

*Tribunal Administrativo de Antioquia
Sala Segunda de Oralidad*



Magistrado Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez

MEDELLÍN, diecinueve (19) de marzo de dos mil trece (2013)

MEDIO DE CONTROL	LABORAL
DEMANDANTE	JAVIER IGNACIO JATIVA GARCÍA
DEMANDADO	NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL-
RADICADO	05001 23 33 000 2012 00911 00
ASUNTO	NIEGA MEDIDA CAUTELAR

ANTECEDENTES

El señor Javier Ignacio Jativa, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista como medio de control en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, presenta demanda contra la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL -POLICÍA NACIONAL-, a fin de obtener “la declaración de la nulidad parcial del Acta 007 del 30 de octubre de 2007, la nulidad total del Decreto 1859 del 21 de mayo de 2009, y la nulidad del acto administrativo oficio No. 66511MDSGDALGNG-21 del 18 de julio de 2012 y como restablecimiento del derecho, se reintegre al servicio de la Policía Nacional, sin solución de continuidad al demandante”.

En escrito separado, presentó solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos acusados, al considerar que existe falta de motivación en el Acta 007 del 30 de octubre de 2007, puesto que no se expresaron los motivos del retiro del servicio, imposibilitando el ejercicio del derecho de defensa. No obstante, precisa que para el año 2007 no existía ningún supuesto en el que pudiera fundamentarse tal decisión, lo que sucede también para el año 2009, habida cuenta que si bien se refirieron unas investigaciones disciplinarias en su contra, las mismas fueron debidamente archivadas, salvo la relativa a un incidente de accionamiento accidental de un arma de fuego por la que se le sancionó con 2 días

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO –NO LABORAL-
DEMANDANTE	JAVIER IGNACIO JÁTIVA GARCÍA
DEMANDADO	NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA –POLICÍA NACIONAL-
RADICADO	05001 23 33 000 2012 00911 00

de multa; supuesto este último que carece de entidad para fundamentar la desvinculación, en atención al principio de proporcionalidad¹, y al hecho de que no se trata de sentencia en firme, al tenor de lo señalado en el artículo 248 de la Constitución Política.

Agrega, que el Decreto No. 1859 de 2009 es ilegal, por cuanto se dispuso que produjera efectos desde una fecha anterior a la de su expedición, lo que desconoce el principio de irretroactividad que rige en materia de actos administrativos². Actuación improcedente, además, porque mediante sentencia de tutela se dejó sin efectos el acto inicial de desvinculación, lo que supone que debía reintegrarse al servicio³, para proceder a su desvinculación⁴; supuesto que brilla por su ausencia.

Sostiene que este acto se fundamentó en un acta ilegal, como quiera que la misma carece de los motivos necesarios y suficientes para sustentar la decisión de desvinculación, lo que se refuerza al considerar que en la misma se trató un tema diferente al del retiro: se consideró lo relativo al ascenso de mayor.

En caso de que se estime que el Decreto se fundamentó en la recomendación del General Naranjo, la conclusión debe mantenerse, toda vez que dicho acto debe ser proferido por la Junta Asesora.

En síntesis, considera que para la expedición del nuevo acto no se siguieron los lineamientos explicitados, entre otros, en la sentencia T-111-09, esto es, el análisis de la hoja de vida, la presentación del informe previo a la Junta Asesora, la

¹ Fls. 46 y s.s.

² Al respecto trae a colación providencia proferida el 12 de diciembre de 1984 por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, M.P.: Álvaro Orjuela Gómez, exp.: 9267.

³ En este sentido expresó: *“la Administración debió revocar la decisión inicial –la del despido- para luego si entrar nuevamente a proferir el nuevo acto de manera legítima, pues no es factible o entendible que la Administración despida dos veces al mismo funcionario de la entidad bajo los mismos argumentos o mejor sin ellos, al contrario debió reintegrar al demandante y reconocer el lapso que estuvo ausente de la Institución crear el vínculo laboral para poder realizar el nuevo acto”* (fls. 4-5). Tan es así, que el Defensor del Pueblo sostuvo que el Decreto 1859 no era un verdadero acto administrativo. Este aspecto configura lo que en la demanda se denomina como *exceso de poder*.

