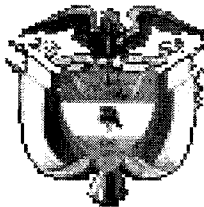


REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA D.E. (VALLE DEL CAUCA).

NOTA IMPORTANTE: Conforme al artículo 295 del C.G.P., y toda vez que este Juzgado cuenta con recursos técnicos (internet), la presente lista de procesos notificados por anotación en estados, junto con su providencias, se publicarán por medio de mensaje de datos a cada uno de los correos electrónicos suministrados por las partes, adjuntado el archivo de la providencia en formato PDF; así mismo, este estado será publicado simultáneamente el día de hoy para conocimiento del usuario de la Justicia en la página web de la Rama Judicial www.ramajudicial.gov.co /Juzgados Administrativos Valle del Cauca/Juzgado 03 Administrativo de Buenaventura.

ESTADO No. 099

Fecha: JULIO 30 DE 2018

RADICACIÓN	TIPO PROCESO	DEMANDANTE	DEMANDADO	FECHA AUTO
2018-155	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL	ANDRÉS GÓMEZ FLOREZ	DIAN	27/07/2018

ANGIE CATALINA GUARÍN QUINTERO
SECRETARÍA



REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
DE BUENAVENTURA D.E.

Buenaventura D.E., 27 de julio 2018.

Auto Interlocutorio No. 755

RADICADO	76109-33-33-003-2018-00155-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO -LABORAL
DEMANDANTE	ANDRÉS GÓMEZ FLÓREZ
DEMANDADO	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-DIAN

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

El objetivo de esta decisión lo constituye resolver la solicitud de medida cautelar presentada por el apoderado judicial del doctor ANDRÉS GÓMEZ FLÓREZ consistente en que se le ordene a la DIAN disponer el cambio de ubicación laboral del demandante de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura a la Dirección Seccional de Aduanas de Cali, así sea de manera transitoria mientras cesan los hechos que pueden generar un perjuicio irremediable para el actor y su núcleo familiar.

ANTECEDENTES

El doctor ANDRÉS GÓMEZ FLÓREZ mediante apoderado judicial, presentó demanda a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter Laboral en contra de la DIAN, solicitando la nulidad del Oficio N° 100202206-00021 del 11 de enero de 2018 por medio del cual le dan respuesta al derecho de petición presentado, negándosele un traslado de ubicación laboral.

Considera transgredidos los artículos 2, 5, 11, 13, 29, 42, 44 y 48 de la Constitución Política, el artículo 6° de la Ley 1616 de 2013, los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011, la Ley 1361 del 2009, el artículo 2.2.5.9.9 del Decreto 1083 de 2015 y las Circulares Internas de la DIAN número 0010 de 2011 y 0030 de 2014.

Tras surtir el análisis de admisibilidad de la demanda, este Despacho por medio de Auto Interlocutorio N° 716 del 17 de julio de 2018 (fls. 112 a 113 del cuaderno

principal), procedió a su admisión y simultáneamente en cuaderno separado, se corrió traslado de la medida cautelar a la entidad demandada por el término de cinco (05) días, mediante Auto Interlocutorio N° 717 del 17 de julio de 2018 (fls. 112 a 113 del cuaderno principal de medidas cautelares), término durante el cual la apoderada de la parte accionada presentó escrito de oposición al decreto de la medida cautelar.

ARGUMENTOS DE LA SOLICITUD DE LA MEDIDA CAUTELAR

Expuso el actor, que debe decretarse la medida cautelar, toda vez que su esposa CAROLINA GALARZA URMENDIZ, cuenta con 25 semanas de embarazo, el cual ha sido diagnosticado por el especialista en perinatología como de alto riesgo obstétrico por su edad (40 años), igualmente presenta otras complicaciones patológicas como diabetes en progreso, riesgo de cromosopatía y pielectasis renal del bebé que está por nacer, situación que requiere de un manejo terapéutico intenso con dietas especiales, ejercicio, la realización de diversos y complejos exámenes diagnósticos, padeciendo de episodios severos de ansiedad desde el inicio del embarazo, lo cual ha venido repercutido negativamente en su salud gestacional dado que por ello se le dificulta cumplir con el tratamiento ordenado por los especialistas.

