

Arauca, Arauca, 08 de noviembre de 2023

Asunto : **Auto resuelve solicitud de medida cautelar**
Radicado : 81001-3333-002-2020-00093-00
Demandante : Hermeys de Jesús Milanés Osorio
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional
Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

I. ANTECEDENTES

El señor Hermeys de Jesús Milanés Osorio a través de apoderada, presentó demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, pretendiendo la nulidad de la Orden Administrativa de Personal No. 1568 del 05 de diciembre de 2019, expedida por el Jefe de Desarrollo Humano y Familia de la Armada Nacional, por medio del cual se resolvió retirar del servicio activo de la Armada Nacional al demandante y se adoptaron otras determinaciones. Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene el reintegro al cargo de Infante de Marina Profesional al demandante y el pago de las prestaciones dejadas de percibir.

La apoderada del demandante en el acápite de la demanda denominado «*MEDIDA CAUTELAR*», solicitó conforme a lo previsto en el artículo 230 del CPACA, la suspensión provisional de los efectos de la Orden de Personal No. 1568 de 05 de diciembre de 2019, proferida por el Jefe de Desarrollo Humano y Familia de la Armada Nacional.

Mediante auto de fecha 20 de noviembre de 2022¹, se ordenó correr traslado de la solicitud de medida cautelar al demandado por el término de cinco (5) días, para que se pronunciara. Por medio de memorial allegado el 23 de marzo de 2021², la entidad demandada se pronunció frente a la medida cautelar.

II. FUNDAMENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR³

La parte demandante fundamenta la solicitud en que, con el retiro del demandante, se está vulnerando el derecho al mínimo vital del señor Milanés Osorio y el de su familia, dado que dependían económicamente de él. Expresa que los servicios

¹ Ítem 09.

² Ítem 21 y 22.

³ Ítem 03, fl. 12.

médicos fueron suspendidos y ante la carencia de recursos no han podido ser afiliados al sistema de salud.

Afirma además que la vida crediticia del demandante se está viendo afectada, ya que no ha podido cumplir con sus obligaciones por la falta de recursos económicos, lo que le ha ocasionado afectación moral. Igualmente, refiere que los efectos del acto administrativo le están ocasionando un perjuicio irremediable en su vida personal, familiar y social, toda vez que ve frustrado su deber como padre e hijo al no poder solventar las necesidades de su núcleo familiar.

III. OPOSICIÓN A LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

En el pronunciamiento que realizó la entidad demanda frente a la solicitud de medida cautelar, señaló que la misma no tiene justificación o explicación de su finalidad. Además, no se acredita ninguno de los requisitos exigidos por la norma para el decreto de la medida cautelar solicitada, y está demostrado que el acto acusado es ajustado a la ley y a la situación fáctica, pues se expidió en ejercicio de la facultad discrecional conforme lo establecido en el numeral 2 literal b del artículo 8 y artículo 13 de Decreto 1793 de 2000, según los cuales el Comandante de la Fuerza podrá retirar del servicio activo a los soldados profesionales (e infantes de marina profesionales) a solicitud de los Comandantes de la Unidad Operativa respectiva.

Afirmó que el demandante no cumplió con la carga de probar siquiera sumariamente la causación de un perjuicio, ni la vulneración normativa con ocasión de la expedición de los actos administrativos demandados, conforme lo dispone en el artículo 231 del CPACA.

Finalmente, sostuvo que la parte demandante no demostró el perjuicio irreparable que se le causaría al no decretarse la medida cautelar solicitada, no aportó documentación para realizar el juicio de ponderación de intereses y no demostró jurídicamente las razones de su solicitud. Manifestó que entonces la medida cautelar solicitada debe ser negada.

IV. CONSIDERACIONES

El artículo 238 de la Constitución Política, faculta a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación judicial, bajo los parámetros establecidos por la Ley.

De otra parte, el artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, consagra las medidas cautelares, en los siguientes términos:

«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** (...)» (Negritas fuera de texto).*

Y el artículo 230 ídem contiene la clasificación de las medidas cautelares, las cuales deben tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda:

«ARTÍCULO 230. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.
Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. 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.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

PARÁGRAFO. *Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.» (Negritas fuera de texto).*

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 231, definió el conjunto de requisitos para la procedencia de la medida de suspensión provisional y definió de forma general los requerimientos que debe realizar el juez en los demás eventos:

«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. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
- 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
- 3. 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.*
- 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.»*

De la anterior norma se desprende que, para acceder a la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, la alegada violación de las disposiciones invocadas debe emerger 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.

Así las cosas, es necesario entonces precisar que para el estudio de este tipo de medida cautelar, no se analiza el cumplimiento de los requisitos consagrados en el artículo 231 a partir del inciso 2º en adelante, pues estos no tienen repercusión alguna en la procedencia o no del decreto de una medida cautelar de suspensión provisional, por cuanto no son aplicables a la misma.

