



**JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE
SINCELEJO**

Sincelejo, diecinueve (19) de febrero de dos mil veinte (2020)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación N° 70- 001-33-33-003-**2019-00230-00**
Demandante: Ana Edith Ortega Torres.
Demandado: E.S.E. Unidad San Francisco de Asís de
Sincelejo.
Asunto: Medida Cautelar.

SOLICITUD.

Procede el despacho, previo traslado a la parte demandada¹, a resolver solicitud de medida cautelar presentada por el apoderado de la parte demandante referente a la suspensión provisional de los efectos de la Resolución N° 0000537 del 28 de diciembre de 2018², expedida por la Gerente de la E.S.E. Unidad San Francisco de Asís de Sincelejo, por medio de la cual se declaró insubsistente del cargo que venía desempeñando a la señora Ana Edith Ortega Torres, como Auxiliar de Enfermería.

ANTECEDENTES.

Dentro de la presente actuación, se tiene que el 25 de junio de 2019³, la parte demandante, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la ESE Unidad San Francisco de Asís de Sincelejo, a fin de obtener la nulidad de la Resolución N° 0000537 del 28 de diciembre de 2018⁴, por medio de la cual se declaró insubsistente del cargo que venía desempeñando la accionante como Auxiliar de Enfermería; y de la Resolución N° 000199 del 8 de marzo de 2019⁵, expedida por la Gerente de la E.S.E. Unidad San Francisco de Asís de Sincelejo, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición y en subsidio de apelación elevado contra la Resolución N° 0000537 del 28 de diciembre de 2018⁶.

De igual forma elevó solicitud de suspensión provisional de los efectos de la Resolución N° 0000537 del 28 de diciembre de 2018⁷; y de la Resolución N° 000199 del 8 de marzo de 2019⁸, expedidas por la Gerente de la E.S.E. Unidad San Francisco de Asís de Sincelejo.

¹ Folio 8 cuaderno de medidas cautelares.

² Folio 176 - 182 del expediente.

³ Folio 58 del expediente.

⁴ Folio 176 - 182 del expediente.

⁵ Folio 23 - 24 del expediente.

⁶ Folio 176 - 182 del expediente.

⁷ Folio 176 - 182 del expediente.

⁸ Folio 23 - 24 del expediente.

La demanda fue admitida a través de auto del 26 de julio de 2019⁹, y fue debidamente notificada a las partes el 12 de septiembre de 2017¹⁰, se ordenó traslado de la medida cautelar en providencia de la misma fecha¹¹.

El 14 de agosto de 2019¹², la entidad demandada E.S.E. Unidad de Salud San Francisco de Asís de Sincelejo, emitió pronunciamiento sobre la medida de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados, elevada por la parte actora.

2. CONSIDERACIONES

La Constitución Política faculta a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para 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, en el artículo 238.

Por su parte, el Código de Procedimiento Administrativo y lo Contencioso Administrativo, contenido en la Ley 1437 de 2011, contempla la figura procesal de las medidas cautelares, señalando en el artículo 229 de dicha normatividad que en todos los procesos declarativos que se adelanten en sede contenciosa administrativa, antes de ser notificado el auto admisorio o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, el juez o magistrado ponente podrá 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.**

El artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, enlista como una de las medidas cautelativas que puede adoptar el Juez Administrativo, a la suspensión provisional de los efectos que esté produciendo el acto impugnado, permitiéndole al juez de lo contencioso resolver con mayor amplitud –en relación con el análisis de la solicitud- respecto de la forma como operaba la figura de la suspensión provisional en el Código Contencioso Administrativo; sin que al resolverla se traduzca en el desafuero del juez¹³, aclarando claro está, que en manera alguna puede considerarse prejuzgamiento la decisión que el juez de lo contencioso administrativo adopte frente a solicitudes de medidas cautelares.

Frente a los requisitos, el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 dispone que ha de estarse al tipo de medida a adoptar, particularmente, indicando que:

"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

⁹ Folio 115 del expediente.

