

PROCESO ELECTORAL - Admisión de la demanda contra la elección del representante de los egresados ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonia / SUSPENSION PROVISIONAL - Negada por cuanto no es posible establecer la vulneración que se aduce / UNIVERSIDAD DE LA AMAZONIA - Representante de los Egresados ante el Consejo Superior Universitario

El señor Fernando Cruz Artunduaga presentó ante el Consejo de Estado sendos escritos con los cuales se abrieron las radicaciones 2014-00006-00 y 2014-00007-00, contra el Acta Final de Escrutinio de 26 de noviembre de 2013, expedida por el Consejo Electoral de la Universidad de la Amazonía, mediante la cual se declaró la elección de los señores Luis Eduardo Torres García y Fabián Armando Chavarro Pineda como Representante de los Egresados ante el Consejo Superior Universitario y Representante de los Egresados ante la Facultad de Ciencias Contables, Económicas y Administrativas respectivamente. Así mismo el actor solicitó i) decretar la nulidad de los actos preparatorios que se expidieron por parte del Rector de la Universidad de la Amazonía y el Consejo Electoral, ii) ordenar al Consejo Electoral la realización de un nuevo proceso electoral y nuevos escrutinios de la Universidad de la Amazonía y, iii) compulsar copias a las autoridades correspondientes para que realicen las investigaciones disciplinarias y penales correspondientes. La Sala concluye que la suspensión provisional no procede. Si bien, desde que entró a regir el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el juez cuenta con mayores facultades de las que preveía el Código anterior para juzgar la viabilidad de la suspensión provisional de los actos administrativos, en esta oportunidad no se evidencia que el acto en cuestión se oponga a las disposiciones invocadas con la demanda. (...) Los cargos señalados por el demandante en el escrito radicado como 2014-0006-00 sobre la posible violación de las normas constitucionales en las que debería fundarse y la desviación de poder, se basan en apreciaciones que hace el actor como que, la Universidad de la Amazonía estableció un procedimiento amañado, se utilizaron los recursos públicos y hubo parcialidad y favorecimiento al candidato Luis Eduardo Torres García. En esta etapa procesal no es posible otorgarle veracidad a las afirmaciones que fundamentan los cargos mencionados, pues es necesario efectuar, no solo un examen minucioso de los antecedentes administrativos del acto demandado, sino establecer la ocurrencia de las circunstancias, que alega fueron irregulares y que por ende, determinaron la parcialidad, el favorecimiento y el procedimiento amañado. Se requiere surtir la etapa probatoria, y así poder llegar o no a las mismas conclusiones a las que arriba el actor, pues se trata de valoraciones subjetivas sobre lo ocurrido en el proceso eleccionario. Tampoco es factible concluir que existe la oposición legal o constitucional argüida, en esta etapa. Entonces, y en virtud del artículo 231 del C.P.A.C.A., que exige que la contradicción legal del pronunciamiento de la administración aparezca 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, situación que aquí no se presenta, no es posible establecer en este punto la violación de las disposiciones invocadas, por lo que resulta imperioso agotar la etapa probatoria para que en la sentencia se estudie de fondo el objeto del debate del presente proceso. En consecuencia, no hay lugar a acceder a la suspensión provisional del acto acusado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00006-00

Actor: FERNANDO CRUZ ARTUNDUAGA

Demandado: UNIVERSIDAD DE LA AMAZONIA

Procede la Sala a resolver sobre la admisión de la demanda y la solicitud de suspensión provisional presentada por el ciudadano Fernando Cruz Artunduaga, en ejercicio de la acción pública de nulidad electoral del Acta Final de Escrutinio de 26 de noviembre de 2013, por medio de la cual se escrutaron las 25 mesas instaladas durante la jornada electoral de 22 de noviembre de 2013 y se declaró la elección de Luis Eduardo Torres García como Representante de los Egresados ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía.

1. Cuestión Previa

De conformidad con lo decidido en el auto de 10 de abril de los corrientes, proferido por el Magistrado Ponente dentro del expediente No. 110010328000201400007-00, se tramitarán bajo un solo procedimiento y en este despacho donde se adelanta el radicado 110010328000201400006-00, los dos escritos presentados por el Señor Fernando Cruz Artunduaga el 28 de enero de 2014 (2014-0006-00 y 2014-0007-00), pues tal como fue precisado en el auto en mención, se trata de la misma demanda presentada en dos ejemplares, con un mismo accionado y propósito, iguales fundamentos fácticos y normas violadas, similar concepto de violación y anexos idénticos, aclarando que no se trata de una acumulación, puesto que en ninguno de los dos radicados se ha proferido auto admisorio, sino de conformar con los dos ejemplares en una misma demanda, ya que son idénticos.

2. Admisión de la demanda

El señor Fernando Cruz Artunduaga presentó ante el Consejo de Estado sendos escritos con los cuales se abrieron las radicaciones 2014-00006-00 (fls. 1-41) y 2014-00007-00 (fls. 1-24), contra el Acta Final de Escrutinio de 26 de noviembre de 2013, expedida por el Consejo Electoral de la Universidad de la Amazonía,

mediante la cual se declaró la elección de los señores Luis Eduardo Torres García y Fabián Armando Chavarro Pineda como Representante de los Egresados ante el Consejo Superior Universitario y Representante de los Egresados ante la Facultad de Ciencias Contables, Económicas y Administrativas respectivamente.

Así mismo el actor solicitó i) decretar la nulidad de los actos preparatorios que se expidieron por parte del Rector de la Universidad de la Amazonía y el Consejo Electoral, ii) ordenar al Consejo Electoral la realización de un nuevo proceso electoral y nuevos escrutinios de la Universidad de la Amazonía y, iii) compulsar copias a las autoridades correspondientes para que realicen las investigaciones disciplinarias y penales correspondientes.

a. Radicado Número 2014-00006-00

Mediante auto de 19 de febrero de 2014 la Consejera Ponente inadmitió la demanda por carecer de los requisitos señalados en la ley, y de conformidad con el artículo 276 del C.P.A.C.A. le concedió al demandante tres (3) días de plazo para corregirla, en cuanto debía:

1. Designar a todas las partes y señalar el lugar y dirección donde reciben las notificaciones personales de conformidad con lo establecido en los numerales 1 y 6 del artículo 162 del C.P.A.C.A.
2. Allegar la constancia de publicación, comunicación, notificación o ejecución del acto acusado de conformidad con el numeral 1º del artículo 166 del C.P.A.C.A.

El actor presentó dentro del término señalado escrito de corrección de la demanda, en el cual determinó que la acción se dirigía únicamente contra la elección del señor Luis Eduardo Torres García como Representante de los Egresados y se abstuvo de solicitar la nulidad de los actos preparatorios (fl. 182).

También, señaló que el Acta Final de Escrutinios de fecha 26 de noviembre de 2013, fue publicada en la página web de la Universidad de la Amazonía www.uniamazonia.edu.co.

b. Radicado Número 2014-00007-00

Mediante auto de 5 de febrero de 2014 el Consejero Ponente inadmitió la demanda porque i) se pretendía la nulidad de dos elecciones diferentes: la del señor Luis Eduardo Torres García como Representante de los Egresados ante el Consejo Superior Universitario y la del señor Fabián Armando Chavarro Pineda como Representante de los Egresados ante el Consejo de la Facultad de Ciencias Contables, Económicas y Administrativas, ii) se demandaba la nulidad de actos preparatorios expedidos por el Rector y el Consejo Electoral de la Universidad, los cuales son ajenos al control jurisdiccional, y iii) se pretendía que se impartieran órdenes al Consejo Electoral de la Universidad de la Amazonía, lo cual es improcedente. Así mismo se advirtió que si el acta de escrutinio -acto demandado- se formalizó en un acto posterior, este debía ser demandado y aportar copia respectiva.

