

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Libertad y Orden

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTIUNO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CALI

Auto de sustanciación No. ESS

RADICADOS: 76001-33-40-021-2016-00249-00
76001-33-40-021-2016-00252-00
DEMANDANTES: MARÍA PETRONA PEREA VALENCIA
GUSTAVO HERRERA HERRERA
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG Y
OTROS
MEDIOS DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Santiago de Cali, 11 OCT 2018

ASUNTO

Visto el informe secretarial que obra a folio 159 del CP, se observan vencidos los términos de traslados correspondientes y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, se hace necesario convocar a las partes fijando fecha y hora para la realización de audiencia inicial.

En provecho de la circunstancia anotada y por encontrar similitudes en los 2 procesos relacionados en el encabezado de esta providencia, se realizará la audiencia inicial de manera conjunta, siendo claro que a la misma deben concurrir en forma obligatoria los apoderados y optativamente las partes y el Ministerio Público, citándolos a través de la Secretaría.

Finalmente, cabe agregar que se procederá con el reconocimiento de las personerías de los apoderados de las entidades que integran la parte demandada, en virtud del aporte de los documentos pertinentes y el cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 74 y ss del CGP.

En consecuencia se, **DISPONE:**

1.- FIJAR FECHA para llevar a cabo la **audiencia inicial** de que trata el artículo 180 del CPACA, dentro de los procesos de la referencia en forma conjunta, la cual tendrá lugar el **miércoles veintiuno (21) de noviembre de 2018, a las dos de la tarde (2:00pm)**, en la sala de audiencias No. 7 ubicada en el piso 11 del Edificio Banco de Occidente de la Carrera 5 # 12-42 de Cali, siendo obligatoria la asistencia a la misma.

Por la Secretaría del despacho, **CITAR** al Ministerio Público, a las partes y sus apoderados, enviándoles aviso al correo electrónico que fue suministrado al proceso.

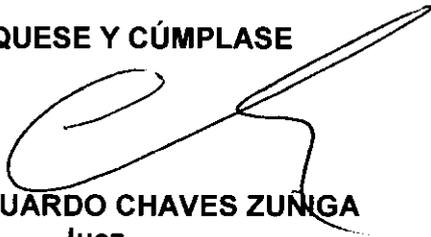
2.- RECONOCER personería a la abogada Dra. Jennifer Andrea Verdugo Benavides, identificada con CC No. 1130.598.183 expedida en Cali (V) y portadora de la TP No. 214.536 expedida por el CSJ, para actuar como apoderada de la Fiduciaria La Previsora S.A. que además de participar en su propio nombre, lo hace como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo FOMAG, conforme con los términos de los escritos de poder obrantes a folios 97 y ss del CP.

3.- RECONOCER personería al abogado Dr. Álvaro Enrique del Valle Amarís, identificado con CC No. 80.242.748 expedida en Bogotá D.C. y portador de la TP No. 148.968 expedida por el CSJ, para actuar como apoderado de la Nación - del Ministerio de Educación Nacional - FOMAG, de acuerdo con el memorial de poder que se encuentra a folio 117 del CP.

4.- RECONOCER personería a la abogada Dra. Jennifer Andrea Verdugo Benavides, identificada con CC No. 1.130.598.183 expedida en Cali (V) y portadora de la TP No. 214.536 expedida por el CSJ, para actuar como apoderada sustituta del abogado que representa al Ministerio de Educación Nacional - FOMAG, en los términos del escrito obrante a folios 118 y ss del CP.

5.- RECONOCER personería a la abogada Dra. María Angélica Caballero, identificada con CC No. 38.642.295 y portadora de la TP No. 163.816 expedida por el CSJ, para actuar como apoderada del Municipio de Santiago de Cali, en los términos del escrito obrante a folios 132 y ss del CP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS EDUARDO CHAVES ZUÑIGA
Juez

<p align="center">NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRONICO JUZGADO VEINTIUNO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE CALI</p> <p>CERTIFICO: En estado No. <u>147</u>, hoy notifico a las partes el auto que antecede. Santiago de Cali, <u>18</u> de <u>10</u> de 2018, a las 8 a.m.</p> <p align="center">ALBA LEONOR MUÑOZ FERNÁNDEZ Secretaria</p>
--

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Libertad y Orden

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTIUNO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CALI

Auto de sustanciación No. 656

RADICADOS: 76001-33-40-021-2016-00249-00
76001-33-40-021-2016-00254-00
DEMANDANTES: MARÍA PETRONA PEREA VALENCIA
GUSTAVO HERRERA HERRERA
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG Y OTROS
MEDIOS DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

17 de noviembre de 2018

Santiago de Cali, _____

ASUNTO

Visto el informe secretarial que obra a folio 152 del CP, se observan vencidos los términos de traslados correspondientes y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, se hace necesario convocar a las partes fijando fecha y hora para la realización de audiencia inicial.

