



Rama Judicial

Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca

INFORME SECRETARIAL: Arauca (A), primero (01) de agosto de dos mil diecisiete (2017), en la fecha paso al Despacho del señor Juez el presente expediente, para resolver lo pertinente. Sírvase proveer.

Secretaría

Arauca, once (11) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicado No. : 81001 3333 002 2015-00521 00
Demandante : Virgelina Cardona Barrera y otro
Demandado : Nación-Ministerio de Defensa
Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Providencia : Auto que resuelve medida cautelar

ANTECEDENTES

Procede el Despacho a pronunciarse respecto de la solicitud de medida cautelar solicitada por la parte demandante a través de apoderado judicial, en la cual solicita que de manera transitoria y hasta cuando se resuelva el proceso de la referencia, se ordene a la Nación-Ministerio de Defensa, el pago de la mesada pensional de sobrevivientes a Virgelina Cardona Barrera y Álvaro Velásquez Martínez, equivalente al grado de un Cabo Segundo del Ejército Nacional, por la muerte en combate de su hijo Henry Velásquez Cardona, así como se les incluya también de forma transitoria hasta que se resuelva este proceso, en el sistema de salud de las fuerzas militares, de manera íntegra y por último que se ordene a la Dirección de Sanidad Militar que les realice valoración médica, con el fin de definir su patología y tratamientos que requieren, debido a su avanzada edad.

Sustentan los demandantes la solicitud de medida cautelar en los siguientes hechos:

Álvaro Velásquez Cardona es una persona de 70 años de edad que no cuenta con recursos económicos y mucho menos con la posibilidad de participar laboralmente en el mercado, porque además de su edad, vela por el cuidado y atención de su esposa Virgelina Cardona.

La señora Virgelina Cardona padece de i) enfermedad cerebro vascular no especificada, ii) artrosis primaria, iii) diabetes mellitus e iv) hipertensión, además de las anteriores enfermedades, depende para su desplazamiento, de una

silla de ruedas y requiere el uso diario de pañales desechables, de lo cual se concluye que es una persona que no puede valerse por sí misma.

Adicional a lo anterior, el 25 de abril de 2015, se le diagnosticó tumor benigno de mama, enfermedad que requiere medicación y tratamiento especializado al cual no pueden tener acceso, por no contar con los recursos suficientes.

El 04 de enero de 2017, también se le diagnóstico a la persona en mención, i) secuelas de enfermedad cerebro vascular, no especificada como hemorragia u oclusiva, ii) hipertensión esencial (primaria), iii) diabetes mellitus insulino dependiente con complicaciones neurológicas.

El 23 de enero de 2017 se describe dentro de la historia clínica de Virgelina Cardona que se trata de una *“paciente de 72 años (...) en silla de ruedas acompañada por el esposo y la hija con antecedentes de enfermedad cerebrovascular. Refiere la Hija incontinencia urinaria con prolapso genital desde hace varios años”*. Como consecuencia de esto, se le ha ordenado medicación de manera permanente, los cuales han sido logrados en algunos casos mediante acciones de tutela.

De la anterior medida cautelar, se le corrió traslado a la parte demandada, la cual dentro del término oportuno se pronunció de la siguiente manera:

Solicita que la medida cautelar sea negada, toda vez que para que se pueda efectuar la inclusión al sistema de salud de las fuerzas militares, debe existir un fallo que así lo ordene, pues de otra manera se causaría un perjuicio al erario, al no mediar un fundamento de hecho ni derecho que así lo indique.

También manifiesta, que tampoco es posible que se acceda a la realización de exámenes médicos, al no haber una partida legalmente reconocida que permita al sistema de salud de las FFMM realizar dichas valoraciones, pues no es un derecho reconocido y solamente se tiene la mera expectativa al no existir fallo que así lo ordene.

Finalmente, en torno a la petición de pago de la mesada pensional de forma transitoria, señala que tampoco se debe conceder, dado que no ha habido reconocimiento de esa prestación mediante decisión judicial y por ende hasta ahora solo existe una mera expectativa de acceder a ese derecho, lo que lo torna incierto y discutible.

Para finalizar, indica que de accederse a la medida cautelar solicitada, se generaría un detrimento patrimonial al Estado.

