



Libertad y Orden

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**  
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO**  
**SECRETARÍA**

**AVISO A LA COMUNIDAD**

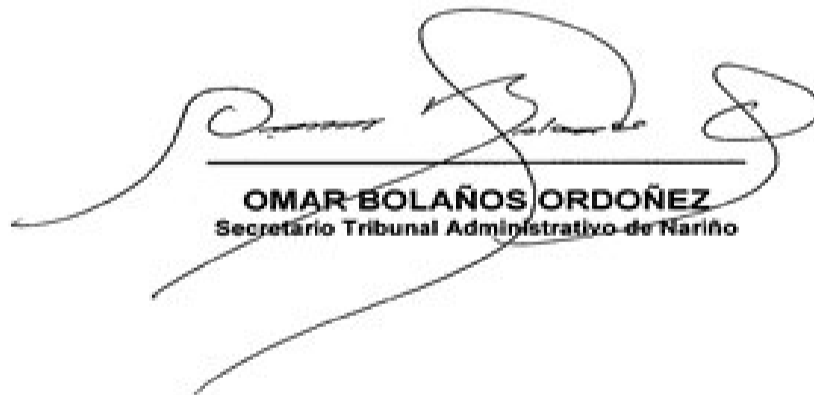
**EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE NARIÑO**

Notifica por AVISO a los miembros de la comunidad en general, que mediante auto dictado el 23 de marzo de 2021, con ponencia del H. Magistrado, Dr. PAULO LEÓN ESPAÑA PANTOJA, se admitió la demanda de NULIDAD ELECTORAL No. 52-0001-23-33-000-2021-00109-00, propuesta por el señor JAIRO ROSMIRO BARRERA SÁNCHEZ Y OTROS en contra de CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y ZABJA INDHIRA HOYOS MUSTAFÁ - Resolución ORD-81117-000-00586-2021 de fecha 8 de febrero de 2021 y Resolución ORD-81117-000-00858-2021 de fecha 23 de febrero de 2021.

Lo anterior se realiza en cumplimiento del inciso 5° del art. 277 de la Ley 1437 de 2011.

Dado en San Juan de Pasto a los seis (6) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021)

**EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL**



**OMAR BOLAÑOS ORDOÑEZ**  
Secretario Tribunal Administrativo de Nariño

Calle 19 No 23 - 00 Palacio de Justicia Torre B Tercer Piso  
3183061207 - Pasto, Nariño  
des04tanarino@cendoj.ramajudicial.gov.co



Libertad y Orden

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO.**  
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO**  
**MAGISTRADO PONENTE: PAULO LEÓN ESPAÑA PANTOJA**

**Referencia:** Admite Demanda-Resuelve Cautelar  
**Acción:** Nulidad Electoral.  
**Instancia:** Primera.  
**Actor:** Jairo Rosmiro Barrera Sánchez, Silvana Lorena Burgos Benavides y Jaime Hernán Gaviria Gómez.  
**Accionado:** Contraloría General de la República y Zabja Indhira Hoyos Mustafá.  
**Radicado:** 52-001-23-33-000-2021-00109-00  
**Pretensión:** Nulidad acto de nombramiento en provisionalidad-Contraloría General de la República.

**Temas:**

- *Admite la demanda.*
- *Resuelve solicitud de medida cautelar de suspensión de los efectos del acto administrativo de nombramiento.*
- *Deniega medida cautelar.*
- *Régimen especial de carrera administrativa CGR. Decreto 268 de 2000-provision en encargo o en provisionalidad – Requisitos.*
- *Traslado de medida cautelar-no está previsto en la norma especial que rige el proceso electoral-tampoco se ajusta al trámite del proceso electoral dadas las características especiales del proceso y la dificultad para surtir el traslado a todas las personas que se consideran demandadas.*

---

**Auto N° 2020-141-SO.**

San Juan de Pasto, veintitrés (23) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

De antemano debe indicarse que en el presente auto se resuelven aspectos que son de competencia del Magistrado Ponente<sup>1</sup> y aspectos que son de competencia de la Sala de Decisión<sup>2</sup>. En ese sentido se dividirá el estudio del presente asunto, resolviendo en primer lugar lo correspondiente al Magistrado Ponente como el estudio de la admisión de la demanda y el traslado de la medida cautelar y en segundo lugar se hará referencia a la decisión correspondiente a la Sala de Decisión, esto es la decisión de la medida cautelar solicitada.

## **I. Asuntos de Competencia del Magistrado Sustanciador.**

### **1. Sobre el Estudio de Admisión.**

**1.1.** Procede el Tribunal a pronunciarse sobre la admisión o rechazo de la demanda presentada por los señores Jairo Rosmiro Barrera Sánchez, Silvana Lorena Burgos Benavides y Jaime Hernán Gaviria Gómez, en ejercicio del medio de control de Nulidad Electoral, contra el acto administrativo que nombró a la señora Zabja Indhira Hoyos Mustafá, contenido en las Resoluciones ORD-81117-000-00586-2021 de fecha 8 de febrero de 2021 y Resolución ORD-81117-000-00858-2021 de fecha 23 de febrero de 2021.

**1.2.** Debe indicarse que mediante auto de fecha 11 de marzo de 2021, se inadmitió la demanda para efectos de que se corrigiera sobre los defectos allí anotados.

---

<sup>1</sup> Art. 125 Numeral 3º de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021.

<sup>2</sup> Art. 125 Numeral 2 literal f de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021.

1.3. La parte demandante presentó escrito de corrección de la demanda según escrito del 16 de marzo de 2021, esto es, estando dentro del término legal, subsanando las falencias advertidas.

1.4. Frente a la admisión de la demanda, encuentra el Tribunal que se han cumplido los requisitos contenidos en la Ley 1437 de 2011, por lo que así se dispondrá.