Indica que el estado de salud gestacional de su esposa ha empeorado progresivamente y esto se debe en gran parte por la falta de un núcleo de apoyo social y familiar permanente que le facilite a ella desarrollar adecuadamente su tratamiento y más aún, que su pareja pueda servir de apoyo emocional durante su embarazo, pues actualmente a ella le corresponde asumir todas las tareas y responsabilidades del hogar, tales como el cuidado de su menor hija MARIA ANTONIA GÓMEZ GALARZA quien sufre de trastornos de comportamiento y atención; así mismo le corresponde la atención y cuidado de su señora madre BOLIVIA URMENDIZ PRIETO perteneciente a la tercera edad y que también posee problemas de salud.

Señala que de no actuarse de manera oportuna y facilitarle a la madre gestante el apoyo de su compañero al menos durante el tiempo del parto y los primeros meses del nacimiento del bebé, se pone en riesgo la salud de la madre y la del bebé que está por nacer, igualmente, arguyendo que si no es concedida la medida ejecutiva existe el riesgo que la diabetes termine afectando órganos vitales de la madre gestante y la del nasciturus.

RESPUESTA A LA MEDIDA CAUTELAR POR PARTE DE LA ENTIDAD DEMANDADA

Dentro del término del traslado, la entidad demandada presentó memorial mediante el cual expuso sus argumentos de oposición a la medida cautelar, sosteniendo que el demandante al ganar el concurso abierto de méritos realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil escogió la vacante ofertada por la DIAN SECCIONAL BUENAVENTURA, nombrándosele en periodo de prueba.

Precisa que la ubicación del servidor público se deriva de una decisión personal que toma el actor al momento aceptar dicha plaza y que todas las personas vinculadas a un cargo de la planta de una entidad como la DIAN, adquieren un gran compromiso con el objetivo de cumplir con los fines esenciales del Estado, pues la condición o la naturaleza de un servidor público contempla que el ejercicio de tales funciones deben procurar la primacía de los intereses generales sobre los particulares, más aún, cuando la persona que adquiere los derechos de carrera administrativa tienen la obligación de evaluar, analizar y prever que el lugar de ubicación geográfica de donde vaya a ejercer el cargo, no vaya a generar tales situaciones como las manifestadas por el demandante.

Que si bien es cierto el doctor ANDRÉS GÓMEZ FLÓREZ había recibido el visto bueno para el traslado por parte de quien en su momento fue la Directora Seccional de Buenaventura, también lo es, que encontrándose pendiente la validación de dicha reubicación, ingresó el nuevo director, el cual tiene dentro de sus funciones la de garantizar el cumplimiento eficiente y eficaz de las metas asignadas a cada seccional, siendo fundamental para lograr tal fin contar con el personal idóneo y capacitado en cada dependencia de la entidad, es por ello que no se le autorizó el mencionado traslado al actor debido al déficit de personal en la Seccional de Buenaventura, además de las necesidades del servicio que requieren contar con mayor capacidad operacional y así evitar demoras en la ejecución o terminación de los procedimientos asignados, en especial en el proceso de fiscalización.

CONSIDERACIONES

El artículo 229 y siguientes del CPACA implementan un amplio y novedoso sistema de medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo que son aplicables en aquellos casos en que se consideren necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, así mismo, dicha institución cautelar es una manifestación concreta de la garantía

de efectividad del derecho al acceso a la administración de justicia¹, en razón a que su objetivo principal es evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la jurisdicción contenciosa, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido.