En provecho de la circunstancia anotada y por encontrar similitudes en los 2 procesos relacionados en el encabezado de esta providencia, se realizará la audiencia inicial de manera conjunta, siendo claro que a la misma deben concurrir en forma obligatoria los apoderados y optativamente las partes y el Ministerio Público, citándolos a través de la Secretaría.

Finalmente, cabe agregar que se procederá con el reconocimiento de las personerías de los apoderados de las entidades que integran la parte demandada, en virtud del aporte de los documentos pertinentes y el cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 74 y ss del CGP.

En consecuencia se, **DISPONE:**

1.- FIJAR FECHA para llevar a cabo la **audiencia inicial** de que trata el artículo 180 del CPACA, dentro de los procesos de la referencia en forma conjunta, la cual tendrá lugar el **miércoles veintiuno (21) de noviembre de 2018, a las dos de la tarde (2:00pm)**, en la sala de audiencias No. 7 ubicada en el piso 11 del Edificio Banco de Occidente de la Carrera 5 # 12-42 de Cali, siendo obligatoria la asistencia a la misma.

Por la Secretaría del despacho, **CITAR** al Ministerio Público, a las partes y sus apoderados, enviándoles aviso al correo electrónico que fue suministrado al proceso.

2.- RECONOCER personería a la abogada Dra. Jennifer Andrea Verdugo Benavides, identificada con CC No. 1130.598.183 expedida en Cali (V) y portadora de la TP No. 214.536 expedida por el CSJ, para actuar como apoderada de la Fiduciaria La Previsora S.A. que además de participar en su propio nombre, lo hace como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo FOMAG, conforme con los términos de los escritos de poder obrantes a folios 123 y ss del CP.

3.- RECONOCER personería al abogado Dr. Álvaro Enrique del Valle Amarís, identificado con CC No. 80.242.748 expedida en Bogotá D.C. y portador de la TP No. 148.968 expedida por el CSJ, para actuar como apoderado de la Nación - del Ministerio de Educación Nacional - FOMAG, de acuerdo con el memorial de poder que se encuentra a folio 112 del CP.

4.- **RECONOCER** personería a la abogada Dra. Jennifer Andrea Verdugo Benavides, identificada con CC No. 1.130.598.183 expedida en Cali (V) y portadora de la TP No. 214.536 expedida por el CSJ, para actuar como apoderada sustituta del abogado que representa al Ministerio de Educación Nacional - FOMAG, en los términos del escrito obrante a folios 111 del CP.

5.- **RECONOCER** personería a la abogada Dra. María Angélica Caballero, identificada con CC No. 38.642.295 y portadora de la TP No. 163.816 expedida por el CSJ, para actuar como apoderada del Municipio de Santiago de Cali, en los términos del escrito obrante a folios 93 y ss del CP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS EDUARDO CHAVES ZUÑIGA
Juez

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO	
JUZGADO VEINTIUNO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE CALI	
CERTIFICO: En estado No. <u>147</u> , hoy notifico a las partes el auto que antecede.	
Santiago de Cali, <u>18</u> de <u>10</u> de 2018, a las 8 a.m.	
ALBA LEONOR MUÑOZ FERNÁNDEZ Secretaria	



Libertad y Orden

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTIUNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CALI

A.S. No. 658

PROCESO No. 76001-33-33-021-2017-00151-00
ACCIONANTE: VICTOR MARIO ZAPATA ARARAT Y OTROS
ACCIONADO: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA
NACIONAL – FISCALIA GENERAL DE LA NACION
MEDIO DE CONTROL: REPARACION DIRECTA

Santiago de Cali, 17 OCT 2018

ASUNTO

Vencidos los términos de ley, procede el Despacho a fijar la audiencia de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A.

En consecuencia se,

DISPONE:

PRIMERO: FIJAR FECHA para llevar a cabo la Audiencia Inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A., dentro del proceso de la referencia, la cual tendrá lugar **el día dieciséis (16) de enero de dos mil diecinueve (2019) a las diez de la mañana (10:00 a.m.) la cual habrá de realizarse en la sala de audiencias No. 9 del edificio Banco de Occidente ubicado en la carrera 5 # 12-42 de la ciudad de Cali.**

SEGUNDO: Por la Secretaría del despacho, **CÍTESE** al Ministerio Público, a las partes y sus apoderados, enviándoles aviso al correo electrónico que fue suministrado al proceso.

TERCERO: RECONOCER personería a la Doctora **KAREM CAICEDO CASTILLO**, identificada con CC No. 1.130.638.186 y portadora de la TP No. 175.510 del C.S. de la Judicatura para actuar dentro del presente proceso como apoderado de la POLICÍA NACIONAL.