**1.5. Competencia en razón del territorio para conocer del presente asunto.**

Valga mencionar que en presente asunto se advierte que la demandada Zabja Indhira Hoyos Mustafá fue nombrada mediante Resolución ORD-81117-000-00586-2021 de fecha 8 de febrero de 2021, modificada mediante Resolución ORD-81117-000-00858-2021 de fecha 23 de febrero de 2021, en el cargo de Coordinador de Gestión, Nivel Ejecutivo, Grado 02 (ID 5901) en el(la) Grupo de Cobro Coactivo Gerencia Departamental Colegiada de Arauca y fue comisionada al Grupo de Responsabilidad Fiscal Gerencia Departamental Colegiada Putumayo.

De esta forma se tiene que la nombrada-demandada debe prestar sus servicios en el Departamento de Putumayo, en tanto la Resolución de 23 de febrero de 2021 la comisionó para dicho lugar.

Teniendo en cuenta lo anterior, considera el Tribunal que el presente asunto sí es de competencia de esta Corporación, teniendo en cuenta que el art. 151, numeral 12, inciso segundo señala que *“La competencia por razón del territorio corresponde al tribunal del lugar donde el nombrado preste o deba prestar los servicios”*, así, en el presente caso la demandada **debe prestar sus servicios en el Departamento del Putumayo.**

Ahora, si bien el presente asunto debe conocerse en primera instancia, de conformidad con el art. 152 ídem, teniendo en cuenta que el cargo se refiere a un cargo Directivo, ello no impide que en lo que refiere a la competencia territorial en nulidad electoral se deba remitir al inciso segundo numeral 12 del art. 151 del CPA y CA. De esta forma, el Tribunal sí es competente para conocer el presente asunto.

**1.6.** Ahora, teniendo en cuenta que se trata de una acción de nulidad electoral, en el cual se advierte un posible interés de la comunidad y atendiendo a lo previsto en el art. 277-5° del CPACA., habrá de ordenarse la publicación de aviso, el cual se publicará por una (1) vez en dos (2) periódicos de amplia circulación en el territorio de la respectiva circunscripción electoral, informando a la comunidad sobre la existencia del presente proceso, con el fin de que cualquier ciudadano intervenga.

La comunidad podrá intervenir dentro de los cinco (5) días siguientes a la respectiva publicación. Dicho término sin perjuicio de lo contemplado en el art. 228 de la Ley 1437 de 2011, el cual señala que la intervención del tercero se admitirá hasta el día inmediatamente anterior a la celebración de la audiencia inicial.

Igualmente se ordenará la publicación o informe de la existencia del presente asunto a través de las páginas web de la Rama Judicial ([www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co)) y la fijación de un aviso en lugar visible en las Instalaciones de acceso al Palacio de Justicia-Sede del Tribunal Administrativo<sup>3</sup>, a fin de que la comunidad interesada en el proceso intervenga si a bien lo tiene, ejerciendo las facultades consagradas en el

---

<sup>3</sup> Lo anterior dadas las circunstancias de restricción parcial de acceso al público a la sede del Tribunal, en razón de la situación de pandemia que atraviesa el país.

art. 228 de la Ley 1437 de 2011, en el presente asunto hasta el momento antes indicado.

Debe anotarse que, según la norma indicada, la mentada publicación debe hacerse en el sitio web del Consejo de Estado. No obstante en otras oportunidades tal publicación ha sido negada por dicho ente bajo el argumento que allá se inserta solamente las demandas que se tramiten ante dicha Corporación. Es por ello que tal ordenamiento se hace en la página de la Rama Judicial que ostenta un carácter más general y que también se utiliza como un vínculo para acudir a la página del Consejo de Estado lo cual permite, en criterio del Tribunal un mejor acceso a la información que se pretende brindar sobre la existencia de un proceso de nulidad, como el del caso.

## **2. Del Traslado de la Medida Cautelar.**

De manera respetuosa, quien actúa como Magistrado Ponente debe anotar que no comparte la decisión de unificación de jurisprudencia contenida en auto de 26 de noviembre de 2020, radicado 44001-23-33-000-2020-00022-01 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, M.P. Rocío Araujo Oñate. No se comparte los argumentos que allí se exponen, bajo las siguientes razones:

**2.1.** La providencia unifica el criterio en el sentido de disponer 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, pudiendo prescindir de ese traslado en los casos de medida cautelar de urgencia.

**2.2.** Las razones por las cuales me aparto son las siguientes:

- a) En primera medida, según el artículo 296 de la Ley 1437 de 2011, en los aspectos no regulados para el trámite electoral, serán aplicables las reglas del proceso ordinario, en tanto sean compatibles con la naturaleza del proceso electoral.
- b) El trámite de la medida cautelar está expresamente regulado en el artículo 277 inciso final ídem. De tal manera que, por virtud de la misma ley no habría lugar a acudir a las reglas generales del proceso ordinario contencioso administrativo.
- c) De esa manera no podría acudirse al artículo 233 ídem, que regula el traslado por 5 días de la medida cautelar.
- d) El fundamento central de la decisión de unificación radica en que, el traslado de la medida cautelar es una **práctica** reciente que ha adoptado la Sección Quinta del Honorable Consejo de Estado. Al indicarse que es una **práctica**, se está indicando que podría entenderse como un criterio o una medida de dirección del proceso; es decir, es una de las prácticas que puede adoptar el juez como **director del proceso**. Por ende, no puede tenerse entonces como una regla proveniente de la ley o de la jurisprudencia que conlleve a aplicarla de manera obligatoria.
- e) Es el legislador, atendiendo a la especialidad del proceso electoral, quien determinó y prefijó el trámite que debe aplicarse a dicho proceso y en especial a la medida cautelar en mención, en este caso en el artículo 277 inciso final<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Artículo 277. Contenido del auto admisorio de la demanda y formas de practicar su notificación. Si la demanda reúne los requisitos legales se admitirá mediante auto, en el que se dispondrá:

(...)

