



Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca

SALA UNITARIA DE DECISIÓN

Santa Bárbara de Arauca, Arauca, miércoles, trece (13) de enero de dos mil dieciséis (2016)

MAGISTRADO PONENTE EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS

REF: ACCION : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
 RADICACION No. : 810012339000-2015-00028-00
 DEMANDANTE : JHOAN JAVIER GIRALDO BALLEEN
 DEMANDADO : DEPARTAMENTO DE ARAUCA

**AUTO
INTERLOCUTORIO**

I. OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

Corresponde a la Sala Unitaria decidir el *recurso de reposición* interpuesto por la parte demandante frente a la providencia proferida el 10 de septiembre de 2015, por la cual se resolvió negar la medida cautelar de suspensión provisional del Decreto número 084 del 10 de marzo de 2015, expedido por el Gobernador Ad Hoc del Departamento de Arauca.

II. DE LA ACTUACIÓN PROCESAL

1. ANTECEDENTES

- a) En escrito presentado el 13 de mayo de 2015 el señor JHOAN JAVIER GIRALDO BALLEEN, presentó, junto con la demanda de nulidad simple, la solicitud, debidamente sustentada, de suspensión provisional del Decreto número 084 del 10 de marzo de 2015, el que había revocado el Decreto 155 del 20 de abril de 2012, todos emitidos por el Gobernador del Departamento de Arauca, el primero en calidad de titular y el segundo por un funcionario Ad Hoc.
- b) Mediante providencia expedida por el Magistrado Ponente, fechada el 10 de septiembre de 2015, y una vez admitida la demanda, resuelve negar la medida cautelar solicitada, pues consideró que las causales invocadas son objeto de prueba y deben resolverse en la sentencia de fondo.

- c) El 17 de septiembre de 2015, el señor JHOAN JAVIER GIRALDO BALLEEN, interpone RECURSO DE REPOSICION contra la providencia del 10 de septiembre de 2015 que determinó negar la suspensión provisional del Decreto 084 del 10 de marzo de 2015.

2. EL RECURSO DE REPOSICION

Fue interpuesto oportunamente por la parte demandante y está encaminado a obtener que se revoque la decisión que negó la medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo y, en su defecto, proceda a su admisión.

Para lo anterior, su argumento, en síntesis reza, en el siguiente sentido:

1. Sostiene, que de acuerdo con el artículo 125 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo la decisión de medidas cautelares, en el sentido que se tomen son de Sala por ser un proceso de primera instancia
2. Concluye: *“En ese orden, la decisión referente a la adopción de Medidas Cautelares, se encuentra enlistada en el numeral 2° del artículo 243 del CPACA, de modo que la decisión objeto del presente recurso, deviene de incompetencia, por no haberse adoptado por la sala”*
3. Posteriormente aborda el tema de los requisitos para la fijación de las medidas cautelares de actos administrativos y señala que la providencia no tuvo en cuenta el concepto de violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud, en confrontación con el acto administrativo demandado y que tan solo se centró en el argumento de que el asunto planteado es objeto de análisis probatorio en la consiguiente sentencia de fondo.
4. En seguida trae a colación diversas jurisprudencias del Consejo de Estado en donde explica los requisitos y presupuestos para resolver las medidas cautelares en tratándose de actos administrativos, en la que concluye que la decisión no ata al juez para proferir posteriormente la sentencia.
5. Finaliza: *“Por lo anterior, constituye una denegación al acceso a la administración de justicia, el hecho de no entrar a estudiar de fondo la medida cautelar solicitada, bajo los argumentos expuestos por su señoría, los cuales vienen en contra del precedente jurisprudencial trazado por la Sala Plena del Consejo de Estado”*

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El problema jurídico

Dos problemas jurídicos surgen del planteamiento esbozado por la parte demandante, los cuales se pueden plantear de la siguiente manera:

1. La pertinencia del recurso de reposición ante una providencia que niega la suspensión provisional del Decreto número 084 del 10 de marzo de 2015, expedido por el señor Gobernador Ad Hoc del Departamento de Arauca, adoptada por el Magistrado Ponente en un proceso de nulidad de primera instancia.
2. En caso de ser factible el recurso, el estudio del fondo del asunto, a fin de establecer si se cumplen los requisitos para suspender provisionalmente el Decreto mencionado.