En el escrito de corrección, presentado dentro del término legal se subsanaron las falencias así: i) demandó únicamente la nulidad de la elección del señor Luis Eduardo Torres García como Representante de los Egresados ante el Consejo Superior Universitario; ii) no demandó la nulidad de actos preparatorios y iii) tampoco solicitó que se impartieran órdenes al Consejo Electoral de la Universidad de la Amazonía.

En auto de 24 de febrero, el Magistrado Ponente ordenó poner en conocimiento del demandado y del Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía, la petición de suspensión provisional y pidió concepto al señor agente del Ministerio Público.

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, mediante escrito presentado el 28 de febrero de 2014, expresó que la suspensión provisional del acto impugnado no era viable. Consideró respecto a la afirmación de que el elegido no es egresado de la Universidad de la Amazonía, que la violación que surge del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas, así como del estudio de las pruebas aportadas al plenario, es aparente. Por ello, es necesario efectuar un examen minucioso de los antecedentes administrativos que dieron lugar a su expedición, lo cual es propio de la sentencia.

El delegado de la Ministra de Educación Nacional ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía expresó, a través de escrito recibido el 4 de marzo de 2014 (fls. 198 a 200), -extemporáneamente¹- que: (i) frente al incumplimiento del requisito de ser egresado de Uniamazonía, es menester analizar los antecedentes del alma mater y las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales el programa de matemáticas y física de la Universidad Surcolombiana que se desarrollaba en Florencia, fue asumido por la Universidad de la Amazonía; y (ii) respecto a la inhabilidad endilgada al elegido por ser docente de planta, “que en el evento de que el egresado participe en decisiones que afectan el cuerpo docente (positiva o negativamente), cuenta con el mecanismo de «declararse impedido» y así apartarse de la decisión...”.

El demandado Luis Eduardo Torres García, a través de apoderado, solicitó en escrito radicado el 6 de marzo de 2014 -extemporáneamente²-, negar la medida cautelar pedida porque la violación de las normas que se invocan como infringidas no emerge en forma diáfana. En cuanto al requisito de ser egresado de Universidad de la Amazonía, explicó que la Regional Florencia de la Universidad Surcolombiana se transformó en aquella, con lo cual se subrogó en todos sus derechos y obligaciones, por tanto, operó la ficción jurídica de que el título fue conferido por la Universidad de la Amazonía.

Por otra parte, indicó que el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, no es aplicable a los miembros de los Consejos Superiores de las universidades públicas.

Aportó como pruebas los siguientes documentos:

- Certificación expedida el 3 de marzo de 2014 por la Jefe de la División de Registro y Control Académico de Uniamazonía en la que se indica que el señor Luis Eduardo Torres García es graduado del programa de licenciatura en matemáticas y física. (fl. 210).
- Fotocopia autenticada de las páginas 6, 7 y 8 y del anexo 1 del documento final con fines de acreditación de calidad de la licenciatura de dicho programa, elaborado en el año 2006. (fl. 211 a 217)

¹ Fue notificado el 26 de febrero de 2014, luego el término vencía el 3 de marzo.

² Fue notificado el 26 de febrero de 2014, luego el término vencía el 3 de marzo.

El Rector de la Universidad de la Amazonía, con escrito recibido en forma extemporánea³, el 19 de marzo de 2014 (fls. 220 a 232), también se opuso a la medida cautelar. Sostuvo que por Resolución Rectoral No. 2270 de 10 de octubre de 2013 se convocó a los egresados a elegir su representante ante el Consejo Superior y los Consejos de Facultad. El proceso democrático se efectuó atendiendo el procedimiento y los principios dispuestos para ese fin en el Estatuto Electoral de la universidad y de acuerdo a los plazos previstos en la Convocatoria Electoral No. 005 de 2013, garantizando el principio de publicidad de los actos proferidos dentro del trámite. Así, se publicó en la página web institucional, el registro electoral que el actor echa de menos.

En cuanto a la calidad de egresado de Luis Eduardo Torres García, expuso que la Universidad de la Amazonía “sucedió en la totalidad de las relaciones jurídicas de que era titular [a] la Regional Florencia de la Universidad Surcolombiana.” y que, teniendo en cuenta que el título de licenciado en ciencias de la educación con especialidad en matemáticas y física conferido por la otrora Regional Florencia de la Universidad Surcolombiana “se debe hacer la ficción jurídica que el título académico otorgado al señor TORRES GARCIA fue conferido por la Universidad de la Amazonía.”

En cuanto a la inhabilidad que se le endilga al señor Torres García, indicó que “la naturaleza jurídica de ente universitario autónomo propia de la Universidad de la Amazonía, no permite la aplicación de lo reglado por el Decreto 128 de 1976(…)”

c. Sobre la admisión de la demanda

En materia electoral, la demanda debe reunir las exigencias previstas en los artículos 162, 163, 164 y 166 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, relacionadas con: la designación de las partes, la expresión clara y precisa de lo que se pretende con los respectivos fundamentos de derecho, el señalamiento de las normas violadas y el concepto de violación, la indicación de los hechos y omisiones determinados, clasificados y numerados, la petición de pruebas y el lugar de dirección y notificación de las partes; así como acompañarla con la copia del acto acusado. Además la presentación debe hacerse dentro del plazo previsto en el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del mismo Código.

³ Fue notificado el 26 de febrero de 2014, luego el término vencía el 3 de marzo.

En lo que tiene que ver con el cumplimiento de los requisitos de los artículos 162, 163 y 166 del C.P.A.C.A., observa la Sala que la demanda se ajusta a tales exigencias, y en cuanto al término para la presentación, ésta se radicó el 28 de enero de 2014, por lo que se encuentra dentro del término establecido en el literal a) del numeral 2º del artículo 164 de la misma normativa⁴, razones por las cuales se admite la solicitud de nulidad de la elección del señor Luis Eduardo Torres García, como Representante de los Egresados ante el Consejo Superior Universitario de la Universidad de la Amazonía, de conformidad con lo expresado por el actor en los escritos de corrección.

3. Solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado

En acápite especial de los escritos, solicitó el actor la suspensión de los efectos del Acta de Escrutinio de la jornada de elección de los Representantes de los Egresados ante el Consejo Superior Universitario y ante el Consejo de Facultad de Ciencias Contables, Económicas y Administrativas de la Universidad de la Amazonía⁵, y se remitió a los conceptos de violación invocados en los escritos de demanda así⁶:

a. Radicado Número 2014-00006-00

1. Nulidad del acto administrativo por violación de las normas constitucionales en que debería fundarse:

Consideró el demandante que se desconoció lo dispuesto en el artículo 209 de la Constitución Política relacionado con los principios que rigen la función administrativa, en la medida que:

- Hubo parcialidad y favorecimiento hacia el candidato Luis Eduardo Torres García, al no establecer el calendario electoral, no verificar los requisitos de

⁴ Fecha que corresponde al día hábil 27 luego de la expedición del Acto Administrativo demandado, excluyendo los días de vacancia judicial (17 de diciembre de 2013 y del 19 de diciembre de 2013 al 11 de enero de 2014).

⁵ Aunque en la solicitud de suspensión provisional así lo refiere el actor, incluyendo al Representante de los Egresados ante el Consejo de Facultad de Ciencias Contables, Económicas y Administrativas, de conformidad con lo expresado en la corrección de la demanda se entiende que se refiere únicamente a la elección del Representante de los Egresados ante el Consejo Superior Universitario.