CONSIDERACIONES

Las medidas cautelares son una institución jurídica, cuyo fin es garantizar la efectividad de la sentencia que ponga fin a una controversia, así como el objeto del proceso. En los arts. 229 al 241 de la Ley 1437 de 2011 el Legislador reguló tanto sustancial como procesalmente las medidas cautelares en todos los procesos declarativos que se surtan ante esta jurisdicción.

En tal sentido, el art. 230 del CPACA, preceptúa que las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, enunciando las siguientes:

“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.”

En cuanto a su procedencia, el art. 229 ibídem consagró:

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.
[...]

Por su parte, el art. 231, preceptúa los requisitos para que pueda ser adoptada una medida cautelar, los cuales son los siguientes:

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. / Negrillas fuera de texto.**

Finalmente, se destaca que para el caso de medidas cautelares diferentes a la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, o las solicitadas en acciones populares, de tutela y cuando la parte que la solicite sea una entidad pública, se previó el pago de una caución, tal como lo dispone el art. 232 del CPACA.

Teniendo en cuenta los anteriores supuestos normativos, se pasará a analizar si en el caso concreto de acuerdo a las situaciones fácticas alegadas por los demandantes es procedente acceder a las medidas cautelares deprecadas.

CASO CONCRETO

Al estar sustentada la medida cautelar solicitada por la parte la parte demandante, en condiciones físicas y económicas de los mismos, que aducen como constitutivas de un perjuicio irremediable en caso de no adoptarse aquella, el despacho revisará el expediente para determinar si con las pruebas

que obren de dichas situaciones fácticas, se hace necesario adoptar la medida cautelar solicitada.

También se aclara que no se trata de la suspensión de efectos de ningún acto administrativo, sino del otorgamiento de una mesada pensional y otras obligaciones de hacer por parte del Ejército Nacional.

Sea lo primero indicar, que en la demanda se pretende declarar la nulidad del acto que negó a los demandantes la pensión de sobrevivientes reclamada con ocasión de la muerte de su hijo Henry Velásquez Cardona en combate, el 26 de febrero de 1994, mientras se encontraba al servicio del Ejército Nacional como soldado voluntario.

El fallecimiento del exmilitar se constata con el registro de defunción a fl. 21 y la forma de su muerte también se constata a fl. 25, en donde se consigna que fue en cumplimiento de misiones especiales para el mantenimiento del orden público, en combate con el enemigo, en el servicio y por causa del mismo.

La calidad de padres de los demandantes, del extinto militar también se corrobora en el registro civil de nacimiento de Henry Velásquez Cardona a fl. 20.

Ahora en lo que tiene que ver con las condiciones de salud de la demandante Virgelina Cardona Barrera, se constata en el expediente o siguiente:

En los fls. 139 al 180 se aportaron documentos constitutivos de historias clínicas, controles domiciliarios, consultas externas con médico neurólogo y prescripciones médicas. A partir de esta documentación, se extrae que la demandante tiene diagnósticos de i) secuelas de enfermedad cerebrovascular, no especificada, como hemorragia u oclusiva, ii) hipertensión esencial primaria y iii) diabetes mellitus insulino dependiente con complicaciones neurológicas; se desplaza en silla de ruedas, tiene un lenguaje escaso con tendencia al mutismo (fl. 161). La fecha de estos diagnósticos es del 04 de enero de 2017.

El 23 de febrero de 2017 también se consignan como antecedentes de la demandante enfermedad cerebro vascular con alteraciones motoras, desplazamiento en silla de ruedas, diabetes, enfermedad renal crónica (fl. 164).

A su vez el 13 de marzo del mismo año, en un nuevo control de historia clínica (fl. 165-180), se le diagnosticó a la actora: *"Enfermedad cerebrovascular, no especificada, Osteo (artrosis) primaria generalizada, diabetes mellitus no insulino dependiente, sin mención de complicación, hipertensión esencial (primaria)"*, de igual manera se le diagnosticó *"incontinencia urinaria no especificada y cistocele grado*

III¹” resultando candidata a cistopexia subrapubica². También se le hicieron las siguientes observaciones:

“Paciente sin criterios médicos para servicio de enfermería, con escala de barthel con resultado de dependencia total pero cabe resaltar que el paciente requiere de cuidados básicos:

Baño

Vestido

Alimentación

Asistencia permanente

Cuyas actividades deben ser desarrolladas por parte del grupo familiar.”