⁴ En apoyo de esta posición cita aparte de providencia del primero (1º) de noviembre de 2006, M.P.: Enrique Arboleda Perdomo, rdo. interno: 177911001-03-06-000-2006-00098-00, relativo a la suspensión de los efectos jurídicos de los actos administrativos que implican separación del cargo, para concluir que *“[e]n los casos en los que se suspenda provisionalmente un acto administrativo de retiro de un funcionario y el auto guarde silencio sobre la forma como ha de cumplirse la orden de suspensión, la administración debe proceder a su reintegro, el cual surte efectos a partir de la fecha de ejecutoria de la providencia judicial”*.

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO –NO LABORAL-
DEMANDANTE	JAVIER IGNACIO JÁTIVA GARCÍA
DEMANDADO	NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA –POLICÍA NACIONAL-
RADICADO	05001 23 33 000 2012 00911 00

notificación de la decisión plasmado en el acta de la junta asesora del ministerio de la defensa para la policía nacional, permitir los recursos de ley ante la misma, y la expedición del acto administrativo previa motivación, permitiendo los recursos de ley.

Con lo anterior, se le generó un perjuicio irremediable al demandante, personal, profesional, económico y laboral. Toda vez, que con el actuar de la entidad demandada se transgredió el derecho al trabajo y la estabilidad laboral, además los motivos expuestos en el Decreto 1859 de 2009, fueron una serie de investigaciones disciplinarias falladas a favor del demandante, vulnerando su derecho al Habeas Data y a la honra y buen nombre, puesto que con ello se enlodo su buen nombre.

Denotando con esto que nunca existieron hechos de mérito que permitieran recomendar o generar el retiro del servicio activo al momento de realizar la junta, como quiera que esta se realizó en el año 2007, y dos años después fundan su motivación en el contenido de ella, basándose en investigaciones disciplinarias concluidas a su favor, generando una falsa motivación y una evidente desviación de poder y violación al debido proceso.

De la oposición

La Nación –Ministerio de Defensa- Policía Nacional, dentro del término de traslado previsto en el artículo 233 del C.P.A.C.A., se pronuncio frente a la solicitud formulada por la hoy demandante.

Al respecto, manifiesta que si bien el demandante alega una infracción a sus derechos fundamentales y al debido proceso, con fundamento en varias normas constitucionales y legales, no demostró la vulneración ostensible de las normas, toda vez que lo que presenta es una inconformidad con la decisión tomada por la Policía Nacional, al momento de ser retirado del servicio mediante facultad discrecional.

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO –NO LABORAL-
DEMANDANTE	JAVIER IGNACIO JÁTIVA GARCÍA
DEMANDADO	NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA –POLICÍA NACIONAL-
RADICADO	05001 23 33 000 2012 00911 00

Que de los actos administrativos atacados, no se evidencia la violación de las normas invocadas, por lo tanto los actos demandados deben ser sometidos al estudio riguroso y profundo análisis de confrontación con las disposiciones invocadas, que implica el proceso contencioso.

Agrega, que la parte demandante no cumplió con su obligación de demostrar la causación de perjuicios y la mala fe de la administración. Conceder la suspensión provisional del Decreto 1859 de 2009, implica decidir de fondo sobre su legalidad, y sería entrar en razonamientos que no son propios de la institución jurídica de la suspensión provisional que tiene por objeto interrumpir los efectos de los actos administrativos y no decidir de fondo su legalidad.

Por último indica que al no reunir los requisitos de ley para la procedencia de la medida cautelar, solicita al Despacho no acceder a la solicitud de suspensión provisional.

CONSIDERACIONES

El Despacho, a efectos de resolver la petición cautelar, abordará el examen de los siguientes puntos: i) la suspensión provisional en la Ley 1437 de 2011 –en adelante C.P.A.C.A.-; ii) caso concreto.

1.- De la suspensión provisional en la Ley 1437 de 2011. Aspectos Materiales.

1.1.- Dentro del libelo introductor se refirieron como presupuestos para la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional, la manifiesta infracción de la normativa invocada como sustento de la petición de amparo y, la acreditación sumaria del perjuicio que eventualmente causaría la ejecución del acto o actos acusados en sede judicial.

1.2.- Uno de esos presupuestos, en sentir del Despacho, no hace parte de los contemplados en la nueva normativa que resulta aplicable al proceso de la referencia, esto es, la Ley 1437 de 2011.