⁶ Concepto de violación presentado en las demanda 2012-0006-00 (de los numerales 1 al 4) y 2012-0007-00 (numerales 5 y 6)

los aspirantes, modificar las reglas bajo las cuales se efectuó la inscripción, y la manipulación de los jurados y delegados electorales.

- Las actuaciones del personal directivo de la Universidad en el desarrollo del proceso electoral, le vulneraron sus derechos fundamentales a elegir y ser elegido, a la igualdad, el debido proceso y de acceso a la administración de justicia.
2. Nulidad del acto administrativo por violación a normas legales y reglamentarias en que debería fundarse.

Planteó el actor que las siguientes situaciones infringieron las normas legales y reglamentarias en las que debería fundarse así:

- La inexistencia de calendario electoral vulnera lo establecido en el Acuerdo 32 de 2009 -Estatuto Electoral de la Universidad de la Amazonía- que establece en el inciso 2º del artículo 6º la obligación de la Secretaría General de la Universidad de establecer anualmente el calendario electoral el cual será aprobado y ejecutado por el Consejo Electoral.
- La no verificación de los requisitos de los aspirantes por el Consejo Electoral, pues el señor Luís Eduardo Torres García no es egresado de la Universidad de la Amazonía de conformidad con lo establecido en el artículo 39 del Acuerdo 062 de 2002, por lo que se encuentra inhabilitado para ser el representante de los egresados, pues su título lo confirió la Universidad Surcolombiana el 27 de junio de 1980. Además, actualmente es docente de planta de la Universidad de la Amazonía y se encuentra incurso en la prohibición consagrada en el artículo 10º del Decreto Ley 128 de 1976 que señala:

“De la Prohibición de prestar servicios profesionales. Los miembros de Juntas o Consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los egresados o Directores dentro del periodo últimamente señalado no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúan o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquella pertenece”.

- La no publicación de los listados de sufragantes violó el Acuerdo 32 de 2009 -Estatuto Electoral de la Universidad de la Amazonía- que en el artículo 5° establece que se debe realizar dicha publicación.
 - Desconocimiento del principio de la confianza legítima al modificar la Resolución bajo la cual fue inscrito el demandante porque i) la adenda No. 01 de 18 de noviembre de 2013, cambió el lugar de votación del municipio de Puerto Leguízamo (Putumayo) al municipio de Mocoa (Putumayo), ii) creó como lugar de votación el municipio de Albania (Caquetá), y iii) modificó los horarios de votación y los delegados electorales-, circunstancias que alega el actor cambiaron las condiciones bajo las cuales se había inscrito como candidato.
 - El no sorteo de jurados de votación y delegados electorales vulneró el principio de imparcialidad y transparencia consagrados en los literales b. y e. del artículo 2° del Acuerdo 32 de 2009- Estatuto Electoral de la Universidad de la Amazonía-.
 - Parcialización de la institución que organiza las elecciones, porque la Universidad de la Amazonía utilizó sus recursos para apoyar al candidato Luis Eduardo Torres García (los funcionarios vistieron camisetas alusivas al candidato, se otorgó y negó la posibilidad de votar a las personas que no aparecían en los listados para sufragar según si eran o no simpatizantes del mencionado candidato).
 - La expedición irregular del Acta de Escrutinios Final en atención a que en ella no consta cuántos votos obtuvo cada candidato en los respectivos sitios de votación, no fijó el período de los elegidos y no se hizo la declaratoria del candidato elegido, violando así lo establecido en el artículo 2° literales e. y f. del Acuerdo 32 de 2009 -Estatuto Electoral de la Universidad de la Amazonía-. Además tampoco hubo quórum en el Consejo Electoral para efectuar el escrutinio, porque solo se reunieron tres de los ocho miembros, cuando según el artículo 10° del mismo Estatuto Electoral debieron comparecer todos o la mitad más uno de sus integrantes.
3. Nulidad por desviación de poder: Indicó el actor que al establecer un sistema y procedimiento electoral amañado, utilizar los recursos públicos

para así garantizar la elección del nuevo Rector y de quienes lo elegirían, se incurrió en desviación de poder.

4. Falsa Motivación: Manifestó el demandante que al elegir como Representante de los Egresados a un egresado de la Universidad Surcolombiana, sin tener en cuenta el procedimiento de la votación establecido en la reglamentación correspondiente, y que permitió la inscripción de un candidato que no es egresado, hacerle campaña y elegirlo configura la falsa motivación.

b. Radicado Número 2014-00007-00

1. El demandante argumentó que el señor Luis Eduardo García Torres no es egresado de la Universidad de la Amazonía pues su título de licenciado en ciencias de la educación con especialidad en matemáticas y física, fue conferido el 27 de junio de 1980 por la Universidad Surcolombiana. Por lo tanto **no cumple con el requisito** contemplado en el artículo 39 del Acuerdo No. 062 de 2002- Estatuto General-
2. Indicó el actor que el señor Luis Eduardo Torres García **transgredió la prohibición** contenida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 en tanto actualmente es docente de planta de la Universidad.
3. Alego vicios de trámite, cometidos con el fin de favorecer al señor Torres García que coinciden exactamente con los alegados en el escrito de la demanda 2014-0006-00.

Además, alegó el actor en los dos escritos (2014-00006-00 y 2014-00007-00) que la medida de suspensión provisional de los efectos del acto demandado, se solicita teniendo en cuenta el concepto de violación invocado en los escritos de demanda y agregó que la medida es necesaria “para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y el objeto del proceso, porque mantener como representante de los egresados de la Universidad de la Amazonía ante su Consejo Superior, a un exrector y profesor de planta que es egresado de la Universidad Surcolombiana, consuma una violación máxima de mis derechos fundamentales (igualdad, elegir y ser elegido, petición)...”

También, indicó, que la medida de suspensión provisional se torna urgente toda vez que: “estamos frente a la elección de Rector de la Universidad, que se ha venido aplazando por las maniobras de quienes se encuentran dirigiendo la Institución” y mencionó como fundamento de su solicitud la aclaración de voto del doctor Alberto Yepes Barreiro, de 9 de diciembre de 2013, en el proceso electoral radicado 10010328000201300047-00 “sobre la nueva teleología de la suspensión provisional como medida cautelar” para concluir que en este caso es procedente de conformidad con el material probatorio y no es necesario aguardar hasta la sentencia.

c. Decisión Solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado

La Sala concluye que la suspensión provisional no procede. Si bien, desde que entró a regir el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el juez cuenta con mayores facultades de las que preveía el Código anterior para juzgar la viabilidad de la suspensión provisional de los actos administrativos, en esta oportunidad no se evidencia que el acto en cuestión se oponga a las disposiciones invocadas con la demanda, por las siguientes razones:

1. Los cargos señalados por el demandante en el escrito radicado como 2014-0006-00 sobre la posible violación de las normas constitucionales en las que debería fundarse y la desviación de poder, se basan en apreciaciones que hace el actor como que, la Universidad de la Amazonía estableció un **procedimiento amañado, se utilizaron los recursos públicos** y hubo **parcialidad y favorecimiento** al candidato Luis Eduardo Torres García.

En esta etapa procesal no es posible otorgarle veracidad a las afirmaciones que fundamentan los cargos mencionados, pues es necesario efectuar, no solo un examen minucioso de los antecedentes administrativos del acto demandado, sino establecer la ocurrencia de las circunstancias, que alega fueron irregulares y que por ende, determinaron la parcialidad, el favorecimiento y el procedimiento amañado. Se requiere surtir la etapa probatoria, y así poder llegar o no a las mismas conclusiones a las que arriba el actor, pues se trata de valoraciones subjetivas sobre lo ocurrido en el proceso eleccionario. Tampoco es factible concluir que existe la oposición legal o constitucional argüida, en esta etapa.

