

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Magistrado: CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO

Villavicencio, dieciocho (18) de junio de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	PEDRO ENRIQUE UNDA FIAGA
DEMANDADO:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
RADICADO:	50001-23-33-000-2018-00343-00

I. AUTO

Decide el Despacho la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional solicitada, a través de apoderado judicial, por la parte demandante.

II. ANTECEDENTES

El señor PEDRO ENRIQUE UNDA FIAGA, mediante apoderado judicial, presenta demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, contra la CAJA DE RETIRO DE LA FUERZAS MILITARES (en adelante CREMIL), con el fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución No. 4013 del 18 de enero de 2018, y la Resolución No. 8543 del 22 de marzo de la misma anualidad, mediante los cuales se niega y se confirma, respectivamente, el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al demandante.

En el escrito de la demanda se solicitó decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de la resolución demandada (fls. 17 y 18).

La demanda se admitió en auto del 11 de diciembre de 2018 (fls. 245 y 246), mediante proveído del mismo día (fl. 246) se dispuso dar trámite a la solicitud de medida cautelar presentada, ordenando correr el traslado de que trata el artículo 233 del C.P.A.C.A.

Finalmente, a través del auto del 5 de febrero de 2019 (fol. 255), se admitió la reforma de la demanda y se negó la solicitud de adición respecto de la medida cautelar.

2. Medida cautelar solicitada¹

La parte actora, a través de apoderado judicial, en el escrito de la demanda solicitó expresamente:

¹ Folios 17 y 18

"1. ORDENAR la suspensión provisional de las resoluciones 4013 del 18 de enero de 2018 y 854R del 22 de marzo de 2013, proferidas por el Director General De La Caja De Retiro De Las Fuerzas Militares (CREMIL) por medio de la cual negó el reconocimiento de la asignación de retiro al Sargento Viceprimero PEDRO ENRIQUE UNDA FIAGA al considerar que no tiene el tiempo de servicio necesario para acceder al beneficio.

2. Como medida anticipativa y para garantizar la subsistencia de mi representado y su núcleo familiar, ruego a su despacho ORDENAR a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL) otorgar al Sargento Viceprimero PEDRO ENRIQUE UNDA FIAGA asignación de retiro según las partidas computables para pensión o asignación de retiro determinadas en la Hoja de Servicio Nro. 3-17389658 del 28 de julio de 2017, en forma temporal hasta tanto exista un pronunciamiento de fondo."

Se refirió en síntesis que el demandante laboró en el Ejército Nacional por más de 22 años en forma ininterrumpida y que prueba de ello son, entre otros, el extracto de hoja de vida No. 530252 que anexa con la demanda.

Concluye manifestando que la medida debe ser adoptada con el fin de evitar un perjuicio al demandante, quien al no contar "con un empleo estable por las dificultades que implica tener antecedentes penales, realizando esporádicamente labores de acarreo en una camioneta que adquirió a través de un crédito el cual se encuentra pagando, lo cual impone dificultad económica para velar por su núcleo familiar compuesto por su esposa FLOR MERCEDEZ NARANJO VELOZA identificada con la C.C. 60.375.795 de ocupación ama de casa, quien depende económicamente del señor UNDA FIAGA en razón a que se encuentra diagnosticada hace 8 años con fibromialgia (trastorno musculoesquelético) que no le permite laborar, así como su hijo DANIEL ENRIQUE UNDA NARANJO de ocupación estudiante universitario y ALEX SANTIAGO UNDA NARANJO, menor de edad estudiante de bachillerato, debiendo costear su padre los gastos de matrícula y sostenimiento."

3. Traslado de la solicitud de la medida

De conformidad con lo establecido en el artículo 233 del CPACA, se corrió traslado de la medida cautelar solicitada, oportunidad que aprovechó la parte demandada para manifestar su desacuerdo (fols. 262-309).

El apoderado judicial de CREMIL, sostiene que en el expediente prestacional del demandante consta que el militar fue retirado del servicio por "SEPARACIÓN ABSOLUTA", con un tiempo de servicio de 19 años, 4 meses y 19 días, razón por la cual no cumple con los requisitos establecidos para efectos del reconocimiento de asignación de retiro, según el artículo primero del Decreto 0991 de 2015.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Le asiste competencia a esta corporación para resolver sobre la solicitud de medida cautelar, observando de una parte lo previsto en el Título XI de la Ley 1437 de 2011,

Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Expediente:	50001 23 33 000 2018 00343 00
Auto:	Resuelve Medida Cautelar
EAMC	

destinado a las Medidas Cautelares, particularmente en los artículos 229, 230, 233 y 234 que atribuyen el trámite al Juez o Magistrado Ponente.

2. De las medidas cautelares

Las medidas cautelares dentro del proceso contencioso administrativo se encuentran previstas y reguladas en los artículos 229 y siguientes del C.P.A.C.A., y se constituyen en un instrumento de la garantía efectiva y material de acceso a la administración de justicia que busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción en procura de solucionar una determinada controversia².