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO –NO LABORAL-
DEMANDANTE	JAVIER IGNACIO JÁTIVA GARCÍA
DEMANDADO	NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA –POLICÍA NACIONAL-
RADICADO	05001 23 33 000 2012 00911 00

Téngase en cuenta, que si bien es cierto que la medida se conservó en la nueva regulación, no lo es menos, que se realizaron diversas modificaciones en los presupuestos para su procedencia; cambios que se encuentran referidos a aspectos formales, sustanciales y de procedimiento.

Sin embargo, sólo se hará referencia a los segundos, toda vez que son los que desdibujan la afirmación de la actora acerca de la **manifiesta** infracción como presupuesto para la procedencia del amparo negativo, puesto que a la luz de los mismos el examen del funcionario judicial debe ser diferente. En efecto:

1.2.1.- *Marco de referencia.* Bajo la vigencia del Dcto. 01, el análisis que realizaba el Juez de lo Contencioso-Administrativo se encontraba circunscrito a la fundamentación expuesta en la solicitud de decreto de la suspensión provisional –presentada bien en escrito separado o como un acápite de la demanda–, por lo que se dejaban de lado los cargos o vicios esgrimidos en el libelo introductor en caso de que unos y otros fueran disímiles⁵.

No obstante, esa situación no se mantuvo en la nueva regulación, toda vez que de manera expresa se dispuso que la medida sería procedente por la *violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado* –art. 231–, lo que supone la posibilidad de que el funcionario judicial acuda a lo expuesto en uno u otro documento, a efectos de establecer no sólo los vicios endilgados en los actos cuestionados, sino también las disposiciones legales o constitucionales que se aducen como desconocidas.

Todo, bajo el entendido de que la inclusión de la conjunción disyuntiva “o” indica la existencia de una alternativa entre dos o más supuestos, esto es, de una opción

⁵ En sentido similar el Consejero de Estado MAURICIO FAJARDO GÓMEZ expuso lo siguiente sobre el particular: “... en la actualidad existe una limitante más que afronta la aplicabilidad de la figura de la suspensión provisional y que surge de los desarrollos jurisprudenciales que de la misma se han llevado a cabo, desarrollos por cuya virtud, a guisa de ejemplo, si en la demanda se invocan como fundamentos de la violación cinco normas superiores –tres artículos de la Constitución Política y dos artículos de una Ley- mientras que en el escrito mediante el cual se solicita la suspensión provisional debe proceder porque la decisión administrativa cuestionada resulta violatoria de forma evidente solo respecto de una de esas disposiciones, se ha entendido que el juez de lo contencioso administrativo actualmente tiene que circunscribirse en su análisis a la confrontación entre el acto demandado y esa única disposición que el peticionario invoca como infringida de manera manifiesta en el escrito contentivo de la solicitud de amparo cautelar” FAJARDO GÓMEZ, Mauricio, *Medidas Cautelares*, en Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011, p. 344.

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO –NO LABORAL-
DEMANDANTE	JAVIER IGNACIO JÁTIVA GARCÍA
DEMANDADO	NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA –POLICÍA NACIONAL-
RADICADO	05001 23 33 000 2012 00911 00

de elegibilidad, en este caso, respecto de la fundamentación o sustentación de la petición; situación que cobra especial importancia de cara a la finalidad de las medidas cautelares a que se hizo mención en párrafos precedentes.

1.2.2.- *Extensión del examen a cargo del funcionario judicial.* Uno de los criterios materiales que determinaban la procedencia de la medida cautelar en la legislación anterior, correspondía a la manifiesta infracción de las normas invocadas como sustento de la respectiva petición, de modo que tal estudio no aparejaba, ni permitía, la realización de un análisis minucioso o detallado de los mandatos aducidos como vulnerados, ni del material probatorio allegado con la solicitud, puesto que el mismo se encontraba reservado para la sentencia que desatara el fondo del asunto.

De ahí que la Jurisprudencia haya sido enfática en afirmar que *“la procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo está condicionada a que la violación al ordenamiento jurídico que se le imputa al mismo sea evidente, ostensible, notoria, palmar, a simple vista o prima facie... [lo que se logra] mediante un sencillo y elemental cotejo directo entre el acto administrativo demandado y las normas que se invocan como transgredidas, en un proceso comparativo a doble columna, que no requiere de mayores esfuerzos interpretativos o probatorios”* –Resaltos del Despacho-.

