

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA



SALA PRIMERA DE ORALIDAD
MAGISTRADO PONENTE: ÁLVARO CRUZ RIAÑO

Medellín, veintitrés (23) de agosto de dos mil trece (2013)

MEDIO CONTROL	DE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE		JULIAN ANDRÉS VARGAS FERNANDEZ
DEMANDADO		NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – FUERZA AÉREA COLOMBIANA
RADICADO		05001-23-33-000-2013-00541-00
INSTANCIA		PRIMERA
ASUNTO		RESUELVE SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR –SUSPENSIÓN PROVISIONAL-
AUTO INTERLOCUTORIO		Nº 216

La parte demandante en el escrito de demanda visible a folios 12 y ss., solicitó como medida cautelar en el proceso de la referencia la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado, contenido en el oficio 20123530902253 del 29-08-2012 / MDN-CGFM-FAC-COFAC-JEMFA-JED-DIPER-SUMIL-29.60, a través del cual se consideró su retiro, previo acto administrativo a partir del 01-DIC-2016, salvo que la situación mencionada perdure.

1. ANTECEDENTES

1.1 Fundamentos de la solicitud

Solicita el demandante la suspensión provisional del acto administrativo que ataca, de conformidad con las disposiciones contenidas en los artículos 229 y 230 del C.C.A. y basado en la protección del derecho fundamental a la vida, el cual sostuvo es puesto en riesgo diariamente con la participación en desarrollo de operaciones militares que ponen en riesgo su integridad física y mental, ante un riesgo que ya no es permitido por su parte.

Solicita además el demandante, en el evento de que no se ordene la suspensión provisional del acto administrativo, ordenar al Ministerio de Defensa su traslado a una unidad aérea de bajo riesgo, así como su no participación en operaciones militares que pongan en riesgo su vida e integridad física y además, no portar el uniforme militar y hacer parte de las actividades que pongan en riesgo su integridad.

1.2 Trámite procesal

La demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho –Laboral– se presentó ante esta Corporación y repartida a través de la Secretaría a esta dependencia judicial¹, siendo inadmitida en una primera oportunidad por auto del 28 de mayo de 2013² en la que se exigieron unos requisitos formales tales como adecuación del contenido de la demanda respecto a la adecuación de las pretensiones y condenas discriminando en debida forma por cada uno de los conceptos referidos y haciendo una adecuada estimación de la cuantía, limitando por cada concepto reclamado: “*daños morales*”, “*a la vida en relación*”, “*sicológicos*” y “*mentales*” de manera separa e independiente.

Allegado el memorial visible a folio 28 y a través de auto del 18 de julio de 2013³ se admitió la demanda, y en auto separado⁴ se dispuso dar traslado por el término de 5 días siguientes a la notificación para que la parte demandada se pronunciara sobre la petición de suspensión provisional.

Como consecuencia de la notificación personal efectuada el 31 de julio de 2013 a través de correo electrónico⁵ a la entidad demandada, tanto del auto admisorio de la demanda como del traslado de la medida de suspensión provisional, los 5 días allí otorgados para emitir pronunciamiento al respecto transcurrieron entre el jueves 1 de agosto hasta el jueves siguiente 8 del mismo mes a las 5:00 p.m.

1.3 Posición del demandado

El día 8 de agosto de 2013, la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL dentro de la oportunidad legal, a través de apoderado judicial se pronuncia sobre la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional del acto acusado en los siguientes términos:

Sostuvo la entidad que la medida solicitada consagrada en el artículo 233 de la ley 1437 de 2011, está concebida para evitar actos manifiestamente ilegales que puedan producir efectos mientras surge el fallo de fondo, lo que la constituye en un juicio previo a través del cual se niegue la presunción de que gozan los actos administrativos, por lo que se hace necesario demostrar que su trasgresión del ordenamiento surge de la simple descripción de lo que mandan o prohíben las normas superiores y el contenido del acto acusado, debiendo constatarse clara y directamente que su aplicación este en contravía de la norma superior, es decir,

¹ Folio 23

² Folio 24

³ Folio 34

⁴ Folio 36

⁵ Folio 37

que su trasgresión sea eminente, pues de lo contrario debe privilegiarse su presunción de legalidad, citando al respecto el pronunciamiento del Consejo de Estado contenido en sentencia del 22 de septiembre de 2010.