Anexo a lo anterior, el Despacho analizará las facultades del juez para adoptar las medidas cautelares en cualquier tiempo y el hecho de que se omitió el estudio de fondo de las causales invocadas para dar una respuesta completa a la solicitud formulada.

Situaciones preliminares

El primer problema jurídico es netamente procedimental, lo que implica el análisis de las competencias en materia de medidas cautelares y recursos contra los autos que las decreten, esto es, las que corresponden, según la naturaleza de la acción, al Magistrado Ponente y la asignada a la Sala de Decisión del Tribunal.

Para efectos del detalle de las atribuciones procesales, la Sala tendrá en cuenta los siguientes hechos y circunstancias relevantes:

- La acción impetrada por el señor JHOAN JAVIER GIRALDO BALLEEN es de simple nulidad encaminada a la nulidad total del Decreto No. 084 del 10 de marzo de 2015, expedido por el Gobernador Ad Hoc del Departamento de Arauca.
- El proceso es de doble instancia, en concurrencia, entonces, la primera se tramitará ante esta Corporación y la segunda en el Consejo de Estado.
- La providencia, objeto del recurso de reposición, fue pronunciada por el Magistrado Ponente.
- Conforme a lo anterior, es necesario dilucidar si la medida cautelar en este tipo de procesos, es de competencia del Magistrado Ponente o de la Sala de Decisión del Tribunal.

Las razones de derecho

El argumento principal del demandante es que la providencia, sometida a este recurso, debió ser tomada por la Sala de Decisión, a la luz del artículo 125 del nuevo estatuto procesal administrativo, pero como la realidad indica que ella fue expedida por el Magistrado Ponente, el auto estaría afectado de nulidad por la falta de competencia del suscrito.

La respuesta a esta controversia lleva a tener, en primera medida, el cúmulo de normas sobre las medidas cautelares, las que aparecen a partir del artículo 229 al 241 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

Administrativo, la que son parte del Capítulo XI, el cual está dentro del TITULO V sobre la demanda y proceso contencioso administrativo y, a la vez, comprende la parte segunda de dicha obra.

Luego, es posible acotar y precisar que el Capítulo XI, lleva consigo la totalidad de disposiciones sobre las medidas cautelares y, por ende, se aplica a los procesos de única, primera y segunda instancia. No sobra advertir que la suspensión provisional de los actos administrativos es una medida cautelar.

De esta forma, la primera premisa a reconocer es que no se observa en las normas de medidas cautelares, que las decisiones relativas a las mismas se adopten por la Sala de Decisión, en tratándose de cuerpos colegiados, más bien, existe absoluta claridad que son de competencia del Magistrado Ponente.

Veamos las pertinentes:

1. Artículo 230: *“Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para tal efecto, el juez o magistrado ponente podrá decretar, una o varias de las siguientes medidas:*

(...)

3.- *Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo*

2. Artículo 232: *“El solicitante deberá prestar caución con el fin de garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar con la medida cautelar. El juez o magistrado ponente determinará la modalidad, cuantía y demás condiciones de la caución, para lo cual podrá ofrecer alternativas al solicitante”*

Más puntual es la competencia en los artículos 229 sobre la procedencia de las medidas cautelares y el procedimiento para la adopción que contiene el artículo 233.

- a) Artículo 229: *“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 (...)”*
- b) Artículo 233: *“(...) el juez o magistrado ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar (...)*

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el juez o magistrado ponente deberá fijar la caución (...). Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el juez o magistrado ponente podrá ser decretada en la misma audiencia (...)”

- c) Artículo 234: “Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el juez o magistrado ponente podrá adoptar una medida cautelar (...)”

Las últimas normas sobre medidas cautelares, artículos 238 y 239, que tratan, respectivamente, de la reproducción de acto administrativo suspendido y el procedimiento para decretar la suspensión, también le concede competencia al Magistrado Ponente para adoptar la decisión.

Dicen estas disposiciones:

ARTICULO 238: “La solicitud de suspensión provisional será resuelta por auto del juez o magistrado ponente, contra el cual proceden los recursos señalados en el artículo 236, los que se decidirán de plano”

ARTICULO 239: “En esa audiencia, el juez o magistrado ponente decretará la nulidad de nuevo acto cuando encuentre demostrado que reproduce el acto anulado (...)”