La situación en la Ley 1437 es, a juicio de este Despacho, diferente, ya que en la disposición que regula los presupuestos específicos de procedencia de la suspensión provisional no se calificó el nivel de la infracción, como sí lo hacía el Decreto 01.

En efecto, en el artículo 231 sólo se previó sobre el particular: *“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 invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud*. Nótese pues, que la misma carece de la calificación de la infracción.

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO –NO LABORAL-
DEMANDANTE	JAVIER IGNACIO JÁTIVA GARCÍA
DEMANDADO	NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA –POLICÍA NACIONAL-
RADICADO	05001 23 33 000 2012 00911 00

Luego, el análisis que deberá realizar el funcionario judicial no se circunscribe a la simple comparación normativa, puesto que si la norma no distinguió la entidad de la infracción, mal haría el intérprete en establecerla.

En síntesis, pese a la conservación de la medida de suspensión provisional, lo cierto es que varios de sus requisitos de procedencia fueron modificados, en lo que podría denominarse una especie de *flexibilización*, orientada a *proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia*. Todo, bajo el entendido de que “*la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para [quien] tiene la razón*”⁶.

Se trata, en últimas, de dotar a la partes de mecanismos efectivos que le permitan la efectiva protección cautelar de sus derechos e intereses legítimos⁷.

1.3.- Pese a las variaciones referidas en precedencia, lo cierto es que se conservó la exigencia relativa a la acreditación, siquiera sumaria, del perjuicio que causa la ejecución del acto cuestionado en aquellos eventos en los que se pretenda el restablecimiento del derecho, esto es, cuando se ejercite el medio de control previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., razón por la que las precisiones efectuadas por la jurisprudencia sobre el particular conservan vigencia, siempre que se ajusten a la finalidad establecida por el legislador frente a la medida cautelar.

2.- Caso concreto. De la improcedencia del amparo cautelar

Estima el Despacho, una vez examinados los presupuestos materiales de procedencia de la suspensión provisional, que no es factible decretar el amparo solicitado en la demanda, puesto que no se observan las irregularidades referidas por la parte actora frente a los actos administrativos, como pasa a explicarse.

⁶ Fl. 328.
⁷ Esto se justifica, pues, en el hecho de que en vigencia de la Legislación anterior –Dcto. 01 de 1984- *los límites se [estrecharon] a tal punto que la suspensión provisional, en la práctica, [resultaba] algo así como una institución en vía de extinción*, si se tiene en cuenta, por ejemplo, que el Consejo de Estado ... *en la Sección Primera en los ocho primeros meses del año 2003, de las 47 demandas admitidas, en 79 casos negó la solicitud de suspensión solicitada y sólo la concedió en un caso*. Op. Cit. P. 327.

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO –NO LABORAL-
DEMANDANTE	JAVIER IGNACIO JÁTIVA GARCÍA
DEMANDADO	NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA –POLICÍA NACIONAL-
RADICADO	05001 23 33 000 2012 00911 00

2.1.- En el caso concreto, se trata de una actuación administrativa integrada por varios actos, en virtud de los cuales se adoptó la decisión de retiro del servicio del demandante, esto es: *un acto preparatorio*, el de la Junta donde se recomienda el retiro del oficial, *un acto de retiro*, que se motiva en la facultad discrecional y *el que resuelve un recurso*, donde se explicitan aún más las razones tenidas en cuenta para la desvinculación.

Ahora bien, en sentir del solicitante en el Acta 007 de 2007, la Junta no se pronunció respecto del retiro del servicio, ni se expresaron los motivos de éste, por el contrario lo que estudió la Junta fue la posibilidad de su ascenso, dado que allí se indicó fue la no aprobación ni recomendación al Gobierno Nacional de ascenso al grado inmediatamente superior, decisión que tampoco fue debidamente motivada.

Frente a este cargo, se tiene que el acta de la Junta Asesora es un acto preparatorio que como tal no requiere de control judicial, por lo que no es procedente establecer si estaba debidamente motivado, puesto que dicho vicio se debe examinar respecto del acto por el cual la administración adopta una decisión que crea, modifica o extingue una situación jurídica particular.

Recuérdese, que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, sólo está facultada para examinar la legalidad de actos administrativos definitivos o de trámite que pongan fin a una actuación administrativa, condiciones que no reúne el Acta 007 de 2007, toda vez que se trata de una determinación previa a la decisión de desvinculación, tal como lo dispone el artículo 12 del Decreto 573 de 1995, en la cual se da una recomendación que puede ser o no acogida por el competente para la adopción de la decisión de retiro del servicio.