Afirmó la entidad que el acto administrativo del que ahora se solicita su suspensión provisional contiene la presunción de legalidad, por lo que no pueden interrumpirse sus efectos al no adolecer de vicio alguno, máxime cuando conforme al artículo 101 del Decreto 1790 de 2000 se justifica la continuidad de su vigencia.

Finalmente solicitó la entidad, de acuerdo a lo señalado y teniendo en cuenta las actividades del servicio especiales encomendadas al suboficial, ahora demandante, así como las exigencias de seguridad nacional derivadas de la situación actual de amenaza y perturbación del orden público interno, negarse la solicitud impetrada por el demandante referida a la suspensión del acto administrativo destacado.

Realizado el recuento de las posturas de las partes en relación con la petición de la medida de suspensión provisional, el trámite procesal impartido a la misma de conformidad con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no observa el Despacho causa de nulidad que invalide hasta el momento lo actuado, por consiguiente procede a pronunciarse sobre la medida cautelar previas las siguientes,

2. CONSIDERACIONES

2.1. Medidas cautelares. La Ley 1437 de 2011, actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, entró a regir el día 2 de julio de 2012 según el artículo 308 *ibídem*, aplicándose para todos los procedimientos y actuaciones administrativas iniciadas a partir de tal fecha.

El Título IV, Capítulo XI versa sobre las medidas cautelares en los procesos declarativos que se adelanten ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, previendo el artículo 229 que podrán solicitarse antes de la notificación del auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada; solicitud a la cual, si es del caso, accederá el juez o magistrado por medio de providencia motivada a fin de proteger provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, y sin que tal decisión signifique un prejuzgamiento.

Se ha sostenido⁶ que en la comisión de reforma se hizo un sondeo de las decisiones adoptadas en vigencia del Decreto 01 de 1984 concluyendo que la función de la jurisdicción contencioso de administrativa había sido reparadora de los daños causados con la actividad de la Administración, pero carecía de potestades preventivas, y si bien la figura de la suspensión provisional existía, se caracterizaba por ser una medida cautelar tímida, siendo menester regular nuevos poderes para el juez, al respecto indica el autor citado:

“Las medidas cautelares reguladas en el capítulo XI del nuevo ordenamiento buscan responder a estas inquietudes, aumentando las facultades de acción del juez contencioso administrativo con miras a controlar de manera más eficiente el actuar de la Administración, con la esperanza de que los requisitos y límites de los que se rodearon, tendientes a evitar desafueros, no se interpreten de manera que las tornen inoperantes.”⁷

Ahora bien, el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011 indica que las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión; bajo el supuesto de que guarden relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Sobre la clasificación y fines de cada una de las medidas a adoptar en el proceso, se afirma:

“-Medidas preventivas. Las medidas cautelares preventivas buscan evitar que se produzca o aumente el daño causado por la Administración. Cuando éste es consecuencia de un acto administrativo, la suspensión de los efectos es la medida preventiva por antonomasia. (...)

-Medidas conservativas. Las medidas conservativas buscan mantener el statu quo previo a la decisión administrativa o a la acción u omisión de la Administración, para evitar que se vuelva irreversible la situación, o que no sea posible volver las cosas al estado anterior y por tanto lo único viable sea la indemnización de perjuicios.

-Medidas anticipativas. Quizás esta es la mayor novedad, pues este tipo de medidas cautelares le permiten al juez anticipar el derecho pedido como pretensión principal, en forma cautelar antes de la sentencia de fondo. Es claro que esa anticipación no puede de ser de tal naturaleza que la situación en la que quede el demandante se convierta en irreversible en caso de perder el proceso.