En consecuencia, de la transcripción de las anteriores normas, exclusivas sobre medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, se concluye:

- o Que el artículo 229 fija la competencia para decretar las medidas cautelares en el Magistrado Ponente, y en el Juez, lo cual significa que en ningún caso, incluso de toda la normatividad sobre estas medidas, autoriza que es la Sala de Decisión de los cuerpos colegiados la que debe decidir sobre ellas.
- o El artículo 229 es una norma *imperativa*, en el sentido de su estricto cumplimiento, la calidad de orden público de que está revestida y la preponderancia en la aplicación.

Es, por sus efectos, la disposición que atribuye competencias puntuales y exclusivas, una atribución o función de administrar justicia en un ámbito jurídico específico y en una unidad de materia que no requiere por su claridad y fácil comprensión, interpretación adicional, pues el supuesto y la consecuencia están bien determinados.

La imperatividad de la norma rechaza cualquier otra que le sea contraria, le imprime fuerza y autoridad y le sugiere quien es el juez natural para definir a cabalidad las medidas cautelares en la jurisdicción contenciosa administrativa, por lo que, en un sistema y orden de normas sobre competencias se subsumen a ella, se contraen a la misma y la regla rectora o de corrección no puede ser otra que la norma imperativa que fija las competencias.

Este concepto es tan cierto, que si se leen con cuidado las otras normas sobre medidas cautelares del capítulo XI del título V del Libro Segundo del Código en vigencia, ninguna contradice la regla imperativa, más bien la desarrollan frente a las diferentes situaciones, clase de medidas o supuestos del tipo de medidas cautelares y los

procedimientos de adopción. Nuevamente surge, sin obstáculos y oscuridad alguna, la unidad de materia.

- Las medidas cautelares, todas, objeto de la decisión del Juez o del Magistrado Ponente, pueden solicitarse y decretarse en cualquiera de las instancias de los procesos contenciosos, o sea, de primera, segunda o única instancia. Por lo tanto, las medidas cautelares no se circunscriben a un proceso determinado y menos a una instancia en especial.

Así las cosas, y a pesar de la claridad esbozada en las normas precedentes, el demandado establece una nueva hipótesis, la que sustrae del artículo 125 del Código Procesal Administrativo, que dice así en lo de rigor:

ARTICULO 125: *“Será competencia del juez o magistrado ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1º, 2º, 3º y 4º del artículo 243 de este código serán de la Sala, excepto en los procesos de única instancia”*

A su vez el artículo 243 es del siguiente tenor:

ARTICULO 243: *“APELACION: Son apelables las sentencias de primera instancia de los tribunales y de los jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:*

(...)

2.- *El que decreta una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.*

(...)

Los autos a que se refieren los numerales 1, 2, 3 4 relacionados anteriormente, serán apelables cuando sean proferidos por los tribunales administrativos en primera instancia. (...) (Subrayas y negrillas por la Sala)

En apariencia pareciera ser que respecto del *auto que decreta* las medidas cautelares, según el artículo 125, es de competencia de la Sala y apelable según el artículo 243. Entonces se pregunta esta judicatura:

¿Dónde queda la competencia de la norma imperativa del artículo 229, cuando expresa, sin ambigüedades y contradicciones, que dicha atribución es del Magistrado Ponente?

¿Cuál es la regla de corrección que permita adecuar y armonizar dos normas que definen dos competencias completamente distintas?

La interpretación sistemática nos dará apoyo para destrabar este debate y el espíritu *finalista* de las normas será uno de los elementos que utilizaremos en aras de aclarar el supuesto y la consecuencia de las reglas.

Para ello, en primer lugar, se debe considerar que no es posible hablar apresuradamente de un conflicto de competencias entre las decisiones de la Sala y las del Magistrado Ponente, respecto de las medidas cautelares, pues, cada uno tiene las que enmarca la ley en su contenido y alcance.

Precisamente, el artículo 125 en ningún momento dispone que la Sala de Decisión tiene competencia primordial para dictar las medidas cautelares en los procesos que conoce esta jurisdicción, cualquiera ellas sean, puesto que, por el contrario, lo que dicha norma establece, es que *las decisiones para desatar o definir el recurso de apelación interpuesto contra el auto* que rechaza la demanda, el que decreta una medida cautelar, el que ponga fin al proceso o el que apruebe conciliaciones extrajudiciales, es de competencia de la Sala.

