

Arauca, Arauca, 08 de noviembre de 2023

Asunto : **Auto se pronuncia sobre medida cautelar**
Radicado : 81001-3333-003-2023-00081-00
Demandante : Indira Luz Barrios Guarnizo
Demandado : Nación – Ministerio del Interior
Vinculado : Wilinton Rodríguez Benavidez
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Procede el despacho a pronunciarse sobre la solicitud de medida cautelar presentada por la parte demandante.

I. ANTECEDENTES

1.1. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y actuando a través de apoderado, INDIRA LUZ BARRIOS GUARNIZO formuló demanda contra la Nación – Ministerio del Interior, pretendiendo la nulidad del Decreto No. 2593 de 23 de diciembre de 2022 *«Por el cual se declara la vacancia definitiva por abandono del cargo de la gobernadora encargada del departamento de Arauca»*, y del Decreto No. 0033 de 12 de enero de 2023 *«Por el cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra del Decreto No. 2593 de 23 de diciembre de 2022, mediante el cual se declaró la vacancia definitiva por abandono del cargo de la gobernadora encargada del departamento de Arauca»*. Igualmente, presentó solicitud de medida cautelar.

1.2. Solicita la parte demandante que se decrete como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados, antes referidos, se reintegre a la demandante al cargo de gobernadora encargada del departamento de Arauca, y se restituya el derecho a devengar su salario.

II. FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

Sustenta su solicitud en una presunta violación de los artículos 1, 3, 6, 29, 40, 53, 93, 121, 122, 238, 277 numeral 1, 287, 298 y 303 de la Constitución Política, artículo 8.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Ley 16 de 1972), artículos 40, 47, 48, 49 y 88 de la Ley 1437 de 2011, artículos 117, 127, 128 y 135 de la Ley 2200 de 2022, artículo 2.2.5.5.4 del Decreto 648 de 2017 y el Decreto 1083 de 2015.

Refiere que se vulneraron sus derechos políticos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, a través del acceso al desempeño de funciones y cargos públicos.

Expone que el Gobierno no tiene la facultad de realizar control de legalidad de actos administrativos ni de desconocer su presunción de legalidad, lo cual ocurrió pues solo considerando ilegales los actos administrativos mediante los cuales se concedió una licencia ordinaria y un permiso a la gobernadora encargada, se podría estructurar el abandono del cargo. Afirmar que la revocatoria directa de tales actos estaría en cabeza de la Gobernación de Arauca, y la suspensión o anulación de los mismos solo compete al Tribunal Administrativo de Arauca y al Consejo de Estado en primera y segunda instancia, respectivamente.

En cuanto a la regulación contenida en el artículo 117 de la Ley 2200 de 2022, refiere que su sentido es que, cuando la salida del país por parte del gobernador sea en misión oficial, es decir, en ejercicio de sus funciones, este debe solicitar permiso o licencia remunerada o no remunerada. Entonces, se aplica solo cuando la salida del país es en cumplimiento de funciones, y citó como soportes salvamento y aclaración de voto a la sentencia de 20 de abril de 2023, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en la acción de tutela radicado 11001-03-15-000-2023-00136-00. Señala que en el presente caso, existían los actos administrativos de licencia y de permiso, y la salida del país no fue en misión oficial.

Expresa que el trámite de declaratoria de abandono del cargo es de tipo sancionatorio, y por tanto deben aplicarse las garantías del debido proceso correspondientes a los procesos disciplinarios, no analizándose solo el aspecto objetivo. Al respecto, se refiere a 5 interpretaciones en relación a la competencia para conceder licencias ordinarias a los Gobernadores para salir del país.

Afirma que se desconoció el principio «*pro homine*», en virtud del cual la interpretación normativa debe realizarse de forma extensiva en materia de protección de derechos, y de manera limitada en casos de restricción permanente al ejercicio de derechos. En estos últimos supuestos, además, la interpretación no puede usar criterios extensivos o analógicos.