-Medidas de suspensión. Se trata de la suspensión de los actos administrativos, que como se expuso es fundamentalmente preventiva. Sin embargo, el numeral 2 [Art. 230 L. 1437 de 2011] permite suspender todo tipo de procedimiento o actuación administrativa, debiendo el juez, además, ordenar corregir los defectos de que adolezca la actuación para que pueda continuar.”⁸
(Negrillas por fuera del texto)

Asimismo entre las posibles medidas que el juez o magistrado puede decretar, sea una o varias, el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, enuncia:

⁶ Arboleda Perdomo, José E. “Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, 2ª Edición 2012, Ed. Legis. Colombia.

⁷ *Ibíd*em, Pág. 353.

⁸ *Ibíd*em, Pág. 357

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.

2.1.2 Medida cautelar de suspensión provisional

El artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo establece los requisitos para decretar las medidas cautelares, y respecto a la medida de suspensión provisional de los efectos de actos administrativos, la normativa prevé que procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda si aquélla puede inferirse del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores alegadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

El doctrinante Juan Ángel Palacio Hincapié⁹ define la suspensión provisional como el mecanismo a través del cual se solicita al juez administrativo la suspensión de la aplicación de un acto administrativo hasta tanto resuelva de fondo la controversia que se le plantea sobre su legalidad. Rescata el hecho de que la medida tiene consagración constitucional en el artículo 238 Superior, facultando para adoptarla a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y sobre su regulación en la Ley 1437 de 2011, refiere:

“La suspensión provisional es una medida cautelar que en el CPACA fue innovada en su redacción para facultar su procedencia. En el C.C.A anterior la suspensión provisional requería de un trámite previo, sumario y formalista. Se caracterizaba porque el juez para decretarla no podía acudir a silogismos y análisis profundos para llegar a la conclusión de que un acto infringe una norma superior. En la nueva redacción, por el contrario (sic), el juez puede y debe hacer los estudios necesarios, si es el caso, para llegar a la conclusión de suspender. (...) Eso significa que el juez debe hacer la valoración probatoria que le permita llegar a la deducción de la contradicción de las normas, salvo que tal contradicción de las normas se aprecie directamente de la confrontación del texto del acto con la norma superior invocada.”

⁹ Hincapié Palacio, Juan Ángel. *“Derecho Procesal Administrativo”*, Octava Edición 2013, Ed. Librería Jurídica Sánchez. Pág. 856.

2.2 Caso concreto

Sea lo primero advertir que el pronunciamiento y análisis que pasa a hacerse se refiere al acto de carácter particular contenido en el 20123530902253 del 29-08-2012 / MDN-CGFM-FAC-COFAC-JEMFA-JED-DIPER-SUMIL-29.60, proferido por las Fuerzas Militares de Colombia – Fuerza Aérea – Jefatura Desarrollo Humano, a través del cual le fue negado el retiro del servicio activo por solicitud propia presentada mediante oficio con fecha del 11 de mayo de 2012.

Hecha la anterior precisión, se tiene entonces que el suscrito debe determinar si el acto administrativo referido, desconoce de manera evidente la disposición constitucional de protección a la vida del demandante, así como las demás disposiciones legales expuestas en su demanda.

Respecto a la norma constitucional que se invoca como vulnerada, esto es, la consagrada en el artículo 11 y que dispone: *“El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”*, como se observa versa sobre la máxima protección al bien jurídico de la vida de todas las personas amparadas por el canon constitucional colombiano, además en virtud de la organización estatal instaurada y los fines esenciales perseguidos y garantizados a través de las normas y principios.