2. Sobre el cargo relacionado con la violación de las normas legales y reglamentarias en que debería fundarse⁷ por las irregularidades supuestamente acaecidas en el proceso eleccionario, relacionadas con inexistencia de calendario electoral, no verificación de requisitos de los aspirantes, no publicación de los listados de sufragantes, no sorteo de jurados de votación; las fundamentó el actor en la supuesta transgresión de los Acuerdos 32 de 2009 -Estatuto Electoral de la Universidad de la Amazonía- y 62 de 2009 -Estatuto General- argumentación que no es de recibo para la Sala, ya que para las elecciones acusadas existe norma especial y posterior, como es el Acuerdo 31 de 2010⁸ “Por el cual se expide el reglamento que determina el proceso de integración, designación y elección de los representantes ante el Consejo Superior Universitario y demás instancias de la institución” expedido por el Consejo Superior Universitario.
3. En lo que tiene que ver con la violación al principio de la confianza legítima⁹ alegada porque la adenda No. 001 de 18 de noviembre de 2013, cambió dos sitios y los horarios de votación, así como los delegados electorales a 4 días de la elección, el actor no fundamentó, cómo esos cambios afectaron su situación como candidato o impusieron exigencias más gravosas, puesto que tal como lo ha expresado la Corte Constitucional en la Sentencia T-3008 de 2011- referida por el demandante- sobre el principio de la confianza legítima, el administrado no es titular de un derecho adquirido sino que tiene una mera expectativa:

“La confianza legítima ha de entenderse como la expectativa cierta de que una situación jurídica o material, abordada de cierta forma en el pasado, no sea tratada de modo extremadamente desigual en otro periodo, salvo que exista una causa constitucionalmente aceptable que legitime su variación. En este sentido, esta Corporación ha sostenido que “el administrado no es titular de un derecho adquirido sino que simplemente tiene una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente, y en consecuencia su situación jurídica puede ser modificada por la Administración.” Como elemento incorporado al de buena fe, la confianza legítima puede proyectarse

⁷ Enunciado en esta providencia en el numeral 2 de los cargos presentados por el demandante en el radicado 2012-0006-00.

⁸ Así señalado por esta Sección en Auto de 13 de marzo de 2014, proferido dentro del expediente 110010328000201300056-00. Actor: Jaime Eduardo Salazar Velásquez. Demandado: Representante del Sector Productivo ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía, con ponencia del doctor Alberto Yepes Barreiro.

⁹ Alegado en el escrito radicado No. 2012-0006-00, y reseñado en este auto en el numeral segundo del concepto de violación invocado por el actor sobre la Nulidad del acto administrativo por violación a normas legales y reglamentarias en las que debería fundarse, acápite cuarto. (pág 11)

en el hecho de que se espere la perpetuación de específicas condiciones regulativas de una situación, o la posibilidad de que no se apliquen exigencias más gravosas de las ya requeridas para la realización de un fin, salvo que existan razones constitucionalmente válidas para ello”.

Por lo tanto, sobre la violación al principio de la confianza legítima no entiende la Sala, cómo tales cambios pudieron afectar o hacer más gravosa la situación para el actor como candidato, pues no lo expuso, simplemente mencionó el cambio realizado, que a simple vista no conlleva consecuencias negativas para el demandante como candidato a la representación de los Egresados ante el Consejo Superior Universitario de la Universidad de la Amazonía, y en todo caso tampoco se observa transgresión de las normas de los procesos electorales.

4. En lo relacionado con la posible falta de requisitos del Representante elegido de los Egresados el señor Luis Eduardo Torres García,- presentado por el actor en la radicación 2014-0007-00- se tiene que conforme a la Ley 60 de 1982, la Universidad de la Amazonía se creó a partir de la Sección que la Universidad Surcolombiana tenía en la ciudad de Florencia (Caquetá)¹⁰ y obra dentro de las diligencias a folio 210, certificación expedida por la Universidad de la Amazonía en donde consta que el demandado es egresado del programa Licenciatura en matemáticas y física.

5. Y por último, sobre la posible inhabilidad del señor Torres García, por ser docente de planta de la Universidad de la Amazonía y que según el actor se configura por incurrir en la prohibición establecida en el artículo 10º del Decreto Ley 128 de 1976, “Por el cual se dicta el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas” según la cual:

“Las normas del presente Decreto son aplicables a los miembros de las juntas o consejos directivos de los Establecimientos Públicos, de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su

¹⁰ Ley 60 de 1982. Artículo 12 literal a. “... todos los derechos y obligaciones, bienes y acciones así como las apropiaciones establecidas por leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas, acuerdos o por cualquier disposición o providencia oficial o privada que figuren a nombre de la Regional Florencia de la Universidad Surcolombiana”

capital social, y a los gerentes, directores o presidentes de dichos organismos”.

Advierte la Sala que si bien la norma citada, regula entre otros temas el de las inhabilidades, ella corresponde única y exclusivamente a aquellas que resultan predicables de “los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas”, naturaleza jurídica que no es la que corresponde a la Universidad de la Amazonía porque en virtud de lo dispuesto en el artículo 69 de la Constitución Política es un ente autónomo y no una entidad descentralizada¹¹, en segundo lugar, porque en tratándose de inhabilidades tal como de antaño lo ha señalado esta Sección y la Sala Plena del Consejo de Estado, por ser limitaciones impuestas por la normativa a ejercer en este caso la representación de los egresados al Consejo Superior Universitario, no es posible aplicar analogías ya que son de interpretación restrictiva.

En razón a lo anterior, la inhabilidad alegada con fundamento en el Decreto Ley 128 de 1976 no es predicable a los miembros del Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía.

Entonces, y en virtud del artículo 231 del C.P.A.C.A., que exige que la contradicción legal del pronunciamiento de la administración aparezca 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, situación que aquí no se presenta, no es posible establecer en este punto la violación de las disposiciones invocadas, por lo que resulta imperioso agotar la etapa probatoria para que en la sentencia se estudie de fondo el objeto del debate del presente proceso. En consecuencia, no hay lugar a acceder a la suspensión provisional del acto acusado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE

¹¹ Artículo 69. Se garantiza la autonomía Universitaria. Las Universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley. (...)

PRIMERO.-ADMITIR la demanda de nulidad electoral que presentó Fernando Cruz Artunduaga.

En consecuencia, **SE DISPONE:**

1.- Notificar personalmente a Luis Eduardo Torres García, de conformidad con el literal a) del numeral 1° del artículo 277 del C.P.A.C.A. Con tal fin líbrese despacho comisorio al Tribunal Administrativo de Caquetá, con los anexos del caso, el cual observará en lo pertinente lo normado en el numeral 1° del artículo 277 del C.P.A.C.A.

De no ser posible su notificación personal, se procederá de conformidad con lo establecido en los literales b) y c) del numeral 1° del artículo 277 ídem.

2.- Notificar personalmente este auto al Presidente del Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía, acudiendo al mecanismo establecido en el numeral 2° del artículo 277 ibídem, mediante mensaje dirigido al buzón para notificaciones judiciales

3.- Notificar personalmente al Agente del Ministerio Público Delegado ante esta Sección, como lo dispone el numeral 3° del artículo 277 ibídem para que, si a bien tiene, se pronuncie sobre los cargos de la demanda.

4.- Notificar por estado al demandante.

5.- Informar a la comunidad la existencia del proceso de conformidad con lo establecido en el numeral 5° del artículo 277 del C.P.A.C.A.