De modo que, bajo el anterior argumento, se pueden resaltar dos situaciones normativas que difieren en su fin y, desde luego, en el alcance y contenido:

- La competencia para proferir los autos a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243.
- La competencia para proferir los autos que deciden el recurso de apelación contra los autos a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243.

En la *primera circunstancia*, y para centrarnos al objeto del recurso que se decide en este proveído, el auto que decreta una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo orden, es del juez, sin que, en tratándose del Tribunal, la Sala de Decisión intervenga en lo absoluto, por disposición del artículo 229 en concordancia con el 233.

En la *segunda circunstancia*, el recurso de apelación contra el auto del juez de primera instancia que decreta una medida cautelar, será resuelto por la Sala de Decisión, por disposición del artículo 125 y el artículo 243 (autos objeto del recurso de apelación)

Obsérvese que la Sala de Decisión del Tribunal tiene la atribución de desatar el recurso de apelación contra las decisiones del juez en los cuatro (4) eventos que enumera el artículo 125, es por ello que expresa: “*Las decisiones a que se refieren los numerales 1º, 2º, 3º y 4º del artículo 243*”, por lo cual para nada indica que debe proferir los autos apelables.

Pero hasta aquí solo se refieren las normas a los autos, y principalmente al que decreta las medidas cautelares, con respecto al *juez administrativo* y en procesos de primera instancia, lo que fuerza al análisis del auto que profiere el magistrado ponente en esa misma materia.

El mismo artículo 243 que regula el recurso de apelación trae la respuesta correcta, al determinar que los autos que se refieran al rechazo de la demanda, *el que decreta una medida cautelar*, el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite, el que ponga fin al proceso

y el que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, son apelables cuando sean proferidos por los tribunales en primera instancia.

Esta norma tiene dos significados:

- ✓ El primero, los autos interlocutorios sobre los temas mencionados pueden ser del Magistrado Ponente, *vr gr*, cuando se decretan las medidas cautelares, o de la Sala de Decisión, por ejemplo, en el caso del rechazo la demanda.
- ✓ El segundo, es que tanto las decisiones del Magistrado Ponente, como los de la Sala de Decisión en las cuatro situaciones, emergen del Tribunal, es decir, que la competencia global o general no es del mentado conductor del proceso o de la Sala, sino del Tribunal, en calidad de Corporación Judicial que está dentro del esquema de la administración de justicia, según voces de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y la Constitución Política, pues, de no ser así, estaríamos frente al absurdo de que el Magistrado Ponente es un juez personal, independiente y autónomo del Tribunal.

La expresión *Tribunal* en esa medida, obviamente incluye las decisiones del Magistrado Ponente y los de la Sala de Decisión, con lo cual se establece una razón de ser con el inciso segundo del artículo 243 en estudio, habida cuenta que se trata de incluir en el mismo artículo los eventos del recurso de apelación en los procesos de doble instancia que compete al Tribunal y cuyo trámite será objeto del superior funcional, es decir, el Consejo de Estado.

En este orden de ideas, se concluye, que el auto que decreta las medidas cautelares, de competencia del Magistrado Ponente en procesos de primera instancia, es apelable, por disposición del artículo 243, inciso 2.

No debe olvidarse, y vale la pena recordar, que existen autos interlocutorios del juez en primera instancia que son apelables, pero que se definen en segunda instancia por el Magistrado Ponente, descartándose a la Sala de Decisión y por esta situación es que el artículo 125 ordena estrictamente que los autos del juez relacionados con los numerales 1º, 2º, 3º y 4º del artículo 243 se deben decidir por la Sala de Decisión.

A este punto del estudio se puede sostener que existen autos interlocutorios del Magistrado Ponente que son objeto del recurso de apelación y del de súplica, según se dicten en procesos de doble instancia, de segunda instancia o de única instancia, por lo que, es posible decir con seguridad, que en el nuevo sistema oral se entiende que las decisiones sobre medidas cautelares, proferidos por el Magistrado aludido, apelables, son autos del Tribunal, y así, se aleja la vieja concepción de que todo auto interlocutorio del Magistrado Ponente solamente es susceptible del recurso de súplica, toda vez que esto atenta contra el espíritu del nuevo estatuto procesal y su filosofía que pretende mayor protagonismo en el juicio oral del Magistrado conductor del proceso y reduce el campo de acción de la Sala de Decisión.