El artículo 230 *ibídem*, enumera las posibles medidas que pueden adoptarse, entre las que se encuentran cautelas negativas y positivas; la cautela negativa, por excelencia, es la suspensión provisional, cuando el objeto de control es un acto administrativo; las cautelas positivas operan cuando el litigio versa sobre la inactividad o las actuaciones de la Administración: hechos u operaciones administrativas y, dichas cautelas son de tipo preventivo, conservativo y anticipativo³.

Las medidas cautelares preventivas tienen por finalidad evitar que se configure un perjuicio o se vulneren los derechos del demandante, por su parte, las medidas conservativas buscan preservar la situación previa al conflicto hasta que se profiera la sentencia; finalmente, las medidas anticipativas, que adelantan algunos efectos de la sentencia, buscan restablecer la situación al estado en el que se encontraba antes de que ocurriera la conducta amenazante o vulnerante.

Una de tales medidas cautelares es la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, que se reconoce como una excepción a la presunción de legalidad que ampara las decisiones de la administración, en los eventos de infringir las normas superiores en que deben fundarse. En efecto, la suspensión provisional, es una medida cautelar en virtud de la cual, pueden suspenderse transitoriamente los efectos de un acto administrativo.

Dicha medida cautelar encuentra soporte constitucional en el artículo 238, que establece:

"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".

Frente a los requisitos para que proceda la suspensión del acto administrativo acusado, el artículo 231 de del C.P.A.C.A., establece:

"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

² Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente No. 2015-00022, providencia de 13 de mayo de 2015.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero ponente: Stella Jeannette Carvajal Basto, 17 de febrero de 2017, Radicación: 11001-03-27-000-2015-00045-00 (21849)

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.

(...)" (Destacado por el Despacho).

En tal sentido, la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la respectiva solicitud, "*cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud*", encuentra su fundamento en la necesidad de proteger provisionalmente la legalidad, hasta tanto se profiera una decisión definitiva.

Respecto a los criterios que han de ser tenidos en cuenta al momento de estudiar una solicitud de medida cautelar, la Sala Plena del Consejo de Estado en providencia de 17 de marzo de 2015⁴, señaló:

*"(...) La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en el *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. El primero, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la posible existencia de un derecho. El segundo, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho.*

(...)

"Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una valoración del acto acusado que comúnmente se ha llamado valoración inicial, y que implica una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2° del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no constituye prejuzgamiento, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final (...)"
(Destacado por el Despacho).

Lo anterior significa que el director del proceso debe realizar un análisis inicial de su legalidad para determinar si se ajusta a las normas superiores invocadas como violadas.

⁴ Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Expediente núm. 2014-03799.

Ahora bien, si la petición fue acompañada con pruebas, también tendrá la carga de analizarlas para adoptar la decisión que en derecho corresponda.

3. Caso concreto

Como ya se advirtió en precedencia, la parte demandante solicita la suspensión provisional de los siguientes actos administrativos:

- (i) De la Resolución No. 4013 del 18 de enero de 2018, por medio de la cual se niega el reconocimiento y pago de la Asignación de Retiro;
- (ii) De la Resolución No. 8543 de 22 de marzo de 2018, por medio de la cual se confirmó la decisión anterior.

Lo anterior, con fundamento en que se violan los artículos 2, 6, 16, 25, 29, 125, 150, 188, 189 y 228 de la Constitución Nacional, el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, el artículo 2, 3 y 5 de la Ley Marco 923 de 2004, la Ley 991 de 2015 y el Decreto 4433 de 2004, según lo señalado en el acápite "C. DISPOSICIONES QUEBRANTADAS" contenido en la demanda⁵.

Ahora bien, en primer lugar deberá analizarse si en el presente asunto se cumple con los requisitos previstos en el inciso primero del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, particularmente en cuanto a si la parte demandante demostró al menos sumariamente la existencia del daño, ello teniendo en cuenta que a la demanda de nulidad se acumula la pretensión de restablecimiento del derecho.

En efecto, de acuerdo a la sustentación de la solicitud de suspensión provisional aquí estudiada, la parte demandante sostiene que con la existencia de los actos impugnados, se ha causado un perjuicio y la no suspensión de los mismos agravaría su situación económica.

En este punto, ha de indicar el Despacho que con la solicitud de medida cautelar en realidad se está planteando es la violación de las normas invocadas, no obstante, por ninguna parte se prueba al menos sumariamente la existencia de los perjuicios alegados.

Advierte el Despacho, que el apoderado de la parte demandante únicamente se limita a afirmar que con la existencia de los actos administrativos demandados se está generando un perjuicio, indicando que el señor PEDRO ENRIQUE UNDA FIAGA no cuenta con un empleo estable, que su esposa depende económicamente de sus ingresos en razón a que hace 8 años fue diagnosticada con fibromialgia, condición que no le permite laborar, que uno de sus hijos es estudiante universitario y el otro es menor de edad y estudiante de bachillerato.

