



Arauca, Arauca, 29 de enero de 2020

Asunto : **Auto decide medida cautelar**
Radicado No. : 81001 3331 001 2017 00453 00
Demandante : Pedro Andrés Cubillos Bolívar
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 presentada por el demandante.

ANTECEDENTES

1. Junto a la demanda solicitó la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de la Resolución No.209766 del 31 de marzo de 2016, proferida por el jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional.

✓ **Resolución No. 209766 del 31 de marzo 2016**, por medio de la cual se declara que no hay lugar al reconocimiento y pago de prestaciones sociales y se declara deudor del tesoro nacional al actor.

2. Como fundamento de su solicitud expuso:

2.1. Que la Resolución No.209766 del 31 de marzo de 2016, es un acto administrativo particular y concreto, debiendo notificarse según las reglas del CPACA (Ley 1437 de 2011); afirma que no le fue remitida citación o aviso para llevar a su conocimiento la decisión contenida en el acto atacado, máxime si desde antes de la emisión del acto administrativo la autoridad administrativa militar tenía pleno conocimiento en donde podía hacer llegar su citación de notificación personal o aviso, y no de la manera como realizó la notificación, mediante publicación en la página electrónica de la entidad.

2.2. Conforme con lo predicho, considera vulnerado su derecho al debido proceso, el derecho defensa y por carecer de sustento jurídico el contenido del acto administrativo.

2.3. Frente a esto, expone la norma castrense especial (Decreto 1790 de 2000 artículo 95) respectiva a los eventos en que los miembros de las fuerzas militares (oficiales y suboficiales) suspendidos de sus funciones y atribuciones, pueden percibir primas, subsidios y el 50% del sueldo básico mientras se define su situación.

2.4. Igualmente, expresa que es ilegal la deducción de 2.492 días en su hoja de servicios, puesto que su condena tuvo efectos jurídicos a partir de la fecha de ejecutoria de la sanción disciplinaria, y no mientras estuvo suspendido de sus funciones.

2.5. Indica que estuvo activo en el Ejército Nacional hasta el día que fue notificado de la Resolución que lo separa de manera absoluta de las fuerzas militares.

2.6. Solicita suspender la Resolución No.209766 del 31 de marzo de 2016 y los efectos jurídicos que emanen de ella, esto es, el trámite del procedimiento de cobro coactivo.

3. Medios de prueba

Menciona que se tengan como tal los allegados con la demanda.

4. Trámite procesal

Por auto del 22 de junio de 2018 se ordenó correr traslado de la solicitud de medida provisional a la parte demandada (fol. 8 c. medidas).

5. Contestación de la medida

Mediante escrito presentado dentro del término, el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional se opuso a la prosperidad de la solicitud de medida cautelar, por considerar que la petición no cumple con los requisitos del artículo 231 del CPACA, al no estarse frente a una situación que le cause un perjuicio irremediable al actor.

Además menciona que los documentos aportados con la demanda y el cuaderno de la medida, son insuficientes para conocer los antecedentes administrativos que motivaron la decisión del acto cuestionado.

En consecuencia, solicita no se acceda a la suspensión del acto que declara el deudor del tesoro al actor, de corolario iniciar el procedimiento administrativo de cobro coactivo.

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.

Pero 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 los amparará o reconocerá) llegará demasiado tarde, en desmedro del bien jurídico a tutelarse.

Así que en los 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 habrán de refrendarse en la sentencia, pues la nueva noción propende por evitar que los efectos de esta 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 al 241, se desarrolla el tema de las medidas cautelares, regulando su procedencia, oportunidad, clasificación, requisitos, procedimiento y demás situaciones entorno a esta figura procesal.

«**Artículo 229:** 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»

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, la disposición siguiente las caracteriza en preventivas, conservativas, anticipativas o *de suspensión*; para el caso *sub judice*, la pretendida es la de suspensión provisional de los actos administrativos demandados, conforme el artículo 230.3 del mismo estatuto procesal.

Ahora bien, 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 o las otras clases de medidas cautelares (innominadas). 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.

(...)

La diferenciación se desprende de la redacción del artículo pretranscrito, donde se percibe que, el legislador en el primer inciso redacta los presupuestos que debe cumplir una solicitud de suspensión provisional, y aparte o subsiguientemente,

indica los que deben satisfacer las otras medidas cautelares hoy posibles en la jurisdicción contenciosa administrativa.

Esto había que decirlo para ir advirtiendo 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**, es decir, que tratándose de suspensiones provisionales, no cabe 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.

Pero ¿cuáles son 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.

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

3. Situaciones administrativas de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares. - suspensión de funciones y la separación absoluta

El régimen de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, se reglamenta en el Decreto 1790 del 2000; el cual en el título IV se refiere a las situaciones administrativas de **suspensión**, retiro, **separación** y reincorporación, siendo las resaltadas, las dos situaciones administrativas pertinentes con el asunto *sub judice*.

