



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.

Bogotá D. C., quince (15) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Radicado: 11001-0325-000-2015-00366-00 (0740-2015)
Actor: HECTOR ALFONSO CARVAJAL LONDOÑO
Demandado: LA NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.
Asunto: LEY 1437 DE 2011.

Procede el despacho a resolver la solicitud de medida cautelar de urgencia presentada en el asunto de la referencia.

I.- ANTECEDENTES

La parte actora, actuando en nombre propio, presentó solicitud de medida cautelar de urgencia tendiente a obtener lo siguiente:

«Que se decrete la suspensión del proceso de calificación de los procuradores judiciales I y II de la Procuraduría General de la Nación, que fueron nombrados en virtud del concurso que se encuentran demandado en el presente asunto».

Al fundamentar la anterior solicitud, puso de presente que en esta oportunidad no se pretende la suspensión del acto administrativo¹ de convocatoria al concurso, sino por el contrario, del procedimiento de calificación o evaluación de desempeño de los sujetos designados en los cargos de procuradores judiciales I y II de la entidad demandada, teniendo en cuenta que en la actualidad no existe reglamentación en la

para controvertir las calificaciones que se establezcan al desempeño de sus funciones, lo que implica que la Procuraduría les aplique un mecanismo de evaluación no regulado en norma alguna.

Agregó el actor que de no decretarse la medida cautelar la sentencia que declare la nulidad del acto acusado sería de imposible ejecución, habida cuenta de que ya se han realizado varias provisiones en los cargos, de suerte tal que las calificaciones de servicio perderían fuerza ejecutoria dando lugar a vinculaciones de hecho.

CONSIDERACIONES.

Para resolver la solicitud antes expuesta, el despacho estima oportuno hacer las siguientes precisiones:

1.- Aspectos generales sobre la adopción de las medidas cautelares:

No cabe duda alguna de que la protección cautelar constituye uno de los cambios de paradigma en el «nuevo» proceso contencioso administrativo. En efecto, el legislador, en la Ley 1437 de 2011 (CPACA), optó por superar la típica, taxativa y formalista suspensión provisional de los efectos del acto administrativo contenida en el artículo 152 del CCA como única medida cautelar posible de ser decretada por el juez, para implementar un esquema de protección cautelar que obedezca a la necesidad de asegurar la tutela judicial efectiva.

En este contexto resulta preciso señalar que la Ley 1437 de 2011, instituyó en sus artículos 229 y siguientes un amplio y novedoso sistema de medidas cautelares que pueden ser adoptadas a petición de parte en el procedimiento contencioso administrativo, para *“proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”*. Con ellas se concreta la garantía de efectividad de la eventual sentencia favorable a las pretensiones de la demanda, sin que su adopción constituya un prejuzgamiento, tal como quedó consagrado de manera

En efecto, el aludido artículo 229 del CPACA² establece que el juez, a petición de parte debidamente sustentada, puede tomar las medidas necesarias para asegurar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, lo cual se compadece con las características propias de las medidas cautelares según lo ha expuesto la Sala Plena de esta Corporación en los siguientes términos:

La expresión “el tiempo necesario para tener razón no debe causar daño a quien tiene razón”³, propuesta por Giuseppe Chiovenda en el año 1921, sintetiza la razón de ser de la medida cautelar, y pone en evidencia los intereses en colisión. Esto último se afirma, en cuanto no se puede desconocer que la corrección de una decisión judicial no solo se valora desde su conformidad sustancial con el ordenamiento jurídico y su incidencia en la eficacia material de los derechos, sino desde las garantías que acompañan su formación y que exigen el transcurso del tiempo.

Esta tensión, que no podría resolverse sacrificando cualquiera de los extremos pues son relevantes para el ordenamiento constitucional, encuentra una solución ponderada en la institución de la medida cautelar, entendida doctrinalmente como el instrumento del instrumento, esto es, la vía para garantizar la eficacia de la decisión judicial definitiva, la que, a su turno, tiene por objeto materializar el valor justicia. Al respecto, el profesor Piero Calamandrei, en su obra “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, indicó lo siguiente:

“Hay, pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar en derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son, en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son, en relación con la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento.”⁴.

² **ARTÍCULO 229. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES.** En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

PARÁGRAFO. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Las medidas cautelares en los procesos que

La instrumentalidad es una de las notas características que de manera consistente se evidencia al consultar la doctrina especializada, dado que la medida cautelar se encuentra atada a un proceso en el que se discute el derecho y al que le sirve como garantía de la efectividad de la decisión principal que dentro del mismo se adoptará.