V. CASO CONCRETO

En el presente asunto, la parte demandante conforme a lo dispuesto en el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, solicitó la suspensión provisional de los efectos de la Orden Administrativa de Personal No. 1568 de 05 de diciembre de 2019, proferida por el Jefe de Desarrollo Humano y Familia de la Armada Nacional, acto administrativo por medio del cual se retiró del servicio activo por decisión del comandante de la Fuerza, a un personal de Infantes de Marina Profesionales de la Armada Nacional.

En cuanto a la finalidad de las medidas cautelares, el Consejo de Estado, en pronunciamiento del 10 de mayo de 2018⁴ manifestó:

«Como un aspecto novedoso, el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 consagró la facultad, en cabeza del juez de lo contencioso administrativo, para decretar las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

A diferencia del Decreto-Ley 01 de 1984 derogado, la nueva normatividad establece expresamente la finalidad de tales medidas cautelares, cuales son, la necesidad de garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, superando de esta forma la concepción tradicional de mera garantía de control de la legalidad de las actuaciones de la Administración, tal y como se circunscribió en su momento la única de aquéllas: la suspensión provisional. Ello, sin duda alguna, repercute favorablemente en la búsqueda de la materialización del denominado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva

Dentro de tales medidas, se encuentra consagrada entre otras, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de acuerdo con las voces del numeral 3o del artículo 230 de la Ley 1437 de 2011. Esta institución se configura además como una de las causales de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo, teniendo incidencia particularmente respecto de su carácter ejecutivo».

Estudiada la solicitud de medida cautelar, advierte el despacho que no se indicaron por parte del demandante argumentos concretos, específicos y suficientes, pues al sustentar la misma, se limita a manifestar que los efectos del acto administrativo le están ocasionando un perjuicio irremediable en diferentes aspectos de su vida, representados en la frustración de no cumplir con sus obligaciones de padre e hijo en cuanto a solventar las necesidades de su núcleo familiar.

El Consejo de Estado⁵ respecto de la sustentación de la solicitud de medida cautelar precisó que la parte demandante debe fundamentar de forma debida y suficiente su solicitud:

«3.3.3.- Visto tal contexto, el Despacho observa que no están presentes los requisitos señalados en los artículos 229 y 231 del CPACA., para que sea procedente el decreto de la suspensión provisional solicitada, toda vez que no se sustentó en la forma en que lo ordena la citada disposición, omisión ésta que hace imposible efectuar la comparación normativa para deducir de ella la medida cautelar que nos ocupa.

La exigencia de sustentar en forma expresa y concreta la referida solicitud se explica por su propia naturaleza, dado que constituye una excepción al principio de legalidad de los actos administrativos y al carácter ejecutivo de los mismos.

⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta. C.P. Rocío Araujo Oñate. Auto de 10 de mayo de 2018, Radicación número: 11001-03-28-000-2018-00012-00.

⁵ Consejo de Estado, Sección Primera. C.P. Guillermo Vargas Ayala. Auto de 23 de noviembre de 2015, Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00388-00.

Ha sido criterio reiterado de esta Corporación señalar que para la prosperidad de la suspensión provisional deben indicarse en forma precisa y concreta las disposiciones que se consideran manifiestamente infringidas por el acto acusado y expresar el concepto de su violación, sin que sea suficiente para el efecto solicitar simplemente el decreto de la medida como lo hace el actor, sin explicar cuál es la razón normativa para que se acceda a ello. Resulta altamente útil traer a colación el análisis que hizo el Despacho en auto del 21 de octubre de 2013 expedido en el proceso número 11001 0324 000 2012 00317 00, en el cual se abordó el tema en un asunto semejante:

*“En efecto, el requisito consistente en la sustentación de la medida cautelar no se encuentra en el artículo 231 del CPACA que trae a colación el recurrente, sino en el artículo 229 ejusdem cuyo contenido y alcance fueron explicados en el auto recurrido. Con todo, esta disposición advierte que las medidas cautelares, dentro de las que se encuentra la suspensión provisional, pueden ser decretadas **a solicitud de parte debidamente sustentada**, lo que equivale a decir que la solicitud debe ser suficientemente argumentada por quien la solicite.*

Cosa distinta es que en la demanda se indiquen las normas violadas y el concepto de la violación, ya que esto comporta uno de los requisitos exigidos para este tipo de líbelos según lo dispone el artículo 162 numeral 4 del CPACA, requisito que no puede confundirse con el establecido en el comentado artículo 229.

