

Radicado No. 44-0001-33-40-004-2021-00139-00
Riohacha distrito especial, turístico y cultural, veinticuatro (24) de enero de dos mil veintidós (2022)

Medio de control	Nulidad electoral
Radicado	44-001-33-40-004-2021-00139-00
Demandante	José Enrique Morón Negrete
Demandado	Acto de Nombramiento de Johana Catalina Daza Bermúdez como personero del municipio de San Juan del Cesar La Guajira
Auto interlocutorio No	20
Asunto	Corre traslado de medida cautelar de suspensión provisional

I. ANTECEDENTES

1.1. Tanto en el escrito de demanda como en el de subsanación de la misma, la parte actora presenta petición de medida cautelar de urgencia, consistente en la suspensión provisional del acto administrativo de la resolución No. 084 de 16 de noviembre de 2021, expedido por la mesa directiva de la corporación Concejo Municipal de San Juan del Cesar – La Guajira y en donde se nombra al personero de esa municipalidad.

1.2. Como fundamento de su solicitud de medida cautelar de urgencia, alega la parte actora en esencia lo siguiente:

Que el concejo municipal de San Juan del Cesar al momento de expedir la resolución No. 084 del 16 de noviembre de 2021, mediante la cual se eligió personera en propiedad a la señora Yohana Catalina Daza Bermúdez y las resoluciones 060 de 23 de agosto y 065 del 14 de septiembre del mismo año, no tuvo en cuenta que existía una lista de elegibles vigente contenida en la resolución No. 059 del 14 de diciembre de 2020.

En sustento de la urgencia de la medida deprecada trae a colación apartes de la sentencia del Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda subsección B, con ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 11001-03-15-000-2014-01787-01, para concluir que en el caso presente *“Acceder a la medida cautelar de urgencia, -como se anotó-, en la sentencia de precedencia, no solo protegerá los derechos de quienes participaron en el concurso, por cuanto de darse una decisión favorable a los intereses de mis pretensiones en la demanda, el derecho que le asiste a aplicación de la lista de elegibles, resolución 059 del 14 de diciembre de 2020, generando diferentes situaciones frente a los terceros interesados y a la misma entidad accionada, pues, se entendería que ya no existe vacante, por ello la imposibilidad de reanudar el procedimiento y realizar un nuevo concurso de méritos para proveer el cargo de personero municipal para el resto del periodo 2020 -2024”*.

Pues bien, al revisar la solicitud de medida cautelar urgente, advierte el despacho que no se encuentran demostrados los elementos necesarios para concederla sin agotar el trámite previsto en el artículo 233 del C.P.A.C.A. Ello, de acuerdo con las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

2.1. Sobre la regulación normativa de la suspensión provisional

El artículo 229 de la ley 1437 de 2011, que regula de manera genérica la procedencia de medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo, preceptúa en concordancia con el artículo 231 *ibídem*, que en todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, el juez podrá decretar las medidas cautelares que considere necesarias para evitar que los efectos de la sentencia sean nugatorios o para evitar que se cause un perjuicio irremediable.

En efecto, el artículo 229 antes mencionado, textualmente reza:

“Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. 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 para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo”.

Ahora, en tratándose del artículo 231 también citado, tenemos que, al versar sobre la suspensión provisional de los actos administrativos demandados ante la jurisdicción contenciosa mediante la petición de su nulidad, condiciona la declaratoria de la suspensión, a la probanza de los siguientes aspectos:

- a) Violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud de suspensión provisional, lo cual debe surgir del ejercicio de confrontar el acto acusado con las normas superiores que se dicen violadas o, surgir del estudio de las pruebas existentes.
- b) Existencia del derecho reclamado y de los perjuicios alegados, los cuales deben demostrarse por lo menos con prueba sumaria.

Respecto de lo anterior, reza el artículo 231 *ibídem*, que:

“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 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”.

2.2. Sobre el traslado de la medida cautelar en el proceso de nulidad electoral

Tal como lo ha sostenido el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, en los procesos de nulidad electoral es perfectamente válido aplicar el artículo 234 al procedimiento especial y abreviado que consagra el artículo 277 *ibídem*, por ser compatibles.

Así se ha expresado el Consejo de Estado, entre otras decisiones, en el auto del 18 de noviembre de 2021, sala de lo contencioso administrativo, sección quinta, C.P. Rocío Araújo Oñate, radicado 11001-03-28-000-2021-00055-00 de esta forma:

Radicado No. 44–0001-33-40-004-2021-00139-00

“2.2 Sobre el traslado de la medida cautelar en el proceso de nulidad electoral

30. El artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, norma especial en materia de medidas cautelares en el proceso de nulidad electoral, no regula la posibilidad de decretar la suspensión provisional del acto de elección bajo el procedimiento de urgencia, esto es, sin correr traslado de la cautela solicitada.