La provisoriedad, autonomía y mutabilidad se unen a las notas de identificación del instituto en estudio. La primera de ellas, hace referencia al hecho de que la medida cautelar nace a la vida jurídica por un tiempo determinado, esto es, sus efectos son interinos, pues necesariamente se extinguen al proferirse la decisión principal dentro del proceso. La segunda, dado que la medida cautelar tiene sus propios requisitos de procedencia, su estudio es diferente al que se asume para el fondo del asunto, y su finalidad se dirige a conservar la materia en litigio y garantizar la eficacia de la sentencia. Y, por último, la mutabilidad consiste en que la medida cautelar atiende a la variación de las circunstancias que tengan incidencia para su definición, o, dicho de otra manera, en el marco del proceso y aún antes de proferirse la decisión principal la medida cautelar puede modificarse en cualquier sentido.»⁵

A su vez, el artículo 230 *ejusdem*, complementa la facultad del juez con un listado –no taxativo- conformado por las siguientes medidas, a saber: las preventivas, que buscan evitar o impedir un perjuicio o la agravación de sus efectos; las conservativas, que buscan asegurar el mantenimiento de una situación (*statu quo ex ante*); las anticipativas, que pretenden satisfacer por adelantado la pretensión del demandante en el sentido de adoptar una decisión administrativa, de emitir una orden determinada o de imponer una obligación de hacer o no hacer, que en principio deberían adoptarse en la providencia que ponga fin al proceso, pero que se justifican por la necesidad de evitar la consolidación de un perjuicio irremediable; y las suspensivas que corresponden precisamente, como su nombre lo indica, a la suspensión temporal de los efectos de la decisión administrativa que es objeto de examen, o a la suspensión de procedimientos administrativos, antes de que en ellos se profiera una decisión.

En virtud de lo anterior, el legislador impuso ciertos requisitos para efectos de que proceda a la adopción de la medida cautelar. Así, el numeral 2 del artículo 230 del CPACA dispone que la suspensión de un procedimiento o una actuación administrativa podrá adoptarse siempre que no exista otra posibilidad de conjurar

En cuanto a la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, el artículo 231 de la misma codificación señala los requisitos exigidos para que proceda la medida tanto en acciones de nulidad simple como de nulidad y restablecimiento del derecho. Frente a las primeras, advierte la norma que se debe acreditar la violación de las disposiciones invocadas en la solicitud, requisito que es igualmente exigible en tratándose de la nulidad y el restablecimiento del derecho, aunado a que se demuestre, al menos sumariamente, la ocurrencia de perjuicios.

Para adoptar medidas cautelares distintas a las de suspensión, el mismo artículo establece:

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurran 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.

Este escenario muestra los límites impuestos al juez para el decreto y la práctica de medidas cautelares, destacándose la inclusión, como elementos esenciales en la materia, del *periculum in mora*⁶ y el *fumus boni iuris*⁷, cuya exigencia para el decreto de la medida se fundamenta en asegurar su conveniencia, necesidad, proporcionalidad y congruencia.

En ese sentido, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en la decisión ya citada en esta providencia, manifestó:

La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en el *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. El primero, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la posible existencia de un derecho. El segundo, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho.

Sobre este tópico, el profesor Piero Calamandrei precisó que el estudio de la medida cautelar exige analizar la apariencia de un derecho y la certeza de un daño por la insatisfacción de un derecho, como consecuencia del tiempo que tarda la administración de justicia en proferir una decisión principal. Al respecto, advirtió lo siguiente:

“... Las condiciones para la providencia cautelar podrían, pues, considerarse estas dos: 1ª la existencia de un derecho; 2ª el peligro en que este derecho se encuentra de no ser satisfecho.

...

Para poder llenar su función de prevención urgente las providencias cautelares deben, pues, contentarse, en lugar de con la certeza, que solamente podría lograrse a través de largas investigaciones, con la apariencia del derecho, que puede resultar a través de una cognición mucho más expedita y superficial que la ordinaria (*summaria cognitio*). ...

21. I) Por lo que se refiere a la investigación sobre el derecho, la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. ...

22. II) Por lo que se refiere a la investigación sobre el peligro, el conocimiento en vía cautelar puede dirigirse a conseguir, dentro del mismo procedimiento cautelar y antes de que se dicte la providencia principal, la certeza (juicio de verdad, no de simple verosimilitud) sobre la existencia de las condiciones de hecho que, si el derecho existiese, serían tales que harían verdaderamente temer el daño inherente a la no satisfacción del mismo”⁸.