En cuanto a la **suspensión**, en el artículo 95, se explica esta figura y se fija la autoridad competente que la dispone, según se trate de un oficial o suboficial de las fuerzas militares.

Seguidamente los párrafos explican las consecuencias salariales y prestaciones de la suspensión de funciones; así como los escenarios que pueden acontecer al momento que se resuelva la situación del militar cobijado con esta medida.

Por otro lado, del artículo 111 al 114 del Decreto *ibídem*, trata de la **separación** (absoluta y temporal), las particularidades para su configuración, la autoridad que la dispone y sus consecuencias prestacionales.

En materia salarial y prestacional, la **separación** se remite al Decreto 1211 de 1990 título V, capítulo III, artículo 178.

Sobre esta base normativa se llega a las siguientes inferencias:

- ✓ El personal militar que por causa de un proceso jurídico (penal o disciplinario) se le decreta **suspensión** de funciones, tendrá derecho a que *«Durante el tiempo de la suspensión el Oficial o Suboficial percibirá las primas y subsidios y el cincuenta por ciento (50%) del sueldo básico correspondiente.»* (art.95 Párr.1)
- ✓ Al definirse la situación jurídica (penal o disciplinaria) del Militar (oficial o suboficial) cobijado con suspensión, y *«la sentencia o fallo definitivo fuere condenatorio o sancionatorio, las sumas retenidas en desarrollo de lo dispuesto en el presente artículo pasarán a formar parte de los recursos propios de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.»* (art.95 inc. 2)

Así las cosas, se tiene claro que un militar cuando está **suspendido**, puede percibir primas, subsidio y sólo el 50% del sueldo básico. Entre tanto, los dineros retenidos, es decir, el 50% del sueldo básico, será entregado a CREMIL en caso de resultar condenado de manera definitiva.

Por otro lado, aquel militar al condenarse a pena de prisión por la justicia especial (militar) o por la justicia ordinaria, o por un fallo disciplinario que así lo disponga, será separado de manera absoluta de las FFMM.

Bajo esta situación definitiva de expulsión de la vida castrense, el exmilitar sólo *«tendrá derecho a las prestaciones sociales a que haya lugar en razón de sus servicios, dentro de las condiciones previstas en este Estatuto, pero no tendrá derecho a ser dado de alta por tres (3) meses para la formación del respectivo expediente de prestaciones sociales.»* (Decreto 1211 de 1990)

4. Estudio de la solicitud

4.1. El demandante considera que en el asunto *sub examine* procede la medida cautelar de suspender provisionalmente los efectos de la Resolución No.209766 del 31 de marzo de 2016, por medio de la cual se declara que no hay lugar al reconocimiento y pago de prestaciones sociales, se declara deudor del tesoro nacional al actor e iniciarle proceso de cobro coactivo, por cuanto trasgreden las normas legales de notificación prescritas en la ley 1437 de 2011 y las relativas a las situaciones administrativas de los Decretos 1790 del 200 y 1211 de 1990.

Considera que la autoridad militar desconoció los efectos de la decisión administrativa que le *suspendió* de sus funciones en el año 2005 mediante Resolución 1639 (fol.115 C.1), situación jurídica que le permitía durante el tiempo que dure la suspensión, a percibir primas, subsidios y el 50% del sueldo básico.

Y hasta el 28 de junio de 2012 con Resolución 1049 del 28 de junio de 2012 (fol. 113.C.1), es separado de manera absoluta del servicio, y a partir de ese momento debería descontarse tiempos de servicio, y no como erradamente le dedujeron 2492 días de su hoja de servicios.

Aunado a la anterior, reprocha, que la autoridad militar le gira una suma de dinero a su cuenta personal, antes de notificarle el Acto administrativo de manera personal, mediante respuesta a una petición, pero con términos vencidos para interponer recursos frente a la misma.

Esta decisión así notificada, le hace saber del descuento aplicado y de la declaración de deudor del tesoro nacional, apremiándose para iniciarle proceso de cobro coactivo.

4.2. Frente a lo anterior, para este momento procesal, se considera procedente dejar sin efectos el acto administrativo cuestionado, teniendo en cuenta que, al confrontarlo con la normativa referida previamente, se puede anticipar, que mientras el actor estuvo **suspendido de sus funciones** (año 2005), tenía derecho a percibir emolumentos durante esa situación, entre ellos las *cesantías*, pues solo hasta el 28 de junio de 2012 cuando se hizo efectiva la **separación absoluta** de las fuerzas militares, era dable liquidar de forma definitiva sus *cesantías*, ya que desde entonces se consideraba como retirado, tal como lo ha decantado la jurisprudencia¹ a la que se abre paso:

«Así las cosas, es diferente la situación del miembro de la Fuerza Militar que es suspendido a la de aquél que es separado, pues en la primera el militar sigue siendo miembro activo de la Fuerza como quiera que continúa percibiendo el 50% del salario básico y las primas que devengaba al momento de la sanción. En la segunda, se considera por fuera del servicio, pues sólo tiene derecho a las prestaciones sociales a que haya lugar en razón de los servicios prestados hasta el momento de la separación absoluta, y si es separado temporalmente, el tiempo en que permaneció separado, en virtud de una condena con pena principal de arresto o prisión, por delitos culposos, no puede considerarse como servicio activo y en ese orden no tiene derecho a recibir sueldos, primas ni prestaciones sociales pagaderas por el Ministerio de Defensa (Artículo 179 del Decreto 1790 de 2000).