31. Si bien, el artículo 277 antes mencionado hace parte del procedimiento especial y abreviado de la nulidad electoral, el cual contempla, que con la demanda se podrá pedir la suspensión provisional del acto acusado, y que sobre ésta se decidirá en el auto admisorio de la misma, esta disposición no reguló su trámite y la forma de adoptarla, por lo que es necesario acudir a la aplicación del artículo 234 de la Ley 1437 de 2011, que es norma compatible con dicho procedimiento, el cual prevé la posibilidad que “... desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente adopte una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior”.

32. Como antes se mencionó, tal norma es compatible con el proceso especial y abreviado de la nulidad electoral, porque en el trámite ordinario de las medidas cautelares cuando se corre traslado de la solicitud se persigue garantizar el derecho fundamental de contradicción y defensa del demandado; no obstante ello, en situaciones de urgencia que requieren atención inmediata, dicho trámite, previsto en el artículo 233 de la Ley 1437 del 2011, no debe agotarse. Tales situaciones están relacionadas con la I) imposibilidad de ejecutar la sentencia si no se impone una medida provisional, II) el posible acaecimiento de un perjuicio irremediable o III) de un peligro inminente.

33. Lo anterior no significa que en las medidas cautelares respecto de las cuales no se invoca el carácter urgente, no se esté frente situaciones que requieren la intervención expedita del juez a fin de garantizar materialmente los derechos e intereses en riesgo, es más, es usual que cuando se invocan se esté en el señalado contexto.

34. Sin embargo, el propósito del artículo 234 de la Ley 1437 de 2011 al incluir las **medidas cautelares de urgencia**, es hacerle frente de manera efectiva y eficaz a circunstancias de tal inminencia y gravedad que hacen imperativa e impostergable la intervención del juez, al punto que *debe prescindirse del traslado previo de las mismas*, so pena que por el transcurso del tiempo y las particularidades de los casos *sub judice*, se torne inane cualquier actuación tendiente a proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia¹.

35. Entonces para la adopción de una medida cautelar de urgencia deben existir los suficientes elementos fácticos y probatorios que acrediten su inminencia, de forma tal que se ponga en evidencia que de no otorgar la suspensión provisional en forma urgente está en peligro el objeto del proceso y por ello los efectos de la sentencia serán nugatorios, si no se adopta la medida cautelar en forma urgente².

36. Profundizando en las anteriores consideraciones, esta Sección mediante auto del 26 de noviembre de 2020 **unificó su jurisprudencia**, “en el sentido de considerar que el traslado de la medida cautelar, de que trata el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, sí es compatible con el proceso de nulidad electoral, así como la posibilidad de prescindir del mismo en los términos del artículo 234 del mismo estatuto”³.

¹ Sobre el particular, puede apreciarse la siguiente providencia, en la que se destacó la estrecha relación entre la resolución expedita de las medidas cautelares de urgencia y la garantía de los derechos de acceso a la administración de justicia y debido proceso: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 3 de agosto de 2017, Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-15-000-2017-00299-01.

² En el mismo sentido ver: Consejo de Estado. Sección Quinta, auto de 31 de marzo de 2016. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 11001-03-28-000-2016-00037-00.

³ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 26 de noviembre de 2020, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 44001-23-33-000-2020-00022-01.

Radicado No. 44–0001-33-40-004-2021-00139-00

Con fundamento en esta jurisprudencia, se procederá a determinar si en este caso se presenta una medida cautelar de urgencia o si, por el contrario, al no concurrir los requisitos de ley para catalogarla como tal, se impone el traslado previo de la solicitud, conforme lo establece el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011.

2.3. Sobre las medidas cautelares de urgencia y los requisitos para su solución sin traslado previo // necesidad del traslado en este caso concreto.

El artículo 233 de la ley 1437 de 2011, al regular el procedimiento para la adopción de medidas cautelares, luego de indicar que éstas podrán solicitarse desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso, establece que el juez al admitir la demanda, en auto separado, que no será objeto de recursos, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Ahora bien, el artículo 234 de la misma ley 1437 de 2011, regula el tópicico referente a las “MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA”, el cual permite que se resuelva la solicitud de medida provisional, sin traslado previo a la parte demandada, pero en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 234. MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA. Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, **cuando cumplidos los requisitos para su adopción**, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar.*

La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta”.

De lo normado por el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo se concluye que el trámite de urgencia constituye una excepción al procedimiento que ordinariamente debe agotarse para adoptar las medidas cautelares, señalado en el artículo 233 del C.P.A.C.A.