La misma normatividad contempla las clases de medidas cautelares que se pueden adoptar en el transcurso del proceso de la siguiente manera: *i)* las preventivas, son las tendientes a operar como una suerte de acción impeditiva para que no se pueda consolidar una afectación a un derecho; *ii)* las conservativas que buscan mantener o salvaguardar un *statu quo ante*; *iii)* las anticipativas, son cuando se pretende satisfacer por adelantado la pretensión perseguida por el demandante, mediante una decisión que propiamente correspondería al fallo que ponga fin al proceso y que se justifica en tanto que de no adoptarse se incurriría en un perjuicio irremediable para el actor; y, *iv)* las de suspensión que corresponde a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo que como su nombre lo indica, radica en la suspensión temporal de los efectos de una decisión administrativa.

Es preciso resaltar que la Ley 1437 de 2011, referida, no establece un número definido o limitado de medidas cautelares, por el contrario, se trata de un sistema innominado con el que se persigue adoptar decisiones inmediatas de cualquier tipo, como son, según el artículo 230 *“ordenar que se mantenga la situación...”*, *“suspender un procedimiento o actuación administrativa...”*, *“suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo”*; hasta llegar a aquellas en las cuales se permite *“ordenar 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, por último, *“impartir ordenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”*.

Del mismo modo, se precisa que para la procedencia de las medidas cautelares debe tenerse en cuenta presupuestos constitucionales, convencionales y legales, lo que lleva a concluir que al Juez Administrativo le corresponde remover los obstáculos eminentemente formales que llegaren a impedir la adopción de estas medidas en los casos en que exista una verdadera amenaza de vulneración de

¹ Al respecto la Corte Constitucional ha señalado en repetidas oportunidades que *“las medidas cautelares tienen amplio sustento en el texto de la Constitución Política, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal (CP arts. 13, 228 y 229). Han sido previstas como aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, un derecho que está siendo controvertido dentro de ese mismo proceso, teniendo en cuenta el inevitable tiempo de duración de los procesos judiciales.”* Corte Constitucional, Sentencia C-529 de 2009. En el mismo sentido ver la Sentencia C-490 de 2000.

derechos, bienes o intereses jurídicos, máxime cuando se trate o se involucren derechos fundamentales.

Por otra parte, en cuanto a los criterios que se deben seguir para determinar la procedencia de una medida cautelar, es preciso reconocer que estos cuentan con una amplia facultad de discrecionalidad para adoptar la medida, así como para establecer sus efectos en el caso concreto. En este contexto, se debe tener en cuenta, además del principio de proporcionalidad, lo establecido en el numeral 3° del artículo 231 del CPACA que señala *“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”*. (subrayado fuera de texto)

EL CASO CONCRETO

El juzgado anticipa que decretará la medida cautelar innominada consistente en ordenarle a la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN el cambio de ubicación laboral del doctor ANDRÉS GÓMEZ FLÓREZ quien actualmente desarrolla sus labores en la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura a la Dirección Seccional de Aduanas de Cali, por cuanto, *prima facie*, encuentra esta judicatura que el acto administrativo en cuestión adolece de vicios que podrían determinar más adelante su nulidad. Las razones que sustentan la adopción de esta medida se expondrán seguidamente.

En primer lugar, es pertinente anotar que la parte demandante alega la falsa motivación del acto administrativo contenido en el Oficio No. 100202206 - 00021 del 11 de enero de 2018 obrante a folio 58 del cuaderno principal, en el cual el Dr. Eduardo González Mora en calidad de Director de Gestión de Recursos y Administración Económica (E) de la DIAN, da respuesta desfavorable a la petición de cambio de ubicación laboral a la Dirección Seccional de Cali, manifestándole en términos generales el déficit de personal con el que cuenta la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura y las necesidades del servicio que necesitan con mayor capacidad operacional con el fin de evitar demoras en la ejecución o terminación de los procedimientos asignados, específicamente lo relacionado con el Proceso de Fiscalización Aduanera.

No obstante, observa el despacho que a folio 66 del Cuaderno Principal aparece anexada la Resolución No. 000992 del 7 de febrero de 2018, mediante la cual el Dr.