Por último, esta teoría de los autos del Magistrado Ponente en relación con las medidas cautelares, es fácil detectarla en diversas normas de la sección respectiva del Código, y a manera de un simple ejemplo puede observarse en

el artículo 232 que cuando se fija la caución, ésta la determina el Magistrado Ponente y según el inciso dos: *“La decisión que fija la caución o la que la niega será apelable junto con el auto que decreta la medida cautelar (...)”*

Entonces, no es extraño afirmar que los autos de primera instancia que decretan medidas cautelares y que son de competencia única y exclusiva del ponente son susceptibles del recurso de apelación.

En armonía con lo anterior, el artículo 299 establece, cuando fija la competencia sobre medidas cautelares en el Magistrado Ponente, la atribución en todos los procesos declarativos y en cualquier estado del proceso, tal cual cuando se tramita la acción de nulidad.

Conclusión

La competencia para definir las medidas cautelares en el medio de control de nulidad simple, de primera instancia, es del Magistrado Ponente, por lo que no le asiste razón jurídica al recurrente de pretender que la providencia a la que se alude sea de competencia de la Sala de Decisión del Tribunal.

EL RECURSO DE REPOSICION CONTRA EL AUTO QUE NIEGA LAS MEDIDAS CAUTELARES

En primer lugar se debe indicar el contenido del artículo 243 del CPACA, el que reza de la siguiente forma:

“Son apelables las sentencias de primera instancia de los tribunales y de los jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

(...)

2.- El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.

(...)”

De la lectura de esta disposición se deduce que cuando se niega una medida cautelar no existe el recurso de apelación sobre dicho fallo, el que solamente se fijó para la providencia que la decreta. A esto se añade que el recurso de apelación tiene su norma especial en el CPACA, por lo que no es viable acudir a otra norma procesal, tal como sería el Código General del Proceso.

Ahora bien, por el lado del recurso de reposición, el artículo 242 del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dice:

“Salvo norma legal en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica.

En cuanto a su oportunidad y trámite se aplicará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil”

Armonizando las dos normas anteriores surge a las claras que es factible el recurso de reposición contra la providencia que niega las medidas cautelares solicitadas por el demandante, en tanto y en cuanto que es el único recurso posible al haberse abolido el recurso de apelación contra dichas decisiones. Y aún más cuando no existe norma expresa que lo prohíba, por lo que se entra a resolver el recurso de reposición planteado, dejando constancia a la vez que fue interpuesto en término oportuno, sustentado debidamente y se dio traslado a la otra parte, la cual guardó silencio.

De otra parte, se tiene que este recurso se iba a resolver en la audiencia inicial, la que había sido fijada para el mes de diciembre del año pasado; no obstante se aplazó para el 27 de enero de 2016, teniendo en cuenta que fue solicitada por la parte demandante y el suscrito Magistrado se encontraba en Comisión de Servicios por ser parte de la Red de Formadores de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Situación preliminar

Se vislumbran dos anomalías que, sin duda, afectan el derecho al debido proceso y el acceso a la administración de justicia, en el contenido de la providencia impugnada, pues, el sustento sobre la negación de la medida está basado en una premisa simple, o de cajón para eludir el análisis jurídico respectivo, de que las causales de anulación del acto se deben resolver en la sentencia, sin que existe mayor estudio sobre el fundamento de las mismas, a fin de resolver de fondo la petición de suspensión del acto administrativo demandado.

Esta sola circunstancia obliga a este Despacho a dar una respuesta acorde con las causales invocadas y las pruebas documentales allegadas, a fin de descartar cualquier atisbo de vulneración de los derechos superiores y preservar la igualdad y equidad en las decisiones judiciales, puesto que la judicatura debe proveer una respuesta satisfactoria a las demandas del usuario de la administración de justicia.

En este sentido no queda demás proceder a revocar el auto que es objeto del recurso de reposición y decidir el fondo del asunto bajo la égida de las causales planteadas en la petición de las medidas cautelares.

