

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Expediente: 25269-33-33-001-2019-00227-00
Demandante: CRISTHIAN JAVIER GARCÉS BUENO
Demandados: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – FUERZA
AÉREA
Asunto: Auto resuelve medida cautelar

Facatativá, tres (3) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

1. ASUNTO A RESOLVER

Procede el Despacho a resolver la solicitud de medida cautelar de suspensión elevada por el demandante dentro del proceso que anuncia el epígrafe.

2. FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD

El demandante solicitó, como medida cautelar, que se decrete la suspensión provisional de los efectos de la Resolución n.º 434 del 28 de mayo de 2019 con fundamento en los argumentos que se sintetizan a continuación:

- Afirma que se está generando un perjuicio económico al demandante, ya que no cuenta con empleo y se encuentra en una situación de debilidad manifiesta por su incapacidad médico laboral. Además, solicita que se tenga en cuenta que no ha sido cumplida la orden de reintegro dictada en la sentencia de tutela del Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Caldas del 2 de agosto de 2019, confirmada y modificada por la sentencia de 3 de septiembre de 2019 de la Sala Civil del Tribunal Superior de Manizales que tuteló sus derechos y ordenó el reintegro a la entidad, motivo por el que se adelanta el correspondiente desacato.
- Adicional a lo anterior, invoca como argumentos de su solicitud los mismos expuestos en su demanda, arguyendo la infracción de normas, fundado en que, si bien, la entidad tiene el poder discrecional de remoción, deben prevalecer los derechos fundamentales, en especial el de la salud e integridad, al respecto asegura el desconocimiento de la entidad de la protección reforzada y del derecho a la estabilidad laboral al declarar su insubsistencia en el momento que se encontraba afectado por una incapacidad.
- Afirma que los tres meses de alta son una prerrogativa a favor de todo empleado de las fuerzas militares cuando tienen un tiempo de servicio mayor a 10 años y son retirados antes de cumplir el tiempo

reglamentado para su pensión, por lo que no es cierto que esto se deba entender como una indemnización o prima sanción.

3. TRÁMITE

El Despacho admitió la demanda de la referencia en auto del 26 de octubre de 2020 (fl. 202-205 Cuaderno principal) y en providencia separada, de la misma fecha, se dispuso correr traslado de la medida cautelar conforme lo dispone el art. 223 la L. 1437/2011¹ (fl. 22 Cuaderno medida); notificada el 2 de diciembre de 2020 (fl. 25 C. medida)

4. OPOSICIÓN

Durante el término de traslado, la parte demandada, mediante mensaje de datos remitido al correo electrónico el 10 de diciembre de 2020 (fls.30-64), solicitó no acceder a la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional, argumentando su petición en los siguientes términos:

- Afirma que el actor se desempeñaba con un cargo bajo la modalidad de libre nombramiento y remoción, así, amparado en las prerrogativas de los artículos 38 y 44 del Decreto 1792 de 2000, mediante Resolución n.º 434 de 28 de mayo de 2019, se declaró la insubsistencia de su nombramiento derivada de la facultad discrecional de la entidad; no obstante, no se tuvo en cuenta que el actor se encontraba en una incapacidad desde el 19 de mayo al 25 de julio de 2019, debido a un accidente de tránsito.
- Ante la circunstancia previamente descrita, mediante fallo de tutela de 1 de agosto de 2019, el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de la Dorada tuteló los derechos del actor y ordenó su reintegro a la entidad, manifestando que no podría ser desvinculado si continuaba su incapacidad, providencia adicionada por el Tribunal Superior de Manizales en sentencia de 3 de septiembre de 2019, ordenando el pago de los salarios; respecto al incidente desacato promovido por el accionante, el 12 de noviembre de 2019 se decidió que la entidad había dado cumplimiento a lo ordenado en el trámite de tutela.
- Indica que en Oficio n.º 20192010127843 del 26 de agosto de 2019 se informó que la incapacidad del actor no fue renovada y la misma se extendió hasta el 24 de agosto de 2019; por lo que asegura que el retiro se realizó el día siguiente
- Afirma que, conforme a lo señalado a la jurisprudencia, respecto a la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción, se entiende que es por motivo de mejoramiento de servicio, su situación no es equiparable a los funcionarios de carrera y provisionalidad
- Asegura la improcedencia de la solicitud de medida cautelar, arguyendo que su actuación ha sido conforme a ley y las normas para

¹ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

el caso y en cumplimiento de las decisiones judiciales, sin que de ellos se pueda predicar la generación de un perjuicio irremediable

5. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

5.1. La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar

En primer lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 238 de la Constitución Política (CP), “*la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.*”

Así, en desarrollo de dicho precepto, el artículo 229 de la L.1437/2011, establece:

“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.
(...)”.