Santiago Rojas Arrollo como Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, ordenó los traslados de los señores AIMER JOVIER MELO BASTIDAS y CÉSAR EDUARDO PAYAN VARGAS, empleados vinculados actualmente a la entidad en provisionalidad de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura a la Dirección Seccional de Aduanas de Cali.

Esa decisión administrativa adoptada por el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales, se torna realmente irregular, al concederle unos derechos a un personal vinculado en provisionalidad sin argumentar la presunta necesidad de personal que aqueja a esta Seccional; sin embargo, se acudió a unos criterios facultativos para negarle el traslado al doctor ANDRÉS GÓMEZ FLÓREZ, quien se encuentra en carrera administrativa, haciendo acopio a la necesidad del servicio o como bien se manifiesta en el acto administrativo cuestionado, en el *"déficit de personal"* con el que cuenta la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura, aplicando sencillamente las amplias facultades discrecionales conferidas en los artículos 18, 19 y 20 del Decreto 1072 del 26 de junio de 1999.

Es de anotar que esas facultades discrecionales del Director General de la Entidad no son absolutas, en la medida en que las decisiones que se tomen deben procurar, necesariamente, no transgredir derechos de rango constitucional, como ahora lo hace la DIAN frente a las pretensiones de traslado del actor.

En otras palabras, la interpretación en virtud de la cual no existe una absoluta discrecionalidad del nominador de la DIAN para la ubicación de los empleados pertenecientes a su planta global y flexible entre las distintas dependencias de la entidad, atendiendo sólo a las necesidades del servicio y a su criterio personal (artículos 18 y 19 del Decreto 1072 de 1999), se fundamenta en los principios constitucionales contenidos en el artículo 209 Superior que orientan la función pública como son igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, pues, como dice la Corte Constitucional (Sentencia C-288 de 2014), permite delimitar la actuación de la administración pública.

Ahora bien, en el evento que aquí se analiza, tampoco puede pasarse inadvertida la circunstancia de que nunca se privilegiaron los derechos de carrera administrativa ostentados por el doctor ANDRÉS GÓMEZ FLÓREZ, y sí se ordenaron los traslados o la ubicación de unos empleados que se encontraban en provisionalidad entre las distintas dependencias de la entidad a nivel nacional, como se demostró en líneas precedentes.

En efecto, los documentos aportados al plenario demuestran que el actor pertenece a la planta permanente de la DIAN en el cargo de Abogado en Gestión Jurídica, Gestor IV Grado 304-04, al superar cada una de las etapas del concurso abierto de méritos para adquirir dicha calidad, según la lista de elegibles resultado de la Convocatoria No. 128 de 2009 de la Comisión Nacional del Servicio Civil (fl. 80 y 81). Prueba de ello es el documento que aparece a folio 83 donde la Dra. Luz Adriana Giraldo Quintero, Coordinadora del Grupo de Registro Público de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, indica que el demandante se encuentra inscrito y/o actualizado en el Registro Público de Carrera Administrativa en el empleo antes relacionado.

Esa situación especial de adquirir los derechos de carrera administrativa conforme al artículo 125 de la Constitución Nacional, a través de un concurso de méritos del doctor Gómez Flórez, debe privilegiarse por encima de los empleados que se encuentran vinculados a la DIAN en condición de provisionalidad, que como su nombre lo indica ocupan transitoriamente cargos de carrera.

La mencionada prerrogativa no es novedosa, ya que de antaño, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la del Consejo de Estado, en un sinnúmero de sentencias, ha establecido que el artículo 125 superior establece el criterio del mérito como regla general o condición esencial para el ingreso, permanencia y la promoción en la función pública², derechos que según la documentación aportada al proceso le han sido pretermitidos al demandante en la medida en que se le ha negado la posibilidad de traslado o la ubicación, a pesar de encontrarse inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa, privilegios que por el contrario recibieron empleados nombrados en provisionalidad.