Manifiesta que vulneró el debido proceso la negativa de los medios probatorios solicitados por la defensa, solo se tuvieron en cuenta los presentados en la queja y los decretados dentro del trámite administrativo, con lo cual se negó el debate probatorio y únicamente se pudo realizar contradicción argumentativa. Las pruebas solicitadas eran conducentes, pertinentes y útiles, y pretendían demostrar la buena fe de la servidora pública, la ausencia de dolo, de culpa, de antijuridicidad y de ilicitud sustancial. Aunque se afirmó que el asunto era de puro derecho, con base en lo cual negaron las pruebas solicitadas, en el Decreto 2305 de 2022 se decretaron pruebas de oficio.

Trae a colación múltiples sentencias de la Corte Constitucional sobre el debido proceso, el deber de respetarlo en toda actuación judicial y administrativa, sus características y los principios que garantiza.

Se refiere al procedimiento administrativo sancionatorio regulado por el CPACA, y al respecto transcribe los artículos que regulan su inicio, formulación de cargos, presentación de descargos y petición de pruebas, período probatorio y de alegatos de conclusión, y contenido de la decisión. De dichas etapas, se centra en los alegatos de conclusión, afirmando que a través de ellos las partes expresan el análisis realizado sobre los hechos, normas y pruebas practicadas, ponen de presentes sus conclusiones respecto al proceso y constituyen una manifestación de la contradicción probatoria.

Finalmente, afirma que la solicitud de medida cautelar tiene apariencia de buen derecho según la argumentación expuesta en el memorial, busca que no se vulneren los derechos de la demandante, la infracción normativa se evidencia de la sola confrontación entre los actos demandados y las normas superiores, y los actos materializan la violación del ejercicio de derechos políticos.

III. TRÁMITE

En cumplimiento al artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en auto de 15 de junio de 2023, el Juzgado Tercero Administrativo de Arauca ordenó el traslado de la solicitud de medida cautelar a la

parte demandada, y concedió el término de 5 días para su pronunciamiento. Posteriormente, en auto de 30 de junio de 2023 adicionó la anterior providencia, y ordenó el traslado al vinculado de la solicitud de medida cautelar, por el mismo término de 5 días.

IV. PRONUNCIAMIENTOS FRENTE A LA SOLICITUD

4.1. Nación – Ministerio del Interior

Al descorrer el traslado de la medida, la entidad demandada sostuvo que el trámite administrativo de la declaratoria de vacancia por abandono injustificado del cargo no es un procedimiento sancionatorio, y sobre el tema se ha referido la doctrina, la Corte Constitucional y la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Resaltó de la sentencia C-1189 de 2005, que la Corte Constitucional precisó que dicha decisión administrativa no constituye una medida sancionatoria, no tiene una proyección disciplinaria, sino es una medida administrativa consecuente con los principios de la función pública consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política. En cuanto a la posición de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, trajo a colación concepto de 23 de noviembre de 2022, en el que se señaló que la declaratoria de abandono del cargo no es una sanción contra el servidor público, y debe adelantarse un procedimiento breve y sumario respetuoso del debido proceso.

Relacionó el trámite surtido por el Ministerio del Interior dentro del procedimiento adelantado, y señaló que en este fue garantizado el debido proceso, pues se surtió según la normatividad que regula el tema. Además, resaltó que la servidora pública no formuló solicitud de nulidad contra la actuación con anterioridad a la expedición del Decreto 033 de 2023, siendo que opera el principio de preclusividad en materia de nulidades, y solo al finalizar el procedimiento administrativo de abandono del cargo presentó solicitud de nulidad cuestionando la competencia del Presidente de la República para expedir los actos administrativos, lo cual debió plantear durante la actuación.

Manifestó que no se presentó vulneración de la Constitución Política, pues para declarar la vacancia por abandono del cargo se debe realizar la comprobación objetiva de alguna de las causales que la configura, y manifestarlo a través de un acto administrativo particular. En cuanto a la facultad del Presidente de la República para adelantar el proceso, esto fue precisado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, según el cual corresponde a dicho funcionario conocer de dicho procedimiento contra gobernadores, por no estar expresamente atribuido a otra autoridad.