6. Que, en tratándose de elección por voto popular, se informe al Presidente de la respectiva corporación pública, para que por su conducto se entere a los

f) La decisión de unificación incurre en una contradicción e imprecisión al indicar, en el considerando 56 aparte vi), que conforme al artículo 233 citado y para el proceso electoral, la medida cautelar debe decidirse junto con el auto admisorio de la demanda, y a la vez de competencia de la sala de decisión.

Es claro que, si lo que la providencia de unificación busca es surtir un traslado de la medida cautelar, no será posible que la decisión de la cautelar se adopte junto con el mismo auto admisorio. Por las siguientes razones:

- ✓ Para verificar si se dispone el traslado de la medida cautelar, previamente, el juez habrá de verificar si la demanda debe admitirse; es decir, de manera concomitante debe decidirse sobre la admisión de la demanda y por supuesto será un auto de ponente.
- ✓ Entonces, junto con el auto admisorio habría de ordenarse el traslado de la medida cautelar.
- ✓ Así, seguidamente el juez, una vez surtido el traslado entraría a decidir la medida cautelar en auto separado, el que se entiende será auto de la Sala Decisión (artículo 125 Ley 1437 de 2011, modificado por Ley 2080 del 2021).

---

miembros de la corporación que han sido demandados.

En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección. Contra este auto solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación. (negrillas y Subrayas del Tribunal)



g) Ahora, la providencia de unificación no determina tampoco cuál es el término que tendrá el juez para decidir la medida cautelar, una vez vencido el término de traslado. Si se quiere ser coherente con la interpretación que hace la providencia de unificación, tendría que entenderse que es el término de 10 días.

Aquí se advierte entonces que se desnaturaliza la especialidad y celeridad del proceso electoral.

h) Se desnaturaliza la especialidad del proceso electoral, al aplicar dicho criterio, cuando se dispone que será el juez, quien examine si prescinde o no del traslado ante una medida cautelar de urgencia. Es decir, la aplicación de la especialidad del proceso electoral ya queda entonces a criterio del juez, dejando de aplicar las reglas especiales, en este caso, la del inciso final del artículo 277 en cita.

i) En la providencia de unificación se dice que el traslado responde al principio democrático, de los derechos de elegir y ser elegido, y de brindar mayores elementos de juicio al juez, al permitir que se escuche al elegido y a las personas que representa.

La controversia de los argumentos de la decisión de medidas cautelares se surte justamente con los recursos de reposición y apelación o súplica (según corresponda) y no necesariamente, dada la especialidad del proceso, a través del traslado que alude la providencia de unificación.

Recuérdese jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando en sentencias de constitucionalidad<sup>5</sup> ha advertido, por ejemplo, cuando examinó la no

---

<sup>5</sup> Entre otras sentencias, pueden citarse Sentencia C-1193/05 y C-329 de 2015 (examinó el art. 243 de la Ley 1437 de 2011)

procedencia del recurso de apelación contra el auto que libra mandamiento de pago, que el ejecutado tenía la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y contradicción a través de la interposición, no solamente del recurso de reposición, sino de las excepciones de mérito y las pruebas que respalden dichas excepciones.

j) Tampoco considero que puede decirse que se garantizan los derechos e intereses del elegido y las personas que representa<sup>6</sup>, habida cuenta que se está presuponiendo que el elegido está representando en el proceso electoral a las personas que representa. Si de garantizarse el derecho de defensa se tratare, no debe olvidarse que el trámite del proceso electoral (artículo 277 citado) advierte que en el auto admisorio debe ordenarse publicación y citación a quienes se consideren interesados, que pretendan **impugnar o coadyuvar** la elección.

k) En el mismo sentido, se pregunta entonces cómo se surte el traslado de la medida cautelar a quienes se consideran demandados, cuando se trate de los demandados a los que se refiere el literal d) del artículo 277 referido, como es el caso de demandarse la elección de un concejal o un diputado a la asamblea. Cómo garantizar su derecho de defensa y contradicción y cómo surtir el traslado de la medida cautelar, cuando la norma indica que se entenderán demandados todos y notificados a través de aviso que se publica en periódicos de amplia circulación en la circunscripción electoral, y a través de la página del Consejo de Estado o la Rama Judicial.

l) La conclusión es que el derecho a la defensa y el debido proceso que se dice garantizar, con el referido traslado, en la práctica no ha podido garantizarse, por las sucintas razones que se indican.

---

<sup>6</sup> No debe olvidarse que la acción electoral procede también contra actos de nombramiento y no solamente de elección por voto popular.

m) Debe preguntarse también qué sucedería si como lo indica la providencia de unificación que la medida cautelar debe emitirse dentro del auto admisorio de la demanda. Habría entonces que “legislar” un trámite en el que se disponga que se debe agotar todo el procedimiento mencionado en el artículo 277 numeral 1° y los demás concordantes, mencionados, para efectos de correr traslado de la medida cautelar.

Entonces se estará creando un nuevo procedimiento solamente para efectos de correr traslado de la medida cautelar, para luego, según la providencia de unificación, en el auto admisorio, **resolver también** sobre la medida cautelar.

n) Concordante con lo anterior, no pueden pasarse por alto las previsiones del numeral 1° del artículo 277, sobre la notificación del auto que admite la demanda; por ende, también tales previsiones habrían de aplicarse para el traslado de la medida cautelar, si es que se aplica el criterio de unificación en comento.

Obsérvese como el numeral 1° literales a, b y c, entre otros, previene la forma cómo se realiza la notificación personal al elegido demandado.