Como la normatividad citada no consagra una definición de lo que debe entenderse por urgencia para decretar la medida sin audiencia del demandado, la sección segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Concejero William Hernández Gómez, en auto interlocutorio del 25 de junio de 2021, ha dicho:

“El artículo 234 antes transcrito no prevé una definición de lo que debe entenderse por «urgencia», no obstante, esta Corporación ha dicho que la expresión alude al «inminente riesgo de afectación de los derechos del interesado»⁴, lo que puede manifestarse en (i) la imposibilidad de ejecutar la sentencia si no se impone una medida provisional urgente, (ii) el posible acaecimiento de un perjuicio irremediable o (iii) la concreción de un peligro inminente⁵. Estas situaciones conducen a que la intervención judicial resulte impostergable, pues incluso el decreto de la cautela por la vía ordinaria podría hacer inane la efectividad de la sentencia.

⁴ CE, Sec. Tercera, Subsec. C, Auto, rad. 11001-03-26-000-2014-00034-00(50221), may. 29/2014.

⁵ CE, Sec. Quinta, Auto, rad. 11001-03-28-000-2021-00006-00, mar. 24/2021.

Radicado No. 44-0001-33-40-004-2021-00139-00

Además, se destaca que la facultad que le confiere al juez el trámite de urgencia previsto en la mencionada norma es de carácter excepcional toda vez que limita el derecho a ser oído que comúnmente le asiste a la parte demandada antes de que se provea sobre la medida cautelar⁶.

Visto lo anterior, es plausible concluir que la figura objeto de estudio se justifica en términos de tiempo y de proporcionalidad. Así, en tratándose de las medidas cautelares de urgencia, el único motivo por el que debe ceder el derecho de audiencia de la parte demandada es la absoluta inminencia y gravedad de la transgresión que aquella busca evitar, bajo el entendido que el trámite que ordinariamente debe impartirse no proporciona la celeridad requerida para garantizar una justicia oportuna y, con ello, efectiva.

Sobre el concepto de urgencia en el derecho administrativo, la doctrina española⁷ ha señalado lo siguiente:

[...] es la insuficiencia del Derecho administrativo normal para la consecución de un interés público legal el fundamento de la utilización de las instituciones de urgencia. Sin embargo, hay que añadir algo más específico para que se matice debidamente entre la urgencia y otras figuras afines. La insuficiencia ha de ser por razón del tiempo; esto es, la causa por la cual la institución o procedimiento administrativo normal no sirve para alcanzar el fin perseguido ha de ser el tiempo. La utilización de la institución excepcional de urgencia va a alcanzar la misma meta que jurídicamente se podría alcanzar con la institución normal administrativa. Lo que ocurre es que aquella la alcanzará en un lapso de tiempo en el que el derecho normal no podría nunca alcanzarla, y ese lapso breve de tiempo era esencial para el fin administrativo propuesto [...]

Por último, es importante anotar que como el uso de la urgencia en las medidas cautelares implica el ejercicio de una facultad judicial excepcional a la que va aparejada la merma de las garantías de la parte demandada, el deber de motivación para justificar la adopción de este trámite extraordinario se intensifica no solo para el juez que es el llamado a resolverla, sino también para el demandante cuando se estudia su procedencia a petición de parte. En ese sentido, para su adopción debe acreditarse suficientemente la inminencia e impostergabilidad de la medida en relación con el trámite que normalmente ha previsto el ordenamiento jurídico para proveer esta tutela”.

Nótese pues que para que prospere una medida cautelar de manera urgente es menester que exista y se acredite un inminente riesgo de afectación de los derechos del interesado, a tal punto que haga impostergable la intervención del juzgador en el asunto.

En el presente caso al accionante justifica la urgencia en el hecho que “Acceder a la medida cautelar de urgencia, -como se anotó-, en la sentencia de precedencia, no solo protegerá los derechos de quienes participaron en el concurso, por cuanto de darse una decisión favorable a los intereses de mis pretensiones en la demanda, el derecho que le asiste a aplicación de la lista de elegibles, resolución 059 del 14 de diciembre de 2020, generando diferentes situaciones frente a los terceros interesados y a la misma entidad accionada, pues, se entendería que ya no existe vacante, por ello la imposibilidad de reanudar el procedimiento y realizar un nuevo concurso de méritos para proveer el cargo de personero municipal para el resto del periodo 2020 -2024”

Argumento este que no tiene la entidad de demostrar la urgencia que se exige para tomar una decisión sobre las medidas cautelares impetradas sin la audiencia de la parte

⁶ Sobre el particular puede consultarse el Auto de unificación de 31 de marzo de 2016 proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado, rad. 11001-03-28-000-2016-00037-00.

