



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

Magistrado: LUIS NORBERTO CERMEÑO

Arauca, siete (7) de mayo de dos mil quince (2015)

Radicado No. : 81 001 2339 000 2015 00015 00
Demandante : Liliana Castillo Cuero
Demandado : Contraloría General de la República
Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Providencia : Auto que decide solicitud de medida cautelar

Cumplidos los trámites previos, y conforme con el inciso cuarto del artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (CPACA), se procede a decidir la solicitud de medida cautelar planteada.

ANTECEDENTES

1. Liliana Castillo Cuero presentó en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, demanda –y adición de la misma- en contra de la Nación-Contraloría General de la República, a través de la cual solicita que se declare la nulidad de la Resolución 81117-001773-2014 del 29 de agosto de 2014, por la cual se declaró la insubsistencia de su nombramiento como Contralora Provincial, nivel directivo, grado 01, entre otras pretensiones.

2. Con posterioridad y antes del auto admisorio de la demanda, solicitó que se decretara una medida cautelar (fl. 183-185, c.01; c.02), la consistente en la adopción de la medida prevista en el numeral 1 del artículo 230 del CPACA, en relación con el acto administrativo demandado.

3. Como fundamento de su solicitud, la demandante expresa que se cumple con los requisitos contenidos en el inciso segundo del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, pues la demanda está razonablemente fundada en derecho; con el material probatorio allegado se demuestra que es la titular de los derechos invocados y que resultaría más gravoso para el Estado negar la medida cautelar que concederla; que en el cargo no se ha producido nombramiento en propiedad; y existen serios motivos para considerar que acceder a la petición de la medida cautelar evitará efectos nugatorios de la correspondiente sentencia.

4. Se ordenó proceder conforme lo establece el inciso segundo del artículo 233 del CPACA, con el traslado de la solicitud a la demandada.

5. La entidad estatal demandada no radicó escrito alguno.



CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Consiste en: ¿Se accede a decretar la medida cautelar pedida sobre el acto administrativo contenido en la Resolución 81117-001773-2014 del 29 de agosto de 2014, por la cual la entidad demandada declaró la insubsistencia del nombramiento de la demandante como Contralora Provincial, nivel directivo, grado 01?

2. Las medidas cautelares en el CPACA

Respecto de la consagración normativa que tiene la figura jurídica de las medidas cautelares en el CPACA, el Consejo de Estado (M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, 1 de septiembre de 2014, rad. 11001-03-24-000-2013-00509-00, 21047) ha establecido:

"El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- CPACA regula las medidas cautelares en los artículos 229 a 241. El artículo 229 le da una amplia facultad al juez para que decrete las medidas cautelares que estime necesarias para proteger y garantizar, temporalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

En esa misma disposición se indica que las medidas cautelares proceden: (i) en cualquier momento, (ii) a petición de parte -debidamente sustentada- y (iii) en todos los procesos declarativos promovidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Solo se le permite al juez de oficio decretar medidas cautelares en procesos de tutela o en aquellos que busquen la defensa de los derechos e intereses colectivos.

El artículo 230 ib. clasifica las medidas cautelares en preventivas [num. 4], conservativas [num. 1 primera parte], anticipativas o de suspensión [nums. 1 segunda parte, 2 y 3].

Los artículos 231 a 233 ib. determinan los requisitos, la caución y el procedimiento para decretar las medidas cautelares, normas aplicables cuando se solicita la adopción de alguna de las enunciadas en el artículo 230.

Como requisitos para que proceda una medida cautelar se resaltan, los siguientes [art. 231]:

- Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
- Que el demandante haya demostrado, aunque sea sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
- 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.
- 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.



La norma en su parte inicial [art. 231] señala que cuando se pide la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procede por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se presente en escrito separado. Cuando además se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, deben probarse la existencia de los mismos.

El artículo 232 le impone al solicitante de la medida cautelar que preste una caución para garantizar los perjuicios que se puedan producir con la medida cautelar. No se requiere caución cuando: (i) se solicita suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo; (ii) se trate de procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos; (iii) sean procesos de tutela y (iv) la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.

El trámite que debe dársele a la solicitud de medida cautelar, según el artículo 233, es el siguiente:

Al admitirse la demanda, el juez en auto separado debe correr traslado de la solicitud al demandado para que se pronuncie dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la providencia. El funcionario judicial que conozca del asunto también tendrá que correr traslado cuando se pida el decreto de una medida cautelar en cualquier otra etapa del proceso.