En cuanto a los requisitos de las medidas cautelares, su oposición se circunscribió al no cumplimiento de los contenidos en los numerales 3 y 4 del artículo 231, afirmando que no existe argumento ni prueba para realizar el juicio de ponderación de intereses entre la negativa y la concesión de la medida cautelar, y tampoco acreditación de la eventual causación de un perjuicio irremediable o que serían nugatorios los efectos de la sentencia.

4.2. Willinton Rodríguez Benavidez

El funcionario vinculado, al pronunciarse sobre la medida, afirmó que los actos administrativos demandados no vulneran las normas constitucionales invocadas por la parte demandante, no está prohibido al Presidente de la República declarar el abandono del cargo de los gobernadores ni existe norma sobre la forma en que deba surtir el procedimiento, siendo que por lo demás, la Sala de Consulta y

Servicio Civil del Consejo de Estado expidió concepto, conforme el cual se adelantó el procedimiento correspondiente.

Expresó que no se desconocieron las normas convencionales incoadas, la demandante estuvo asistida por apoderados, no se vulneró la presunción de inocencia, le fue corrido traslado de la queja, presentó su defensa, allegó pruebas y recurrió la decisión de abandono del cargo. Además, no se trató de un proceso sancionador ni disciplinario.

Refirió que el abandono del cargo no se decretó por las licencias y permisos concedidos por la gobernadora encargada, en los que no se mencionó la salida del país, sino por salir del país cuando no estaba en vacaciones, y sin tramitar permiso. Además, que no se vulneraron las normas de la Ley 2200 de 2022, pues consagran la consecuencia para el abandono del territorio nacional por 5 días consecutivos, y esta fue la aplicada en los actos demandados, los cuales, por otro lado, no se refieren al procedimiento para designar gobernador encargado por falta absoluta o suspensión.

Afirmó que no se advierte en este momento procesal la vulneración de las normas invocadas, que no se acreditó que a otros gobernadores se haya aplicado un tratamiento diferente, y su situación no es igual a la del Gobernador de Santander que se encontraba de vacaciones, y que solicita que le sean cancelados salarios los cuales no son pagados por el Presidente de la República sino por el respectivo departamento, el cual no fue citado como entidad demandada.

V. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Las medidas cautelares están previstas como un mecanismo para garantizar que, entre tanto se surte el proceso judicial, la situación sobre la cual versa el mismo no genere perjuicios a la parte demandante, o para evitar que una eventual decisión favorable a las pretensiones se torne inane.

La doctrina se refiere a ellas como «*actuaciones propias de un proceso*», y además precisa que son «*eminentemente instrumentales. Por sí mismas no tienen razón de ser. Dado su carácter asegurativo sólo se justifican cuando actúan en función de un proceso al cual acceden o accederán, debido a que el hecho de que se puedan practicar antes de iniciado un proceso no les quita la característica*»¹.

En consonancia con lo anterior y en materia constitucional, la Corte Constitucional ha precisado «*En nuestro régimen jurídico, las medidas cautelares están concebidas como un instrumento jurídico que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido (por ejemplo el cobro ejecutivo de créditos), impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho (secuestro preventivo en sucesiones) o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado.*

Las medidas cautelares a veces asumen el carácter de verdaderos procesos autónomos (vgr. separación de bienes, protección policiva a la posesión de hecho, etc.), cuando ellas constituyen precisamente la finalidad o el objetivo del mismo. Pero también, y ésta es la generalidad de los casos, dichas medidas son dependientes o accesorias a un proceso cuando su aplicación y vigencia está condicionada a la existencia de

¹ Hernán Fabio López Blanco. Código General del Proceso. Parte General. DUPRE Editores. Bogotá, 2016. p. 1077

éste, como ocurre en los casos del proceso ejecutivo, o en materia penal con el embargo y secuestro de bienes del imputado (C.P.P. art. 52)»². (Negrilla fuera del original).