Sin embargo, en el plenario se evidenció lo siguiente: i) que el demandante realiza labores de acarreo, actividad económica que le genera un ingreso promedio mensual equivalente a la suma de \$2.000.000 a \$2.500.000, según su declaración jurada que obra a folio 180, ii) no se encuentra acreditado si la condición de enfermedad de la esposa es de carácter

⁵ Folio 5

permanente, iii) que uno de sus hijos es mayor de edad por lo que ya tiene capacidad para laborar⁶, y iv) no se encuentra acreditado que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, por lo que se desconoce si su hijo mayor de edad, sus padres, sus abuelos o sus hermanos le prestan ayuda económica.

Visto lo anterior, el Despacho considera que el demandante no logra comprobar la existencia de un perjuicio, ya que es posible que afronte adecuadamente sus gastos personales y los de su familia, debido a sus propios ingresos y al apoyo familiar (hijo mayor de edad, padres, hermanos, abuelos), los que garantizan el mínimo vital hasta tanto esta Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se pronuncie acerca de sus las pretensiones.

Por consiguiente, en este caso no se observa fundamento suficiente a su petición de medida cautelar, ni aporta elementos de prueba que demuestren que de no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, dicho de otra manera, tal como está la solicitud de la medida cautelar no puede concluirse a primera vista en esta etapa procesal, con los límites que la misma impone, y con la mera afirmación del accionante, que se presenta un perjuicio irremediable.

De lo anterior se evidencia que no se ha acreditado el requisito exigido por el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, en tanto no fue probado que ante la negativa del decreto de la medida cautelar se cause un perjuicio irremediable frente al derecho que se pretende restablecer o que exista fundamento alguno del cual se pueda sustentar el decreto de la medida, ya que como bien lo señala el artículo referido, deberán ser probados al menos de forma sumaria.

En efecto, la Corte Constitucional⁷ ha precisado que no toda circunstancia contraria al goce efectivo de derechos o prerrogativas del individuo configura un perjuicio irremediable, sino que sólo algunas situaciones cualificadas adquieren esa entidad; de esta manera, en primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder, esto exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño.

En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica.

En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso.

En ese orden, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.

⁶ Ver Registro civil de nacimiento folio 177.

⁷ Corte Constitucional. Sentencias: T-225/93, T-789/00, T-803/02, /-882/02, T-922/02 y T-1125/04

Así las cosas, se reitera, no existe prueba, ni siquiera sumaria, que permita predicar la configuración de un perjuicio irremediable en el presente asunto, máxime si se tiene en cuenta que el demandante actualmente percibe ingresos de hasta \$2.500.000, en consecuencia, se negará la medida cautelar.

De otro lado, respecto del argumento relacionado con el tiempo de servicio y la legislación aplicable para el reconocimiento de la asignación de retiro en el *sub lite*, cabe señalar que aunque el demandante manifiesta haber laborado por más de 22 años y que a su caso debe aplicarse lo establecido en el Decreto 1211 de 1990, que exige 15 años de servicio para tal efecto, lo cierto es que el acto administrativo demandado da cuenta que el tiempo de servicio fue de 19 años, 4 meses y 19 días y que conforme a lo dispuesto en el Decreto 0991 de 2015, el señor UNDA FIAGA no tendría derecho a la asignación de retiro, pues dicha norma establece que el tiempo mínimo de servicio es de 20 años, razón por la que en este momento procesal no existe apariencia de buen derecho.

Bajo tales consideraciones, se tiene que de la sola confrontación de las normas invocadas y las pruebas arrimadas no se puede llegar a la convicción de su violación que haga procedente la medida cautelar solicitada, pues deberán efectuarse interpretaciones y consideraciones adicionales, las cuales en esta etapa procesal no se encuentran permitidas, de manera que en este momento procesal no puede derivarse, sin interpretaciones propias de la sentencia, la procedencia de la medida cautelar solicitada.

Por lo anterior, encuentra el Despacho que la solicitud presentada por la parte demandante amerita que se continúe con el trámite del proceso y la Corporación al pronunciarse de fondo dirima lo aquí pedido. En consecuencia, se negará la medida cautelar.

Finalmente, en vista de que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL confirió poder, en debida forma, habrá de reconocerse personería para actuar en los términos y con las facultades conferidas (fols. 327-334).

En mérito de lo expuesto, este Despacho del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META:

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: RECONOCER personería al abogado RICARDO MAURICIO BARÓN RAMIREZ para representar a la parte demandada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL en los términos del poder conferido, visible a folios 327-334.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO

Magistrado

Medio de control:
Expediente:
Auto:
EAMC

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
50001 23 33 000 2018 00343 00
Resuelve Medida Cautelar