

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil veinte (2020)

EXPEDIENTE: 11001 33 34 003 2019 00330 00
DEMANDANTE: JOSÉ RICARDO ANDRADE FORERO
DEMANDADO: CONCEJO MUNICIPAL DE SOACHA
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD

Asunto: *Niega Solicitud desistimiento medida cautelar*

Visto el memorial presentado por la parte demandante procede el Despacho a tomar la decisión que corresponda, previo los siguientes.

1. ANTECEDENTES

El señor José Ricardo Andrade Forero, radicó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad contra el municipio de Soacha – Concejo municipal, en procura de que se declare la nulidad de la Resolución 322 del 25 de septiembre de 2019, por medio de la cual se convoca concurso público de méritos para proveer el cargo de personero municipal para el periodo 2020-2024.

Mediante auto del 19 de diciembre de 2019, se dispuso admitir la demanda y por otro lado, se accedió a la solicitud de medida cautelar de urgencia elevada por la parte actora, por lo cual, el Juzgado resolvió suspender provisionalmente los efectos jurídicos de la Resolución 322 del 25 de septiembre de 2019, por medio de la cual, el Concejo Municipal de Soacha convocó al concurso público de méritos para proveer el cargo de personero municipal de ese ente territorial, para el periodo 2020-2024. La providencia fue comunicada a la entidad demandada mediante correo electrónico de la misma fecha.

En cumplimiento a lo anterior, el Concejo Municipal de Soacha profirió la Resolución 002 del 03 de enero de 2020, por medio de la cual se declaró la suspensión provisional de los efectos jurídicos de la Resolución 322 de 25 de septiembre de 2019; acto administrativo que fue publicado en la página web de dicha Corporación.

Por auto en firme del 23 de enero de 2020, se negó la solicitud de levantamiento de la medida cautelar decretada, solicitada por el Concejo municipal de Soacha.

1.1 Solicitud de desistimiento de la medida cautelar

Mediante correo electrónico del 18 de noviembre de 2020, la parte actora presenta memorial de desistimiento de la medida cautelar de urgencia presentada con la demanda, y, por tanto, solicita se reanude el concurso de méritos para proveer el cargo de personero municipal de Soacha.

Como sustento de dicha solicitud, el demandante señala lo siguiente:

- El Concejo Municipal de Soacha, en vista de la suspensión provisional decretada por el Juzgado, envió comunicación a la Personería Municipal de Soacha, solicitando las hojas de vida de los funcionarios para elegir en encargo a la persona que cumpliera con los requisitos como personero municipal.
- Así, dicha Corporación mediante Resolución 040 de 29 de febrero de 2020, nombra en calidad de encargo como personero municipal de Soacha a quien se desempeñaba como personero auxiliar; nombramiento que se ha venido prolongando hasta la fecha.
- No obstante, dos (2) días previos a realizar tal nombramiento, al interior de la Personería del municipio, al parecer se efectuaron inesperada e injustificadamente dos movimientos para beneficiar a la persona designada en encargo. Así, quien ocupaba el cargo de personero auxiliar, por tiempo mayor a un año y ostentaba la cualificación para desempeñarse en el cargo, fue enviado a desempeñarse en la delegatura de asuntos económicos; y quien se desempeñaba como delegada de asuntos económicos pasó a ejercer el cargo de personero auxiliar.
- La solicitud no implica modificación de las pretensiones de la demanda, y resulta procedente conforme al artículo 316 del C.G.P. Además, no procede condena en costas al tenor de lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA.
- Señala que, si bien es cierto a nivel mundial se esta afrontando una emergencia sanitaria, también lo es que esta situación ha llevado al proceso a demoras, y ello a que el nombramiento en encargo que se debía tomar de manera provisional, en la realidad se ha tornado de manera permanente, desfigurando la ley ya que para llegar a este cargo previo se necesita pasar un concurso de méritos.
- Cita Concepto 2246 de 2015, proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil y sentencia C- 428-97, para afirmar que el encargo es una figura transitoria que se utiliza como una herramienta con la que cuenta la administración a efectos de evitar que las funciones propias del empleo cuyo titular está ausente se incumplan, pero que en realidad el Concejo municipal de Soacha impuso a la persona a ocupar el encargo, sin determinar experiencia, capacidad y aptitud para su ejercicio.