Ahora bien no resulta admisible para el Despacho, en desarrollo y solución de la medida cautelar de suspensión solicitada, la argumentación del sufrimiento o padecimiento de un riesgo ya no permitido por el demandante, valorándose dos aspectos fundamentales en la etapa en que nos encontramos del *sub judice*, ellos son:

- La libre determinación y escogencia de la profesión u oficio por parte del demandante JULIAN ANDRÉS VARGAS FERNANDEZ, y en consecuencia de acceso a la carrera militar, en sus diferentes grados y escalafones, de acuerdo a los artículos 33 y siguientes del Decreto 1790 de 200, modificado por la Ley 1104 de 2006, lo que conlleva la admisión y tolerancia de riesgos y condiciones propios de la profesión, así como el goce de sus beneficios.
- La no existencia de prueba siquiera sumaria del riesgo padecido diariamente con las operaciones militares a las que se alude, las que a pesar de poderse suponer de manera genérica o indeterminada deben identificarse para el caso concreto, para de esta manera ser de conocimiento del Despacho.

Respecto a las normas de orden legal que se enuncian, aquellas hacen referencia a las competencias, cargos y procedimientos a seguir respecto a una solicitud de retiro como la que ahora se expone, sin embargo aquellas son solo un aparte del conjunto normativo y jurisprudencial que debe ser analizado de manera conjunta, además, con el material probatorio que soporte las afirmaciones de una y otra parte, como los antecedentes administrativos, órdenes y delegaciones propios del régimen castrense, para de esta forma poder determinar la legalidad del acto administrativo ahora cuestionado que *prima facie* goza de la presunción de legalidad, tal y como se imprime a las manifestaciones de voluntad de la administración, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 88 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que reza:

“Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.”

Situación ésta que por lo demás fundamento la entidad en la misma normativa y vigente, como lo es el artículo 101 del Decreto 1790 de 2000, según el cual “se concederá cuando no medien razones de seguridad nacional o especiales del servicio que requieran su permanencia en actividad a juicio de la autoridad competente”, oponiendo tal circunstancia a la pretensión del ahora demandante.

En este sentido el referido acto administrativo del que ahora se solicita su suspensión, proferido por las Fuerzas Militares de Colombia – Fuerza Aérea, señaló en su parte motiva, el fundamento legal sobre el cual funda su negativa de otorgamiento del retiro con pase temporal a la reserva a partir del día 31 de diciembre de 2012 tal como lo pidió el demandante, concediéndolo solo a partir del 1 de diciembre de 2016, argumentándolo en las condiciones de seguridad nacional derivadas de la situación de amenaza y turbación del orden público interno en todo el país.

Por último y respecto a la solicitud secundaria presentada por el demandante, y como consecuencia directa de los argumentos antes expuestos, tampoco habrá de accederse a la misma además, por cuanto aquellos igualmente supondrían la interrupción en la prestación del servicio, la misma que le fuera negada al demandante y respecto a la cual como se indicó se deniega ahora su suspensión.

Por el momento, es menester efectuar un amplio análisis en torno a las normas que se invocan como trasgredidas y del material probatorio que en su momento aduzca la parte demandada, así como de las pruebas que oficiosamente considere el Tribunal como necesarias para la verificación y certeza de los hechos;

labor que sólo puede lograrse en una etapa procesal posterior y hacen improcedente la adopción de una medida.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA,**

RESUELVE

PRIMERO: NIÉGASE la solicitud **MEDIDA CAUTELAR** de suspensión provisional efectuada en la demanda, frente a los efectos del acto administrativo contenido en el oficio 20123530902253 del 29-08-2012 / MDN-CGFM-FAC-COFAC-JEMFA-JED-DIPER-SUMIL-29.60, proferida por Fuerzas Militares de Colombia – Fuerza Aérea, por las razones anteriormente esbozadas.

SEGUNDO: En firme esta providencia, continúese con el trámite correspondiente.

TERCERO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada MILENA LLANOS OBANDO portadora de la T.P N° 179.657 del C.S.J en calidad de apoderada judicial de la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, en los términos del mandato visible a folio 44 y siguientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ÁLVARO CRUZ RIAÑO
MAGISTRADO