Vencido el término de traslado, el juez tiene diez (10) días para decidir mediante auto sobre la medida cautelar pedida, en esa misma providencia debe determinar la caución.

Si la solicitud se formula en el curso de una audiencia, debe correrse el respectivo traslado durante esa diligencia y, una vez la otra parte se pronuncie, el juez evalúa si la decreta en la misma audiencia.

El artículo 234 del CPACA permite al juez omitir el trámite previsto en el artículo 233 ib. y decretar una medida cautelar, siempre que estén cumplidos los requisitos del artículo 231 y sea evidente la urgencia de ordenarla. En ese evento en particular no se notifica previamente al demandado de la solicitud de medida cautelar.

La diferencia concreta entre las medidas cautelares a las que hace referencia el artículo 230 del C.P.A.C.A. y la medida cautelar de urgencia del 234 ib. es el traslado que debe hacerse a la parte contraria de la solicitud de tales medidas [art. 233], pues en las primeras es obligatorio pero en la segunda, dada la urgencia de adoptarla no es posible agotar ese trámite".

3. El caso concreto

En el proceso se cuestiona la legalidad de un acto administrativo, en el que se pretende que se declare la nulidad de la resolución demandada y como restablecimiento del derecho, se condene a la entidad estatal al reintegro de la demandante y al pago de derechos laborales; se trata entonces, de un proceso declarativo que se adelanta ante esta Jurisdicción, por lo cual es procedente analizar el tema planteado (art. 229, CPACA).

3.1. La demandante pide aplicar la medida cautelar prescrita en el numeral 1 del artículo 230 del CPACA, norma jurídica que establece:

"ARTÍCULO 230. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y



deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

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. (...)

Es importante tener en cuenta que con ello, pero en ejercicio de la autonomía y libertad de las partes para disponer de sus propios y subjetivos intereses procesales –lo cual impide que se aborde el tema de oficio, tanto por lo excepcional del trámite de suspensión, como por la taxatividad de las causales, para lo cual no es dable invocar la interpretación de la demanda por cuanto no se trata de tal documento, ni la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, ya que los aspectos procesales también son de orden público y de obligatorio acatamiento-, no se acudió a la medida cautelar que resulta natural en principio, cuando se cuestiona la legalidad de un acto administrativo, que es la contenida en el numeral 3 del artículo citado con anterioridad, consistente en *"Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo"*.

3.2. Cuando se solicita una medida cautelar distinta a la de suspensión provisional de un acto administrativo, el CPACA en su artículo 231 consagra de manera expresa y taxativa los requisitos que deben concurrir para acceder a la petición, los cuales fueron relacionados en la sentencia transcrita atrás del Consejo de Estado.

De la revisión en el expediente sobre las exigencias requeridas, se expresan las siguientes consideraciones:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho: A folios 13-20, c.01, la demanda refiere las normas jurídicas que se consideran violadas con el acto administrativo demandado, y se expresa el concepto de la violación, acápites en el que se hacen análisis fácticos, jurídicos y jurisprudenciales sobre el reproche de legalidad contra la resolución por la cual la Contraloría General de la República decidió desvincularla del servicio. Significa ello que se cumple con este requisito.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados: Las pretensiones y los hechos de la demanda dan cuenta de la relación laboral que existió entre la Contraloría General de la República y Liliana Castillo Cuero, la cual está probada en forma debida a folios 26-27, 35-40, 105-181, c.01; así mismo, está demostrada la existencia del acto administrativo que la desvinculó de la entidad (fl. 28, 179, c.01). Por lo tanto, en el expediente se acreditó la titularidad del derecho de acción judicial y de los derechos que se pretenden.
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: Si bien la demandante hace consistir este requisito en *"la suma de dinero que deba pagar la Entidad accionada por*



concepto de indemnización, sea ostensiblemente inferior a la que tenga que pagar por un servicio que no recibió si el restablecimiento del derecho se llevara a cabo hasta proferirse la decisión definitiva”, lo cual se advierte que es cierto de llegar a accederse a las pretensiones, tal circunstancia no surge por sí sola con la mera expectativa de vencer en el proceso, pues también es cierta la posibilidad de obtenerse una sentencia que niegue las pretensiones de la demanda, con lo cual lo gravoso para el interés público resultaría el haber mantenido en el servicio pagando remuneración y derechos laborales –así haya prestado el servicio-, a una persona frente a la cual existieron razones fácticas y jurídicas que aconsejaban su retiro de la entidad; además, es de precisar que lo gravoso para el interés público, no es siempre y únicamente lo referido a erogaciones pecuniarias, como sería el caso, para citar uno, el de la baja productividad del personal en un conflictivo ambiente laboral.

