

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, diez (10) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

AUTO INTERLOCUTORIO No. 021

MAGISTRADA PONENTE: ZORANNY CASTILLO OTALORA

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
EXPEDIENTE:	76001-23-33-000-2019-00567-00
DEMANDANTE:	MUNICIPIO DE SAN JUAN BAUTISTA DE GUACARI totonorm@gmail.com
DEMANDADO:	PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN procesosjudiciales@procuraduria.gov.co
ASUNTO	NEGAR MEDIDA CAUTELAR

I. OBJETO DE LA DECISION

Se resuelve la solicitud de medida cautelar formulada por el **ALCALDE DEL MUNICIPIO DE GUACARI**, consistente en la suspensión provisional del auto nro. 0191 del 22 de febrero de 2019 proferido por la Procuraduría Regional del Valle del Cauca y comunicado del 6 de marzo de 2019, que resolvió: *“DECLARAR FUNDADA la causal de recusación contenida en el numeral 6 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, formulada por el doctor Diego Rojas Girón, en condición de apoderado del señor Omar Reyes Cala-Representante Legal de la Unión Temporal Servicio de Tránsito – UNISSET, en contra del señor Gerardo Salcedo Calero, en calidad de Alcalde del Municipio de Guacarí, Valle del Cuaca dentro del proceso administrativo mediante el cual se emitió la Resolución nro. 0463 del 3 de diciembre de 2018 por medio del cual se declaró la terminación unilateral de un contrato, y el trámite subsiguiente (si hubiere lugar a ello y en la medida en que deba adelantarse por el Alcalde de Guacarí, Valle del Cauca, señor Gerardo Salcedo Calero).…”*

II. ARGUMENTOS DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

El **ALCALDE DEL MUNICIPIO DE GUACARI** sostiene que la solicitud se realizó, de un lado con la finalidad de que sea suspendido el trámite ya surtido por el Ministerio del Interior en relación con la designación del alcalde ad hoc para que conociera del trámite subsiguiente dentro del proceso administrativo, toda vez que no se presentó recurso de reposición contra la Resolución nro. 0463 fechada 3 de octubre de 2018 que declaró la terminación unilateral de un contrato, evitando con tal solicitud se arrebate arbitraria, injusta e ilegalmente una atribución enmarcada dentro de su órbita funcional y de responsabilidad frente a la comunidad que lo eligió, precisamente en un componente de gran trascendencia como lo es la actividad contractual.

De igual forma, el auto demandado perdió su carácter de obligatoriedad y no puede ser ejecutado, por haber desaparecido sus fundamentos de hecho y de derecho; al hoy nombrado alcalde ad hoc, lo deja sin competencia y pierde vigencia, como sucede con la expedición del Decreto 1435 de 2019 en cuyo artículo segundo, dispuso que el citado funcionario era competente para conocer lo relacionado con el trámite del recurso de reposición interpuesto. Disposición manifiestamente contraria a la Ley, pues está demostrado que no hubo recurso, lo que evidencia los efectos dañinos que ha producido el citado auto 191 de 2019.

II. TRASLADO DE LA MEDIDA CAUTELAR

Dentro del término de traslado, el apoderado judicial del demandado solicitó se niegue la suspensión provisional de los actos demandados. Considera que la demanda no se encuentra razonablemente fundada en derecho, porque el acto demandado fue expedido

con la observancia plena de los postulados normativos relativos a las causales de impedimento y recusación. Por cuanto dentro del debido proceso administrativo previsto en el CPACA, se establece que una de las causales de impedimento y recusación frente a los trámites administrativos, es la contemplada en el numeral 6 del artículo 11 ibídem “(...) 6. *Haber formulado alguno de los interesados en la actuación, su representante o apoderado, denuncia penal contra el servidor (...) antes de iniciarse la actuación administrativa (...)*”.

Para el presente caso, tal y como se evidencia del texto que integra la norma enunciada, es evidente que la denuncia penal se instauró el 22 de octubre de 2018 y la actuación administrativa adelantada por el alcalde contra la Unión Temporal de Servicios de Tránsito UNISE inició el 3 de diciembre de 2018, fecha en la cual se expidió la Resolución nro. 0463 que ordenó la terminación unilateral del contrato.

Añade, que en la disposición normativa se contemplan dos situaciones a saber, una que la denuncia penal se formule antes de iniciarse la actuación administrativa, y otra; después de iniciarse la demanda administrativa. En el primero de los eventos, no contempla la norma ningún condicionamiento.