TERCERO: RECONOCER personería al Doctor **FERNANDO GUERRERO CAMARGO**, identificado con CC No. 74.081.042 y portadora de la TP No. 175.510 del C.S. de la Judicatura para actuar dentro del presente proceso como apoderado de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACION.

NOTIFIQUESE

CARLOS EDUARDO CHAVES ZÚÑIGA
JUEZ

**NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRONICO
JUZGADO VEINTIUNO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE CALI**

CERTIFICO: En estado No. 147, hoy notifíco a las partes el auto que antecede.

Santiago de Cali, 18/10/18, a las 8 a.m.

ALBA LEONOR MUÑOZ FERNÁNDEZ
Secretaria

186



Libertad y Orden

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTIUNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CALI

A.S. No. 657

Expediente: 76001-33-33-021-2017-00169-00
Demandante: MARICELA DEL CARMEN VARGAS RUIZ
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL

17 OCT 2018

Santiago de Cali, _____

ASUNTO

Vencidos los términos de ley, procede el Despacho a fijar la audiencia de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A.

En consecuencia se,

DISPONE:

PRIMERO: FIJAR FECHA para llevar a cabo la Audiencia Inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A., dentro del proceso de la referencia, la cual tendrá lugar **el día doce (12) de diciembre de dos mil dieciocho (2018) a las dos (2:00 p.m.) la cual habrá de realizarse en la sala de audiencias No. 4 del edificio Banco de Occidente ubicado en la carrera 5 # 12-42 de la ciudad de Cali.**

SEGUNDO: Por la Secretaría del despacho, **CÍTESE** al Ministerio Público, a las partes y sus apoderados, enviándoles aviso al correo electrónico que fue suministrado al proceso.

TERCERO: RECONOCER personería al abogado Dr. REYNALDO MUÑOZ HOLGUÍN, identificado con CC No. 16.858.785 y TP No. 158.235 del C.S. de la Judicatura para actuar dentro del presente proceso como apoderado de **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL.**

NOTIFIQUESE

CARLOS EDUARDO CHAVES ZÚÑIGA
JUEZ

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRONICO
JUZGADO VEINTIUNO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE CALI

CERTIFICO: En estado No. 147 hoy notifico a las partes el auto
que antecede.

Santiago de Cali, 18/10/18, a las 8 a.m.

ALBA LEONOR MUÑOZ FERNÁNDEZ
Secretaria



LIBERTAD Y ORDEN
REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTIUNO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE CALI

Auto interlocutorio No. 1343

Radicación: 76001-33-33-021-2018-00191-00
Demandante: HUGO FERNEY CARABALI VIVEROS
Demandado: MUNICIPIO DE JAMUNDÍ
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Santiago de Cali, 17 001 2018

ASUNTO

Se decide sobre la medida cautelar solicitada por la parte demandante, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido en contra del Municipio de Jamundí.

ANTECEDENTES

Mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el señor Hugo Ferney Carabalí Viveros solicitó la declaratoria de invalidez del Decreto No. 0149 del 26 de abril de 2018 expedido por el alcalde del Municipio de Jamundí, a través del cual se declaró la insubsistencia de su nombramiento en el cargo de libre nombramiento y remoción de jefe de la oficina de minas del ente territorial. A título de restablecimiento del derecho, solicitó el reintegro en un empleo de igual o mayor categoría dentro de la planta de personal del Municipio de Jamundí.

Como fundamento de lo anterior, considera que se incurrió en una falsa motivación del acto, se vulneraron las normas en que debía fundamentarse y hubo desviación de poder dado que se desconoció lo preceptuado en los artículos 30, 32 y 38 de la ley 996 de 2005 y el Decreto Nacional 734 de 2012 concordante con el Decreto 717 de 1978.

Afirmó que la afectación de la nómina estatal de la Rama Ejecutiva del Poder Público, no puede ocurrir dentro de los 4 meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, pero en el caso particular resultó desconocida la garantía electoral, al haberse declarado la insubsistencia -como consecuencia de la elección atípica del actual Alcalde de Jamundí- en época previa a la elección presidencial y la de los integrantes del Congreso.

En lo atinente a la solicitud de **medida cautelar** consistente en *"Decretar la SUSPENSIÓN PROVISIONAL del DECRETO No. 0134 del abril 26 de 2018, comunicado el 3 de mayo de 2018, por las razones expuestas en el presente escrito."*¹, aludió la errada interpretación hecha sobre lo previsto en los artículos 32 y 38 de la Ley 996 de 2005 y el Decreto Nacional 724 de 2012, además de la mala aplicación de un pronunciamiento emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en un caso que no es el particular y que tampoco presenta carácter vinculante u obligatorio.

Finalmente, advirtió que se desconoció el precedente constitucional vertido por la Corte en la sentencia C- 1153 de 2005 y que la decisión de insubsistencia no se basó en el mejoramiento del servicio, siendo cierto que en la certificación emitida por el Consejo

¹ Folio 11 del C2.