En esa valoración, el médico tratante ordenó: *valoración anual por medicina interna y oftalmología según resolución vigente, control mensual por médico general domiciliario, pañales desechables TENA 3 al día TTO por 3 meses, visita domiciliaria por fisioterapia y por foniatría y fonoaudiología, laboratorios pre quirúrgicos valoración por medicina interna, control por ginecología en 1 mes, además de múltiples medicamentos.*

Se concluye a partir de los anteriores hechos, que en la actualidad la señora Virgelina Cardona Barrera en efecto, padece de múltiples enfermedades que le imposibilitan tener una vida cotidiana normal a la de cualquier persona que no tenga tales afectaciones de salud y ello es así, por cuanto se trata de una persona que no puede valerse por sí misma para realizar actividades cotidianas como alimentarse, bañarse, vestirse; se desplaza en silla de ruedas por lo que necesita también de alguien que le ayude a ello. De igual manera, es una persona que es valorada de forma periódica (mensual) por parte de médico general y que le es suministrada una gran cantidad de medicamentos.

Y adicional a lo anterior, también se trata de una persona que se encuentra a escasos, año y medio aproximadamente para llegar a los 74 años de edad, la cual se considera el inicio de la tercera edad en los ciudadanos colombianos, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, por ejemplo en sentencia T-047 de 2015.

Ahora, pasa el despacho a dilucidar si la solicitud de medida cautelar cumple con los siguientes requisitos, (i) que la demanda se encuentra razonablemente fundada en derecho; (ii) la titularidad del derecho invocado (siquiera de forma sumaria); (iii) que resultaría más gravoso al interés público no decretar la medida cautelar; y (iv) que de no decretarse la medida cautelar (a) se causaría un perjuicio irremediable o (b) los efectos de la sentencia serían nugatorios,

¹ Protrusión herniaria de un segmento de vejiga urinaria (<http://dic.idiomamedico.net/cistoccele>)

² Fijación de la vejiga o de sus tejidos vecinos que reduce un cistoccele para corrección de incontinencia urinaria. En nuestro medio, las técnicas más utilizadas son las de Bursh y Tanagho, que consisten en la fijación por vía suprapúbica de la pared vaginal anterior con puntos de sutura a los ligamentos de Cooper, para colocar la vejiga en posición retropúbica; y la de Stamey-Pereira, consistente en la fijación combinada vaginal y suprapúbica del tejido periuretral a la aponeurosis de los músculos rectos anteriores del abdomen, al nivel del cuello vesical y con guía cistoscópica. (<http://dic.idiomamedico.net/cistopexia>).

siguiendo los parámetros fijados por el Consejo de Estado en un caso decidido con similares supuestos facticos³ a los que ocupa la atención el despacho.

i) se cumple el primer requisito toda vez, que la demanda se encuentra razonadamente fundada en derecho, toda vez que tanto la demanda como la solicitud de medida cautelar, se encuentran relacionados con la solicitud de reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, invocando como normativa a aplicar el Decreto 1211 de 1990, la cual consagra dicha prestación para oficiales y suboficiales del Ejército Nacional, resultando también aplicable por el principio de igualdad a los soldados, en eventos como en los de muerte en combate.

Considerando en todo caso que, no es resulta irrazonable dicho *petitum*, pues la muerte del hijo de los demandantes en el Ejército Nacional ocurrió en 1994, año en el cual se encontraba vigente la norma invocada como aplicable en el caso *sub examine*.

ii) Se cumple el segundo requisito, ya que se demuestra sumariamente la titularidad del derecho invocado, a través del registro civil de nacimiento de Henry Velásquez Cardona (fl. 20) en el cual figura como padres los demandantes: Virgelina Cardona Barrera y Álvaro Velasquez Martínez, aunado a que su hijo era soldado voluntario del Ejército Nacional y murió el 26 de febrero de 1994, en cumplimiento de misiones especiales para el mantenimiento del orden público, en combate con el enemigo, en el servicio y por causa del mismo. Y adicional a que la entidad demandada reconoció y pago a favor de estos, las prestaciones causados por la muerte de su hijo (fl. 127).