También obra en el expediente a folio 61, el formato No. 1583 denominado “*Solicitud Cambio de Ubicación de Servidores Públicos Vinculados a la Planta de Personal*” mediante el cual la Dra. Claudia María Gaviria Vásquez, como Directora Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura imprime el visto bueno al cambio de ubicación laboral del doctor Andrés Gómez Flórez, decisión adoptada en cumplimiento de las Circulares Internas de la DIAN número 0010 de 2011 y 0030 de 2014, en donde se establecen los lineamientos para el cambio de ubicación de los empleados públicos.

² Sentencias de la Corte Constitucional C-349 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Además, al demandante se le da respuesta al buzón de correo electrónico el día 21 de noviembre de 2017 a un derecho de petición incoado el 17 del mismo mes y año, señalándole que no le darán trámite a la nueva solicitud de traslado presentada, toda vez que con antelación ante el despacho del Subdirector de Gestión de Personal de la Dirección de Gestión de Recursos y Administración Económica ya se había allegado con anterioridad tal petición con el formato No. 1583, por el cual se le autoriza el traslado y con respecto a la materialización del mismo, le indican que el acto administrativo correspondiente se encuentra para la firma del funcionario delegado para tal fin, constancia de ello se encuentra visible a folio 62 y 63 del expediente.

Situación que nunca se efectivizó, debido a que el Director de Gestión de Recursos y Administración Económica al momento de responder el día 11 de enero de 2018 las peticiones realizadas en múltiples ocasiones por el actor con el fin de que le informaran las razones por las cuales si ya se le había aprobado el traslado, aún no se proyectaba el acto administrativo pertinente, le indican que al momento de validar la solicitud del traslado con el recién nombrado Director de la Seccional Buenaventura se le informa que conforme al déficit de personal con el que cuenta la mencionada sede y las necesidades del servicio, se le niega la autorización del mismo.

De lo anterior se aprecia que no solo no se tuvo en cuenta el hecho de que ya con antelación la Directora Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura había dado el visto bueno al traslado del actor, sino que tampoco se analizaron las circunstancias que originaron la solicitud de cambio de ubicación laboral, tal como se advierte en la parte final del Formato 1583 ya referido, obrante a folios 61, en el ítem 4.5 denominado "*Justificación*" y demás documentos anexados, que consistían en el delicado estado de salud física, emocional y psíquica de su esposa, actualmente en periodo de gestación, o de su menor hija de 3 años de edad, incluso la situación propia del demandante, circunstancias que según la foliatura, eran conocidas ampliamente por la entidad demandada y que le han generado al doctor Gómez Flórez sentimientos de estrés, preocupación, bajo desempeño laboral, motivos suficientes que lo llevaron a solicitar ayuda profesional en sicología y psiquiatría para él y su núcleo familiar, viéndose obligado a la asistencia a innumerables citas y tratamientos que no se pueden llevar a cabo en la ciudad debido a la precariedad en el Sistema de Seguridad Social en Salud del Distrito de Buenaventura ante la falta de este tipo de profesionales.

Justamente, de la revisión del expediente se evidencia a folios 20 a 49 la historia clínica de la señora CAROLINA GALARZA URMENDIZ, esposa del demandante en la cual se indica que su embarazo es de alto riesgo obstétrico por su edad (40 años), padece diabetes en progreso y riesgo de cromosopatía y pielectasis renal del bebé que está por nacer, irregularidades que requiere de un manejo terapéutico intenso con dietas especiales, ejercicio, la realización de diversos y complejos exámenes, patologías diagnosticadas por los especialistas en ginecología, obstétrica, perinatología y psicología, adicionalmente, viene presentando episodios severos de ansiedad desde el inicio del embarazo en un nivel entre moderado y severo, sintomatología desencadenada por la ausencia de su pareja en el hogar por motivos laborales, lo cual ha venido repercutiendo negativamente en su salud gestacional dado que por ello se le dificulta cumplir con el tratamiento ordenado por los profesionales.