Por eso, resulta lógico que el tiempo en que permaneció suspendido el actor se tenga en cuenta para efectos prestacionales una vez sea retirado o separado del servicio, según sea el caso, pues como ya se dijo, se presume que el Militar suspendido se encuentra en servicio activo como quiera que no sólo está devengando parte del salario, que dicho sea de paso es, en sentido lato, toda retribución que se recibe por el trabajo realizado, sino porque además, puede que se necesite de sus servicios en labores que no impliquen mando ni manejo de bienes o dineros distintos de los estrictamente necesarios para el desarrollo de la tarea asignada, a voces del artículo 1271 del Decreto 1211 de 1990 y 982 del 1790 de 2000.

Así las cosas, es claro para la Sala que los tiempos en que permaneció suspendido el actor pueden computarse para efectos de reliquidar sus *cesantías*, pues aun en ese evento se considera en servicio activo.

Por último, no es válida la aplicación que pretende darle la entidad demandada al artículo 179 del Decreto 1790 de 2000, porque dicha disposición hace referencia al personal de las Fuerzas Militares que es separado en forma “temporal” y no absoluta, que fue la utilizada por el Comando del Ejército en la Resolución 000755 de 2002.» (se resalta).

Por el contrario, en el acto atacado se expresa que se liquidaron *cesantías* y se aplica descuento de **2.492** días (contados desde la **suspensión de sus funciones**) para recobrarlas a favor del tesoro nacional, como si el demandante no tuviese derecho a percibir las mientras estuvo activo –aunque suspendido– en el Ejército.

4.3. A partir de todo lo expuesto el juzgado arriba a la consideración anticipada de la virtual infracción a reglas superiores, en la medida que se contempló el descuento de **2.492** días tal como se adoptó en la **Resolución No.209766 del 31 de marzo de 2016**, y en consecuencia no le reconoce prestaciones sociales, y lo declara deudor del tesoro nacional e iniciarle proceso de cobro coactivo.

4.4. Así las cosas, para el Despacho se dan los presupuestos que hacen procedente la suspensión provisional de los actos administrativos, previstos en el artículo 231 del CPACA, razón por la cual se dejará momentáneamente sin efectos la Resolución No.209766 del 31 de marzo de 2016.

¹ C.E Secc. II Sub “A”, Radicación interna:(1854-08), C.P: Luis Rafael Vergara Quintero del 7 abril de 2011.

4.5. En todo caso se advierte, que la presente decisión no implica prejuzgamiento y por ello es de naturaleza interina (art. 229 CPACA).

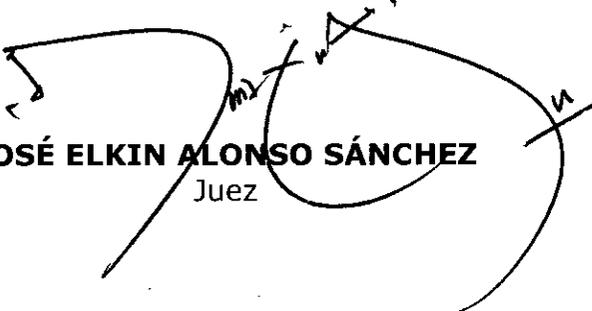
En consecuencia, se

RESUELVE

PRIMERO: **Decretar** como medida cautelar, la suspensión provisional de la Resolución No.209766 del 31 de marzo de 2016, expedida por el Ejército Nacional, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: El acto administrativo que aquí se suspende no podrá reproducirse conforme lo dispone el Art. 237 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

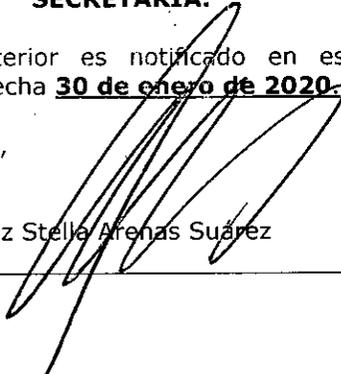

JOSÉ ELKIN ALONSO SÁNCHEZ
Juez

**Juzgado Primero Administrativo de
Arauca**

SECRETARÍA.

El auto anterior es notificado en estado
No. **011** de fecha **30 de enero de 2020.**

La secretaria,


Luz Stella Arenas Suárez