Se encuentra aquí la facultad del Juez para, de considerarlo necesario, atendiendo las particularidades de cada caso y orientado hacia la realización del derecho que se procura proteger, decretar las medidas necesarias de suerte que, finalizado el debate procesal, el derecho debatido conserve su eficacia, esto es, que la solución final tenga la potencialidad de producir un efecto práctico en clave de la materialización del derecho.

5.2. Criterios para la procedencia de la medida cautelar de suspensión de acto administrativo

Por su parte, el artículo 230 *ibidem*, señala que las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión y entre ellas establece que el Juez podrá “(...) 3º *Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo*”, al respecto, el mismo ordenamiento estableció que:

“Art. 231.- 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. (...)”.

Al respecto, el Consejo de Estado², señaló:

“La Ley 1437 del 18 de enero de 2011, reguló como capítulo específico lo relacionado con las medidas cautelares, calificándolas según su contenido, como preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión.

El artículo 230 ejusdem, enumeró las medidas cautelares que el juez puede decretar, las cuales proceden por solicitud de parte y en cualquier etapa del proceso, incluso antes de notificarse el auto admisorio, siempre que el operador jurídico las considere necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia -sin que dicha circunstancia pueda considerarse como prejuzgamiento-, y advierta una relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda, a la luz de la sustentación que realice el petente.

(...).

La nueva norma precisa entonces que: 1º) la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si la violación de las disposiciones invocadas, surge, es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal -cuando el proceso apenas comienza-, como conclusión del: i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. 2º) Además, señala que esta medida cautelar se debe solicitar, ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado.

(...).

Atendiendo a tal criterio, es que puede concluirse que la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo procede luego de (i) contrastar el acto acusado con la norma superior que se supone violada o con las pruebas allegadas y, a partir de dicho análisis, (ii) determinar, con suficiente claridad, que, en efecto, el acto administrativo desconoce la norma superior en que debió sustentarse.

Además, cuando a las pretensiones de nulidad del acto administrativo se agreguen pretensiones orientadas al restablecimiento del derecho y a la indemnización por el perjuicio sufrido, surge la carga para el solicitante de probar, así sea sumariamente, la existencia de tales perjuicios.

Lo anterior responde al mandato del art. 231 de la L.1437/2011 y a los criterios fijados por el Consejo de Estado³ los que deben tenerse en cuenta al momento de decidir sobre la procedencia, o no, de la medida cautelar, esto es el *fumus boni iuris*, o *apariencia de buen derecho*, *periculum in mora*, o *perjuicio de la mora y la ponderación de intereses*.

² CE S 5, Auto del 4 de octubre de 2012, e. 11001-03-28-000-2012-00048-00 (2012-0048). MP S. Buitrago.

³ CE S 4, Auto de 28 de mayo de 2015, e. 11001-03-24-000-2014-00054-00 MP M. Briceño; CE S 3, Auto de 13 de mayo de 2015, e. 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057) MP J. Santofimio.

6. CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta lo expuesto por la jurisprudencia transcrita y dado el carácter que la L.1437/2011 imprime a la solicitud de suspensión provisional, se procederá, tal como lo establece la norma (art. 231 *ejusdem*), al análisis de la violación normativa alegada, confrontando el acto acusado con las normas invocadas como transgredidas, para luego determinar si, en este caso, aparece la infracción de la norma superior, de la que se acusa al acto administrativo objeto de la controversia judicial y que, en tal evento, daría lugar a la suspensión deprecada.

Como se indicó previamente, el objeto de la medida cautelar que propone el demandante se encuentra orientado a que se declare la suspensión provisional de los efectos de la Resolución n.º 434 del 28 de mayo de 2019, *“por la cual se declara la insubsistencia del nombramiento de un Empleado Público del Ministerio de Defensa Nacional, al servicio de la Fuerza Aérea Colombiana, derivada de la facultad discrecional”*, fundada en la infracción de los derechos fundamentales de su salud e integridad, puntualmente, la protección reforzada y derecho a la estabilidad laboral por su desvinculación de la entidad cuando estaba en periodo de incapacidad.