Allí se advierte que deberá hacerse de manera personal con la entrega de la copia de la providencia y suscripción de acta<sup>7</sup>.

De no poderse hacer la notificación personal debe acudir a la publicación de aviso en dos periódicos de amplia circulación en el territorio de la circunscripción electoral respectiva. Una vez surtido el aviso debe correr al

---

<sup>7</sup> Trámite especial de notificación en el proceso electoral, el cual no fue modificado por la Ley 2080 de 2021.

menos un término de 5 días, a partir del día de la publicación, para entender surtida la notificación.

Si se tratare entonces, como lo dice la providencia de unificación, de acudir a la “**práctica**”, entonces la práctica en estos eventos nos enseña que cuando se trate de notificar a demandados que residen en municipios muy distantes de la sede donde funciona el respectivo Tribunal (capital de departamento), como lo es Nariño y Putumayo, la notificación personal del auto admisorio de la demanda se torna difícil y tarda mucho tiempo, máxime cuando se tiene que acudir a la publicación en periódico y, por supuesto habrá de preguntarse<sup>8</sup>, en qué momento se realiza la publicación en el periódico. Y, una vez surtida la publicación habrá de esperarse otro término (5 días) para que se entienda surtida la notificación. Así, el traslado de la medida cautelar (al demandado y/o los que se entienden demandados), para poder decidirse junto con el auto admisorio, resultaría un trámite muy dispendioso.

Entonces, ello es una muestra más de que el traslado mencionado en la providencia, desdibuja totalmente el trámite del proceso electoral, su especialidad y también los fines que persigue la medida cautelar, que se entiende debe resolverse de plano, tal como lo dispone el artículo 277 inciso final.

- o) En igual sentido, como lo sostiene el salvamento del Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio, es claro que, no surtir el traslado a que alude la providencia de unificación, regla no establecida por el legislador, no puede convertirse ni siquiera, y en ello me aparto del salvamento de

---

<sup>8</sup> Si se aplica el mismo procedimiento para el traslado de la medida cautelar.

voto, en una irregularidad procesal, por no establecerse tal procedimiento en la normativa procesal especial.

Menos podrá entonces tenerse como una causal de nulidad, por no estar expresamente prevista por el legislador, ni en la regla especial, ni en el Código General del Proceso.

Y al no constituirse ni siquiera en una irregularidad procesal, no podría sostenerse que se viola el debido proceso y el derecho de defensa y contradicción; y tampoco habría lugar a sostener que debe sanearse a través de algún recurso contra la decisión.

**p)** No debe perderse de vista que el principio al debido proceso, se garantiza justamente con las reglas procesales que el mismo legislador prevé para el trámite de un proceso; tal es el caso de las reglas especiales del proceso de nulidad electoral. Esas reglas especiales son las que concretan en debido proceso.

**q)** También puede agregarse que si el legislador en el art. 162 ídem, modificado por la Ley 2080 de 2021, previene que, cuando se pide medidas cautelares previas<sup>9</sup>, el demandante no está obligado a remitir electrónicamente el texto de la demanda y sus anexos al demandado, al momento de presentar la demanda. Entonces, el traslado que se menciona como práctica, se contrapone a la regla del art. 162 en mención.

---

<sup>9</sup> En esta oportunidad no se entra a examinar si el legislador de la Ley 2080 de 2021 alude a todo tipo de medidas cautelares o a las medidas cautelares de carácter patrimonial. Recuérdese que el Honorable C. E. en su jurisprudencia ha hecho una distinción al respecto y más precisamente respecto de la cautelar de suspensión provisional.

Finalmente, no puede pasarse por alto que la **práctica** que se establece debería entenderse como una **práctica general** para todo proceso electoral y por ende, debe ser viable su aplicación en todos los casos y no solamente para algunos asuntos electorales. No obstante, como se advirtió, resulta difícil y dispendiosa su aplicación, en tanto va más allá de un simple acto o providencia de traslado, junto con el acto secretarial, para requerir una serie de actos procesales que previene la normativa para la notificación personal del auto admisorio de la demanda, como es el caso de requerirse avisos, para entender enterados del trasladado a todos los que se consideran demandados (ejemplo: concejales y diputados, así sea que se demande la elección de un solo diputado o un solo concejal).

**2.3.** De manera concreta entonces, el criterio de la providencia de unificación no se atiene a la especialidad del proceso electoral, prevista por el legislador, y de la misma forma se establece una **práctica**, la cual tampoco tiene sustento desde el punto de vista procesal.

**2.4.** Las razones expuestas llevan a aplicar las previsiones del Inciso final del art. 277 ya anotado, decidiendo la medida cautelar junto con el auto admisorio de la demanda, y sin necesidad de traslado de la medida cautelar.

## **II. Asunto de Competencia de la Sala de Decisión.**

### **3. Sobre la Solicitud de Medida Cautelar - Suspensión Provisional de los Efectos del Acto Administrativo de Elección.**

**3.1.** La parte demandante, junto con el escrito de la demanda, solicitó la suspensión provisional de los actos demandados - Resoluciones ORD-81117-000-00586-2021 de fecha 8 de febrero de 2021 y Resolución ORD-81117-

000-00858-2021 de fecha 23 de febrero de 2021-, argumentando que existe violación de los artículos 125 superior, 24 de la Ley 909 de 2004 y 1,2,3, y 13 del Decreto Ley 268 de 2000, así como la subregla jurisprudencial de la Corte Constitucional que impone el deber de motivación de los actos administrativos, mediante los cuales se disponen nombramientos en provisionalidad o en encargo en empleos de carrera administrativa.

### **3.2. Fundamento Constitucional - Art 238 - Suspensión de Actos Administrativos - Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.**

El art. 238 de la Constitución Política prevé *“la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”*.