Aunque existe posibilidad de practicar medidas cautelares extraprocesales, estas se dan en el curso de pruebas extraprocesales, en asuntos relacionados con violaciones a la propiedad intelectual, competencia desleal, y cuando expresamente una ley las permita, según lo establece el artículo 589 del CGP. Aún así, la medida no pierde su característica de instrumental, pues los incisos segundo y tercero del artículo 23 ibídem, en su orden, relacionan directamente a las medidas cautelares extraprocesales con el proceso al cual están destinadas, y prevén que el solicitante de la medida cuenta con 20 días siguientes a la práctica de esta para presentar la respectiva demanda, so pena que sea levantada de inmediato.

En el área contencioso administrativa, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo destina un capítulo a la figura jurídico-procesal de las medidas cautelares. Así, el artículo 229 prevé que, en todos los procesos declarativos de competencia de la jurisdicción, antes de notificarse el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, pueden decretarse las medidas cautelares necesarias para garantizar de manera provisional el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Dentro de las posibles medidas a adoptar, las cuales pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, se encuentra la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos (numeral 3, artículo 230 ibídem).

En cuanto a su trámite, se prevé que:

«ARTÍCULO 233. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES. *La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.*

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella (...).

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción (...).

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte (...)» (negrilla fuera del original).

La norma parcialmente transcrita y los apartes resaltados, así como la previsión del artículo 230 ibídem que exige que las medidas cautelares tengan relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda, evidencian que en asuntos contencioso administrativos las medidas cautelares están supeditadas indefectiblemente a un proceso judicial. En el caso de aquellas que se solicitan desde la radicación del medio de control, su traslado se corre al momento de admisión de la demanda, es decir, subordina el inicio del trámite correspondiente a la medida, a la admisión del asunto puesto en conocimiento del órgano judicial. Frente a las demás oportunidades de solicitud de la medida, es más que claro que se dan dentro del curso del proceso.

Por otro lado, aun cuando el artículo 234 siguiente regula las medidas cautelares de urgencia, también estas están adheridas a la presentación de una demanda judicial,

² Corte Constitucional, sentencia C-054 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell. Reiterada en sentencia C-840 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería

la diferencia con las denominadas medidas cautelares ordinarias estriba en que es posible obviar el trámite previsto en el citado artículo 233.

En este punto se retoma lo tratado en párrafos anteriores, concerniente al objetivo de las medidas cautelares, que es propender por la integridad del derecho que se controvierte, entre tanto se adelanta el trámite procesal correspondiente.

En el presente asunto, en auto de la presente fecha se resolvieron los recursos de reposición presentados por la entidad demandada y por el vinculado, contra el auto admisorio de fecha 15 de junio de 2023, resolviéndose reponer dicha providencia y, en consecuencia, rechazar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial, según las motivaciones expuestas en dicha decisión.

En consonancia con lo allí dispuesto, se exige concluir frente a la medida cautelar pretendida, que lo procedente será negar la misma, en razón a que la demanda en virtud de la cual fue solicitada ha sido rechazada. Si bien dicha decisión fue recientemente adoptada, y no se encuentra en firme, es evidente que no hay lugar a decretar una medida cautelar en el marco de un asunto que, a juicio del Despacho, no tiene vocación de prosperidad por lo ya referido en relación a su rechazo. Por otra parte, tampoco es pertinente supeditar la decisión sobre la medida cautelar a la ejecutoriedad del auto de rechazo de la demanda, por cuanto, se reitera, la medida se subordina al trámite del proceso judicial.

De conformidad con lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo de Arauca

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados Decreto No. 2593 de 23 de diciembre de 2022 *«Por el cual se declara la vacancia definitiva por abandono del cargo de la gobernadora encargada del departamento de Arauca»*, y del Decreto No. 0033 de 12 de enero de 2023 *«Por el cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra del Decreto No. 2593 de 23 de diciembre de 2022, mediante el cual se declaró la vacancia definitiva por abandono del cargo de la gobernadora encargada del departamento de Arauca»*, solicitada por la parte demandante, de conformidad con lo considerado en la parte motiva.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente decisión a las partes y a la Agente del Ministerio Público delegada para actuar ante este Despacho.

CUARTO: En firme esta providencia, **ARCHIVAR** las presentes diligencias, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firmado en la plataforma SAMAI)

ELIANA MARCELA SEPÚLVEDA BAYONA
Jueza