Municipal de Jamundí el 1 de junio de 2018, se informó que hasta la fecha no se había presentado programa de gobierno y tampoco se había radicado proyecto de acuerdo o de modificación del vigente en la actualidad, lo que impide comprender el plan de desarrollo que pretende gestionar el nuevo Alcalde.

Cabe añadir que en la demanda es donde se alude a la vulneración de la norma superior, citándose como violados los artículos 29, 31 y ss de la Constitución Política de 1991 (folios 13 y 19 del CP).

Los **hechos** en que se basa la solicitud de imposición de medida cautelar, se resumen en la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en el cargo de libre nombramiento y remoción que ocupaba el demandante, efectuada el 26 de abril de 2018, esto es durante el plazo de los 4 meses de que trata la Ley 996 de 2005 en sus artículos 32 y 38, observable en atención a las elecciones de Congreso y Presidente surtidas en el país sumado a la inexistencia de Plan de Desarrollo para la vigencia de 2018-2019.

OPOSICIÓN

Mediante apoderado, el Municipio de Jamundí (V) descorrió traslado de la medida cautelar señalando, básicamente, que se oponía a su decreto por cuanto se trataba de una actuación improcedente en la medida en que el cargo en cuestión es de libre nombramiento y remoción lo que permite ejercer la facultad discrecional de retirar del servicio al demandante, siendo clara la legalidad del acto demandado.

Agregó que la decisión del actual mandatario no obedeció a un capricho o abuso de poder, sino que se debió a la necesidad de cumplir el programa de gobierno en forma cabal e inmediata con su equipo de trabajo, efectuando entonces los ajustes pertinentes al Plan de Desarrollo y demás instrumentos de planeación que permitieran el cumplimiento de sus propuestas.

Sostiene que el fundamento de la determinación que se cuestiona en esta sede judicial es el concepto No. 2366 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 20 de febrero de 2018 en el que se indicó que la prohibición del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 para modificar la nómina estatal o de los entes territoriales dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones populares debe interpretarse de forma ponderada conforme a la Constitución Política dado que su aplicación literal puede perjudicar otros bienes jurídicos contenidos en ella como el derecho a elegir o ser elegido y a ejercer el poder político derivado de la elección previsto en el artículo 40, el artículo 259 sobre el voto programático, el artículo 311 que define al municipio como "entidad fundamental" de la organización político administrativa del Estado y le asigna competencias y funciones que impactan de manera directa la vida de sus habitantes y el artículo 315 que reconoce el derecho a los alcaldes para nombrar y remover a sus funcionarios.

Bajo ese contexto la restricción no es absoluta y los mandatarios pueden excepcionalmente afectar la nómina porque las limitaciones impuestas con la Ley 996 de 2005 no pueden ir en detrimento de los intereses públicos, del servicio público y del adecuado funcionamiento de la administración, por tanto, sería una contradicción, que el nuevo alcalde tenga la obligación de cumplir con su programa de gobierno y garantizar un buen servicio, pero al mismo tiempo no pueda contar, en razón de las referidas restricciones, con las herramientas suficientes y necesarias para el efecto, de ahí que en lo que respecta a la posibilidad de remover funcionarios, como quiera que desde el inicio de su gobierno debe cumplir con el voto programático y honrar la democracia local, el alcalde excepcionalmente podría desvincular a los funcionarios públicos que ostentan la autoridad política en el municipio, es decir, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 189 de la Ley 136 de 1994, a los secretarios del despacho y a los jefes del departamento administrativo.

Estos funcionarios pueden ser removidos por el Alcalde en el ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, en el sentido que existen razones objetivas indispensables de buen servicio relacionadas con la satisfacción del voto programático y

el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales media una situación de apremio o necesidad del servicio y se busca garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos y la prestación del servicio público.

TRÁMITE

Mediante auto interlocutorio No. 865 del 30 de julio de 2018, el Despacho dio traslado a la entidad demandada sobre la solicitud de medida cautelar formulada por la parte demandante².

Posteriormente, se profirió el auto interlocutorio No. 970 del 14 de agosto de 2018 con el cual se ordenó la presentación de una caución bancaria o de compañía de seguros, para garantizar los perjuicios que pudieran ocasionarse con la eventual práctica de la medida cautelar solicitada (folio 48 del C2).

Lo anterior fue acatado de manera oportuna por el interesado, quien allegó póliza judicial No. 100067089 del 22 de agosto de 2018, expedida por la Compañía de Seguros Mundial, constituida con la finalidad expresa de: *"GARANTIZAR EL PAGO DE LOS EVENTUALES PERJUICIOS QUE SE PUEDAN CAUSAR CON LA MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA."* En el documento se aprecia que el Municipio de Jamundí (V) se determinó como el asegurado/beneficiario de la garantía. (Folio 51 del C2)

CONSIDERACIONES

A diferencia del anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), en donde se establecía que la contradicción entre las disposiciones invocadas como fundamento de la solicitud debían ser manifiestas y, por lo tanto, no se permitía que el Juez realizara un estudio más profundo del caso³, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA) efectuó un cambio significativo en este aspecto, en el cual se torna necesario el análisis tanto de las normas alegadas como violadas dentro del escrito de demanda como en el escrito de la solicitud de la medida.