Idénticos requisitos fueron considerados por Eduardo García de Enterría, en su obra “La batalla por las medidas cautelares”, así⁹:

“En el ámbito específico del contencioso – administrativo la enseñanza de la doctrina de la Sentencia *Factortame*, del Tribunal de Justicia de las Comunidades, me parece especialmente relevante. Por tres motivos, al menos:

...

cautelar no debe ser otorgada si a la pretensión del demandante le falta la apariencia de buen derecho (o, desde la otra perspectiva, si la posición de la Administración aparece prima facie como fundada); el *fumus boni iuris*, ni mencionado en la Ley, ni utilizado, que yo sepa, por la jurisprudencia, es siempre la verdadera causa; la irreparabilidad de los perjuicios, o mejor la frustración en otro caso de la Sentencia es una condición previa. (...)”¹⁰.

Ahora bien, la aplicación de medidas cautelares en el marco de procesos contencioso administrativos ha generado no poca resistencia atendiendo a que lo que se cuestiona es la actuación de la Administración. Progresivamente, empero, tal como se verá a continuación, el avance en la interpretación del rol que debe cumplir el derecho ha permitido la consolidación de la figura de la suspensión del acto administrativo, clasificada doctrinalmente como una medida negativa, y la incursión de otras de contenido positivo¹¹ que materializan eficazmente la tutela judicial efectiva.

Al amparo de las anteriores consideraciones, resulta dable concluir que las medidas cautelares juegan un papel preponderante en el proceso contencioso administrativo para garantizar que la sentencia y concretamente las órdenes que en ella se impartan, así como las consecuencias que de ella se deriven, tengan aplicación real y efectiva.

¹⁰ En sentido similar consultar a Góngora Pimentel, Genaro. La suspensión en materia administrativa. México. Editorial Porrúa. 2005. Págs. 154 y 155, que consideró lo siguiente: “...La suspensión tiene sentido si hay un derecho que necesita una protección provisional y urgente, a raíz de un daño ya producido o de inminente producción mientras dura el proceso en el que se discute precisamente una pretensión de quien sufre dicho daño o su amenaza. Sin ese peligro, que hay que frenar con la suspensión, para que el objeto del proceso se mantenga íntegro durante el tiempo que dure, no hay medidas cautelares.

La medida cautelar exige, por ello, un preventivo cálculo de probabilidad sobre el peligro de la dilación, que no puede separarse de otro preventivo cálculo de probabilidad, que es el que se hace sobre la existencia del derecho, cuya tutela se solicita a los tribunales, es decir, sobre la existencia de la apariencia de un derecho.”.

¹¹ Sobre el entendimiento de una medida positiva, el profesor Piero Calamandrei en su obra antes citada, expuso lo siguiente: “... Pero no todas las providencias cautelares son conservativas: pudiendo en ciertos casos la cautela que mediante ellas se constituye consistir no en la conservación, sino en la modificación del estado de hecho existente. ... debe tender no ya a conservar el estado de hecho existente, sino a operar, en vía provisoria o anticipada, los efectos constitutivos e innovativos, que, diferidos, podrían resultar ineficaces o inaplicables (...)”, págs. 48 y 49. Por su parte, Ezequiel Cassagne, en su artículo “Las medidas cautelares contra la Administración, en Tratado de Derecho Procesal Administrativo, Director Juan Carlos Cassagne, La Ley, Provincia de Buenos Aires, 2007, manifestó lo siguiente: “Se trata de la emisión de mandatos judiciales orientados a exigir de las entidades públicas determinadas conductas a seguir.

Finalmente cabe mencionar que la denominada medida cautelar de urgencia no escapa a los lineamientos antes explicados. Su diferencia radica, en esencia, en el trámite que debe dársele a la solicitud como quiera que en estos casos no se requiere correr el traslado al que alude el artículo 233 del CPACA para que el juez pueda decidir, lo cual se explica por la imperiosa necesidad de que haya un pronunciamiento inmediato según la necesidad del caso concreto, siendo necesario que el peticionario asuma la carga argumentativa necesaria para lograr demostrar la urgencia en acudir a la protección cautelar de los intereses en juego.