Las causales de nulidad, sustento de la medida cautelar de suspensión del acto administrativo demandado en el medio de control de nulidad simple

El demandante incluye en su petición, dos causales, las que denomina, respectivamente, *“falta de competencia de la autoridad que lo profirió”* y *“expedición irregular del acto administrativo reprochado por violación al derecho de audiencia y defensa”*

Frente a la primera, en síntesis, manifiesta que se nombró un Gobernador Ad Hoc, al haber sido recusado el titular ante la Procuraduría y nombrado por esta institución, violando las normas de competencia para designar el reemplazo, la cual recae exclusivamente en el Presidente de la República, toda vez que la Procuraduría solamente se limita a declarar el impedimento del funcionario administrativo titular.

En este aspecto las normas pertinentes aplicables al caso concreto serían las siguientes:

Artículo 12 del CPACA, el que determina dos situaciones puntuales en el trámite de los impedimentos y recusaciones: la **primera** cuando el funcionario recusado o impedido tiene superior jerárquico, caso en el cual es este el que determinará la existencia o no de la causal de impedimento y una vez verifique que incurre en ella procederá a enviar el respectivo expediente a otro funcionario o dependencia administrativa, incluso puede nombrar un funcionario ad hoc, para que continúe con la actuación administrativa.

La **segunda** situación se refiere al funcionario, objeto del proceso de recusación o impedimento, que no tiene superior jerárquico, caso del Gobernador del Departamento, en cuyo evento el proceso se lleva a cabo en la Procuraduría General de la Nación o en las territoriales, según la idoneidad del funcionario. En estas circunstancias el ente de control se limitará a definir la recusación declarando o no el impedimento. Cuando manifiesta la autoridad de control que se está dentro de una causal de impedimento, deberá enviar el expediente al funcionario que debe nombrar el reemplazo, esto es, un funcionario ad hoc, sin que tenga la competencia la Procuraduría para designarlo.

Así las cosas, cuando la norma advierte que *“Si acepta el impedimento, determinará a quien corresponde el conocimiento del asunto (...)”*, para el caso de la Procuraduría significa al funcionario que deberá designar por el impedido, sin que sus facultades estén revestidas para nombrar el ad hoc y por sobre todo cuando se trata de los elegidos por votación popular, como es el que corresponde a los gobernadores y alcaldes del país.

Por otro lado, es de conocimiento pleno que en tratándose del Alcalde Mayor de Bogotá y de los Gobernadores, para el caso de los impedimentos, incluso cuando han sido sancionados por la entidad disciplinaria, es facultad del Presidente de la República, por exclusividad, nombrar al Alcalde o al Gobernador Ad Hoc, a fin de que con preservación de los principios de imparcialidad y transparencia resuelvan el asunto administrativo que se está ventilando, pues, ante todo, debe recordarse que al final decidirá bajo la autonomía de la administración una situación jurídica particular y concreta.

Esta competencia está radicada en el Presidente de la República a la luz del artículo 66 de la Ley 4 de 1913, la cual se armoniza, por el principio de separación de poderes, con los Decretos Ley 262 de 2000 y 2893 de 2011, junto a las funciones y atribuciones que se contemplan en los numerales 5 y 6 del artículo 277, artículos 115 y 189 de la Constitución Política.

De la misma Constitución se sabe que cuando el Gobernador ha sido objeto de medida sancionatoria por la Procuraduría, en la modalidad de destitución o de cese de funciones por un término fijo, el Presidente nombrará, por considerarse faltas absolutas o temporales, quien lo sustituirá, mientras se procede a los otros trámites relativos a la convocatoria de nuevas elecciones o al escogimiento de la terna que envíe el partido del sancionado, según el caso.

En los procesos administrativos en los cuales se debaten derechos, muchos de ellos de trascendencia regional o nacional, se debe actuar con absoluta cautela y mayor certeza frente a las competencias, por los intereses en conflicto y el servicio público comprometido, y como la atribución de nombrar al funcionario Ad Hoc en ningún momento se desprende de las atribuciones de la Procuraduría según la norma constitucional y en la ley que organiza el ente de control, mal haría que éste funcionario procediera a nombrar el Gobernador Ad Hoc, desconociendo las jerarquías y funciones de la rama ejecutiva del poder público.

Se concluye, por lo anterior, que el Gobernador Ad Hoc para expedir el acto administrativo de revocatoria directa debió ser nombrado por el Presidente de la República, una vez la decisión de la Procuraduría de apartar del procedimiento administrativo al titular, por haber incurrido en una causal de impedimento, tal como sucedió en este caso.

