto 1796 del año 2000 artículo 7 en el inciso primero, al dejar transcurrir el tiempo se recobra el concepto de aptitud para la prestación del servicio; acto administrativo que vulnera normas de orden constitucional y que está viciado en su legalidad.

(...) No otorgar la medida causa un perjuicio irremediable que solo puede valorar el accionante, que ahora está en capitis diminutio y después el Comando de Personal del Ejército Nacional con el paso de los años mientras concluye el proceso, niega restablecerle su empleo, antigüedad. Se presentarían inconvenientes en el manejo de esta situación en su entorno social, familiar y laboral, teniendo en cuenta que el salario que devengaba como soldado profesional le permitía tener una subsistencia digna y satisfacer las necesidades básicas del núcleo familiar conformado por su esposa e hija. De igual manera difícilmente mi prohijado conseguirá un empleo, la certificación laboral que expide el Ejército Nacional lo ha reseñado, debido a que establece que el retiro se debió a la “disminución de la capacidad laboral”, cerrándole con ello la posibilidad de conseguir un empleo, una de las cosas que piden las empresas es la certificación laboral del último empleo, y en este certificado aparece que presenta disminución en su capacidad laboral, es decir, problemas médicos laborales.

(...).»

4.3. Tal y como fue descrito en el **numeral 3** de la presente, y sin que implique prejuzgamiento, se entrará a verificar los requisitos formales para la aplicación de la medida cautelar de suspensión de los efectos de un acto administrativo según el inciso primero del artículo 231 del CPACA.

En primer lugar, del análisis del contenido del acto administrativo acusado: *OAP No. 2322 del 21 de diciembre de 2018*, y su consecuente confrontación con las disposiciones del orden constitucional invocadas tanto en la demanda como en la solicitud de medida cautelar, no se advierte, en principio, la alegada infracción a la ley.

De otra parte, legalmente es factible acreditar la violación invocada, con las pruebas allegadas. Al respecto, con las pruebas aportadas hasta el actual momento procesal, no es posible sostener que exista la aludida transgresión de normas constitucionales.

En síntesis, una mirada temprana al tema no muestra con claridad el yerro jurídico alegado por la parte actora. Aunque es prematuro asegurar que el acto acusado se apegue al ordenamiento jurídico, tampoco existen fundamentos suficientes para aceptar la tesis y solicitud propuestas por la parte actuante. Por tal razón, y teniendo en cuenta además la presunción de legalidad que cobija a

los actos administrativos (art. 88 CPACA), el acto aquí enjuiciado debe, de momento, mantener su vigencia.

Esto, por cuanto, desde el punto de vista puramente jurídico, sin atender la situación fáctica, no se observa hasta ahora que la decisión comporte un desobedecimiento de la constitución o de la ley, en tanto según se repasó brevemente en la motivación **3** de esta providencia, la causal de retiro temporal por disminución de la capacidad psicofísica, está prevista en el ordenamiento jurídico. No hay así una *apariencia de ilegalidad del acto*, porque la cuestión problemática reside en el plano fáctico, es decir, en sede de aplicación del precepto. Al respecto, se tiene que el demandante no desconoce la facultad de la demandada de retirarlo por solicitud del comandante, pero objeta el procedimiento surtido para proferir el acto censurado, afirmando que se vulneró el debido proceso administrativo. No obstante, considera el despacho que la información hasta ahora obrante en el expediente, no tiene la aptitud suficiente para acceder al decreto de la medida cautelar solicitada. Así que el juzgado en lo resolutivo negará la medida.

4.4 En todo caso se advierte, que la presente decisión no implica prejuzgamiento (art. 229 CPACA).

iii. Otras consideraciones

En auto de fecha 22 de febrero de 2023, se ordenó requerir a la entidad demandada, a fin que subsanara la falencia allí anotada sobre el otorgamiento de poder. En atención a que fue atendida la orden dada por el despacho la información faltante, se reconocerá personería para actuar al abogado WILSON EDUARDO RAMÍREZ JIMÉNEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 11.321.221, y T.P. No. 154.350 del C. S. de la J., como apoderado de la entidad demandada, de conformidad con el poder⁴ a él otorgado.

RESUELVE

PRIMERO: No decretar la medida cautelar de suspensión provisional de la Orden Administrativa de Personal No. 2322 de 21 de diciembre de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Reconocer personería para actuar al abogado WILSON EDUARDO RAMÍREZ JIMÉNEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 11.321.221, y T.P. No. 154.350 del C. S. de la J., como apoderado de la entidad demandada, de conformidad con el poder a él otorgado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:
Jose Elkin Alonso Sanchez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
001

⁴ Índice 20, expediente digital.

Arauca - Arauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a5e7e7708f0c8324a7d29b6a72b041c1da8f968c84d22f48364fc91b4f463086**

Documento generado en 15/05/2023 10:00:03 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>