De ahí que de los dos escenarios posibles no es dable en este momento procesal, mediante un juicio de ponderación de intereses respecto del cual pueda salir triunfante al término del proceso, tener con mejor probabilidad el expuesto por la demandante, pues de las pruebas allegadas hasta ahora al expediente no se vislumbra un resultado así sea aproximado o que se pueda aventurar sin ser por ello se considere prejuzgamiento, y es tan cierto que ese juicio de ponderación solo será viable cuando se recauden todas las pruebas que pidan las partes, ya que con los documentos, las informaciones, los argumentos y justificaciones que en esta etapa procesal ha presentado la demandante y de las que se dispone en la actualidad, no permiten concluir la inminencia de la mayor gravosidad que se plantea en la solicitud de medida cautelar en contra del erario.

Para el efecto, es dicente de la necesidad del debate probatorio y jurídico para terciar en el caso, la cantidad de prueba que pide practicar la propia demandante, cuando solicita en el acápite de pruebas de la demanda, que se oficie a la entidad estatal demandada para requerirle en envío de seis documentos adicionales y solicita que se reciban los testimonios de cuatro personas que pueden aportar luces sobre los hechos a debatir, lo cual es necesario destacar que resulta de la mayor importancia, máxime cuando una de las causales de ilegalidad que se plantea es la desviación de poder, causal de ilegalidad que de corriente presenta dificultades probatorias y que no siempre se establece su acreditación en el expediente de solo los documentos que se allegan.

Por lo tanto, este tercer requisito no concurre en este caso para acceder a la medida cautelar solicitada.

4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:

a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable: no se observa que pueda presentarse tan grave circunstancia frente a la demandante ni ante la entidad estatal, al punto que ni siquiera fue planteado en la demanda o en el escrito de solicitud de la medida cautelar.



b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios: se descarta la existencia de esta posibilidad, toda vez que el cargo que ocupó Liliana Castillo Cuero en la entidad, era de libre nombramiento y remoción, como se comprueba en palabras de la propia demandante cuando así lo reconoce (hecho 2, fl. 2, c.01) y del acto administrativo demandado cuando invoca el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 para declarar la insubsistencia del nombramiento. Esta norma jurídica establece:

"Artículo 107º.- En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno **de nombrar y remover libremente sus empleados**". Resaltado fuera del original.

Ello significa que si la sentencia declara la nulidad pedida y ordena el reintegro de Castillo Cuero, no tendrá dificultades la entidad estatal en restablecerla al cargo que ocupaba, pues si está siendo ejercido por otra persona, bastará con que expida una resolución para propiciar la vacante y cumplir la orden judicial, que sin mayores obstáculos podrá hacer uso de la facultad discrecional aludida, o si así lo considera más conveniente en aplicación de los mandatos de una buena y sana administración, podrá utilizar o disponer de otro cargo de igual o superior jerarquía para disponer y garantizar el reintegro que se pueda ordenar; de igual forma, las entidades estatales disponen de rubros presupuestales para pagar las condenas que se les imponen, dentro de ellos, el de sentencias y conciliaciones, con lo cual se garantiza, contrario a hacer nugatorio, el pago de los derechos dinerarios que se le puedan asignar a la entidad estatal en favor de la demandante.

A ello se suma que el CPACA contempla soluciones ante eventuales circunstancias que puedan imposibilitar el cumplimiento de una sentencia en casos como el que aquí se debate:

"Artículo 189. Efectos de la sentencia. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada *erga omnes*. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada *erga omnes* pero solo en relación con la *causa petendi* juzgada. Las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos *erga omnes* solo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen. (...)

En los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad demandada, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia que resuelva definitivamente el proceso, cuando resulte imposible cumplir la orden de reintegro del demandante al cargo del cual fue desvinculado porque la entidad desapareció o porque el cargo fue suprimido y no existe en la entidad un cargo de la misma naturaleza y categoría del que desempeñaba en el momento de la desvinculación, podrá solicitar al juez de primera instancia la fijación de una indemnización compensatoria.