Por su parte, la entidad demandada arguye que el acto fue expedido en uso de su facultad discrecional, atendiendo a la naturaleza de la vinculación del actor que es de libre nombramiento y remoción.

Para resolver, sea lo primero recordar que, por mandato del artículo 125 de la Constitución, los empleos en las entidades del Estado pueden ser provistos bajo el sistema de carrera administrativa, por elección popular, por libre nombramiento y remoción, mediante vinculación contractual de los trabajadores oficiales o los que determine la ley; en lo que respecta a los empleos civiles y no uniformados del sector defensa, el Decreto Ley 091 de 2007⁴ los clasificó en aquellos (i) de periodo fijo, (ii) de carrera del sistema especial del Sector Defensa y (iii) de libre nombramiento y remoción.

No puede dejarse de lado que la el artículo 1º de la Ley 578 de 2000⁵, otorgó facultades especiales al Presidente de la República para que expidiera las normas relacionadas, entre otros asuntos, con la carrera, los reglamentos de régimen disciplinario y de evaluación de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y policía nacional, así como, los estatutos de su personal civil; en virtud de lo cual fue expedido el Decreto 1792 de 2000⁶, que en el num. 9 de su artículo 38 estableció, como causal de retiro del servicio de los empleados públicos del Ministerio, la declaratoria de insubsistencia

⁴ “Por el cual se regula el Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa y se dictan unas disposiciones en materia de administración de personal.”

⁵ “Por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las fuerzas militares y de policía nacional”

⁶ “Por el cual se modifica el Estatuto que regula el Régimen de Administración del Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional, se establece la Carrera Administrativa Especial.”

derivada de la facultad discrecional para los empleados de libre nombramiento y remoción.

Por otro lado, el derecho a la estabilidad laboral se encuentra consagrado en el artículo 53 de la Constitución, erigiéndose como una garantía para quienes se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, ya sea por enfermedad o accidente⁷, consistente en el derecho a no ser despedido, sin previa autorización del inspector de trabajo o la autoridad competente⁸.

Tal protección ha sido garantizada aun en situaciones de no existe un certificado o una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profundo, basta con que *“se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares”*⁹, así como también se garantiza sin importar el tipo de vínculo o relación laboral del empleado¹⁰.

En el caso bajo estudio, no existe duda de que el señor Cristhian Javier Garcés Bueno se encontraba vinculado con la Fuerza Aérea en el cargo de libre nombramiento y remoción de Auxiliar de Servicios, Código 6-1, Grado 14, con funciones de Operario de Combustible Aeronáutico, nombrado mediante Resolución n.º 073 del 1 de febrero de 2013, posesionado mediante Acta n.º 0928 de la misma fecha (fl. 101 C. principal); sin embargo, fue retirado del servicio por declaratoria de insubsistencia derivada de la facultad discrecional del nominador, mediante Resolución n.º 434 del 28 de mayo de 2019 (fls. 89-91 C. principal), tiempo en el que se encontraba en una incapacidad médica, como consecuencia de un accidente laboral.

Frente a la situación anterior, el actor interpuso acción de tutela en el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de La Dorada, el cual resolvió, mediante providencia de 1º de agosto de 2019 (fls. 79-82 C. principal), tutelar sus derechos y en consecuencia:

“SEGUNDO: Ordenar a la FUERZA AÉREA COLOMBIANA que proceda en un término no superior a CUARENTA Y OCHO (48) HORAS posterior a la notificación de este fallo, a REINTEGRAR a su cargo, o a uno equivalente o superior, al señor CRISTHIAN JAVIER GARCÉS BUENO, quien en caso de continuar incapacitado no podrá ser desvinculado sin autorización del Inspector de trabajo.”

La decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Manizales, Sala Civil-Familia, en sentencia de 3 de septiembre de 2019, con modificación y adición (fls. 170 vto.- 174 C. principal), respecto a lo cual, vale la pena hacer la precisión de que no se realizó ninguna modificación respecto a la orden de reintegro de la providencia anterior; sentencia cumplida a través de la Resolución n.º 612 de 6 de agosto de 2019 (Cd. 2,

⁷ C.Cons. T-132/11 del 3 de mar. de 2011. MP. L. Vargas

⁸ C.Cons. T-041/19 del 4 de feb. de 2019. MP. J. Reyes

⁹ C.Cons. SU-049/17 del 2 de feb. de 2017. MP. M. Calle

¹⁰ C.Cons. T-198/06 del 16 de marz. de 2006. MP. M. Monroy

fl. 66 C. medida), que resolvió suspender la Resolución n.º 434 de 28 de mayo de 2019 y reintegrar al actor *“de forma temporal mientras “perdure” la incapacidad que se generó con ocasión del accidente de tránsito sufrido el día 19 de mayo de 2019 (...)”*

Finalmente, la desvinculación del actor ocurrió el 25 de agosto de 2019, luego de haberse constatado que no se había renovado su incapacidad médica, como consta en el Oficio n.º 20192010127843 del 26 de agosto de 2019 (Cd. 2, fl. 66 C. medida).

Ahora bien, revisado el material probatorio obrante en el expediente, no se encuentran pruebas, al menos sumarias, que logren demostrar que el actor, actualmente, se encuentre en una situación de debilidad manifiesta, esto es, cualquier circunstancia de merma de estado físico, sensorial o psíquico que implique una dificultad en el desempeño de sus funciones o actividades, que lo vuelva titular del derecho a la estabilidad reforzada y legitime su solicitud de protección y que torne dudosa la legalidad de la declaratoria de insubsistencia, plasmada en la Resolución n.º 434 del 28 de mayo de 2019, como pretende el actor.

De lo expuesto, en este momento y realizando un primer análisis del caso, resulta prematuro considerar desvirtuada la presunción de legalidad del acto administrativo acusado, es decir, no se observa la apariencia de buen derecho, criterio ineludible al momento de determinar la procedencia de la medida cautelar¹¹.

Aunado a lo expuesto, nótese cómo, en el expediente, hasta la fecha, tampoco existe una prueba, sobre la existencia de los **perjuicios** señalados por el accionante o de una situación en la que peligren sus derechos, de tal magnitud que no dé espera a proferir la sentencia que resuelva de fondo la controversia; adviértase como, el solicitante de la medida cautelar, pretermitió realizar un esfuerzo argumentativo y probatorio suficiente que le permitiera, al suscrito, concluir, sin asomo de duda, la necesidad de su decreto¹².

¹¹ Ut supra pg. 4 nota al pie 2.

¹² Cfr. Respecto a la carga probatoria y argumentativa en el marco de medidas cautelares puede verse: Consejo de Estado, sección primera. Providencia de 11 de marzo de 2014 exp. 2015-00503. MP. G. Vargas. De la providencia se resalta: “La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o ‘prejuzgamiento’ de la causa []. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia”.(Negrillas fuera del texto).”

Es este último aspecto el que permite evidenciar, a través de un ejercicio de ponderación¹³, entre, por un lado, los efectos de la suspensión pretendida por el demandante como medida cautelar, frente al principio¹⁴ de confianza legítima¹⁵, que la medida cautelar resulta improcedente e inadmisibles desde el punto de vista constitucional y de garantía de derechos.

Bastan las anteriores razones para negar la medida cautelar solicitada por el demandante.

En mérito de lo expuesto, el Juez Primero Administrativo del Circuito Judicial de Facatativá,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la medida cautelar solicitada por el demandante

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

-Firmado electrónicamente-
MAURICIO LEGARDA NARVÁEZ
JUEZ

-001-I-000-

Firmado Por:

ELKIN MAURICIO LEGARDA NARVAEZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 001 SIN SECCIONES ADMINISTRATIVO DE FACATATIVA

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:

74de0f387c7ee4ddf51656cee4a7e01a5dab1e3a2b91129904ef785ca5b80b4d

¹³ Cfr. Módulo de Formación Judicial de Interpretación Constitucional. D. López. VII Curso de Formación Judicial Inicial para Jueces y Magistrados. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2017.

¹⁴ Principios entendidos como mandatos de optimización, esto es, “normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas”. Derecho y Razón Práctica, R. Alexy. Ed. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. 2002. Pg. 9 y ss.

¹⁵ Cfr. Consejo de Estado, S4, sentencia de 26 sep. 2016. Exp. 11001-03-15-000-2016-00038-01(AC) MP. H. Bastidas.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado: 25269-33-33-001-2019-00227-00
DEMANDANTE: CRISTHIAN JAVIER GARCÉS BUENO
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – FUERZA AÉREA

Documento generado en 03/02/2021 10:33:46 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>