



Arauca, Arauca, 5 de noviembre de 2020

Asunto : **Auto decide medida cautelar**
Radicado No. : 81 001 3331 001 2017 00476 00
Demandante : Luis Martin Lozada Hernández
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 urgencia presentada por el demandante.

ANTECEDENTES

1. El demandante solicitó como medida cautelar la suspensión provisional de: **i)** la OAP No. 2243 del 26 de septiembre de 2016, por medio del cual fue retirado del servicio activo como soldado profesional por discapacidad psicofísica; y **ii)** la notificación electrónica del 14 de octubre del mismo año.

2. Como fundamento de la solicitud expuso:

2.1. Que se causó un perjuicio al demandante con el acto acusado, al ser retirado del servicio activo después de 13 años como soldado profesional, por cuanto las lesiones recibidas fueron producidas con ocasión y causa del servicio. Su retiro le ha vulnerado sus derechos a la salud, vida digna, trabajo, igualdad, seguridad social integral y al mínimo vital.

2.2. Explica que el demandante desde su retiro ha venido desmejorando su salud, es un sujeto de protección especial por su condición de discapacitado, lo cual le resta la posibilidad de acceder en igualdad de condiciones a las oportunidades laborales. Esto le ha ocasionado la afectación al mínimo vital para él y su núcleo familiar, puesto que si bien, ha conseguido trabajos intermitentes, no le garantizan una estabilidad continua de ingresos para solventar sus necesidades básicas para responder económicamente por su compañera permanente y su hija menor de edad, por lo que considera igualmente vulnerado el mínimo vital de estos.

2.3. Señala que el acto acusado le está causando al demandante un grave perjuicio de consecuencia irreparables, por cuanto el trámite del mismo proceso y la discapacidad que padece, le impedirá reintegrarse a la vida civil, considerando que ello es plena prueba de la necesidad de suspender provisionalmente el acto demandado en aras de proteger sus derechos fundamentales y los de su núcleo familiar.

2. Medios de prueba

Menciona que se tengan como tal los allegados con la demanda, como son **i)** copia de los informes administrativos por lesiones No.006 de 2012, **ii)** orden médica de Establecimiento de Sanidad Militar; **iii)** hoja de referencia de sanidad militar; **iv)** certificado de estudio de radiografía de columna lumbar; **v)** informativo de lesiones; **vi)** resumen de atención en Clínica del Oriente; **vii)**

informativo administrativo por lesiones No 065625 del 30 de septiembre de 2014; y **viii)** copia de la historia clínica del 31 de agosto de 2015.

3. Trámite procesal

Por auto del 01 de junio de 2018 se ordenó correr traslado de la solicitud de medida provisional a la parte demandada (pág.9 archivo digital M.C y Auto correr traslado).

4. Contestación de la medida

Mediante escrito presentado dentro del término¹, el Ejército Nacional se opuso a la solicitud de medida cautelar, por considerar que, de no otorgarse la suspensión de los actos administrativos, de ninguna manera se le estaría causando un perjuicio irremediable al actor, por cuanto la situación no es irreparable, en caso de ordenarse el reintegro se le pagarían los salarios y demás prestaciones dejadas de percibir.

Por otro lado, asevera que según se desprende del escrito de la demanda, el demandante está laborando, lo cual desvirtúa la afectación al mínimo vital alegado. Además, menciona que no hay prueba siquiera sumaria para demostrar que las afectaciones que padece el demandante, le impidan desarrollar otras actividades diferentes a la militar.

En conclusión, insiste que el demandante no demostró un perjuicio irremediable que se le causaría de no acceder a la medida cautelar; tampoco proporcionó documentación para evaluar su situación actual y no demostró jurídicamente las razones de su solicitud.

En consecuencia, solicita no se acceda a la suspensión del acto administrativo que retiró del servicio militar al actor.

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 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 habrán de refrendarse en la sentencia, pues la nueva noción propende por evitar que los efectos de esta sean inocuos.

¹ Archivo digital No 02 contestación medida cautelar

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, el CPACA 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. 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 concurran los siguientes requisitos:

1. (...)»

La diferenciación se desprende de la redacción del artículo antes transcrito, en 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 actualmente posibles en la jurisdicción contenciosa administrativa.

Esto se tenía que precisar para ir advirtiendo 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. 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 medidas²»

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. Del retiro de militares por disminución de la capacidad psicofísica

Conforme lo contemplan los postulados constitucionales desde el preámbulo, y en particular el artículo 13, establece el derecho de *igualdad* como principio rector de toda la legislación y actuaciones del Estado, preservándolo en su sentido formal y material. El primer ámbito se refiere a las disposiciones, regulaciones y acciones que se encaminen a excluir a las personas que se encuentren en posición de desventaja.