De esta forma el H. Consejo de Estado ha establecido al respecto que *"la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al Juez administrativo a realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas y a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud"*⁴.

En este orden de ideas, se procede a realizar el estudio normativo aplicable a la medida cautelar y, posteriormente, se hará el análisis de las normas invocadas como transgredidas y las pruebas allegadas. Sobre la orden de adoptar una decisión administrativa, el CPACA dispone:

"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:

(...)

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

(...)

² Folio 15 del C2.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera Once (11) de marzo de dos mil catorce (2014) Radicación núm.: 11001 0324 000 2013 00503 00

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 3 de diciembre de 2012, Rad. No. 11001-03-24-000-2012-00290-00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.” (Subrayado fuera de texto)

Del marco normativo transcrito, se desprende que en los procesos declarativos que se adelanten ante esta Jurisdicción, procede, a petición de parte, el decreto de medidas cautelares necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, las cuales pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión y deben tener relación directa con las pretensiones de la demanda.

Al respecto ha expresado el Consejo de Estado ha señalado⁵:

- “**El Juez puede adoptar la(s) medida(s) cautelar(es) que considere necesaria(s) para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.**
- Las medidas **anticipadas** pueden ser solicitadas y decretadas en **cualquier** clase de proceso **declarativo** que se tramite en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y ya no solo en los juicios de anulación de actos administrativos.
- El Juez podrá ordenarlas una vez presentada la demanda, **en cualquier estado del proceso.**
- La solicitud deberá estar sustentada por la parte y tener **relación directa y necesaria con las pretensiones** de la demanda.
- En las **acciones populares y de tutela** el Juez puede decretar **de oficio** las medidas cautelares.
- El Juez deberá **motivar** debidamente la medida.
- El decreto de medidas cautelares **no constituye prejuzgamiento.**- En efecto, 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 CPACA expresamente dispone que “[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”. (Resaltado y subrayado del original).

⁵ C.E. Providencia del 11 de marzo de 2014, Expediente 2013-00503-00, Consejero Ponente Guillermo Vargas Ayala.

Caso en concreto:

Como se advirtió se cuestiona la legalidad del decreto 149 del 26 de abril del presente año por medio del cual el Municipio de Jamundí declaró la insubsistencia del demandante en el cargo de jefe de oficina, código 006 grado 1 del citado ente territorial con funciones en la oficina de minas y en esa línea se acudió a la medida cautelar que resulta natural en principio, cuando se enjuicia un acto administrativo, que es la contenida en el numeral 3 del artículo 230 del CPACA consistente en "suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo", no obstante, la eventual suspensión del decreto citado implicaría un restablecimiento temporal de los derechos del demandante o una devolución del status quo "en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante" pues la medida traería consigo el reintegro al cargo que desempeñaba en la entidad demandada, de modo que no sólo se hará un análisis de los requisitos previstos en el inciso primero del artículo 231 del CPACA, sino también de aquellos previstos en el inciso 2º de la misma preceptiva.

Dicho esto la parte accionante considera que el acto administrativo demandado vulnera los artículos 32 y 38 de la Ley 996 de 2005 sobre garantías electorales que prohíbe la modificación de la nómina estatal en época previa a elecciones populares, así como el Decreto Nacional 724 de 2012, compilado en el Decreto 1082 de 2015.

La norma individualizada por el actor señala expresamente: Artículo 32. *VINCULACIÓN A LA NÓMINA ESTATAL: Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente.*

PARÁGRAFO. Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-1153 de 2005 condicionó el artículo y el párrafo transcrito en el entendido que para el Presidente o el Vicepresidente de la República dicha restricción se aplica desde que manifiestan el interés previsto en el artículo 9º de la misma ley y en cuanto al párrafo, en el sentido de que la Registraduría adoptará un procedimiento ágil y eficaz para la selección del personal supernumerario.

Por su parte el artículo 38 estipula *PROHIBICIONES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. A los empleados del Estado les está prohibido:*

1. Acosar, presionar, o determinar, en cualquier forma, a subalternos para que respalden alguna causa, campaña o controversia política.

2. Difundir propaganda electoral a favor o en contra de cualquier partido, agrupación o movimiento político, a través de publicaciones, estaciones oficiales de televisión y de radio o imprenta pública, a excepción de lo autorizado en la presente ley.