### **3.3. Ley 1437 de 2011 - Artículos 277 - Medida Cautelar de Suspensión Provisional de los Efectos del Acto Administrativo - Nulidad Electoral - Norma Especial - Artículo 231 *Ibíd*em - Procedencia de las Medidas Cautelares - Requisitos para Decretarla.**

El art. 277 de la Ley 1437 de 2011, norma especial respecto de la pretensión de nulidad de actos administrativos de carácter electoral, prevé que *“(...) En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección. Contra este auto solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación (...)”*.

A su vez el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, prevé 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.**

La suspensión provisional del acto acusado busca suspender los efectos jurídicos generados por la fuerza ejecutoria y ejecutiva que revisten al acto administrativo que se demanda, y tiene por propósito proteger los derechos subjetivos que pueden verse afectados con los efectos del acto administrativo que se demanda su nulidad.

Esta medida cautelar está instituida como garantía del principio de legalidad que debe revestir toda actuación de la administración y, por su absoluta celeridad, no debe dejar en el juez duda sobre su procedencia.

Se trata de una medida cautelar accesoria a la petición principal y su decisión es de tal trascendencia que implica resolver con auto interlocutorio una cuestión que es objeto de una sentencia.

Ahora, no debe desconocerse que bajo la nueva normativa que rige sobre medidas cautelares, la figura de la suspensión provisional se ha flexibilizado, esto es, ya no resulta **menester comprobar la existencia de una infracción manifiesta de la ley**, es decir, que la exigencia de una infracción calificada de fácil cotejo entre el acto demandado y la norma superior ha desaparecido para evitar que esta medida quede restringida a casos excepcionales.



En este orden, si se encuentra que evidentemente hay una violación de la ley, podrá directa e inmediatamente hacer efectiva la tutela judicial tomando la decisión de la suspensión provisional sin necesidad de esperar hasta la finalización del proceso para decirlo en la sentencia mediante la cual se anule el acto correspondiente.<sup>10</sup>

### **3.4. Consideraciones sobre la Medida Cautelar Solicitada en el Caso Concreto.**

#### **3.4.1. Las normas violadas.**

Según el escrito de demanda la parte actora considera que se desconoció lo previsto en los artículos 125 de la Constitución Política, el art. 24 de la Ley 909 de 2004 y los arts. 1,2,3, y 13 del Decreto Ley 268 de 2000, así como la subregla jurisprudencial de la Corte Constitucional que impone el deber de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se disponen nombramientos en provisionalidad o en encargo en empleos de carrera administrativa, sean éstos del Sistema General de Carrera Administrativa o de alguno de los sistemas específicos.

De manera concreta señala que la administración incurrió en las siguientes omisiones:

1. *“Omitió acudir a la figura privilegiada del encargo que, según el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, constituye el mecanismo preferente de provisión transitoria de los empleos de carrera administrativa, incluso de los que pertenecen al régimen especial de carrera de la CGR, de conformidad con el artículo 13 del Decreto ley 268 de 2000 y con la doctrina autorizada de la Comisión Nacional del Servicio Civil.*
2. *Omitió motivar la decisión, pues contrario a lo exigido por la ya precisada subregla de la jurisprudencia constitucional (sentencia C-753 de 2008), ninguna explicación ofrece el acto acusado en punto a las razones del*

---

<sup>10</sup> Libro Memorias. Seminario Internacional del Nuevo Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado.

*servicio que obligaron al Contralor General de la República no solamente a no preferir un nombramiento en encargo, sino a acudir al nombramiento provisional que recayó en alguien que no es titular de derechos de carrera administrativa y que no está en mejor posición o derecho para acceder a un cargo respecto de servidores públicos de carrera administrativa de la propia CGR, que cumplen con suficiencia los requisitos para el empleo."*

Señala que de no accederse a la suspensión solicitada resultaría más gravosa para el interés público esperar hasta la ejecutoria de la sentencia para que la administración ajuste su proceder en el sentido de proveer el cargo de Coordinadora de Gestión Grado 02, conforme al principio de mérito y reglas de carrera administrativa generales y específicos que lo desarrolla y que fueron arbitrariamente desconocidas.

#### **3.4.2. Designación en Encargo de Empleados de Carrera.**

Teniendo en cuenta que los cargos de la demanda y de la medida cautelar se pueden resumir en dos causales, este Tribunal procede en primer lugar a pronunciarse respecto del primer cargo que refiere que la entidad omitió realizar el nombramiento en encargo de empleados de carrera de la Contraloría General de la República.

**3.4.3.** Valga indicar en primer lugar que el régimen de carrera administrativa de la Contraloría General de la República se rige por el Decreto 268 de 2000<sup>11</sup>.

**3.4.3.1.** Dicha norma señala que el ingreso, la permanencia, el ascenso y el retiro de los empleos de carrera de la Contraloría General de la República se realizarán atendiendo el mérito de los empleados.

---

<sup>11</sup> Por el cual se dictan las normas del régimen especial de la carrera administrativa de la Contraloría General de la República.

Señala la parte demandante que el art. 13 del Decreto 268 de 2000, establece el derecho preferencial de encargo de los empleados pertenecientes al sistema de carrera administrativa. Arguye que de esta forma, la interpretación de los artículos 125 superior y 1,2,3, y 13 del Decreto Ley 268 de 2000, dan a entender que al momento de proveer un cargo de carrera para el cual no sea posible acudir a la lista de elegibles, el nominador debe agotar en primera instancia el derecho preferencial de encargo, de tal forma que ante la imposibilidad de hacer la provisión mediante la figura del sistema de méritos-encargo, es que queda habilitado para proceder al nombramiento en provisionalidad de un empleo.