En igual forma, a folio 50 del cuaderno principal obra el acta de declaración bajo juramento para fines procesales emitida por la Notaria 5ª del Círculo de Cali, en donde la señora Ximena Cuellar Bedoya manifiesta bajo gravedad de juramento que conoce hace más de 20 años al demandante y a su esposa, quienes viven en unión marital de hecho desde hace 6 años y tiene una hija menor de 3 años y medio, explica que los conoce pues además de ser su amiga, también ha sido vecina, ya que viven en la misma unidad residencial, indica a su vez que la pareja del actor se encuentra en estado de embarazo, el cual ha sido catalogado como de alto riesgo, por cuanto sus condiciones de salud han sido delicadas al presentar problemas de diabetes gestacional, sobre peso y riesgo de presión alta; manifiesta que el doctor Andrés Gómez Flórez labora en la ciudad de Buenaventura y pasa solamente los fines de semana en la ciudad de Cali, por tal razón, le corresponde a su esposa realizar todas las tareas que conlleva un hogar, que implica encargarse de la menor, llevarla y recogerla del jardín infantil, prepararle sus alimentos, encargarse de la casa y cuidar a su madre, quien además de pertenecer al grupo de la tercera edad, se encuentra en delicado estado de salud, tal y como lo demuestra la historia clínica obrante a folios 56 a 57 del expediente.

Lo anterior se ratifica con la historia clínica, informe de evaluación del Terapeuta Ocupacional y la certificación realizada por la directora del jardín infantil donde estudia la menor, aportada con el libelo demandatorio visible a folios 51 a 54 y de 101 a 107 del proceso, donde se observa que la niña tiene comportamientos y desempeños inadecuados, generados por falta de una estructura familiar estable, ocasionándole un significativo retroceso en su proceso evolutivo, pues sus vacíos

emocionales desencadenan una lentitud en el aprendizaje de controlar sus esfínteres, hábitos del sueño y desatención a sus profesoras, lo que denota una notable ausencia de una figura de autoridad estable en su casa.

En igual sentido, fue allegada al plenario la historia clínica, las fórmulas de medicamentos y exámenes médicos ordenados al demandante por los profesionales de la salud, la cual obra a folios 89 a 100 del cuaderno principal, en la que diagnostican que el doctor Andrés Gómez Flórez padece de un trastorno de ansiedad, depresivo mayor y Distimia, también llamada trastorno distímico, es decir, un trastorno afectivo de carácter depresivo crónico, caracterizado por la baja autoestima y aparición de un estado de ánimo melancólico, triste y apesadumbrado.

Repárese como el demandante acreditó suficientemente motivos de salud personal y familiar que motivaron la autorización de traslado por parte de la Directora Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura, una vez verificadas las necesidades del servicio en la Seccional, sin embargo, su difícil situación personal y familiar no fue apreciada posteriormente, negándosele la posibilidad de tener una mejor calidad de vida junto con su núcleo familiar.

Lo hasta aquí avizorado da a entender que en "*apariencia de buen derecho*" o "*fumus boni iuris*"³ como elemento esencial que debe estar presente al momento de la adopción de medidas cautelares, se puede concluir sin ánimo de prejuzgar que el acto administrativo contenido en el Oficio No. 100202206-00021 del 11 de enero de 2018, anexado a folio 58, proferido por la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES mediante el cual se le niega el traslado al demandante ANDRÉS GÓMEZ FLÓREZ por el déficit de personal con el que cuenta la DIRECCIÓN SECCIONAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS DE BUENAVENTURA y las necesidades del servicio que requieren en especial en el proceso de fiscalización, área en la que se encuentra actualmente, adolece de vicios que podrían determinar más adelante, como se dijo *ab initio*, su nulidad ya que los argumentos torales allí expuestos descansaron en una falsa motivación, configurándose de paso muy posiblemente la vulneración de derechos de raigambre *ius fundamental* claramente relacionados en la demanda y expuestos también en el cuerpo de esta providencia.