3. Favorecer con promociones, bonificaciones, o ascensos indebidos, a quienes dentro de la entidad a su cargo participan en su misma causa o campaña política, sin perjuicio de los concursos que en condiciones públicas de igualdad e imparcialidad ofrezcan tales posibilidades a los servidores públicos.

4. Ofrecer algún tipo de beneficio directo, particular, inmediato e indebido para los ciudadanos o para las comunidades, mediante obras o actuaciones de la administración pública, con el objeto de influir en la intención de voto.

5. Aducir razones de "buen servicio" para despedir funcionarios de carrera.

La infracción de alguna de las anteriores prohibiciones constituye falta gravísima.

PARÁGRAFO. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.

Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, gobernaciones departamentales, asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa. (Énfasis del juzgado).

Así las cosas se tiene que los Gobernadores, Alcaldes Municipales, Distritales, Secretarios, Gerentes y Directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, tienen las mismas limitaciones claras y expresas para la contratación, vinculación, inauguración de obras públicas, utilización de bienes muebles e inmuebles de sus respectivas entidades, lo que indica que aquellos funcionarios quedan cobijados por las restricciones para la vinculación de personal territoriales dentro de los cuatro meses que preceden "a las elecciones a cargos de elección popular" y comprende las elecciones a los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República tanto en primera como en segunda vuelta, y los demás cargos de elección popular, esto es Congresistas, Gobernadores, Alcaldes Municipales o Distritales, Diputados a las Asambleas Departamentales, Concejales Distritales o Municipales y Miembros de Juntas Administradoras Locales.

No obstante lo anterior, además del control previo de constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional por tratarse de una ley estatutaria mediante la sentencia arriba referida, el Consejo de Estado a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil, luego de hacer un recuento de la jurisprudencia aplicable al caso y recabar en el contenido normativo, destacó en su concepto 205 de 2018:

"la disposición señalada no es taxativa en cuanto a las causales de falta o vacancia definitiva que menciona, tal como lo ha considerado previamente la jurisprudencia y la doctrina, por lo cual la respectiva excepción puede aplicarse a otros casos similares, como el retiro de un servidor público por vencimiento de su periodo, por destitución (como sanción disciplinaria) o por remoción, debidamente justificada, entre otras circunstancias, tal como lo dijo, para este último caso, la Sección Segunda del Consejo de Estado en las sentencias antes referidas. A este último caso correspondería la situación del nuevo Alcalde de Yopal, ya que las normas constitucionales y legales que se han citado en este concepto le permitirían válidamente conformar inmediatamente su equipo de gobierno, con personas cercanas y afines a su ideología y a sus propuestas, para cumplir eficazmente con su programa de gobierno, dentro del periodo para el cual fue elegido.

Para concluir que:

"Así, a la luz del artículo 38 es posible modificar la nómina; i) cuando se trate de la aplicación de las normas de carrera administrativa y ii) para la provisión de cargos por faltas definitivas tales como renuncia, licencia, muerte, expiración del periodo, o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, siempre y cuando resulte indispensable para el cabal funcionamiento de la administración, es decir, para que no se vean afectados o menoscabados los intereses públicos.

Por lo tanto, en el caso de la provisión de cargos, la modificación debe ser indispensable para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, y, siguiendo los parámetros fijados por la Sala en el año 2014 y que fueron citados anteriormente, la decisión que se tome en ese sentido debe:

i) Evidenciar de forma real y verificable la existencia de situaciones de apremio o necesidad del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se afectaría significativamente la función de la administración o el servicio público, en detrimento de los intereses públicos, cuya garantía está a cargo de la entidad.

ii) Buscar que la función administrativa satisfaga las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos de las personas y que los servicios públicos se presten de forma continua y permanente, de acuerdo con la misión y las funciones asignadas a la entidad.

iii) Respetar el bien jurídico protegido por la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, de manera que no debe realizarse con el propósito de influir indebidamente en el electorado o favorecer a un candidato particular.

*Ahora bien, en lo que respecta a la posibilidad de remover funcionarios, como quiera que desde el inicio de su gobierno debe cumplir con el voto programático y honrar la democracia local, el Alcalde de Yopal, **excepcionalmente, podría desvincular a los funcionarios que ostentan la autoridad política en el municipio, es decir, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 189 de la Ley 136 de 199434, a los secretarios del despacho y a los jefes de departamento administrativo.** Estos funcionarios pueden ser removidos por el Alcalde en ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, en el entendido de que existen razones objetivas indispensables de buen servicio relacionadas con la satisfacción del voto programático y el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, media una situación de apremio o necesidad del servicio, y se busca garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos y la prestación del servicio público.*

Visto lo anterior, dado que para la procedencia de la suspensión provisional, la violación deprecada debe surgir de la confrontación directa de los actos administrativos con las normas superiores invocadas e incluso del estudio de las pruebas allegadas, se verifica que el señor Hugo Ferney Carabalí Viveros fue nombrado en el cargo de Jefe de Oficina de Minas desde el 19 de julio de 2013 hasta el 02 de mayo de 2018 (fl 59 cdno. 2), cuya naturaleza del empleo es de libre nombramiento y remoción, es decir, no se encuentra sometido al régimen de carrera administrativa y no confiere estabilidad laboral.