Por otro lado, la *igualdad* en sentido material propugna por realizar acciones afirmativas para derrumbar las desigualdades de las personas que se encuentran en situación marginal o desventaja, para proporcionarles oportunidades de representación y así se logre su integración en igualdad de condiciones y dignidad.

² CE. Secc. II. Auto del 23 de febrero de 2017. MP. Sandra Liseth Ibarra Vélez. Exp. 3255-16.

En particular las personas con discapacidad son sujetos de protección especial reforzada por las cláusulas constitucionales contenidas en los artículos 47, 48 y 54. En tal sentido se trae a colación la postura jurisprudencial de la Corte Constitucional, expuesto en la sentencia C-063 de 2018, en relación al estudio de constitucionalidad del artículo 10º del Decreto 1793 de 2000³

«65. (...)»

Es claro que si la norma asume a los soldados como personas que deben ser retiradas cuando se disminuye su capacidad psicofísica, la misma se funda en un modelo de marginación de la discapacidad, que contribuye a perpetuar las barreras sociales de discriminación, y que tanto los mandatos nacionales como los internacionales pretenden derrumbar. Más aún si se tiene en cuenta que el Legislador, a través de las consagraciones normativas demandadas, lejos de propiciar por la materialización del derecho a la igualdad, lo que genera es la habilitación para que los despidos discriminatorios estén avalados y sea el mismo Estado quien perpetúe estereotipos y contribuya al rechazo y exclusión de una población que, en términos constitucionales, es sujeto de especial protección».

En esa providencia con fuerza vinculante *erga omnes*, se determina que los soldados profesionales pueden ser retirados del servicio por disminución de la capacidad psicofísica, como sobre el asunto de los soldados que son retirados por la disminución de capacidad psicofísica, *«siempre y cuando se entienda que el retiro por disminución de la capacidad psicofísica de los soldados profesionales del Ejército Nacional sólo procede cuando el concepto de la Junta Médico Laboral sobre reubicación no sea favorable y sus capacidades no puedan ser aprovechadas en otras actividades administrativas, de mantenimiento o de instrucción, entre otras.»*

Ahora es procedente revisar la postura de la máxima corporación de la jurisdicción contenciosa administrativa, la cual se encuentra en armonía con los postulados constitucionales, dando prevalencia al principio de estabilidad laboral reforzada de las personas discapacitadas.

«Como el artículo 10 del Decreto Ley 1793 de 2000 dispone que “El soldado profesional que no reúna las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica determinadas por las disposiciones legales vigentes, **podrá ser retirado del servicio**”, para la Sala, la administración debe ejercer esta facultad en armonía con el derecho a la estabilidad reforzada desarrollado por la jurisprudencia, de modo que la aplicación del retiro debe ser restringida para aquellos casos en los cuales definitivamente no proceda la reubicación laboral.(...) Si bien, el numeral 2 del artículo 15 del Decreto Ley 1796 de 2000, no impone la obligación a la Junta Médica de recomendar la reubicación laboral, sino que es una facultad potestativa, esta función debe ser interpretada y aplicada de conformidad con la protección laboral reforzada que la jurisprudencia ha reconocido a los soldados profesionales afectados por la pérdida de la capacidad de trabajo en servicio activo, siendo éste, el caso del demandante.(...) Conforme a lo anterior, en el asunto bajo análisis la Junta Médica debió estudiar el conjunto de destrezas y habilidades del actor para recomendar su reubicación laboral, ante la imposibilidad de desempeñar funciones militares, atendiendo la pérdida de la capacidad laboral del 14% del accionante⁴.»

De los anteriores, planteamientos jurisprudenciales se puede aseverar sin manto de duda, que las personas con disminución de sus capacidades son sujetos de protección especial constitucional, así que, se debe procurar interpretar las normas jurídicas de manera que erradique las formas de discriminación,

³ Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

⁴ C.E, Secc II, Subsecc B, Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, del 1 de diciembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 2122-13.

exclusión o marginación de estas personas, promoviendo medidas positivas de integración.

En síntesis, si bien en los estatutos de las fuerzas militares (en específico de los soldados profesionales) se tiene como causal de retiro la disminución de su capacidad psicofísica, se debe propender por previo a tomar la decisión de retiro, revisar en cuáles otros escenarios diferentes a los propios del servicio en combate puedan continuar activos. Se debe propender por darle la oportunidad de continuar vinculado realizando otras tareas, aunque no sean de índole bélico. Para ello, es imprescindible que se revise las competencias, formación y aptitudes que se puedan rescatar del miembro activo, que le sea de alguna utilidad a la entidad.