³ El CONSEJO DE ESTADO – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN CUARTA actuando como Consejera Ponente la Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez en providencia del 21 de mayo de 2014, Radicación: 11001032400020130053400, dijo sobre la apariencia de buen derecho: "i) **Apariencia de buen derecho** (*fumus boni iuris*), que exige un examen preliminar que no constituye prejuzgamiento bien respecto de la legalidad del acto (cautela suspensiva o negativa), bien respecto de la titularidad del derecho subjetivo que sustenta las pretensiones".

Por último, la segunda parte del inciso 3º del artículo 233 de la Ley 1437 de 2011 obliga al juez para que en el auto en que se decidan las medidas cautelares, se fije la caución, empero, tal como lo expresa el tratadista Enrique José Arboleda Perdomo en el libro Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011. Ed. Legis, 2011, pág.350, es claro que la caución es exigible por regla general cuando de decrete una medida precautelativa, salvo, entre otros eventos como el que ahora se debate cuando se trata de proteger derechos fundamentales.

Indica el mencionado autor que *“En los procesos que tengan por objeto la protección de los derechos fundamentales. Sobre este tema hay que hacer dos advertencias: la primera, que con mucha frecuencia las demandas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo tienen como fundamento la protección a los derechos fundamentales, pues es claro que la acción de tutela es solo residual. A manera de ejemplo, cada vez que se produce un silencio administrativo se está violando el derecho fundamental de petición, por lo cual en el proceso en el que esté inmerso este derecho no deberá ser objeto de caución, lo mismo que ocurre con todos aquellos en los que la relación jurídica de fondo sea la violación de unos de estos derechos subjetivos. La segunda, que, en razón de que las medidas cautelares se aplican a los procesos de tutela en virtud del parágrafo del artículo 230, en estos procesos no puede pedirse caución, por su propia naturaleza”*

En este caso especial, como se expuso ampliamente, existe una flagrante vulneración a los derechos fundamentales del actor y de su núcleo familiar por parte de la DIAN, por lo tanto, se le relevará de la prestación de la caución, y así se dejará consignado en la parte resolutive de esta decisión.

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

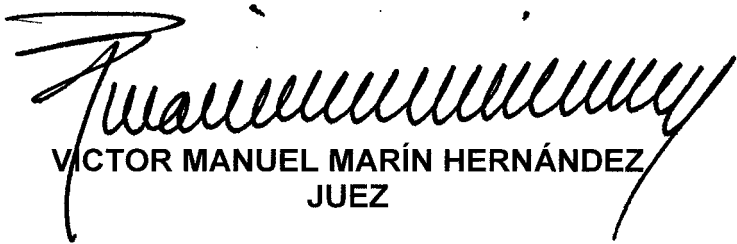
1.- CONCEDER la medida cautelar solicitada por el doctor ANDRÉS GÓMEZ FLÓREZ.

2.- ORDENAR al DIRECTOR GENERAL DE LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, Dr. Santiago Rojas Arroyo, realizar inmediatamente el cambio de ubicación laboral del doctor ANDRÉS GÓMEZ FLÓREZ de la Dirección Seccional de Impuesto y Aduanas de Buenaventura a la Dirección Seccional de Aduanas de Cali, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

3.- **RELEVAR** al actor de prestar la caución establecida en el inciso 3º del artículo 233 de la Ley 1437 de 2011.

4. **RECONOCER** personería a la Dra. Jennifer Ruth Jones Viveros para que defienda los intereses de la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


VICTOR MANUEL MARÍN HERNÁNDEZ
JUEZ

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BUENAVENTURA D.E.

En Estados No. **099** de la fecha, se notificó a las partes el contenido del Auto que antecede.

En Buenaventura a los, **30 JUL. 2018**

ANGIE CATALINA GUARÍN QUINTERO
Secretaria