Así mismo, según el calendario electoral previsto para el 11 de marzo del presente año para las elecciones de Congreso de la República y, las de Presidente y Vicepresidente para el 27 de mayo de 2018, las restricciones de que trata el artículo 32 y 38 de la Ley 996 de 2005, comenzaba, para las entidades de la Rama Ejecutiva del Nivel Territorial cuatro (4) meses antes de las elecciones para Congreso, esto es, once (11) de noviembre de 2017, hasta finalizar la elección presidencial, primera o segunda vuelta y para las entidades de la Rama Ejecutiva del Nivel Nacional también cuatro (4) meses antes de las elecciones para Presidente y Vicepresidente, esto es, veintisiete (27) de enero de 2018, hasta finalizar la elección presidencial, primera o segunda vuelta.

El actual Presidente de la República fue elegido el 17 de junio del presente año.

De igual forma, se trató de un hecho conocido que en el Municipio de Jamundí se realizaron elecciones atípicas el 15 de abril de 2018 por ocasión de la renuncia del anterior mandatario y que su nuevo alcalde se posesionó el 18 de abril de 2018.

Pues bien, como se dijo el cargo del demandante era de libre nombramiento y remoción, lo que en principio le concede al nominador una facultad discrecional de retirarlo y lo releva, inclusive, de la necesidad de motivar su decisión, en la medida que ese vínculo no genera ningún tipo de estabilidad dada su naturaleza pues se trata de cargos que se sustentan en la confianza que se deposita en el colaborador o empleado.

Sin embargo, el ejercicio de esa potestad en época preelectoral ha sido abordada por el Consejo de Estado para significar que entratándose de empleados de libre nombramiento y remoción la desvinculación del funcionario exige una carga de motivación del acto administrativo si se va a ejercer en vigencia de las restricciones previstas en la Ley 996 de 2005 y aunque estas no sean absolutas, el retiro del servicio solo es procedente cuando concorra una de las excepciones a la prohibición de afectar la nómina del ente territorial.

Dijo esa Corporación:

“En el pasado la Sección Quinta del Consejo de Estado, ha anulado designaciones hechas en periodo preelectoral , este precedente se ratifica ahora , bajo la consideración de que la restricción impuesta en la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, podría ser burlada, si es que se acude al expediente de sustituir empleados de libre nombramiento y remoción, para reemplazarlos por otros, pues la importancia y número de estos cargos, constituiría una posibilidad de eludir los fines de la norma, en particular si se considera que los demás empleados están protegidos por la estabilidad que es propia del régimen de carrera, por lo que la vulnerabilidad en etapas de agitación electoral recae con énfasis en los servidores de libre nombramiento y remoción”.

Siendo ese el sentido de las cosas ciertamente en el municipio de Jamundí se celebraron elecciones atípicas en tanto el ejercicio del cargo fue asumido por un nuevo mandatario para el periodo restante 2018-2019 lo que supone el cumplimiento del programa de gobierno que presentó al tiempo de su inscripción conforme al artículo 259 de la Constitución Política referente al voto programático de sus electores, a riesgo que su desconocimiento daría lugar a una eventual revocatoria del mandato, de ahí que el alcalde estaba llamado a iniciar de forma inmediata la ejecución de su plan de gobierno con un equipo de confianza que garantice el buen servicio y la observancia de los deberes constitucionales y legales.

Pero la interpretación normativa dada por la máxima autoridad local en el caso del demandante se aleja, de un lado, de las excepciones que ha previsto la norma, inclusive de los conceptos que sobre la materia ha rendido la Sala de Consulta y Servicio Civil, que aunque se aplican para casos concretos y particulares, resultan ser una interpretación de autoridad que en su correcta dimensión podían ser atendidos, sin embargo, la desvinculación del actor no se dio por una falta definitiva, muerte, renuncia ni menos se trató de la observancia de las normas de carrera administrativa, pues como se advirtió su cargo era de libre nombramiento y remoción, más no de aquellos que ostentan la autoridad política en el municipio.

Sobre este tema precisa el artículo 189 de la ley 136 de 1994: *“Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.*

Tal autoridad también se predica de quienes ejerzan temporalmente los cargos señalados en este artículo”.

Bajo esa consideración el claro que el alcalde podía hacer uso de la facultad discrecional de retirar del servicio a sus funcionarios de libre nombramiento y remoción durante la vigencia de la ley de garantías electorales, siempre y cuando, se enmarcara en los casos que estipula ese cuerpo jurídico o se tratara de los secretarios de la alcaldía o los jefes de departamento administrativo, por cuanto, con ese tipo de funcionarios, es que el Alcalde puede desarrollar el plan de gobierno que se comprometió a cumplir a sus electorado.