La doctrina nacional, refiriéndose al tema ha señalado que “por tratarse de una medida de carácter urgente, no resulta necesario correr el mencionado traslado, aunque, de una parte, se debe constituir y aceptar la correspondiente caución cuando a ello haya lugar, (...)”, y añade: “Debe resaltarse que, en todo caso, ha de verificarse el cumplimiento de todos los requisitos legales para la procedencia de la medida cautelar, previstos en el artículo 231, pero que ante la especial urgencia la decisión se pude (sic) tomar *inaudita parte debitoris*, circunstancia que debe motivarse de manera expresa en el correspondiente auto, contra el cual, se insiste, en todo caso proceden los recursos ordinarios correspondientes.”¹²

Dicha figura es, por demás, un complemento del régimen interamericano de los derechos humanos y en particular del derecho de contar con un recurso judicial efectivo para evitar la violación de los derechos¹³. Dada la premura que presupone la adopción de una medida cautelar de tal naturaleza, esa medida se constituye en un recurso judicial *sui generis* para la protección de los derechos de los asociados en situaciones de urgencia¹⁴.

¹² .JOSÉ LUIS BENAVIDES *et al*, *Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011). Comentado y concordado*, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, 2016, p. 591.

¹³ Ha dicho sobre este punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En

El artículo 234 de la Ley 1437 de 2011 consagra la figura de la “*medida cautelar de urgencia*”, en los siguientes términos:

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

La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta. *(Negrilla y subrayado fuera de texto original).*

Como bien se puede apreciar, lo previsto en el artículo precedente constituye una excepción a la regla general establecida en el artículo 233 del CPACA, según la cual es preciso correr traslado de la solicitud a la parte contraria, tal como se mencionó *ut supra*.

La norma en comento deja abierta la posibilidad de que en ciertos casos excepcionales pueda decretarse una medida cautelar de urgencia «*inaudita parte debitoris*», esto es, sin necesidad de notificar o escuchar previamente a la contraparte, con el propósito de precaver o conjurar la afectación inminente de los derechos del interesado y sin necesidad de agotar el trámite previsto en el artículo 233, esto es, sin tener que correr el traslado ni de efectuar la notificación allí dispuestos.

2. La medida cautelar de urgencia en el caso concreto

El Despacho, al efectuar la valoración de la urgencia de la medida, en armonía con las reglas de procedencia de las medidas cautelares (art. 229) y con la norma sobre su contenido y alcance (art. 230) considera que la medida cautelar de urgencia es procedente, como quiera que de llevarse a cabo la evaluación del desempeño acarrearía que algunos de los sujetos designados en los cargos de procurador judicial I y procurador judicial II luego de ser calificados superarían el

Esta situación pone en evidencia la necesidad de suspender dicho trámite administrativo (evaluación del desempeño laboral) a fin de conjurar la situación expuesta y asegurar el cumplimiento de la sentencia ya que, de ser declarada la nulidad de la Resolución 040 de 2015, no podrían verse afectados quienes tengan consolidada su situación jurídica, es decir, quienes hayan superado la referida evaluación e ingresen al sistema de carrera administrativa, resultado inane el control objetivo de legalidad propio del medio de control que dio origen al proceso.

Lo anterior quiere significar que es urgente adoptar una medida que garantice el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia como quiera solo así es dable evitar que el fallo que eventualmente declare la nulidad del acto acusado surta efectos. Este presupuesto resulta evidente y activa la protección cautelar en los términos ya explicados en el acápite 1 de esta providencia, para así cumplir con el cometido legal de asegurar la tutela judicial efectiva.

Deviene relevante señalar que la protección del ordenamiento jurídico en abstracto, objeto del medio de control de nulidad, no puede limitarse a una mera declaración de invalidez del acto censurado, ya que por esa vía se conseguiría la consolidación de prerrogativas cuya fuente normativa es contraria al orden constitucional y legal, circunstancia a todas luces indeseable en un Estado social y democrático de derecho.

Además, no puede pasarse por alto lo esgrimido por la parte actora en la solicitud objeto de estudio, en cuanto a los efectos nocivos que tendría la posible declaratoria de nulidad de la Resolución 040 de 2015 frente a la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos que tienen inescindible dependencia jurídica con ésta, circunstancia que reafirma la necesidad de conceder el amparo cautelar solicitado.

En este orden de ideas, se impone ordenar a la entidad demanda que se abstenga de realizar la evaluación del desempeño laboral de quienes se encuentren en

Radicado: 11001-0325-000-2015-00366-00 (0740-2015)

Actor: Héctor Alfonso Carvajal Londoño

Demandado: Nación, Procuraduría General de la Nación

RESUELVE

Decretar la medida cautelar de urgencia consistente en ordenar a la Procuraduría General de la Nación, que se abstenga de realizar la evaluación del desempeño laboral de quienes se encuentren en periodo de prueba como consecuencia de su participación en el proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales I y II a la que alude el artículo 22 de la Resolución 040 del 20 de enero del 2015, hasta tanto se profiera sentencia definitiva en el presente asunto.

Notifíquese y cúmplase

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Consejero de Estado