Descendiendo al caso en concreto, considera necesario el Tribunal traer a relación los arts. 13 y 14 del citado Decreto:

*ARTICULO 13. PROVISION DE CARGOS DE CARRERA VACANTES EN FORMA DEFINITIVA. En caso de vacancia definitiva, si existiere lista de elegibles vigente, se procederá al nombramiento en período de prueba. Si no existiere, el empleo podrá proveerse mediante encargo o nombramiento provisional, previa convocatoria a concurso.*

*Mientras se surte el proceso de selección los empleados de carrera podrán ser encargados en tales empleos si acreditan los requisitos para su desempeño, en caso de que no sea posible realizar el encargo podrá hacerse nombramiento provisional.*

*El cargo del cual es titular el empleado encargado, podrá ser provisto en provisionalidad mientras dure el encargo del titular.*

*Los nombramientos tendrán carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito.*

*PARAGRAFO. Salvo las excepciones previstas en este decreto, no podrá prorrogarse el término de duración de los encargos y de los nombramientos provisionales, ni proveerse nuevamente el empleo a través de estos mecanismos.*

ARTICULO 14. PROVISION DE LOS EMPLEOS POR VACANCIA TEMPORAL. Los empleos de carrera, cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos, sólo podrán ser provistos en forma provisional por el tiempo que duren aquellas situaciones.

**3.4.3.2.** De las normas anteriores se puede extraer lo siguiente:

- Debe diferenciarse si la vacancia es temporal o definitiva, en tanto de ello depende, en caso de que el nominador decida procede a nombrar en dicho cargo, si el nombramiento puede o no realizarse en encargo.
- Tratándose de nombramiento por vacancia definitiva, en primer lugar, debe verificarse si hay lista de elegibles.
- En caso de no existir lista de elegibles, debe privilegiarse el nombramiento por encargo ante el nombramiento en provisionalidad.
- Para realizar un nombramiento en encargo deben acreditarse los requisitos para su desempeño.
- En caso de que no pueda realizarse el encargo, se procede a un nombramiento en provisionalidad.
- **Cuando se trata de vacancia temporal**, porque los titulares se encuentran en situaciones administrativas que los separa temporalmente del cargo, dichos cargos pueden ser provistos en provisionalidad.

**3.4.3.3.** Teniendo en cuenta lo anterior, encuentra el Tribunal que en el presente asunto se desconoce si la vacante en el cargo de Coordinador de Gestión, Nivel Ejecutivo, Grado 02 en el(la) Grupo de Responsabilidad Fiscal Gerencia Departamental Colegiada Putumayo, es de carácter temporal o definitiva.

Es entonces que en esta instancia, no puede determinarse si el nombramiento del cargo en el Departamento del Putumayo debía realizarse en primer lugar con empleados de carrera administrativa, bajo la modalidad de encargo o si el nombramiento podría realizarse en provisionalidad.

Ahora, debe indicarse que en documento denominado “005RespuestaContraloriaAscontrolNombramientosProvisionalesFoliada”, aportado por la parte demandante, se encuentra respuesta dada por la Contraloría General de la República al sindicato ASCONTROL, en la cual indica lo siguiente:

*“Para el caso de la Gerencia Departamental Colegiada de Putumayo, se tiene que la funcionaria fue nombrada en una vacante definitiva de la Gerencia Departamental Colegiada de Arauca y comisionada a aquella sede, conforme a la modificación que se efectuara del respectivo acto administrativo.*

*La mencionada vacante fue provista con personal externo, como quiera que, en la Gerencia Departamental Colegiada de Arauca, el personal de carrera administrativa se encuentra encargado y por lo tanto, no resultaba viable su provisión con estos últimos.*

*En conclusión, es claro que, en principio, las vacancias definitivas deben ser provistas con personal de carrera, aspecto que se ha venido cumpliendo por esta administración.”*

**3.4.3.4.** De esta forma, encuentra la Sala que, según dicha respuesta, se encuentra que en el Departamento de Arauca se dio una vacancia definitiva; añadiendo que en dicho cargo fue provisto con nombramiento provisional por cuanto el personal de carrera se encontraba encargado.

Ahora, frente al cargo en el Departamento del Putumayo, se desconoce si la vacancia es temporal o definitiva, agregando además que el cargo fue provisto en comisión.

En segundo lugar, debe indicarse también que desconoce el Tribunal si hay lista de elegibles y desconoce también si dentro del personal de carrera existe o existía algún empleado que cumpliera con los requisitos para ser nombrado bajo la modalidad de encargo. Ello en tanto, como ya se indicó, para ser nombrado en encargo deben encontrarse cumplidos los requisitos para el desempeño del cargo.

De esta forma, considera el Tribunal que, en este momento, no se encuentran demostrados los argumentos planteados por la parte demandante.

Ahora, procede el Tribunal a pronunciarse sobre el segundo cargo invocado.

#### **3.4.4. Falta de Motivación del Acto Administrativo.**

Alega la parte demandante que los actos demandados no se encuentran motivados.

**3.4.4.1.** Al respecto debe indicar el Tribunal que, en el presente asunto, de la revisión de los actos demandados, se encuentra que en los mismos sí se expusieron motivos para la realización del nombramiento.

Debe indicarse que la motivación del acto administrativo alude al aspecto formal del mismo, esto es que en el texto de la decisión se expresen los motivos o razones de la administración, así sean sucintos, para adoptar la manifestación de la administración.

La motivación no puede confundirse con los motivos o razones de hecho o de derecho, que sustentan la decisión, los cuales aluden al fondo de la decisión de la administración.