Sin embargo, se encuentra probado que el señor HUGO FERNEY CARABALÍ VIVEROS se desempeñó como JEFE DE OFICINA con funciones en la OFICINA DE MINAS, sin que se pueda establecer con mediano grado de certeza que ejercía la autoridad política en el municipio, tampoco la entidad señaló el tipo de autoridad que ejercía en rigor de su nombramiento por lo que resta comprender según los contornos del caso que su autoridad era de índole administrativa y que sus funciones se orientaban a la materialización de políticas administrativas encomendadas y aunque en ese tipo de empleos es natural que la autoridad local se rodee de personas de su entorno más próximo y de toda su confianza, lo cierto es que no puede burlar las restricciones que señala la Ley 996 de 2005, tal como aconteció en esta oportunidad al retirar del servicio al demandante mediante el Decreto 149 el pasado 26 de abril de 2018.

Tampoco puede perderse de vista que el Alcalde se valió del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado que en párrafos precedentes se citó, pero desvió su poder al extenderlo a un empleo que no se encuentra excluido de la restricción electoral, por tanto, tenía la carga de motivar su decisión para justificar las limitaciones que le impedían modificar la nómina de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción comprendidos en dicha restricción.

Lo anterior conlleva a sostener que el acto administrativo mediante el cual se retiró del servicio al demandante, se llevó a cabo haciendo una interpretación no autorizada de la norma y de la jurisprudencia.

Ahora bien, como se anticipó la declaratoria de suspensión del acto, conllevaría a un establecimiento automático del derecho del demandante, es decir la regresión al estado anterior del hecho o acto vulnerador, por lo que de la revisión del expediente sobre las exigencias requeridas, se puede afirmar que:

a) La demanda esté razonablemente fundada en derecho, pues en ella se expresan los hechos, las pretensiones, el concepto de violación y se hace un análisis de los motivos de reproche de legalidad del acto administrativo enjuiciado que decidió desvincular al accionante de su cargo.

b) El demandante demostró sumariamente la titularidad del derecho, tanto con la resolución que lo nombró como jefe de oficina del municipio de Jamundí, así como con el acto administrativo que lo retiró del mismo (fl. 34-35 cdno 1 y 57-58 cdno 2).

c) 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: sobre este aspecto, aunque no se señala expresamente en la demanda, la confrontación entre las normas superiores y la actuación de la entidad demandada, en principio, revela, sin que esta afirmación constituya prejuizgamiento, una desviación de poder, por lo que desde el punto de vista pecuniario sería más gravoso para el interés público esperar a la decisión que ponga fin a la instancia, en caso de que esta fuera favorable a las pretensiones del demandante.

d) Finalmente que se cumpla una de las siguientes condiciones i) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable o ii) Que existan serios motivos para considerar

que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios: Considera este despacho que la desvinculación no autorizada del demandante conlleva un desmejoramiento salarial, circunstancia que desmejora su calidad de vida y la de los suyos, en tanto fue privado intempestivamente de sus ingresos, por lo que la suspensión encuentra lugar para conjurar la ocurrencia de un perjuicio más gravoso para el actor.

En consecuencia se procederá a decretar la suspensión provisional del acto administrativo demandado, en virtud a demostrarse a partir del análisis de las pruebas allegadas, la violación de las normas superiores que establecen los requisitos para el retiro del servicio activo de los funcionarios del Municipio de Jamundí en vigencia de la Ley de Garantías Electorales.

En mérito de lo expuesto el Juzgado,

RESUELVE:

PRIMERO: SUSPENDER PROVISIONALMENTE el Decreto 149 del 26 de abril de 2018 emanado del despacho del Alcalde del Municipio de Jamundí, por medio del cual se declaró insubsistente al demandante HUGO FERNEY CARABALÍ VIVEROS, de conformidad con lo anteriormente resuelto.

SEGUNDO: Como consecuencia de la suspensión provisional del acto acusado, se ordena a la entidad demandada Municipio de Jamundí, reintegrar al demandante en un cargo superior o de igual categoría al que venía desempeñando.

TERCERO: En firme el presente proveído, continúese con el trámite del proceso.

NOTIFÍQUESE



CARLOS EDUARDO CHAVES-ZÚNIGA
JUEZ

<p>NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRONICO JUZGADO VEINTIUNO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI</p> <p>CERTIFICO: En estado No. <u>147</u> hoy notifico a las partes el auto que antecede.</p> <p>Santiago de Cali, <u>18/10/18</u> a las 8 a.m.</p> <p>ALBA LEONOR MUÑOZ FERNANDEZ Secretaria</p>
--