SEGUNDO.- NEGAR la suspensión provisional solicitada.

Notifíquese y Cúmplase

ALBERTO YEPES BARREIRO
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

ACLARACION DE VOTO

Consejero: ALBERTO YEPES BARREIRO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Sección, me permito exponer las razones por las cuales, si bien comparto el sentido de la decisión adoptada en el auto de la referencia, considero necesario dejar sentado mi criterio sobre aspectos inherentes a la institución de la suspensión provisional en general y, en especial, en los procesos electorales a partir de expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1. Las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Hablar de cautela o medidas cautelares, sabido es, refiere a un mecanismo procesal por medio del cual se busca evitar, por una parte, que el tiempo que ineludiblemente se toma la Administración de Justicia para resolver el asunto sometido a su conocimiento enerve la eficacia del fallo y, por ende, la satisfacción real y efectiva de los derechos e intereses en conflicto, es decir, *la periculum in mora*¹².

Y por otro, permitir que en determinados casos y con el cumplimiento de ciertos requisitos, el juez pueda de forma preventiva, asegurar y garantizar el derecho o interés que está en discusión, a partir de lo que se ha denominado la apariencia de buen derecho o *fumus bonis juris*, para lograr un equilibrio entre las partes procesales o, como lo dice la Corte Constitucional¹³, la igualdad entre ellas, es

¹² CALAMANDREI, Piero. Derecho Procesal Civil. Oxford University Press México. Primera Serie Volumen 2. Pág. 16.

¹³ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-490 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

decir, entre quien considera que tiene el derecho y aquella que se niega a reconocerlo o lo ha vulnerado.

1.1. **El bloque de constitucionalidad y el derecho a un recurso judicial efectivo**

La inserción de medidas cautelares en los ordenamientos procesales no es más que una manifestación del principio que en el contexto internacional y en el derecho internacional de los Derechos Humanos se ha denominado **recurso o tutela judicial efectiva** y que en nuestro ordenamiento constitucional se ha entendido en ocasiones como un componente del derecho de acceso a la Administración de Justicia del artículo 228 Constitucional o un derecho fundamental de carácter autónomo¹⁴. No obstante en los términos de los tratados internacionales y por la remisión que hace el artículo 93 de la Constitución Política ha de entenderse como un derecho autónomo al que consagra en el artículo 228 Constitucional, es decir, al de acceso a la Administración de Justicia.

En efecto, el artículo 93 de la Constitución establece que los tratados, internacionales ratificados por el Congreso y que reconocen derechos humanos prevalecen en el orden interno, lo que se ha entendido como la integración por remisión de la Carta del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario al ordenamiento constitucional.

Bajo ese entendido, encontramos en referencia al derecho a un **recurso judicial efectivo o tutela judicial efectiva**, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en su artículo 2º, literal a) lo consagra y el literal b) que fija la obligación para las autoridades internas de desarrollar las posibilidades de ese recurso¹⁵. La Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de

¹⁴ En un seguimiento a la jurisprudencia de la Corte Constitucional puede deducirse que en algunas ocasiones esa Corporación ha definido este derecho como parte del derecho al acceso a la administración de justicia, v.gr. sentencias C-268 de 1996, C-1051 de 2001 y C-454 de 2006. En otras, como en la sentencia C-426 de 2002 los identifica como lo mismo. Por su parte, en los autos 024 de 2004 y 100 de 2008, parece referirse al principio de tutela efectiva como un derecho fundamental autónomo.

¹⁵ Señala expresamente el literal b) “La autoridad competente judicial, administrativa o legislativa, o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso y **desarrollará las posibilidades de recurso judicial**” (resaltado fuera de texto)

Costa Rica en sus artículos 8, numeral 1º y 25 se refiere a la protección judicial de las personas y repite la obligación para las autoridades internas de desarrollarla¹⁶.

Igualmente las Declaraciones Universal de Derechos Humanos y la Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que, pese a ser declaraciones, gozan de fuerza vinculante, consagran el derecho de toda persona a un **recurso efectivo** ante los tribunales nacionales para que, en condiciones **de plena igualdad**, se protejan y determinen sus derechos y obligaciones.

La obligación de los Estados de instaurar mecanismos judiciales para garantizar la efectividad de los derechos no se circunscribe exclusivamente a los derechos denominados fundamentales. No, abarca la protección de todos aquellos derechos o intereses de los que es titular la persona, independiente de si tienen rango constitucional o simplemente legal.

Esta aclaración es importante hacerla por cuanto en algún momento erradamente se podría inferir que el principio de tutela judicial efectiva hace referencia exclusivamente a la creación de mecanismos para la protección de los derechos de rango fundamental, es decir, a instrumentos como la acción de tutela en nuestro ordenamiento constitucional y, por tanto, restarle la importancia constitucional que tienen las medidas de cautela en los procedimientos judiciales.

El anterior aserto encuentra respaldo, entre otros, en pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según la cual:

*“...el derecho a un recurso consagrado en el artículo 25, interpretado en conjunto con la obligación del artículo 1.1. y lo dispuesto en el artículo 8.1., debe entenderse como el derecho de todo **individuo de acceder a un tribunal cuando alguno de sus derechos haya sido violado –sea éste un derecho protegido por la Convención, la Constitución o las leyes***

¹⁶ El artículo 25 en comento, en su literal c) se refiere expresamente que los Estados deben garantizar el cumplimiento toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

internas del Estado-, de obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en la que se establezca la existencia o no de la violación y se fije, cuando corresponda, una compensación adecuada”¹⁷ (negrilla fuera de texto).

En consecuencia, de la normativa internacional citada debemos entender que el Estado colombiano tiene la obligación de consagrar mecanismos judiciales que permitan la efectividad de los derechos, dispositivos que, como lo han indicado los órganos de interpretación de los tratados internacionales citados, no basta con que se inserten en el ordenamiento sino que sean **eficaces e idóneos**¹⁸.

En ese orden de ideas, el Estado colombiano no cumple con la obligación internacional en mención al consagrar acciones, recursos o mecanismos de control como los denomina hoy la nueva normativa de lo contencioso administrativo que le permitan al ciudadano acudir a la jurisdicción para reclamar por las acciones, omisiones, operaciones, hechos y contratos de y con la administración, si ellas no resultan **eficaces e idóneas** para la protección de los derechos e intereses en discusión.

Idoneidad y eficacia que, en muchos eventos se ve afectada por los tiempos que debe tomar la Administración de Justicia para decidir y/o porque cuando se adopta

¹⁷ Caso Marín de Mejía vs. Perú, en O'DONNELL, Daniel. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. Bogotá, 2004. Pág. 481. En el mismo sentido, otras sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Tribunal Constitucional*, sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 89; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 111; *Caso Cantos*, sentencia de 28 de noviembre de 2002, párr. 52; *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 23, entre otros, según se lee en COURTIS, Christian. El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos. http://www.iidpc.org/revistas/5/pdf/47_79.pdf.

¹⁸ Es importante recordar que la Corte Constitucional ha indicado que la interpretación que hacen los órganos dentro del sistema interamericano constituyen un criterio hermenéutico relevante para determinar el sentido y alcance de los derechos fundamentales. Cfr. Sentencias C-406 de 1996 y C-010 de 2000, entre otras.

el fallo definitivo, el derecho o interés en juego se ha vulnerado de tal manera que el fallo resulta inútil, carente de valor.