¹⁰ Folio 118 - 120 del expediente.

¹¹ Folio 8 cuaderno de medidas cautelares.

¹² Folio 11 - 33 del cuaderno de medidas cautelares.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección "A", consejero ponente: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera, providencia del 25 de noviembre de 2015, por medio de la cual se decidió los recursos de súplica contra el auto del 3 de septiembre de 2014, dictado por el magistrado conductor del proceso radicado al número 11001-03-26-000-2013-00162-00 (49150). Demandado: La Nación – Presidencia de la República – Ministerio de Minas y Energía.

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.

Sobre este particular punto, es necesario precisar que por la especialidad que predica el estudio y análisis de la suspensión provisional de los actos acusados cuando su pretensión principal es declarar la nulidad de éstos, **se deben acreditar los presupuestos enunciados taxativamente para esta medida, los cuales se reflejan en el inciso 1º de la citada norma**, lo que significa, que entratándose de los demás requisitos que se señalan en el mencionado artículo, recaen para las demás que se incorporaron en el nuevo estatuto de lo contencioso administrativo.

Esta reflexión se encuentra acorde con las providencias de la Sección Quinta, Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado que han desatado solicitudes de suspensión provisional de actos administrativos dentro del medio de control de nulidad electoral¹⁴, como también con el citado capítulo de "el régimen de las medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011", del documento denominado "Instituciones del Derecho Administrativo en el Nuevo Código – Una Mirada a la Luz de la Ley 1437 de 2011"¹⁵.

En pronunciamiento de la Sección Tercera - Subsección "A" del Consejo de Estado, se explicó que de la norma transcrita se deducen como requisitos para la procedencia de la suspensión provisional, que: i) sea solicitada por el demandante, ii) exista una violación que "surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del

¹⁴ Ver Auto del 13 de septiembre de 2012, proferido dentro del proceso radicado 11001-03-28-000-2012-00042-00, M. P. Dra. Susana Buitrago Valencia, y el auto de 4 de octubre del mismo año, expedido en el proceso con radicado 11001-03-28-000-2012-00043-00 de la misma consejera.

¹⁵ "(...) Los requisitos para decretar las medidas cautelares fueron señalados en el artículo 231 del CPA y CA, estableciendo diferencias dependiendo de si se trata de demandas en las que se pretenda la nulidad de los actos administrativos o de las que se promuevan en ejercicio de los demás medios de control de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Para decretar la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la respectiva solicitud se exige: (i) Que la violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación directa con las normas superiores invocadas como vulneradas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud y (ii) tratándose de demandas de nulidad con restablecimiento del derecho, deberá probarse, al menos sumariamente, la existencia de los perjuicios cuya indemnización se reclama.

(...)"(Subrayas y negrillas fuera de texto)

estudio de las pruebas allegadas con la solicitud" y iii) **si se trata del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se acrediten, al menos de manera sumaria, los perjuicios que se alegan como causados por los actores**¹⁶.

Asimismo, en auto del 28 de mayo de 2015, el H. Consejo de Estado, manifestó:

*"La suspensión provisional es una medida cautelar que busca suspender los efectos jurídicos generados por la fuerza ejecutoria y ejecutiva que revisten al acto administrativo que se demanda, y tiene por objeto velar por la "protección de los derechos subjetivos o colectivos que se pueden ver conculcados con los efectos del acto o los actos administrativos cuya constitucionalidad o legalidad se cuestiona". A su vez, es una figura jurídica consagrada en el artículo 152 del C.C.A., en donde se establece que los requisitos para su procedencia -los cuales deben ser cumplidos estrictamente- son los siguientes: 1º) Que la medida se solicite y sustente expresamente en el mismo texto de la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida. 2º) Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud; 3º) Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado está causando o podría causar al actor. De conformidad con lo anterior, es menester la existencia manifiesta de la trasgresión del ordenamiento normativo superior por parte del acto administrativo demandado"*¹⁷

Así pues, de las anteriores normas se puede extraer los siguientes requisitos o condiciones para el decreto de la medida:

1. La medida debe buscar proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, es decir, de este aparte se desprende lo discutido en el proceso debe estar en juego o poner en peligro el derecho, no de forma hipotética, sino con fundamentos razonables de donde se puedan inferir.
2. En tratándose de suspensión provisional, la confrontación entre el acto y la norma superior, debe realizarse de una forma amplia, eliminándose en este punto el requisito consagrado en las normas anteriores de la violación flagrante o evidente, por lo que el juez en este punto, cuenta con un mayor margen de interpretación y valoración de la violación pretendida.
3. Igualmente, cuando se pida la suspensión provisional y en el proceso se introduzcan pretensiones de restablecimiento o indemnización, el aparte final del inciso 1 del artículo 231 en concordancia los numerales 1, 2, 3

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección "A", consejero ponente: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera, providencia del 25 de noviembre de 2015, por medio de la cual se decidió los recursos de súplica contra el auto del 3 de septiembre de 2014, dictado por el magistrado conductor del proceso radicado al número 11001-03-26-000-2013-00162-00 (49150). Demandado: La Nación – Presidencia de la República – Ministerio de Minas y Energía.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección B. Expediente No. 44001-23-31-000-2012-00059-01(47605). CP. Danilo Rojas B.

y 4, es claro en imponer una carga a quien solicita la medida, de probar sumariamente la existencia del perjuicio o del derecho vulnerado que se pretende restablecer, **es decir, que de no suspenderse se causa un perjuicio irremediable.**

Así las cosas, en voces de la jurisprudencia del Órgano de Cierre de esta Jurisdicción¹⁸, se concluye, que la parte que pretenda la suspensión provisional de un acto administrativo, corre con la responsabilidad de fundamentar la medida, con la suficiente carga argumentativa y fuerza probatoria para convencer al operador judicial de la contrariedad del acto acusado frente al ordenamiento jurídico superior en el que debe fundarse.

El doctrinante Juan Ángel Palacio Hincapié¹⁹ define la suspensión provisional como el mecanismo a través del cual se solicita al juez administrativo la suspensión de la aplicación de un acto administrativo hasta tanto resuelva de fondo la controversia que se le plantea sobre su legalidad. Rescata el hecho de que la medida tiene consagración constitucional en el artículo 238 Superior, facultando para adoptarla a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y sobre su regulación en la Ley 1437 de 2011, refiere:

"La suspensión provisional es una medida cautelar que en el CPACA fue innovada en su redacción para facultar su procedencia. En el C.C.A anterior la suspensión provisional requería de un trámite previo, sumario y formalista. Se caracterizaba porque el juez para decretarla no podía acudir a silogismos y análisis profundos para llegar a la conclusión de que un acto infringe una norma superior. En la nueva redacción, por el contrario (sic), el juez puede y debe hacer los estudios necesarios, si es el caso, para llegar a la conclusión de suspender. (...) Eso significa que el juez debe hacer la valoración probatoria que le permita llegar a la deducción de la contradicción de las normas, salvo que tal contradicción de las normas se aprecie directamente de la confrontación del texto del acto con la norma superior invocada."

CASO CONCRETO

El apoderado de la parte demandante, solicita se decrete como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos de la Resolución N° 0000537 del 28 de diciembre de 2018²⁰, expedida por la Gerente de la E.S.E. Unidad San Francisco de Asís de Sincelejo, por medio de la cual se declaró insubsistente del cargo que venía desempeñando la accionante como Auxiliar de Enfermería; y de la Resolución N° 000199 del 8 de marzo de 2019²¹, expedida por la Gerente de la E.S.E. Unidad San Francisco de Asís de Sincelejo, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición y en subsidio de apelación elevado contra la Resolución N° 0000537 del 28 de diciembre de 2018²².

Como fundamento de su solicitud sostiene que la demandante es una persona que ostenta la calidad de prepensionada, es madre cabeza de familia y padece

¹⁸ Ver reiteración jurisprudencial, CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO .SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ Auto del 31 de enero de 2017.