⁷ Clavero Arévalo, Manuel Francisco, “Ensayo de una teoría de la urgencia en el derecho administrativo,” Revista de Administración Pública, nº 10, Madrid, 1953, p. 30.

Radicado No. 44-0001-33-40-004-2021-00139-00

demandada, así como tampoco la inminencia de un riesgo de afectación de los derechos del actor que haga imperioso aplicar la excepción de omisión del traslado a la parte demandada.

Lo excepcional de la omisión del traslado previo a la solución de fondo de la petición cautelar, se ratifica en lo expuesto por el consejo de estado, cuando dijo que:

“(...) el artículo 234 del C.P.A.C.A. consagra las medidas cautelares de urgencias, las cuales tienen como finalidad la adopción de decisiones que dada la naturaleza de los efectos que está produciendo el acto administrativo, no resulta posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del C.P.A.C.A. Así, es claro que se trata de una situación excepcional que sólo resultará procedente cuando se logre demostrar la urgencia alegada.

Al respecto, esta Corporación ha señalado:

“La Ley 1437 regula así mismo en su artículo 234 las medidas cautelares de urgencia, en los siguientes términos:

“Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior”. Agrega esta disposición que “esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar”, y que “la medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta”.

Esta norma prevé claramente una excepción a la regla general establecida en el artículo 233 antes citado, conforme a la cual es preciso correr traslado de la solicitud de medida cautelar a la parte contraria. De acuerdo con lo señalado por esta Corporación, “la norma en comento deja abierta la posibilidad de que en ciertos casos excepcionales pueda decretarse una medida cautelar de urgencia «inaudita parte debitoris», esto es, sin necesidad de notificar o escuchar previamente a la contraparte, con el propósito de precaver o conjurar la afectación inminente de los derechos del interesado y sin necesidad de agotar el trámite previsto en el artículo 233, esto es, sin tener que correr el traslado ni de efectuar la notificación allí dispuestos”.

Esta diferencia, se explica en la imperiosa necesidad de que haya un pronunciamiento inmediato ante la urgencia del caso concreto, siendo preciso, en todo caso, que el peticionario asuma la carga argumentativa suficiente para demostrar la urgencia de la protección cautelar solicitada”⁸.

Por último y no menos relevante, debe resaltarse que con la demanda no fue allegada la Resolución 084 del 16 de noviembre de 2021, mediante la cual se hizo el nombramiento de la señora Yohana Catalina Daza Bermúdez como personera del municipio de San Juan del Cesar, La Guajira, razón que hace físicamente imposible para esta despacho, determinar la existencia de la violación de las disposiciones invocadas en la solicitud de medida cautelar, por cuanto no puede hacerse el análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas, ya que como se dijo, no se cuenta con el acto administrativo que se ataca. Por esta razón ha de requerirse a la personera municipal y al concejo municipal de San Juan del Cesar La Guajira para que allegue al proceso copia íntegra del mencionado acto administrativo.

En ese orden de ideas, el despacho estima procedente correr traslado a la parte demandada de la solicitud de medida cautelar en referencia, para que, en el término de cinco (5) días, se pronuncie sobre ella, con sujeción al procedimiento establecido en el artículo 233 del

⁸ Consejo de estado, sección cuarta, radicada con el número 44001-23-33-000-2020-00022-01_20201126, de fecha 26 de noviembre de 2020

Radicado No. 44-0001-33-40-004-2021-00139-00

CPACA.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO: CORRER traslado por el término de cinco (05) días a la parte demandada, de la solicitud de medida cautelar presentada en escrito separado al de la demanda y consistente en la suspensión provisional del acto administrativo acusado. El término concedido correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

SEGUNDO: REQUERIR a la a la personera municipal y al concejo municipal de San Juan del Cesar La Guajira para que allegue dentro del mismo término, copia íntegra de la Resolución No. 084 del 16 de noviembre de 2021, mediante la cual el concejo municipal de San Juan del Cesar Guajira efectuó el nombramiento de la señora Yohana Catalina Daza Bermúdez como personera de ese municipio.

TERCERO: Vencido el término mencionado en el artículo anterior, por secretaría, **PÁSESE** el cuaderno a despacho para continuar con su trámite.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSE HERNANDO DE LA OSSA MEZA
Juez

Firmado Por:

Jose Hernando De La Ossa Meza
Juez
Juzgado Administrativo
Oral 004
Riohacha - La Guajira

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

928c94679ec7db83be7240d3ef1cd65dfbdacf13bfb93ec50d22f013f869f302

Documento generado en 24/01/2022 03:46:30 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>