Es, en este contexto, en donde las llamadas medidas cautelares vienen a jugar un papel transcendental dentro de los procesos judiciales pues son medios adecuados para que desde el comienzo del proceso, el juez, como su director, pueda frente al derecho o interés en litigio: i) impedir un cambio probable; ii) eliminar el cambio ya ocurrido o iii) anticipar el posible cambio que se pueda generar¹⁹. De manera que éstas se convierten en la mejor y más adecuada herramienta con la que cuenta el Estado para lograr el cumplimiento anticipado y efectivo del fallo judicial, y en una garantía que permitirá satisfacer de forma real los derechos de quien acude a la jurisdicción, incluido obviamente, el restablecimiento del orden jurídico como sucede con la acción de simple nulidad.

En buena hora y seguramente inspirado, entre otros, en los textos del Profesor Carnelutti y obviamente en las experiencias internacionales, el legislador colombiano decidió introducir en el ordenamiento de lo contencioso administrativo un elenco de medidas de cautela que antes estaban restringidas a la suspensión provisional.

¹⁹ Es precisamente el profesor Carnelutti el que explica las vicisitudes a las que se enfrenta quien acude a la administración de justicia y las posibles acciones que debería adoptar el juez desde que se traba la litis para lograr una verdadera protección de los derechos e intereses de aquel. Ob cit, pág.

En efecto, en Alemania²⁰, en Italia²¹ y en España²², a partir del reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva y en la forma como los tribunales internacionales de Derechos Humanos²³ lo concibieron e interpretaron, se abrió paso la idea según la cual las medidas de cautela debían hacer parte del derecho a una tutela judicial efectiva y fue así como, por ejemplo, en la legislación española se introdujo esta figura en la Ley 28 de 1998.

Por su parte, el legislador colombiano, bajo la misma égida de la tutela o recurso judicial efectivo²⁴ hace esa regulación en los artículos 229 a 241 de la Ley 1437 de 2011 en los que introduce al régimen de lo contencioso administrativo la figura de

²⁰El derecho fundamental individual a la tutela judicial efectiva se encuentra reconocido en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, artículo 19.4, bajo el capítulo de los derechos de libertad.

²¹ Artículos 24 y 113 de la Constitución. “Una de las primeras manifestaciones constitucionales que prevén el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra en la Constitución italiana de 1947, que en su artículo 24 estableció la tutela *giurisdizionale*, en el sentido de que todos tienen el derecho de actuar en juicio para tutelar sus propios derechos e intereses legítimos, lo cual significa que persigue la defensa no de la legalidad objetiva, sino de los derechos subjetivos e intereses legítimos del individuo, que sean susceptibles de ser conocidos por la jurisdicción, independientemente de la clase de proceso del cual se trate, refundiendo en la misma cláusula proteccionista el derecho a la defensa, vista como un derecho inviolable de las personas en cualquier estado o grado del procedimiento, de donde la jurisprudencia ha deducido la existencia de cautelas que trascienden la suspensión provisional ampliando la esfera de la tutela cautelar, subrayando la importancia de garantizar el derecho a la igualdad entre las prerrogativas estatales y el ciudadano. El artículo 113 de la Constitución italiana complementa esta disposición, pues cubre la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos que se hubieren vulnerado por los actos de la administración pública, por lo cual es la jurisdicción la que se encarga de controlar el acto administrativo, sin que se puedan permitir exclusiones...” Barnés Vásquez, J., “Addenda: un apunte introductorio sobre la tutela judicial efectiva en la Constitución italiana”, en Barnés Vásquez, J.(coord.), *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 251-255, Tomado del escrito de Araújo-Oñate, Rocío Mercedes, “Acceso a la justicia efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2011, 13,(1), pp. 247-291.

²² El artículo 24 de la Constitución, señala que : “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”

²³ TRIBUNAL DE DERECHOS HUMANOS. Caso Soering vs Reino Unido. 1988. Igualmente, es sumamente trascendental el fallo que profirió el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el caso Factortame. Providencia de 19 de junio de 1990

²⁴ En el informe de ponencia para segundo debate al proyecto de ley No. 315 DE 2010 Cámara y 198 de 2009 Senado de 23 de noviembre de 2010, se lee lo siguiente “En el Capítulo XI de medidas cautelares (arts. 229 a 241), se realizan una serie de modificaciones para mejorar la estructura propuesta en el proyecto de ley, sobre la base del fortalecimiento de los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, **a fin de obtener por medio de los mismos una tutela judicial efectiva**” (subrayas y negrilla fuera de texto)

las medidas cautelares, bajo una ordenación que no se conocía en nuestro ordenamiento, salvo en lo que hacía a la cautela denominada suspensión provisional, medida que solo era procedente para las acciones, que hoy se denominan medios de control, de nulidad y restablecimiento del derecho.

En ese sentido, el artículo 229 indica que las medidas de cautela tienen por finalidad proteger i) el objeto del proceso y ii) la efectividad de la sentencia. Es decir, se pretende que ellas permitan asegurar a quien acude a la Administración de Justicia ver satisfecho de forma provisional su derecho o interés, inclusive el abstracto de restablecimiento del orden jurídico, independiente del tiempo que se tarde el fallo definitivo, pues solo una vez se dicte éste, existirá la certeza sobre su titularidad.

Nada impide, por tanto, que el juez anticipe el análisis o examen del asunto sometido a su conocimiento cuando adopta la medida de cautela, en aras además de la realización del principio de tutela judicial efectiva de la materialización de otros principios como el de eficacia y celeridad del proceso.

En ese contexto, el legislador definió en el artículo 230 las medidas cautelares que puede adoptar el juez de lo contencioso administrativo en el curso de un proceso. Estas son: i) Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible; ii) Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual, medida que podíamos calificar como la última o extrema, porque se exige que se acuda a ella *“cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción”*; iii). Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo; iv) 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 e, v) Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

No es éste el espacio para hacer el análisis de cada una de las medidas de cautela que introdujo el legislador en esa regulación, basta señalar algunas generalidades de ellas, así:

i) son procedentes en todos los procesos declarativos y constitucionales que se tramiten en la jurisdicción de lo contencioso administrativo; ii) se pueden solicitar con la demanda o posteriormente²⁵; iii) se debe probar un perjuicio irremediable por parte de quien la solicite o que la sentencia tendrá efectos nugatorios si no se adopta un correctivo inmediato, requisitos éstos que no se requieren en el caso de la suspensión provisional; iv) en los casos de la medida cautelar de urgencia y en el medio de control electoral, la solicitud de suspensión provisional se decide con la admisión de la demanda, por tanto, no se requiere la notificación a la parte demandada, en los demás casos la decisión sobre la medida se adopta después de admitida la demanda y previa notificación a la parte contraria sobre la solicitud de la misma, para que se pronuncie en un término de 5 días; v) se puede suspender o levantar en cualquier momento previa caución o cuando se demuestre que ya no existen o se han superado los hechos que le dieron origen. Igualmente se puede modificar por otra para que cumplan su propósito dentro del proceso; vi) su concesión requiere de la presentación de una caución, la única medida de cautela en la que ésta no se exige es en la suspensión provisional.

Como se puede apreciar de la breve descripción que se hizo en el párrafo anterior, la denominada suspensión provisional tiene unas particularidades en relación con los otros medios de cautela que implantó la Ley 1437 de 2011 que requiere de un análisis específico, razón por la que me referiré en este escrito de aclaración únicamente a ella, puesto que fue el medio que solicitó el demandante en su escrito de demanda.

1.2. La nueva teleología de la suspensión provisional como medida cautelar

²⁵ Esta generalidad parece tener una excepción en el medio de control electoral en donde la solicitud de la medida provisional de suspensión solo es procedente si se solicita en la demanda o en escrito separado que la acompañe, en los términos del inciso final del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011.