¹⁹ HINCAPIÉ PALACIO, Juan Ángel. "Derecho Procesal Administrativo", Octava Edición 2013, Ed. Librería Jurídica Sánchez. Pág. 856.

²⁰ Folio 176 - 182 del expediente.

²¹ Folio 23 - 24 del expediente.

²² Folio 176 - 182 del expediente.

de Varicetomia en su pierna izquierda y glaucoma (sic) en sus ojos, sin más alterativas económicas para sobrevivir que el salario que percibía de su empleo.

Expresa que a pesar que la accionante en una empleada nombrada en provisionalidad, que ostenta una estabilidad relativa, pertenece a un grupo de especial protección que obligan a la entidad demandada a brindarle un trato diferencial, por lo que no era procedente su declaratoria de insubsistencia.

Por su parte la entidad demandada manifestó que, en el presente caso era procedente efectuar la desvinculación de la actora, a pesar de su condición de pre pensionada y madre cabeza de familia, toda vez que tal decisión administrativa obedeció a la provisión del cargo de carrera que ocupaba en provisionalidad con el nombramiento en periodo de prueba de quien integraba la respectiva lista de elegibles elaborada por la Comisión Nacional de Servicio Civil y conformada de acuerdo a los parámetros establecidos en la convocatoria N° 426 de 2016.

Indica que no resulta cierto que con los actos administrativos demandados se le haya afectado a la demandante sus derechos al debido proceso, estabilidad laboral de la familia, respeto de derechos adquiridos y mucho menos se deba proceder a reintegrarla, pues ello implicaría dejar sin efectos no solo la Resolución por medio de la cual se declaró insubsistente, sino de igual forma aquel por medio del cual se nombró en su remplazo a quien por el mérito mostrado tenía derecho a ser nombrado en periodo de prueba.

Afirma que, los actos administrativos atacados están investidos de legalidad, sobre todo el de insubsistencia, pues esta obedeció a una razón objetiva como lo fue nombrar en periodo de prueba a la persona que conformaba la lista de elegibles del cargo que ejercía la actora.

Refiere que, la entidad demandada, de conformidad con la sentencia SU-446/2011, estudió la posibilidad de reincorporarla provisionalmente en un cargo de igual o equivalente categoría al que venía desempeñando, pero ello no fue posible, toda vez que no había vacantes disponibles, sobre todo en el cargo que esta ocupaba, pues se presentó la situación de que el número de aspirantes por lista de elegibles fue superior las vacantes ofertadas.

Hecha la anterior delimitación, corresponde determinar si el acto administrativo enjuiciado desconoce los preceptos normativos informados por la parte demandante y que den lugar al decreto de la medida de suspensión provisional solicitada.

Pues bien confrontada la solicitud y en valoración inicial que dicho sea de paso, conforme la regulación normativa referida a medidas cautelares citadas en acápite previo, no implican prejuzgamiento, estima este operador judicial que no se reúnen en este estadio procesal, los requisitos para el decreto de la suspensión provisional peticionada.

Frente al caso bajo examen, se tiene que la actora alega en su demanda como norma violada los artículos 1, 6, 7, 12, 25, 26, 42 y 53 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 27 de la Ley 909 de 2004.

Efectuado el análisis de confrontación del acto demandado con las precitadas disposiciones citadas por el apoderado de la actora, se considera que no es posible en esta incipiente etapa procesal, determinar que las decisiones administrativas enjuiciadas violen las normas jurídicas contenidas en los artículos 1, 6, 7, 12, 25, 26, 42 y 53 de la Constitución Política de Colombia y en el artículo 27 de la Ley 909 de 2004, pues será necesario que en las etapas procesales pertinentes, se logre establecer con grado de certeza si efectivamente la demandante cumplía una condición de sujeto de especial protección que obligara a la entidad demandada a mantenerla en el cargo que ejercía en provisionalidad, por encima de las personas que se encontraban en lista de elegibles convocadas por concurso de méritos para el mismo empleo.