2. CONSIDERACIONES

El desistimiento es una figura procesal que permite a quien formula o inicia una determinada actuación judicial, retractarse de la misma **para que no se haga un pronunciamiento de fondo o definitivo**. Así, comoquiera que la mayoría de los actos procesales deben ser promovidos por las partes en virtud del principio dispositivo, la ley también permite su desistimiento.

En ese sentido, por regla general, se permite desistir de las actuaciones judiciales, no obstante, existen excepciones a la aplicación de dicha figura, tal como sucede en las demandas de repetición, de protección a los derechos intereses colectivos, o de nulidad, las cuales no pueden ser objeto de desistimiento en virtud de la ley, la jurisprudencia y las finalidades particulares de cada una de estas.

Pues bien, tratándose del desistimiento en el medio de control de nulidad, el Consejo de Estado ha señalado que, cuando un ciudadano activa el aparato judicial para demandar la nulidad de un acto administrativo general, no es procedente que posteriormente desista de las pretensiones de esa demanda, precisamente por ser un asunto de interés público y donde se busca proteger la legalidad en abstracto; no se trata entonces de pretensiones privadas a las que se pueda renunciar, pues si bien, es un particular quien ejerce la acción, una vez promovida no puede disponer de las pretensiones inicialmente formuladas con las cuales se busca salvaguardar el ordenamiento jurídico y garantizar intereses generales. No obstante, también dispuso que la solicitud de desistimiento frente a la medida cautelar no implica la disposición del derecho por parte del demandante, sino que se trata, en principio, de una actuación procesal que no modifica las pretensiones en sí mismas, y por ello sería factible aplicar la mencionada figura procesal¹.

Ahora bien, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), no regula de manera concreta lo relativo al desistimiento, con excepción de lo preceptuado en el artículo 178 referente al desistimiento tácito. Por lo tanto, de conformidad con lo señalado en el artículo 306 ibídem, debemos remitirnos a lo contemplado en el Código General del Proceso (Ley 1465 de 2012) sobre dicho aspecto.

Así, los artículos 314 y 316 del CGP, establecen:

ARTÍCULO 314. DESISTIMIENTO DE LAS PRETENSIONES. *El demandante podrá desistir de las pretensiones mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso. Cuando el desistimiento se presente ante el superior por haberse interpuesto por el demandante apelación de la sentencia o casación, se entenderá que comprende el del recurso.*

El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada. El auto que acepte el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia.

Si el desistimiento no se refiere a la totalidad de las pretensiones, o si sólo proviene de alguno de los demandantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él.

(...)

El desistimiento debe ser incondicional, salvo acuerdo de las partes, y sólo perjudica a la persona que lo hace y a sus causahabientes. (...)

ARTÍCULO 316. DESISTIMIENTO DE CIERTOS ACTOS PROCESALES. *Las partes podrán desistir de los recursos interpuestos y de los incidentes, las excepciones y los demás actos procesales que hayan promovido. No podrán desistir de las pruebas practicadas.*

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, providencia del 26 de abril de 2018, Radicado 11001 03 25 000 2015 00277 00, Numero interno: 0541-2015, Consejo Ponente Rafael Francisco Suárez Vargas, que reitera Auto del 03 de junio de 2011, Radicado 2008-00124-00, Consejero Ponente Gerardo Arenas Manosalve y Auto del 19 de diciembre de 2013, Radicado 25000 23 27 000 2009 00055 01 (18708), Consejera Ponente Martha Teresa Briceño de Valencia.

El desistimiento de un recurso deja en firme la providencia materia del mismo, respecto de quien lo hace. Cuando se haga por fuera de audiencia, el escrito se presentará ante el secretario del juez de conocimiento si el expediente o las copias para dicho recurso no se han remitido al superior, o ante el secretario de este en el caso contrario.