Como se precisó anteriormente, la jurisdicción de lo contencioso administrativo no regulaba medio de cautela diverso a la suspensión provisional, la que fue desarrollada en los artículos 152 y siguientes del Decreto 01 de 1984, y que con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 tuvo consagración constitucional en el artículo 238 al expresar que esta jurisdicción podría 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.*”.

Pese a esa consagración constitucional y a la posibilidad de un desarrollo diverso al que de ella se hizo en el Decreto 01 de 1984, solo con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, se reparó en su finalidad.

La suspensión provisional durante los 28 años en que estuvo vigente el Decreto 01 de 1984 no cumplió su papel de medio de cautela si entendemos por éste, el mecanismo procesal por medio del cual se busca evitar por una parte, que el tiempo que ineludiblemente se toma la Administración de Justicia para resolver el asunto sometido a su conocimiento enerve la eficacia del fallo y, por ende, la satisfacción real y efectiva de los derechos e intereses en conflicto, es decir, ***la periculum in mora***; y por otro lado, permitir que en determinados casos y con el cumplimiento de ciertos requisitos, el juez pudiera de forma preventiva, asegurar y garantizar el derecho o interés que está en discusión, es decir, **el objeto del proceso** como lo denomina hoy el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011.

En tratándose del medio de control de nulidad, es claro que el objeto del proceso no es otro que el restablecimiento del orden jurídico en aras de salvaguardar el principio del bloque de legalidad, entendido éste en el marco de un Estado material de Derecho como *el conjunto de normas, valores y principios que integran el ordenamiento jurídico*²⁶ para diferenciarlo del principio de legalidad positivista, es decir, sujeción a la ley en sentido formal.

²⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Introducción. Universidad Externado de Colombia. Tomo I. Pág. 365.

Decíamos que la finalidad de la cautela de suspensión en cuanto la protección del objeto del proceso no se cumplía en vigencia del numeral 2 del artículo 152 del Decreto 01 de 1984, por cuanto su concesión se hizo casi imposible a partir de la interpretación del vocablo “*manifiestamente*” que éste empleaba.

En efecto, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo interpretó ese término en el sentido según el cual la infracción de la norma que se decía vulnerada debía ser “... *clara y ostensible que no requiera ningún tipo de reflexión, para establecer de inmediato, que el acto es violatorio de normas superiores.*”²⁷. Es decir, se exigía una transgresión tan grosera, tan evidente del ordenamiento que el juez no necesitaba hacer razonamiento alguno para decretar la suspensión que le era solicitada.

Por tanto, se decía que si había necesidad de alguna argumentación para su procedencia, ésta debía hacerse solo en la sentencia que definiera definitivamente sobre la nulidad o no del acto acusado, en aras de dar prevalencia a la presunción de legalidad que bajo esa hermenéutica solo se podía desvirtuar en la sentencia.

Bajo esa exégesis, esta Sección antaño y reiteradamente sostuvo, por ejemplo, que “*era indispensable que la violación manifiesta de la normas de derecho alegada, se perciba a través de una sencilla comparación entre el acto administrativo acusado o del examen de las pruebas aportados (documentos públicos) y las normas jurídicas en que se fundamenta sin necesidad de acudir a razonamientos profusos y complejos. La simple confrontación de los extremos referidos debe permitir constatar que se ha subvertido el orden jurídico.*”²⁸ (Negrilla fuera de texto)

Se consideraba, entonces, que “***La medida resulta improcedente si para avizorar la infracción al ordenamiento jurídico es menester hacer lucubraciones o razonamientos profundos o sistemáticos, si mas allá de la***

²⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Sentencia del once (11) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993). Radicación número 0983. Ponente, Dr. Luis Eduardo Jaramillo.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de octubre 14 de 1999.C.P. Reynaldo Chavarro Buriticá. Exp 2340.

*confrontación entre la norma, el acto acusado y las pruebas presentadas, se debe hacer una valoración mancomunada, sistemática y profunda de la prueba documental aportada y de las normas invocadas, **pues tal tipo de razonamientos solamente se puedan hacer al momento de fallar**, garantizando al sujeto pasivo de la acción su derecho a la defensa y a contradecir todos y cada uno de los medios de prueba para sustentar la causal de nulidad...*²⁹.

Esa interpretación para la concesión restringida de la suspensión provisional, llevó a la Corte Constitucional a señalar que la acción de tutela era procedente pese a la existencia en el proceso administrativo de la medida cautelar de suspensión provisional porque aquella era **ineficaz**, pues si el juez administrativo no podía hacer ninguna clase de razonamiento y solo en el fallo era posible determinar si la vulneración se presentaba, correspondía por tanto al juez de tutela analizar el acto acusado frente a los derechos fundamentales que se decían vulnerados, para decidir si ordenaba o no la suspensión que en lo contencioso no fue posible encontrar.

La procedencia de ese otro recurso judicial o tutela efectiva, es decir, del amparo constitucional se precisaba generalmente en los casos de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, en donde, además de exigirse la vulneración “*manifiesta*” se debía demostrar sumariamente el perjuicio que la ejecución del acto podría ocasionar, en los términos del numeral 3 del artículo 152 del Decreto 01 de 1984. No obstante el análisis de este segundo requisito no se efectuaba, en razón a que el operador jurídico se quedaba en la falta de una oposición grosera del acto frente a la normativa que se decía desconocida, prevalecía, entonces, la presunción de legalidad.

El Tribunal Constitucional enunció, entonces, las diferencias entre la acción de tutela y la suspensión provisional, para justificar la procedencia de la primera ante la ineficacia de la segunda:

²⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de septiembre 2 de 2004. C.P. María Nohemí Hernández Pinzón. Exp.3529.

“3) A diferencia de la acción de tutela que persigue la efectiva protección de los derechos constitucionales fundamentales amenazados o vulnerados, la suspensión provisional, se encuentra estructurada bajo la concepción muy limitada de ser una medida excepcional, con base constitucional pero con desarrollo legal, que busca impedir provisionalmente la ejecución de actos administrativos que son manifiestamente violatorios del ordenamiento jurídico y cuando en algunos casos, además, su ejecución pueda ocasionar perjuicios a una persona. Dicha institución, en consecuencia, fue concebida como mecanismo de protección de derechos con rango legal, sin que pueda pensarse de modo absoluto que eventualmente no pueda utilizarse como instrumento para el amparo de derechos constitucionales fundamentales; pero lo que sí se advierte es que dados los términos estrictos en que el legislador condicionó su procedencia, no puede considerarse, en principio, como un mecanismo efectivo de protección de dichos derechos. En efecto:

“La confrontación que ordena hacer el art. 152 del C.C.A. entre el acto acusado y las normas que se invocan como transgredidas, es de confrontación prima facie o constatación simple, porque el juez administrativo no puede adentrarse en la cuestión de fondo, de la cual debe ocuparse la sentencia que ponga fin al proceso. En cambio, el juez de tutela posee un amplio margen de acción para poder apreciar o verificar la violación o amenaza concreta del derecho constitucional fundamental, pues no sólo constata los hechos, sino que los analiza y los interpreta y determina a la luz del contenido y alcance constitucional del derecho si procede o no el amparo impetrado. De manera que la suspensión provisional opera mediante una confrontación directa entre el acto y la norma jurídica, generalmente contentiva de una proposición jurídica completa, que se afirma transgredida, así puedan examinarse documentos, para determinar su violación manifiesta; en cambio, cuando se trata de amparar derechos fundamentales el juez de tutela se encuentra frente a una norma abierta, que puede aplicar libremente a través de una valoración e interpretación amplia de las circunstancias de hecho.

“ ...