Y al efecto a la demanda se allegaron para demostrar el nombramiento del Gobernador Ad Hoc los siguientes documentos:

1. El Oficio PRA - 832 de fecha 06 de marzo de 2015 en el cual la Procuraduría Regional de Arauca, le comunica al Gobernador del Departamento de Arauca la designación del señor ALEJANDRO SARMIENTO GUTIERREZ, en su condición de Secretario de Infraestructura Física, como funcionario Ad Hoc para que decida sobre el trámite administrativo de revocatoria directa. (Folio 151, cuaderno principal)
2. El Oficio dirigido por el Gobernador Ad Hoc al apoderado del señor JHOAN GIRALDO BALEN, en el que le informa sobre la aceptación del impedimento de parte del señor Gobernador FACUNDO CASTILLO CISNEROS y el nombramiento de parte de la Procuraduría Regional de Arauca del funcionario ad hoc, señor ALEJANDRO SARMIENTO GUTIERREZ. (Folios 152 y 153, cuaderno principal)
3. Copia del Decreto 084 de 2015, suscrito por el Gobernador Ad Hoc ALEJANDRO SARMIENTO GUTIERREZ (Folios 33 al 38, cuaderno principal)

Conforme a esta prueba documental, el Gobernador Ad Hoc designado para expedir los actos administrativos en el proceso de revocatoria directa, junto con la decisión final, lo hizo la Procuraduría Regional de Arauca, la cual no tiene la competencia funcional para ello, constituyéndose en una flagrante irregularidad y por ende, afectando, todos los actos administrativos que hubiese proferido, tal como sucedió en este caso.

Al confrontar entonces esta realidad con el acto administrativo demandado se tiene que, sin mayores razonamientos, existe una violación clara de las normas superiores sobre el cual debe estar sustentado jurídicamente el Decreto 084 de 2015, lo cual permite acceder a la suspensión provisional del citado acto administrativo.

En relación con la segunda causal invocada, el alegato está encaminado al debate sobre el derecho de defensa en este tipo de procedimientos

administrativos de revocatoria directa de un acto administrativo de nombramiento cuando se basa en documentos falsos o apócrifos, puesto que por un lado, se argumenta por el demandante que no era posible revocar el acto sin tener acceso al derecho de defensa y al consentimiento expreso del titular, mientras que para la administración se trata de una revocatoria especial, que por sus características y norma aplicable dichos requisitos no son necesarios.

Esta situación significa que se debe hacer en primer lugar una valoración probatoria y en segundo lugar una interpretación de los dos procesos de revocatoria, el que trata el artículo 5 de la Ley 190 de 1995 y el regulado por el CPACA, situación que solamente será factible al dictar sentencia, por lo que no se constituye en una causal con la fuerza suficiente para decretar la medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo demandado.

En consecuencia, se adoptará la medida cautelar solicitada, suspendiendo los efectos del Decreto 084 del 10 de marzo de 2015, hasta cuando se decida el asunto en Sentencia definitiva, advirtiendo la prohibición de reproducirlo y el cumplimiento inmediato de la misma, una vez de envíen los oficios y las notificaciones de rigor.

Por último se demostró el perjuicio irremediable puesto que el demandante ocupaba un cargo mediante concurso de méritos, con término definido y se vio abocado a abandonar su puesto de trabajo, lo cual implica quedarse sin ingresos y sostenibilidad, además de la estabilidad en el empleo.

I. DECISION

En mérito de lo anterior, la Sala Unitaria del *Tribunal Administrativo de Arauca*,

RESUELVE

PRIMERO: REPONER el auto de fecha septiembre 10 de 2015, por medio del cual se negó la solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional del Decreto 084 del 10 de marzo de 2015.

SEGUNDO: SUSPENDER provisionalmente los efectos del Decreto 084 del 10 de marzo de 2015, por medio del cual se revocó directamente el Decreto 155 del 20 de abril de 2012, por lo que debe aplicarse en todo su rigor y de manera inmediata este último acto administrativo, preservando los derechos laborales del demandante y sobre el cual este Tribunal se pronunció sobre su legalidad, anteriormente en Sentencia respectiva.

TERCERO: ADVERTIR la prohibición de reproducir el acto administrativo suspendido, so pena de adoptar las sanciones y determinaciones legales.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS
Magistrado