El auto que acepte un desistimiento condenará en costas a quien desistió, lo mismo que a perjuicios por el levantamiento de las medidas cautelares practicadas.

No obstante, el juez podrá abstenerse de condenar en costas y perjuicios en los siguientes casos:

- 1. Cuando las partes así lo convengan.*
- 2. Cuando se trate del desistimiento de un recurso ante el juez que lo haya concedido.*
- 3. Cuando se desista de los efectos de la sentencia favorable ejecutoriada y no estén vigentes medidas cautelares.*
- 4. Cuando el demandado no se oponga al desistimiento de las pretensiones que de forma condicionada presente el demandante respecto de no ser condenado en costas y perjuicios. De la solicitud del demandante se correrá traslado al demandado por tres (3) días y, en caso de oposición, el juez se abstendrá de aceptar el desistimiento así solicitado. Si no hay oposición, el juez decretará el desistimiento sin condena en costas y expensas."*

En ese orden de ideas, aun cuando sería factible aplicar la figura del desistimiento consagrada en el artículo 316 *ibídem*, tratándose de actos procesales distintos a la demanda, como es el caso de una medida cautelar, lo cierto es que, como presupuesto esencial de este mecanismo, está el que no haya existido pronunciamiento de fondo o definitivo sobre el asunto que se pretende desistir; cuestión esta que en el *sub examine* no se cumple, pues tal y como se indicó en el acápite de antecedentes, la medida cautelar de urgencia solicitada por parte demandante fue resuelta de manera favorable mediante **auto en firme** del 19 de diciembre de 2019, pues contra el mismo no se interpusieron recursos dentro del término dispuesto en el numeral 2 del artículo 244 del CPACA, en concordancia con el artículo 236 *ídem*.

Así entonces, al ser **improcedente el desistimiento planteado por la parte demandante**, tampoco resulta viable correr traslado de la solicitud a la parte demandada, conforme lo indica el numeral 4 del artículo 316 antes descrito, pues no se aplicará dicha figura procesal.

Dilucidado lo anterior, y examinado el fundamento expuesto por el actor en el referido memorial de fecha 18 de noviembre de 2020, aun cuando no se acceda al desistimiento por lo expuesto en precedencia, sería del caso analizar lo contemplado en el artículo 235 del CPACA, en cuanto a la modificación o revocatoria de la medida cautelar, en tanto, lo que realmente busca el demandante es que se revoque la medida cautelar que ya fue decretada.

Pues bien, la mencionada norma, indica:

ARTÍCULO 235. LEVANTAMIENTO, MODIFICACIÓN Y REVOCATORIA DE LA MEDIDA CAUTELAR. *El demandado o el afectado con la medida podrá*

solicitar el levantamiento de la medida cautelar prestando caución a satisfacción del Juez o Magistrado Ponente en los casos en que ello sea compatible con la naturaleza de la medida, para garantizar la reparación de los daños y perjuicios que se llegaren a causar.

La medida cautelar también podrá ser modificada o revocada en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, cuando el Juez o Magistrado advierta que no se cumplieron los requisitos para su otorgamiento o que estos ya no se presentan o fueron superados, o que es necesario variarla para que se cumpla, según el caso; en estos eventos no se requerirá la caución de que trata el inciso anterior. (...)

Conforme a lo anterior, tenemos que la medida cautelar podrá ser modificada o revocada en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, cuando el Juez advierta que i) no se cumplieron los requisitos para su otorgamiento, ii) que estos ya no se presentan o fueron superados, y iii) que es necesario variarla para que se cumpla.

No obstante, el presente caso no se encuadra en ninguna de las causales en las que la norma permite la modificación o revocatoria, pues:

i) **No se está debatiendo si se cumplieron o no los requisitos para su otorgamiento**, más aún si, se insiste, que contra el auto en cuestión no se interpuso recurso alguno;

ii) No se observa que las razones para su otorgamiento hayan sido superadas.