En el mismo sentido, el alcance de la expresión “procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado” contenida en artículo 231 Ibíd, se encuentra dirigida a explicar que la solicitud de suspensión provisional puede ser presentada en el líbelo introductorio o en un escrito aparte, y no a que la sustentación de la medida cautelar quede suplida con el concepto de violación de las normas indicadas en la demanda, dado que, se reitera, se trata de dos requisitos distintos para fines procesales disímiles: uno, el que se refiere a fundamentar jurídicamente la pretensión de nulidad del acto, el otro, a explicar las razones por las cuales el acto debe ser suspendido provisionalmente.

Lo anterior no quiere decir que los argumentos para cada uno de los fines procesales mencionados puedan coincidir, es más, si lo deseado por la actora era que el concepto de violación expuesto en la demanda sirviera de fundamento de la solicitud de suspensión provisional así debió expresarlo, máxime si se tiene en cuenta que en el escrito de la demanda dedicó un capítulo aparte a la suspensión provisional dentro del cual inscribió un subtítulo denominado “FUNDAMENTO DE LA PETICIÓN DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL”⁶, que fue al que se atuvo este Despacho para resolver la medida.

En otras palabras, la actora en su demanda dedicó un capítulo para sustentar la medida cautelar, a esa sustentación se remitieron la entidad demandada y el Despacho para descorrer el traslado y resolver la medida, sin embargo,

⁶ Folio 94 cuaderno principal.

ahora, viendo que esa sustentación en varios de sus apartes fue insuficiente, pretende que se tengan como tales los argumentos que utilizó para otros fines procesales.

Finalmente sobre este punto, debe ponerse de relieve que la sustentación de la solicitud de suspensión provisional no constituye un exceso ritual, se trata de la observancia de una carga procesal en cabeza de la actora cuyo cumplimiento es el deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia y a su vez la carga que exige la ley para que, entre otras, se garantice el derecho de defensa de la entidad que expidió el acto.

A propósito del derecho de defensa de la entidad demandada, no se puede perder de vista que la nueva codificación trajo consigo la obligación de correr traslado a la parte demandada de la solicitud de suspensión, en ese orden, la carga impuesta para que se sustente la medida también se encuentra dirigida a que la entidad que profirió el acto conozca a ciencia cierta las razones esgrimidas por el actor para poder ejercer eficientemente su derecho de defensa. En ese contexto, no puede tenerse como sustentación de la medida cautelar la sola afirmación de que el acto administrativo desconoce normas de rango superior”».

Adicionalmente, advierte el despacho que la parte demandante pretende que las normas violadas y concepto de violación indicados en el escrito de demanda, sean los mismos que sirvan de sustento a la solicitud de la medida cautelar, dado que en el escrito de la demanda únicamente se indicó como capítulo «MEDIDA CAUTELAR» dentro del cual estableció un subtítulo denominado «- Solicitud:», en el que obra la solicitud de suspensión provisional, girando su sustento en torno a un presunto perjuicio irremediable que se ha causado al demandante.

De acuerdo con lo anterior, considera el despacho que la solicitud de medida cautelar no se sustentó en la forma en que lo ordenan los artículos 229 y 231 del CPACA. Al no indicarse las disposiciones que se consideran están siendo infringidas por el acto acusado y expresar el concepto de su violación, se impide al despacho efectuar la comparación normativa que permita determinar la procedencia de la misma. Por lo demás, la presunción de legalidad que cubre a los actos administrativos, conlleva a que medidas tales como la suspensión provisional de sus efectos sean realmente excepcionales, y esto soporta la necesidad de la debida sustentación de la solicitud, que permita evidenciar que se presenta violación de las disposiciones invocadas, y que esto surja de la confrontación del acto administrativo con las normas alegadas.

Por lo anterior, el despacho no encuentra que se configuren los presupuestos para acceder al decreto de la medida cautelar solicitada, y al no cumplirse con los requisitos legales para la procedencia de la medida cautelar impetrada, esta se negará.

Finalmente, previo al reconocimiento de personería para actuar a la apoderada de la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional, se requerirá a la parte

demandada para que aporte los documentos que acrediten la calidad en la que actúa la persona que confiere poder.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo de Arauca,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado, Orden Administrativa de Personal No. 1568 de 05 de diciembre de 2019, proferida por el Jefe de Desarrollo Humano y Familia de la Armada Nacional, por lo expuesto en los considerandos de este proveído.

SEGUNDO: REQUERIR a la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional para que aporte los documentos que acrediten la calidad en la que actúa la persona que confiere poder a quien se anuncia como apoderada de la entidad, según lo señalado en la parte motiva.

TERCERO: En firme esta providencia, vuelva el expediente al despacho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Eliana Marcela Sepúlveda Bayona

Juez

Juzgado Administrativo

005

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: **8ad532af956138ed1498511d39ce27dd5857d2cd68e81d1129075e530576481a**

Documento generado en 08/11/2023 05:07:26 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>