De manera que al ser los padres beneficiarios, entre otros, de los derechos prestacionales de sus hijos cuando fallecen, siempre y cuando no se acredite cónyuge y/o hijos del *cujus*, tal como ocurre en este caso en donde se avista su existencia, es diáfano que los demandantes cuenta con legítimo interés y titularidad aparente de los derechos prestacionales de su hijo fallecido.

iii) El tercer requisito, también considera el despacho se satisface, toda vez que si bien, de accederse a la medida cautelar deprecada, implicaría una erogación al tesoro público lo cual significaría en principio una afectación del principio de sostenibilidad fiscal, lo cierto es que de no accederse, se estaría vulnerado un derecho de carácter fundamental para dos personas naturales, en donde una de ellas padece afectaciones de salud que le impiden hacerse valer por sí misma, y otra que contribuye provee los cuidados diarios que necesita aquella para

³ Ver auto del veintidós (22) de agosto de dos mil diecisiete (2017) por el cual se resuelve una medida cautelar, proferido por la Sección Segunda Subsección A del Consejo de Estado, radicado 760012333000201300543-01 (4156-2016), demandante: Lilia Baena de Duque, Demandado: Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Valle del Cauca, M.P. Gabriel Valbuena Hernández.

vivir, lo cual sin lugar a dudas acarrea un incremento en sus costos de vida, con los cuales manifiestan no contar.

Bajo el anterior panorama, el principio de sostenibilidad fiscal debe ceder antes los derechos fundamentales de las personas y no puede invocarse como talanquera para estos, de tal manera que en el presente caso, atendiendo las particularidades que vienen sufriendo los demandantes, resultaría más gravoso al interés público no decretar la medida, pues así se estaría contrariando la Constitución, privilegiándose la protección del tesoro público a costas de los derechos fundamentales de las personas⁴.

Por último, debe acotarse que en todo caso, la erogación que se causaría por causa del decreto de la medida solicitada, tampoco tendría la virtualidad de afectar gravemente las finanzas de la Nación-Ministerio de Defensa, en el sentido que pagar la mesada pensional de forma transitoria no va a impedir cumplir con los demás compromisos financieros de esa cartera.

iv) Finalmente, también se cumple con este requisito, pues de no adoptarse la medida cautelar solicitada, se le causaría un perjuicio irremediable a los demandantes, en virtud del deteriorado estado de salud de Virgelina Cardona Barrera, la cual requiere de cuidados diarios básicos por cuanto no se puede valer por sí misma, control periódico (por parte de médico general a domicilio), consumo diario de múltiples medicamentos, entre ellos el uso de pañales TENA a diario.

Todas estas atenciones y servicios médicos, constituyen por supuesto erogaciones adicionales para la demandante y su compañero Álvaro Velásquez Martínez, las cuales precisamente aducen en la solicitud de medida que no cuenta con la capacidad económica para asumirlas. Adicional a que, el señor Álvaro Velásquez manifiesta ser quien provee los cuidados básicos de su cónyuge, prescritos entre otras cosas, por el médico tratante, tal como quedó visto en la historia clínica arriba referida y en razón de ello, se le dificulta ubicarse laboralmente. Pese a que además, este cuenta a la fecha con 75 años de edad, lo cual lo hace una persona de la tercera edad, que merece un trato constitucional especial.

Así pues, bajo los anteriores supuestos, el no conceder el pago de una mesada pensional de forma transitoria, podría desembocar en una vulneración de derechos fundamentales de vida digna y mínimo vital de los demandantes y consecuente con ello, la causación de un perjuicio irremediable para ellos, tales como la disminución de las condiciones de vida para ambos demandantes y salud para respecto de Virgelina Cardona Barrera.

⁴ Ver al respecto el ejercicio de ponderación que realizó el Consejo de Estado en el auto señalado en el anterior pie de página, el cual deviene en aplicable a ese caso, por cuanto se presentaba el mismo conflicto de intereses –protección del tesoro público vs derecho fundamentales–.

Por lo anteriormente expuesto, estima que las condiciones fácticas que presentan en este momento, permiten que se acceda parcialmente a la medida cautelar deprecada, por lo cual se ordenará a la Nación-Ministerio de Defensa-para que de forma transitoria y hasta que se profiera sentencia definitiva en este proceso incluso de segunda instancia de ser el caso, reconozca y pague a los demandantes Virgelina Cardona Barrera y Álvaro Velásquez Martínez, una mesada pensional de forma mensual en cuantía de 1 smmlmv distribuidas en un 50% para cada uno de ellos, con efectos fiscales a partir del día siguiente a la ejecutoria de esta providencia.