Empero, si se considera que debe examinarse el contenido del Acta, el cargo propuesto debe negarse, toda vez que debe mirarse en todo su contexto la actuación administrativa sin perder de vista que se trata de una facultad

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO –NO LABORAL-
DEMANDANTE	JAVIER IGNACIO JÁTIVA GARCÍA
DEMANDADO	NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA –POLICÍA NACIONAL-
RADICADO	05001 23 33 000 2012 00911 00

discrecional, conforme a la Jurisprudencia del Consejo de Estado: *“De conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, el retiro del servicio por facultad discrecional no requiere ser expresamente motivado ni tampoco el acta que recomienda dicha decisión. Esta situación, empero, no implica que el retiro del servicio no esté fundado en razones, las cuales, en atención a la especial facultad que se ejerce, se presumen en aras del buen servicio”*⁸ (Subrayas fuera de texto).

2.2.- En ese orden de ideas, como consecuencia del fallo de tutela⁹ que dejó sin efectos el Decreto 4722 de 2007, la Administración en el Decreto 1859 de 2009, señaló como fundamento de la decisión de retiro i) la recomendación previa de la Junta Asesora mediante Acta 007 de 2007, ii) diferentes investigaciones disciplinarias iniciadas con anterioridad a la fecha de desvinculación.

Por eso, contrario a lo alegado por el suplicante, no puede pensarse en que exista falta de motivación de la decisión de retiro, que es lo demandado. Aún más si se tiene en cuenta que mediante Auto No. 321 del 30 de septiembre de 2010, la Corte Constitucional consideró parcialmente cumplida la obligación en el sentido de que la entidad accionada, expidió el acto administrativo correspondiente debidamente motivado¹⁰, cosa distinta fue la negación por parte de la entidad, al recurso interpuesto, que también fue resuelto, según oficio No. 66511 de 2012.

El oficio No. 66511 de 2012, que también fue motivado, reiterando las razones aducidas en el Decreto 1859 de 2009, y señalando los argumentos en virtud de los que se procedía a confirmar la decisión de retiro del servicio, como la facultad amplia que tiene la entidad para valorar la prestación del servicio por parte del oficial, con base a las exigencias propias del servicio., según se observa de la lectura del acto.

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "B". C.P: Víctor Hernando Alvarado Ardila. 25 de noviembre de 2010. Rad. No: 25000-23-25-000-2003-06792-01(0938-10)

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-111 de 2009 del 20 de febrero de 2009. M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez.

¹⁰ Folio 118

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO –NO LABORAL-
DEMANDANTE	JAVIER IGNACIO JÁTIVA GARCÍA
DEMANDADO	NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA –POLICÍA NACIONAL-
RADICADO	05001 23 33 000 2012 00911 00

Al respecto el Consejo de Estado se ha pronunciado a cerca de la facultad discrecional: *“estos actos se consideran o suponen expedidos en aras del buen servicio público, a diferencia de los proferidos en virtud de la facultad disciplinaria, (...) No quiere decirse que la discrecionalidad implique arbitrariedad pues la autoridad debe actuar guiada por factores del buen servicio sino, simplemente, que no está obligada a expresar los motivos del acto pues este se supone expedido en razón del mejoramiento del servicio a ella encomendado.”*¹¹ (Subrayas fuera de texto).

Luego no puede hablarse de falta de motivación, toda vez que aparece en el texto tanto del Decreto como del acto que resolvió el recurso.

La pertinencia o no de los motivos, será cuestión que deba resolverse en la Sentencia.

2.3.- En cuanto al cargo sostenido por el demandante, referido a que no se siguió el procedimiento establecido por la Corte Constitucional en la Tutela T-111 de 2009, del material probatorio existente en el proceso no aparece copia de todo el trámite. Las copias del acta aportadas están incompletas, por lo que a partir de los textos fragmentarios, no puede inferirse la violación del debido proceso, lo que impone el estudio completo de todos los antecedentes administrativos y del acervo probatorio que deba practicarse en el curso del proceso, para poder establecer cómo se sustanció el retiro.

Cabe recordar, que los actos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional están amparados por la presunción de legalidad y se presumen ejercidos en aras del buen servicio, por lo que en principio la carga de la prueba corresponde a quien afirme lo contrario.