Recordemos que la suspensión provisional de los efectos de la Resolución 322 del 25 de enero de 2019, se fundó en la transgresión del principio de publicidad y la libre concurrencia, y concretamente por haberse observado, en esa instancia del proceso, la violación del artículo 12 de la convocatoria, el artículo 2.2.27.3 del Decreto 1083 de 2015, y el numeral 9 del artículo 3 del CPACA, por cuanto el periodo y forma de inscripción de aspirantes, *prima facie*, resultó restrictiva.

Así mismo, debe indicarse que en el estado en que el concurso de méritos fue suspendido, no se había configurado ninguna clase de derechos adquiridos, pues hasta el 19 de diciembre de 2019, se habían realizado las siguientes publicaciones por parte del Concejo Municipal de Soacha, respecto al concurso público de méritos para proveer el cargo de personero municipal: a) Acta de admitidos y no admitidos y b) Acta definitiva de admitidos y no admitidos; es decir, no se habían publicado aún los resultados finales de la totalidad de las pruebas y entrevista, contempladas en el cronograma del concurso, y menos aún se había conformado la lista de legibles. Por tanto, dicha medida además resultó oportuna, de manera que, de no haberse decretado la decisión de fondo que debe emitirse, de resultar favorable a las pretensiones de la demanda, resultaría inocua.

En conclusión, **las razones de su otorgamiento aún se encuentran vigentes** y, por tanto, debe mantenerse la decisión adoptada en su momento por el Despacho.

Expediente: 11001-33-34-003-2019-00330-00
Demandante: José Ricardo Andrade Forero
Demandado: Municipio de Soacha
Medio de Control: Nulidad
Niega desistimiento de medida cautelar

lii) La orden de suspensión provisional del acto administrativo demandado ya fue cumplida por parte de la entidad demandada, y, en consecuencia, **no existen razones para que debe ser variada** para cumplir su cometido.

Adicionalmente, el Juzgado observa que la solicitud efectuada por el accionante se encamina a controvertir el nombramiento en encargo que efectuó el Concejo municipal de Soacha, mientras se resuelve de fondo sobre la legalidad de la Convocatoria, por considerar que se realizaron actuaciones indebidas al interior de la entidad y porque dicha persona no cumple con las calidades para ejercer el cargo.

Al respecto, es importante reiterar lo expuesto por este Despacho en auto del 28 de febrero de 2020, toda vez que, en el presente medio de control de nulidad se discute la legalidad de la Resolución 322 del 25 de septiembre de 2019, por medio de la cual se convocó concurso público de méritos para proveer el cargo de personero municipal. Así, lo que se pretende es garantizar la legalidad en abstracto del acto administrativo emitido; entonces, **la actuación del Juez está limitada a verificar si dicho acto administrativo se encuentra viciado de nulidad o no, de manera que no puede inmiscuirse en asuntos ajenos al debate suscitado**, como lo es la facultad del Concejo Municipal de nombrar un personero encargado, mientras se resuelve sobre la legalidad del concurso.

Así mismo, en relación con las presuntas irregularidades cometidas en la designación de personero encargado, también debe reiterarse que corresponde a la Procuraduría General de la Nación investigarlas, en el ámbito de lo disciplinario, mientras que en el ámbito de la elección propiamente dicha, existe otro mecanismo judicial como lo es la nulidad electoral, medio de control que según información entregada por la entidad demandada cursa actualmente ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca; Juez al que le competará referirse de manera concreta sobre la legalidad de dicho nombramiento.

Finalmente, se debe enfatizar en que la finalidad y naturaleza del presente medio de control escapa de cuestiones o pretensiones personales, pues lo que se busca es preservar la legalidad en abstracto, y por ello, resulta incompatible debatir en este proceso aspectos como los planteados por la parte accionante.

Por lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Bogotá,

RESUELVE

ÚNICO. - **Negar** la solicitud efectuada por la parte actora el 18 de noviembre de 2020, relacionada con desistir o revocar la medida cautelar decretada el 19 de diciembre de 2019, por las razones expuestas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


EDNA PAOLA RODRÍGUEZ RIBERO
Jueza

D.C.R.P.