Si se quiere, la Jurisprudencia Contencioso Administrativa ha anotado, Vr.gr. el Consejo de Estado en la providencia del 29 de abril de 2015<sup>12</sup>, señaló lo siguiente: “... el motivo del acto administrativo tiene que ver con los hechos que la administración tiene en cuenta para dictarlo. La exposición de esos motivos se conoce como motivación. La motivación del acto administrativo puede ser previa, concomitante o posterior.”

La tendencia dentro de un Estado Constitucional es que los actos administrativos debe ser motivada, al menos de forma sucinta, pues ello permite la protección del derecho fundamental al debido proceso (derecho de defensa y contradicción), dado que al administrado, al conocer las razones que fueron consideradas para tomar la decisión, se le abre la posibilidad de controvertir ante la propia administración (autotutela administrativa) y ante el juez contencioso administrativo (control judicial externo). Y, de esa manera controlar a la administración, evitando que pueda incluso actuar bajo la arbitrariedad.

De esta forma, la falta de motivación hace referencia a la ausencia de la exposición de razones en los actos acusados, para proceder a realizar el nombramiento de la demandada.

---

<sup>12</sup> Sentencia de 29 de abril de 2015, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

**3.4.4.2.** En el caso en concreto, lo alegado por la parte demandante se refiere a un aspecto formal de los actos acusados (motivación), esto es, corresponde al Tribunal verificar si en el texto de los mismos se expresaron o expusieron los motivos o razones de la administración, **así sean sucintos**, para adoptar su decisión.

Ahora, valga indicar que la Resolución de fecha 08 de febrero de 2021, dentro de su parte motiva indicó lo siguiente:

*“El Departamento Administrativo de la Función Pública, máximo ente en materia de empleo público en el país, en Concepto 20186000232791 del 17 de septiembre de 2018, consideró que el inciso segundo del artículo 13 del Decreto Ley 268 de 2000 consagra la posibilidad de encargar, mientras se adelanta la convocatoria a concurso, a los empleados de carrera que acrediten requisitos para su desempeño, en aras de garantizar la continuidad y permanencia en la prestación de la función pública de control fiscal.*

*Que en el referido concepto, el Departamento Administrativo de la Función Pública consideró que el encargo de servidores de carrera en vacancias definitivas, en todo caso, privilegia el mérito y la idoneidad, teniendo en cuenta que son servidores que ingresaron mediante el sistema de concurso público, e igualmente, concluyó que una vez surtido el referido encargo, el nominador puede proceder a proveer la vacancia temporal que se genere, mediante nombramiento en provisionalidad...”*

En este sentido, encuentra el Tribunal que en los actos acusados sí se encuentran señalados los motivos que impulsaron a la administración para



adoptar la decisión de nombramiento.

**3.4.4.3.** De esta forma, considera la Sala que en el presente asunto los actos acusados cumplen con uno de los aspectos formales del acto administrativo, que refiere a la motivación del mismo y no puede el Tribunal entrar a realizar valoraciones en torno a los motivos expuestos en los actos acusados, aspecto que resulta ser de carácter sustancial del acto administrativo.

De esta forma, del análisis de las causales alegadas, las normas invocadas como vulneradas y la prueba aportada, se encuentra que no se configura una violación del ordenamiento jurídico. Por tal razón el Tribunal denegará la solicitud de decreto de medida cautelar.

**3.5.** En aplicación del art. 229 de la Ley 1437 de 2011 los argumentos expuestos sobre la cautelar no implican prejuzgamiento.

En consideración a lo anteriormente expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO,

#### **RESUELVE:**

**1. ADMITIR** la demanda interpuesta por los señores Jairo Rosmiro Barrera Sánchez, Silvana Lorena Burgos Benavides y Jaime Hernán Gaviria Gómez, actuando por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de Nulidad Electoral, contra de las Resoluciones ORD-81117-000-00586-2021 de fecha 8 de febrero de 2021 y Resolución ORD-81117-000-00858-2021 de fecha 23 de febrero de 2021, actos administrativos a través de los cuales se nombró provisionalmente por el término de cuatro (4) meses a la señora ZABJA IDHIRA HOYOS MUSTAFA, identificado(a) con

cédula de ciudadanía No. 1032435417 en el cargo Coordinador de Gestión, Nivel Ejecutivo, Grado 02 (ID 5901) en el(la) Grupo de Cobro Coactivo Gerencia Departamental Colegiada de Arauca.

**2. DENEGAR EL DECRETO DE LA MEDIDA CAUTELAR** de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos acusados, por las razones atrás indicadas.

**3.** En aplicación del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, notifíquese personalmente a la señora Zabja Indhira Hoyos Mustafá de la admisión de la demanda.

Para efectos de la notificación personal de la prenombrada, comisionese respetuosamente al Juzgado Administrativo de Mocoa –Reparto, a quien se librá despacho comisorio con los insertos del caso. Se le concede el término de tres (03) días libres las distancias. Para el caso se remitirá vía correo electrónico la demanda y los anexos a fin de que el Juzgado proceda a surtir la notificación personal y entregando una copia física de la demanda y su corrección a la demandada-nombrada.

De no ser posible la notificación personal, se deberá proceder de conformidad con lo dispuesto en los literales b) y c) del numeral 1° del artículo 277 del C.P.A.C.A.

**4.** En aplicación del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, notifíquese personalmente de la admisión de la demanda a la Contraloría General de la República. Se remitirá copia de la Demanda, su corrección y los anexos.

5. En aplicación del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, notifíquese personalmente de la admisión de la demanda al Señor **Agente del Ministerio Público**. Se remitirá copia de la Demanda, su corrección y los anexos.

6. En aplicación de los artículos 171, 197 y 199 de la Ley 1437 de 2011, notifíquese personalmente, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales de la admisión de la demanda a la **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**.