En ese orden de ideas, en principio no podría hablarse de la existencia de los vicios alegados, toda vez que no se lograron demostrar.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda -Subsección "A". C.P: JAIME MORENO GARCIA. nueve (9) de marzo de dos mil seis (2006).Rad. No: 25000-23-25-000-2000-04903-01(3834-03)

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO –NO LABORAL-
DEMANDANTE	JAVIER IGNACIO JÁTIVA GARCÍA
DEMANDADO	NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA –POLICÍA NACIONAL-
RADICADO	05001 23 33 000 2012 00911 00

2.4.- Frente al último cargo, el demandante manifiesta que era necesario la expedición de un nuevo acto administrativo de retiro, dado que mediante sentencia de tutela se dejó sin efectos el acto inicial de desvinculación, lo que supone que debía reintegrársele al servicio¹², para proceder a su desvinculación.

El Despacho considera que no se requería un nuevo acto de retiro, porque si bien la Corte Constitucional mediante Sentencia de tutela, dejó sin efectos el acto inicial de desvinculación, no es menos cierto que en la parte motiva se pronunció sobre la decisión de retiro, dejando incólume tal decisión: *“No obstante lo anterior, considera la Sala necesario señalar que, si bien se concede la tutela de los derechos invocados por los accionantes –habida cuenta de las especificidades de los casos-, dicho resultado en ningún momento puede ser interpretado como un desconocimiento o una disminución de las facultades discrecionales para desvincular miembros de la Policía Nacional, razón por la cual esta Sala no ordena el reintegro de los señores tutelantes”*¹³; así entonces sólo se hizo referencia a la obligación de la entidad accionada de expedir nuevamente el acto administrativo el cual debía ser motivado y puesto en conocimiento del señor Játiva García, con el fin de que éste pudiera controvertir dicho acto si así lo consideraba.

Se concluye de ello que al no haberse dejado sin efecto el retiro y estando este materializado, no le asiste razón al suplicante al considerar que cuando un acto administrativo es dejado sin efectos trae consigo en tratándose de derechos laborales el reintegro, reconocimiento de sus derechos y la creación de un nuevo acto administrativo, pues la decisión de la Corte Constitucional sólo se circunscribió a la expedición *nuevamente* del acto por medio del cual se ordenaba su retiro del servicio debidamente motivado, en consecuencia no se observa cuál es el fundamento para que la junta se reuniera de nuevo, si el reintegro del actor no fue ordenado.

¹² En este sentido expresó: *“la Administración debió revocar la decisión inicial –la del despido- para luego si entrar nuevamente a proferir el nuevo acto de manera legítima, pues no es factible o entendible que la Administración despida dos veces al mismo funcionario de la entidad bajo los mismos argumentos o mejor sin ellos, al contrario debió reintegrar al demandante y reconocer el lapso que estuvo ausente de la Institución crear el vínculo laboral para poder realizar el nuevo acto”* (fls. 4-5). Tan es así, que el Defensor del Pueblo sostuvo que el Decreto 1859 no era un verdadero acto administrativo. Este aspecto configura lo que en la demanda se denomina como *exceso de poder*.

¹³ Folio 113 Vto.

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO –NO LABORAL-
DEMANDANTE	JAVIER IGNACIO JÁTIVA GARCÍA
DEMANDADO	NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA –POLICÍA NACIONAL-
RADICADO	05001 23 33 000 2012 00911 00

En ese orden de ideas, el Decreto No. 1859 de 2009, no desconoció el principio de irretroactividad en materia de actos administrativos, al disponer que produjera efectos desde la fecha en que fue efectivamente retirado del servicio, esto es el 15 de diciembre de 2007, pues se reitera que la decisión de retiro se dejó incólume.

Finalmente, toda vez que el contenido del acto de retiro ya se ejecutó y sus efectos ya se cumplieron, no es posible evitar el daño alegado, a más de que sus efectos se produjeron en su totalidad hace más de 5 años. Admitir la suspensión provisional del acto, implicaría entrar en el asunto de fondo del litigio, toda vez que habría que analizar cuestiones de hecho que solamente pueden quedar debidamente aclaradas en el debate probatorio.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, SALA SEGUNDA DE ORALIDAD,**

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR el amparo cautelar solicitado, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFÍQUESE,

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
MAGISTRADO