Partiendo de las presiones anteriores, se procede a estudiar la solicitud del actor.

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 OAP No. 2243 del 26 de septiembre de 2016, por medio del cual el demandante fue retirado del servicio activo como soldado profesional por discapacidad psicofísica, por cuanto trasgreden las normas constitucionales 1, 2, 13, 25, 29, 46, 47, 48, 49 y 53.

Sus argumentos se refieren a resaltar que él y su núcleo familiar se han visto afectados por el retiro de las fuerzas militares, por un lado sus ingresos son inciertos, generando afectación al mínimo vital; el acceso al sistema de salud es limitado, teniendo en cuenta su estado mental que empeora de manera progresiva.

4.2. Como ya se anotó en los antecedentes de esta decisión, el retiro del demandante se decidió mediante la **OAP 2243 del 26 de septiembre de 2016**. El fundamento de la decisión estribó en «*el retiro por disminución de la capacidad psicofísica causal consagrada en el artículo 8 literal A, numeral 2 artículo 10 del Decreto Ley 1793 de 2000*».

4.3. Pues bien, 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 retiro del demandante únicamente por razones objetivas, lo cual sería comprensible siempre y cuando se hubiera estudiado el caso del demandante para determinar que no tenía aptitudes, instrucción o capacidades para continuar vinculado al Ejército Nacional realizando otras actividades, administrativas, de mantenimiento o de instrucción, entre otras. Por cuanto conforme la línea jurisprudencial constitucional como del Consejo de Estado tiende a proteger al discapacitado para reforzar su estabilidad laboral.

Recuérdese que cuando la administración acude a su facultad discrecional, debe adecuar su decisión a los fines de la norma que la permite, y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa (art. 44 CPACA). En otras palabras, la autoridad debe ajustar los medios (decisión) a los propósitos de la norma (discrecionalidad propiamente dicha), procurando conseguir sus objetivos sin afectar otros derechos en tensión, o afectándolos en el menor grado posible (proporcionalidad).

En efecto, al revisarse el acto acusado, se extrae en esta etapa procesal prematura, que la demandada no ha comprobado hasta ahora, que ponderó adecuadamente la formación del demandante, máxime que este sufrió sus afectaciones en ejercicio de su actividad militar conforme lo indican los informes administrativos por lesiones⁵.

Pese a esta circunstancia que lógicamente deriva en otras más dramáticas, la prueba hasta ahora arrojada indica, que se prefirió retirarlo del servicio (a ultranza), como si la fuerza militar no tuviese más opciones. El expediente hasta ahora no muestra, que al menos se valoraron sus capacidades, aptitudes, destrezas y formación recibida con el propósito de intentar una reubicación, antes de descartarla.

Sin duda el retiro del demandante puso en tensión la función pública encomendada a las Fuerzas Militares (de interés general) con el derecho a la igualdad, trabajo y protección especial al disminuido físico del actor (de interés particular), lo que conminaba a la administración a determinar, si se podía mantenerlo en servicio activo realizando otras actividades fuera del ámbito propiamente bélico, antes de acudir a la medida de última instancia, de desvincularlo de la Entidad.

Haciendo esa ponderación, el Juzgado colige por ahora, que **la decisión carece de ese razonamiento**, en tanto todo indica que se satisfizo el interés general con un sacrificio muy alto de los derechos subjetivos del soldado profesional LUÍS MARTÍN LOZADA HERNÁNDEZ, al sacarlo del servicio después de servirle por más de 11 años a las fuerzas militares, sin estudiar más allá de lo puramente médico, la posibilidad de continuar sirviéndole a FF.AA desde otro ámbito: administrativo, servicios generales, mecánica., etc.

4.4. Así las cosas, para el Despacho se dan todos 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 **OAP 2243 del 26 de septiembre de 2016**.

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 OAP 2243 del 26 de septiembre de 2016 expedida por el Comandante Comando de Personal del 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,

Firmado Por:

⁵ Páginas 71, 75, 82 archivo digital No 01. Demanda y notificación

**JOSE ELKIN ALONSO SANCHEZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 001 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE 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:
**384aaeb16be95921db902aff06bbc4129331089bac08c354704c905573
c0c6db**

Documento generado en 05/11/2020 04:51:27 p.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**