En efecto, se tiene que el artículo 27 de la Ley 909 de 2004, establece:

"ARTÍCULO 27. CARRERA ADMINISTRATIVA. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. **Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna."** (Negrillas fuera del texto original).

Revisado el contenido del acto administrativo atacado, se puede establecer que uno de los pilares de la decisión fue el cumplimiento de la Resolución N° CNSC-20182110172755 del 5 de diciembre de 2018, por el cual se conformó y adoptó la lista de legibles para proveer 9 cargos vacantes del empleo de carrera identificado con el código OPEC N° 32723, denominado Auxiliar Área Salud, código 412, grado 22, del Sistema General de Carrera de la E.S.E. Unidad de Salud San Francisco de Asis, ofertado a través de la Convocatoria N° 426 de 2016 – Primera Convocatoria E.S.E., mismo empleo que desempeñaba la demandante en provisionalidad, convocatoria que se realizó en cumplimiento del acceso al empleo público por meritocracia, postulado consagrado y desarrollado por la Ley 909 de 2004 y por la Constitución Política de Colombia.

Así las cosas, no se evidencia ninguna violación o trasgresión de la decisión administrativa demandada con respecto a las disposiciones legales que sirven de fundamento a esta acción, que ameriten el decreto de la suspensión provisional del efecto de tales actos.

Por otra parte, tal como se expresó en acápite previo, cuando se pida la suspensión provisional y en el proceso se introduzcan pretensiones de restablecimiento o indemnización, el aparte final del inciso 1 del artículo 231 en concordancia los numerales 1, 2, 3 y 4, es claro en imponer una carga a quien solicita la medida, de probar sumariamente la existencia del perjuicio o del derecho vulnerado que se pretende restablecer, es decir, que de no suspenderse se causa un perjuicio irremediable, circunstancia que no se encuentra acreditada en el sub examine, recordando que el perjuicio irremediable no solo debe ser alegado sino demostrado para que a partir del estudio del presupuesto del *periculum in mora*, como uno de los principios que

regulan la teoría de las medidas cautelares²³ como forma de asegurar de manera anticipada el cumplimiento de las sentencias²⁴, se pueda imponer o decretar la suspensión provisional solicitada; carga esta que se precisa, corresponde a quien pide la cautela y con ello, evitar que se consoliden situaciones irreversibles.

Por lo anterior, se concluye que en este momento procesal no puede establecerse tal situación hasta el punto de ameritar el decreto de una medida cautelar de suspensión provisional de sus efectos jurídicos, pues para llegar a tal conclusión, es necesario que el proceso avance en sus etapas, se fortalezca en materia probatoria y se esclarezca con los alegatos finales.

3. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, se **DECIDE**:

PRIMERO: NO DECRETAR la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de la Resolución N° 0000537 del 28 de diciembre de 2018²⁵, expedida por la Gerente de la E.S.E. Unidad San Francisco de Asis de Sincelejo, por medio de la cual se declaró insubsistente del cargo que venía desempeñando la accionante como Auxiliar de Enfermería; y de la Resolución N° 000199 del 8 de marzo de 2019²⁶, expedida por la Gerente de la E.S.E. Unidad San Francisco de Asis de Sincelejo, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición y en subsidio de apelación elevado contra la Resolución N° 0000537 del 28 de diciembre de 2018²⁷, en consideración a lo anteriormente expuesto.

SEGUNDO: En firme esta providencia, continúese con el trámite correspondiente.

NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE
CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS
JUEZ

²³ El otro presupuesto se refiere al principio del *fumus bonis iuris*, o apariencia de buen derecho.

²⁴ Presupuesto que se estructura sobre la necesidad de adoptar medidas necesarias para evitar que la tula judicial otorgada en la sentencia, pueda perder su efectividad debido al tiempo que tiene que transcurrir hasta que pueda ser dictada.

²⁵ Folio 176 - 182 del expediente.

²⁶ Folio 23 - 24 del expediente.

²⁷ Folio 176 - 182 del expediente.