De la solicitud se correrá traslado al demandante por el término de diez (10) días, término durante el cual podrá oponerse y pedir pruebas o aceptar la suma estimada por la parte demandada al presentar la solicitud. En todo caso, la suma se fijará teniendo en cuenta los parámetros de la legislación laboral para el despido injusto y el auto que la señale solo será susceptible de recurso de reposición".



Así mismo, es necesario tener en cuenta la limitación que el CPACA establece en casos que como en el presente, se involucra la figura jurídica de una discrecionalidad en favor de la entidad estatal demandada, pues se reitera, es el caso de la potestad de libre nombramiento y remoción:

"Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas: (...)

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". Resaltado fuera del original.

El cabal cumplimiento de la sentencia le impone a la demandada, cuando prosperan las pretensiones, garantizar los derechos laborales que corresponden, con lo cual se desvirtúa también la suposición de la demandante en el sentido que puede ser nugatorio lo que se decida en la sentencia; el Consejo de Estado (M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, 19 de febrero de 2015, rad. 08001-23-31-000-2004-00208-01, 2906-13) ha estructurado:

"La Constitución Política establece los principios mínimos fundamentales de carácter laboral que se deben respetar a los trabajadores y entre ellos, consagra el derecho al pago de la remuneración salarial que está directamente relacionado con la satisfacción del derecho fundamental de las personas a la subsistencia.

Así, el salario constituye el medio que emplea el trabajador a fin de satisfacer sus necesidades básicas y proveer su subsistencia y no puede ser desmejorado, so pena de violar derechos como el mínimo vital del trabajador.

El mismo legislador prevé, dentro de los objetivos y criterios para fijar los salarios y prestaciones sociales de los empleados públicos, la imposibilidad de desmejorar el salario, así como el respeto por los derechos adquiridos, tal como quedó contemplado en el literal a) del artículo 23 de la Ley 4ª de 1992, de modo 2 Sentencia T-266 de 2000. 3 "Artículo 2º.- Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios: a. El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;" que desmejorar el salario del trabajador redundaría en la violación de sus mínimos derechos de carácter laboral.

Así mismo, debe advertirse que el artículo 158 del Decreto 1572 de 1998 "por el cual se reglamenta la Ley 443 de 1998 y el Decreto Ley 1567 de 1998" consagra que para las modificaciones de las plantas de personal se debe entender por empleos equivalentes, aquellos que pertenezcan al mismo nivel jerárquico, tengan igual asignación salarial, funciones iguales o similares y para su desempeño se exijan iguales o similares requisitos de experiencia y estudios, de modo que ante la ausencia de alguno de tales requisitos, se debe entender que el cargo a que alude la nueva planta no es equivalente. (...)

La Sala considera que mal podía el ente demandado ubicar a la demandante en un cargo con la misma denominación en la nueva planta de personal, pero con un salario inferior, so pretexto de respetar sus derechos de carrera administrativa, pues ello viola el derecho adquirido a percibir el salario en la cuantía en que lo venía recibiendo y viola su derecho al

18 MAY 2015



8
Proceso: 81 001 2339 000 2015 00015 00
Demandante: Liliana Castillo Cuero

mínimo vital en cuanto disminuye en forma ostensible el monto que mensualmente recibe como retribución por su trabajo, a fin de satisfacer sus necesidades básicas. (...)

Por lo tanto, este cuarto requisito, tampoco se cumple en ninguna de las dos condiciones exigidas, y obsérvese que de manera imperativa y obligatoria requiere al menos una de ellas.

Como quiera que no se cumple con los requisitos que de manera expresa y taxativa deben concurrir para acceder a la petición por la causal invocada, no se decreta la medida cautelar solicitada por la demandante.

3.3. Conforme con lo expuesto y ante el problema jurídico planteado, se responde que no se accede a decretar la medida cautelar pedida sobre el acto administrativo contenido en la Resolución 81117-001773-2014 del 29 de agosto de 2014, por la cual la entidad demandada declaró la insubsistencia del nombramiento de la demandante como Contralora Provincial, nivel directivo, grado 01.

En mérito de lo expuesto, el Despacho,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR el decreto de la medida cautelar solicitada por la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Consejo Superior
de la Judicatura

LUIS NORBERTO CERMEÑO

Magistrado