Sin embargo, no ocurre lo mismo frente al segundo de los supuestos, toda vez que, se prosigue condicionando la configuración de la causal con el vocablo “siempre”, a dos situaciones: primero, a que la denuncia se refiera a hechos ajenos a la actuación y, segundo, a que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal.

Al respecto, indica que las dos circunstancias o supuestos contemplados en la norma están separados por el vocablo “O”, lo que significa que no necesariamente deben confluír ambos supuestos, sino que puede configurarse o uno o el otro.

Concluye, que su representada evidenció los supuestos fácticos corroborados con la prueba documental, esto es, denuncia radicada en la ventanilla única de la Fiscalía General de la Nación, el 22 de octubre de 2018, los cuales se enmarcaban en el primero de los supuestos contemplados en el numeral 6 del artículo 11 ibídem, sin que ello imponga adentrarse al análisis de las dos situaciones que condiciona la norma, primero, a que la denuncia se refiera a hechos ajenos a la actuación, y segundo, a que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal, dado que el legislador de manera taxativa impuso dicho condicionamiento para el evento en el que la denuncia penal se haya formulado después de haberse dado inicio a la actuación administrativa.

Finalmente, sostiene que no se arribó prueba alguna que permitiera concluir que la alcaldía de Guacarí, inició el procedimiento administrativo previo a la expedición de la resolución nro. 0463 del 3 de diciembre de 2018, como tampoco lo informo el recusado en el documento a través del que negó cada una de las causales de recusación formuladas en su contra.

También considero importante inferir, que el trámite objeto de recusación fue la asunción o conocimiento del recurso de reposición, procedente en vía gubernativa, frente al acto que decretó la terminación unilateral del contrato suscrito entre la alcaldía municipal de Guacarí y la Unión Temporal Servicio de Tránsito – UNISET, recurso, que al haberse declarado la procedencia de la recusación, debió resolverse por el alcalde ad-hoc designado por el Ministerio del Interior, concluyendo el procedimiento administrativo.

III. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

El asunto que se discute se contrae a establecer si la solicitud de suspensión provisional de los actos demandados cumple con los requisitos establecidos en la ley para su

procedencia.

3.2. TESIS:

Se negará la medida cautelar solicitada, porque el cotejo de los actos demandados con las normas presuntamente vulneradas no evidencia diáfananamente la configuración de una trasgresión legal o constitucional.

3.3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado tiene su fundamento constitucional en el artículo 238 de la C.P. y su trámite, procedencia y demás requisitos se desarrolla en los artículos 229 y ss del CPACA.

Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesoria, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad, en el proceso ordinario en el que se hubiere decretado tal medida. Es por ello que su finalidad está dirigida a “evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho”.¹

Para la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos el CPACA indicó que debe referirse expresamente a la confrontación de legalidad que debe efectuar el Juez de la medida; es decir, ese **análisis inicial de legalidad** del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas.

El Consejo de Estado – Sección Primera, en providencia del 31 de mayo de 2019, C.P: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, anteriormente citada, recordó los postulados de la providencia del 13 de mayo de 2015² y señaló:

“(…) la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada en los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del periculum in mora y del fumus boni iuris, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio (…)”.

Tal visión ha sido compartida por la precitada Sección Primera del Consejo de Estado, en el auto del 27 de agosto de 2015³, en el cual subrayó:

“(…) En esta providencia no se está adoptando decisión de fondo, pues lo que se resuelve es la solicitud de suspensión provisional, la cual se niega mediante auto interlocutorio, entre otras razones, porque no se configuran los requisitos que la Jurisprudencia y la Doctrina denominan Fumus bonis iuris (apariencia de buen derecho) y periculum in mora (necesidad de urgencia de la medida cautelar)”.

Acerca de la forma en la que el Juez debe abordar este análisis inicial, la citada providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), sostuvo:

¹ Providencia citada *ut supra*, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., 13 de mayo de 2015. Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057). Actor: CARACOL Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. Demandado: Autoridad Nacional de Televisión – ANTV. Referencia: Medio de control de nulidad simple (Auto medida cautelar de suspensión provisional)

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera ponente: María Elizabeth García González. Bogotá, D.C., 27 de agosto de 2015. Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00194-00. Actor: Marco Fidel Ramírez Antonio. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social.

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

Como lo refiere la providencia transcrita, es importante la prevención efectuada por el legislador al advertir que la decisión sobre la medida cautelar, de ningún modo implica prejuzgamiento, teniendo en cuenta que, como lo ha precisado la Jurisprudencia del Consejo de Estado – Sección Primera, se trata de “*mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto*”⁴.