7. Se dispone la publicación de un aviso, el cual se publicará por una vez en dos (2) periódicos de amplia circulación en el territorio de la respectiva circunscripción electoral, informando a la comunidad sobre la existencia del presente proceso, con el fin de que cualquier ciudadano intervenga.

La comunidad podrá intervenir dentro de los cinco (5) días siguientes a la respectiva publicación. No obstante, dicho término sin perjuicio de lo contemplado en el art. 228 de la Ley 1437 de 2011.

8. En aplicación de lo dispuesto en el art. 277-5 del CPACA., se dispone la publicación de un informe sobre la existencia del presente proceso a través del sitio web de la Rama Judicial ([www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co)), en lugar visible, con el fin de que pueda intervenir en el proceso cualquier integrante de la comunidad que esté interesado en hacerse parte de este proceso.

Ofíciase a la Secretaría Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por conducto de quien corresponda, solicitando

respetuosamente se sirva incluir la publicación o informe ordenado en esta providencia.

Igualmente se dispone la misma publicación en lugar visible en las instalaciones de acceso al Palacio de Justicia-Sede del Tribunal Administrativo.

La publicación o el aviso permanecerán fijados al menos hasta la finalización de la audiencia inicial.

La intervención se hará hasta el momento previsto en el art. 228 de la Ley 1437 de 2011, esto es hasta el día inmediatamente anterior a la celebración de la audiencia inicial, pudiendo ejercer todas las facultades previstas en el citado artículo.

**9.** Notifíquese por Estados electrónicos a la parte demandante y/o su apoderado en los siguientes links:

“<http://www.ramajudicial.gov.co/csjs/publicaciones/ce/seccion/400/1311/4324/Estados-electronicos> ó [www.ramajudicial.gov.co/Tribunales Administrativos/ Nariño/Tribunal Administrativo 04/Estados Electrónicos](http://www.ramajudicial.gov.co/TribunalesAdministrativos/Nariño/TribunalAdministrativo04/EstadosElectronicos)

**10.** Las copias de la demanda y de sus anexos quedarán en la Secretaría del Tribunal Administrativo de Nariño a disposición de los notificados y el término de traslado de la demanda, de quince (15) días, comenzará a correr tres días o cinco después del de la notificación personal o por aviso, según corresponda, o a través del buzón electrónico, según sea el caso.

**11.** Al contestar la demanda, los demandados deberán:

**11.1.** Acatar u observar los aspectos previstos en el art. 175 del C.P.A.C.A.

**11.2.** El demandado **deberá** aportar con la contestación de la demanda **todas las pruebas** que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el proceso. El incumplimiento conllevará la aplicación de consecuencias o sanciones prevenidas en la Ley.

**12.** En aplicación de los principios de economía procesal y celeridad procesal, de tutela judicial efectiva y prevalencia del derecho sustancial se dispone oficiar a las siguientes entidades para que remitan con destino al proceso la información que se indica, para lo cual se concede un término no **mayor a 5 días**:

**12.1.** Oficiar a la Contraloría General de la República para que con destino al proceso de la referencia remita copia de los siguientes documentos:

- Del expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso.
- Certificación indicando cuáles son los requisitos para ser nombrado en los cargos de Coordinador de Gestión, Nivel Ejecutivo, Grado 02 (ID 5901) en el(la) Grupo de Cobro Coactivo Gerencia Departamental Colegiada de Arauca y el cargo de Coordinador de Gestión, Nivel Ejecutivo, Grado 02 (ID 5901) en el(la) Grupo de Responsabilidad Fiscal Gerencia Departamental Colegiada Putumayo.
- Certificación sobre si existe personal de carrera en los Departamentos de Arauca y Putumayo que cumplan con los requisitos para ser nombrado en los cargos de Coordinador de Gestión, Nivel Ejecutivo, Grado 02 (ID 5901) en el(la) Grupo de Cobro Coactivo Gerencia Departamental Colegiada de

Arauca y el cargo de Coordinador de Gestión, Nivel Ejecutivo, Grado 02 (ID 5901) en el(la) Grupo de Responsabilidad Fiscal Gerencia Departamental Colegiada Putumayo, respectivamente.

- Certificación en la que indique si los cargos de Coordinador de Gestión, Nivel Ejecutivo, Grado 02 (ID 5901) en el(la) Grupo de Cobro Coactivo Gerencia Departamental Colegiada de Arauca y el cargo de Coordinador de Gestión, Nivel Ejecutivo, Grado 02 (ID 5901) en el(la) Grupo de Responsabilidad Fiscal Gerencia Departamental Colegiada Putumayo, se encontraban en situación de vacancia temporal y/o definitiva, para la fecha en la que se emitieron los actos administrativos demandados.

**13.** Se reconoce personería jurídica para actuar al Dr. JULIAN DAVIDGUERRERO DIAZ, identificado con la cedula de ciudadanía No. 1.085.269.188 expedida en la ciudad de Pasto, portador de la Tarjeta Profesional No. 222378 del C.S.J., en los términos y alcances del poder incorporados con la subsanación de la demanda.

**14.** La Secretaría, sin necesidad de previo pronunciamiento, deberá:

- a. Librar los oficios respectivos.
- b. Controlar la oportunidad y contenido de las pruebas.
- c. Apremiar o requerir, sin necesidad de auto que lo ordene, la evacuación del medio dispuesto en esta providencia.
- d. Pasar al Despacho o dar cuenta, en oportunidad, del expediente para decidir lo que corresponda sobre el trámite del proceso. Advertirá de la existencia de peticiones que requieran prelación.

**Notifíquese y Cúmplase.**


Los Magistrados,



**PAULO LEÓN ESPAÑA PANTOJA**



**SANDRA LUCÍA OJEDA INSUASTY**  
(Con aclaración de voto)



**ANA BEEL BASTIDAS PANTOJA**  
(Con salvamento de voto)