Por otro lado, se negará la medida cautelar respecto de la solicitud de inclusión a los demandantes en el sistema de seguridad social en salud de las fuerzas militares, y la realización de valoraciones medicas a la señora Virgelina Cardona Barrea, pues se evidencia en el plenario, que estas personas se encuentran afiliadas al sistema de seguridad social en salud, en el régimen contributivo y que periódicamente le han venido prestando los servicios médicos que ha requerido la señora Virgelina Cardona Barrera, inclusive de manera domiciliaria, tal como se ha relacionado en párrafos precedentes, adicional a ello, se dice en la solicitud de medida cautelar, que se han incoado acción de tutela a favor de la demandante, para efectos de la prestación de servicios de salud, los cuales han sido ordenados por ese medio. De manera que en lo que tiene que ver con el tema de la prestación del servicio de salud, no encuentra el despacho la causación de un perjuicio irremediable, toda vez que se les ha venido prestando de forma periódica e incluso existe protección del derecho a través de acción de tutela, por lo que no se ve una desprotección de derechos en este sentido.

Por otra parte, en principio, habría que ordenar a los demandantes el pago de una caución, tal como lo dispone el art. 232 del CPACA. Sin embargo el despacho no la ordenará, habida consideración que precisamente un argumento para solicitar la medida cautelar es la falta de recursos para asumir los costos derivados del estado de salud de la demandante y la imposibilidad de trabajar por parte de su cónyuge, en atención a los cuidados básicos que le debe suministrar diariamente, por lo cual, resultaría incongruente ordenar el pago de sumas de dinero por concepto de caución, a personas que manifiestan no tener los recursos suficientes para proveer los cuidados que requiere la demandante.

Por último, fíjese como fecha para la celebración de la audiencia inicial de que trata el art. 180 del CPACA, el 27 de octubre de 2017 a las 4:30 pm. La asistencia de los apoderados de las partes es obligatoria, so pena de las sanciones pecuniarias previstas en dicha norma.

Por lo expuesto, el Despacho,

RESUELVE

PRIMERO: Decrétese parcialmente la medida cautelar solicitada por la parte demandante, según las consideraciones expuestas, de la siguiente forma:

- Ordénese a la Nación-Ministerio de Defensa- para que de forma transitoria y hasta que se profiera sentencia definitiva en este proceso incluso de segunda instancia de ser el caso, reconozca y pague a los demandantes Virgelina Cardona Barrera y Álvaro Velásquez Martínez, una mesada pensional de forma mensual en cuantía de 1 smmlmv distribuidas en un 50% para cada uno de ellos, con efectos fiscales a partir del día siguiente a la ejecutoria de esta providencia.

SEGUNDO: Niéguese las demás medidas cautelares deprecadas, en atención a los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Fíjese como fecha para llevar a cabo audiencia inicial de que trata el art. 180 del CPACA el 27 de octubre de 2017 a las 4:30 pm.

CUARTO: Reconózcase personería para actuar como apoderada judicial de la parte demandada a la abogada Angélica María Vélez González con T.P. 158.365 del C.S de la J, según poder obrante a fl. 132-140.

QUINTO: Téngase por revocado el poder la Dra. Angélica María Vélez González y reconózcasele personería para continuar representando los intereses de la Nación-Ministerio de Defensa a la Dra. Sorangel Roa Duarte, con T.P. 206.755 del C. S de la J, de acuerdo con el poder obrante a fl. 186-196.

SEXTO: Ordenar que por Secretaría se hagan los registros pertinentes en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



CARLOS ANDRÉS GALLEGO GÓMEZ

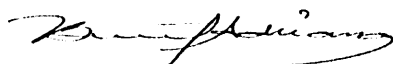
Juez



**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO DE ARAUCA**

Notifico por ESTADO ELECTRÓNICO No. 0100, en
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-02-administrativo-de-arauca/71>

Hoy, doce (12) de septiembre de 2017, a las 08:00 A.M.



BEATRIZ ADRIANA VESGA VILLABONA
Secretaria