3.4. CASO CONCRETO:

En el proceso de la referencia, la parte demandante solicitó la suspensión provisional del auto nro. 0191 del 22 de febrero de 2019 proferido por la Procuraduría Regional del Valle del Cauca y comunicado del 6 de marzo de 2019, que declaró fundada la causal de recusación contenida en el numeral 6 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, formulada por el representante legal de la Unión Temporal Servicio de Tránsito – UNISSET en contra del señor Gerardo Salcedo Calero.

Adujo que la medida cautelar solicitada es procedente teniendo en cuenta que el acto administrativo demandado desconoce flagrante y palmaria el contenido del numeral 6 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011. Sostuvo que en virtud del artículo 91 del CPACA, el auto demandado perdió su carácter de obligatoriedad y por lo tanto no puede ser ejecutado, por haber desaparecido sus fundamentos de hecho y de derecho, pues está demostrado que no hubo recurso contra la Resolución nro. 0463 de fecha 3 de octubre de 2018, que declaró la terminación unilateral de un contrato.

La demandada por su parte sostuvo que su representada evidenció los supuestos fácticos corroborados con la prueba documental, esto es, denuncia radicada el 22 de octubre de 2018, lo cual se enmarca en el primero de los supuestos contemplados en el numeral 6 del artículo 11 ibidem, sin que ello le impusiera adentrarse al análisis de las dos situaciones que condiciona la norma, dado que el legislador de manera taxativa impuso dicho condicionamiento para el evento en el que la denuncia penal se haya formulado después de haberse dado inicio a la actuación administrativa.

Finalmente, sostuvo que el alcalde del municipio de Guacarí no probó que se hubiere iniciado el procedimiento administrativo previo a la expedición de la resolución nro. 0463 del 3 de diciembre de 2018, como tampoco así le informo el recusado en el documento a través del cual negó cada una de las causales de recusación formuladas en su contra.

⁴ Así lo sostuvo la Sala en la providencia de 11 de marzo de 2014 (Expediente núm. 2013 00503. Consejero ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala), al expresar que: “Con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los Jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la Jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 del C.P.A.C.A. expresamente dispone que ‘[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento’. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es de brindar a los Jueces ‘la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite’ []. Una suerte de presunción iure et de iure, sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido. // La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o ‘prejuzgamiento’ de la causa []. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia”. (Negritas fuera del texto).

Al respecto considera el despacho, en cuanto a la decisión de declarar fundada la recusación señalada en el auto nro. 191 de 2019, lo que se presenta es una disparidad de criterios hermenéuticos en la aplicación de normas comunes; el demandante contrasta los hechos con el numeral 6 del artículo 11 del CPACA, al indicar que no se acata la norma, aun cuando expresamente se enuncia que la causal de impedimento la constituye la conducta activa consistente en haber formulado alguno de los interesados en la actuación, su representante o apoderado, denuncia penal en contra del servidor, su cónyuge, compañero permanente, o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, antes de iniciar la actuación administrativa o después, **siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos a la actuación** y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal, de manera que el debate resiste un análisis legal y probatorio solo viable en la etapa del fallo, en la que la Sala definirá la controversia adentrándose en detalle de la declaratoria de la recusación de donde se predica las irregularidades.

Lo anterior, descarta de plano la connotación de ilegalidad manifiesta que exige la norma para que se suspendan los efectos de los actos administrativos, exigencia que tiene como fundamento el principio establecido en nuestro ordenamiento de la presunción de legalidad de los mismos.

Ahora bien, frente a la existencia o inminencia de un perjuicio irremediable, no se presenta tal agravante porque el sustento del perjuicio lo constituye la restitución de la competencia estipulada en cabeza del alcalde municipal de Guacarí, para efectos de ordenar y adelantar las acciones correspondientes tendientes a llevar a cabo la liquidación del contrato, de allí que, los efectos de la nulidad solicitada pueden ser obtenidos con las resultas del proceso; en tal virtud, la medida no cumple el efecto de cautela para la cual está instituida.

Finalmente, bajo la misma línea argumentativa, se recoge que en el presente caso no se vislumbra que –de no conceder la medida de suspensión- se verían alterados los efectos de la sentencia que defina de fondo la controversia, pues lo advertido es una discrepancia de interpretaciones entre demandante y demandado sobre la declaratoria de la recusación respecto del trámite administrativo adelantado por el alcalde de Guacarí.

En consecuencia, se;

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: NEGAR la medida cautelar solicitada por la parte demandante, consistente en la suspensión provisional de los actos administrativos demandados, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ZORANNY CASTILLO OTALORA
Magistrada