“La acción de tutela y la suspensión provisional no pueden mirarse como instrumentos de protección excluyentes, sino complementarios. En tal virtud, una es la perspectiva del juez contencioso administrativo sobre viabilidad de la suspensión provisional del acto, según los condicionamientos que le impone la ley, y otra la del juez constitucional, cuya misión es la de lograr la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales. Por consiguiente, pueden darse eventualmente decisiones opuestas que luego se resuelven por el juez que debe fallar en definitiva el asunto; así bajo la óptica de la regulación legal estricta el juez administrativo puede considerar que no se da la manifiesta violación de un derecho fundamental y sin embargo el juez de tutela, que sí puede apreciar el mérito de la violación o amenaza puede estimar que esta existe y, por ende, conceder el amparo solicitado.”³⁰ (Negrilla fuera de texto)

La conclusión de la Corte no era otra que afirmar que la suspensión provisional no era un medio **idóneo** para la protección de derechos fundamentales, razón por la que la acción de tutela se imponía.

Esa interpretación limitada del término “*manifiesta*” que empleaba el Decreto 01 de 1984, llevó a los redactores de la Ley 1437 de 2011 a proponer su modificación para lograr la eficacia de este medio de cautela. Por lo menos así se lee en siguiente informe de ponencia:

*“En el artículo 231, que corresponde a los requisitos para decretar las medidas cautelares, **en el inciso primero se reforma la redacción con el objetivo de que la suspensión provisional de los actos administrativos resulte eficaz.** Con esta orientación se señala 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, **si tal violación surge 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;** igualmente, cuando además*

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 3 de febrero de 1997. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

*se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos, para que proceda dicha medida cautelar.*³¹ (Negrilla y subrayas fuera del texto).

En consecuencia, se propuso una redacción sencilla del correspondiente artículo, en el que se enunciaba lo siguiente: “**Artículo 233. Requisitos para decretar las medidas cautelares.** Cuando simplemente se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda”³². Redacción que se mantuvo inalterada en todos los debates³³, hasta el cuarto debate en Cámara, en donde en aras, se repite, **de la eficacia de la medida** como se lee expresamente en el informe de ponencia antes transcrito, se cambió la redacción para agregar que la suspensión provisional debía otorgarse cuando la “*violación surge 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.*”.

Entonces siendo así, resulta de perogrullo afirmar que la reforma legislativa, al eliminar el término “*manifiestamente*” y consagrar que aquella procedía cuando existiere la violación entre el acto acusado y la norma que se decía vulnerada, modificó radicalmente la teleología y el entendimiento de la suspensión provisional como medida cautelar.

En efecto, creo que cuando el legislador introdujo la voz “*surgir*” en el cuarto debate, no lo hizo con la idea de mantener inalterada la jurisprudencia según la cual la violación que se alegue del ordenamiento debe ser tal, que el juez no deba hacer estudios o análisis para llegar a la decisión de si debe o no ordenar la suspensión propuesta; todo lo contrario, el análisis, la valoración probatoria, la argumentación, etc., se imponen en la definición de esta medida cautela. No entenderlo así, devendría en una reforma inocua.

³¹ CONGRESO DE LA REPUBLICA. Gaceta 951 del 23 de noviembre de 2010. En la que se publicó el texto para segundo debate en la Cámara de Representantes y su respectivo informe de ponencia.

³² CONGRESO DE LA REPUBLICA. Gaceta 264 del 27 de mayo de 2010. En la que se publicó el texto para segundo debate en el Senado de la República.

³³ CONGRESO DE LA REPUBLICA. Gaceta 683 del 23 de septiembre de 2010. En la que se publicó el texto para primer debate en la Cámara de Representantes y su respectivo informe.

Precisamente lo que demuestra el iter legislativo brevemente reseñado en párrafos anteriores es todo lo contrario, es decir, que lo que buscó el legislador al eliminar expresamente el vocablo “*manifiestamente*” fue permitir al juez un análisis, una valoración inicial del acto acusado con la normas que se dicen desconocidas para determinar si procede o no la suspensión provisional.

Se lee en la providencia objeto de aclaración, sobre esta materia:

“Entonces, y en virtud del artículo 231 del C.P.A.C.A., que exige que la contradicción legal del pronunciamiento de la administración aparezca 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, situación que aquí no se presenta, ya que no es posible establecer en este punto la violación de las disposiciones invocadas, por lo que resulta imperioso agotar la etapa probatoria para que en la sentencia se estudie de fondo el objeto del debate del presente proceso. En consecuencia, no hay lugar a acceder a la suspensión provisional del acto acusado”.

Si bien es cierto mis colegas no avanzan ninguna noción sobre el alcance de los términos analizar y estudiar que se subrayan, sí puedo advertir que el enfoque que la Sala le pretende dar al examen o análisis que debe efectuar el juez para decretar la medida cautelar de suspensión provisional, parece superar el que exigió la jurisprudencia en vigencia del Decreto 01 de 1984.

Es decir, una interpretación que no impide al operador un estudio dialéctico en que, a partir o con los elementos aportados en la demanda, se forme una primera opinión sobre si el acto acusado vulnera el ordenamiento jurídico al que está sometido para, consecuentemente, decretar su suspensión provisional, en aras de proteger la integridad de aquel.

El estudio efectuado en el presente asunto, atiende los principios que rigen a la jurisdicción de lo contencioso administrativo bajo la nueva preceptiva: la garantía

de los derechos de las personas, sean estos de carácter fundamental o legal y la preservación del orden jurídico, artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, principio éste que en una interpretación sistemática del ordenamiento no puede ser reemplazado por el inerte significado gramatical de un vocablo empleado por el legislador.

Sin embargo, la ausencia de un pronunciamiento de la Sala en torno a las medidas cautelares a la luz del CPACA, y en particular, la suspensión provisional, me impone plasmar en esta aclaración mi raciocinio sobre esta medida de cautela, bajo el convencimiento que el papel que hoy debe jugar el juez de lo contencioso administrativo va mas allá de extractar el contenido gramatical de una expresión o de un término, pues ante la decisión de una medida cautelar sea ella cual fuere, debe asumir su rol de garante de derechos y del ordenamiento jurídico como lo exige la Constitución y por tanto, no puede quedarse en una simple comparación o cotejo.

En otras palabras, el juez debe efectuar un verdadero análisis que permita no solo amparar en forma idónea y eficaz los derechos e intereses en juego sino hacer del mecanismo cautelar el recurso judicial efectivo que el legislador quiso implementar en nuestro ordenamiento, mientras ello no suceda, el juez de tutela seguirá asumiendo una función que es propia del juez de lo contencioso administrativo, arguyendo la ineficacia de la jurisdicción para la protección efectiva de los derechos de las personas.

2. El papel del juez de lo contencioso en el marco de las medidas de cautela

Es que, en el marco del principio de la tutela judicial efectiva, brevemente reseñado en un acápite anterior, debe entenderse que hoy el juez de lo contencioso administrativo está llamado a abordar el estudio de la procedencia de la suspensión provisional en un contexto en donde prime el carácter normativo de la Constitución y el principio de prevalencia de los derechos fundamentales.

La decisión sobre la procedencia o improcedencia de este mecanismo tutelar, implica por parte del juez un análisis del acto acusado con las normas que se

dicen vulneradas, en donde, como lo ha sostenido la Sección, en un criterio que he acompañado³⁴, corresponde al demandante sustentar la solicitud e invocar las normas desconocidas por el acto acusado, y al funcionario judicial efectuar un estudio de esos argumentos para confrontarlos junto con los elementos de prueba arrimados al proceso para llegar al convencimiento sobre la procedencia o no de la medida, en lo que para el efecto tendrá que interpretar, explicar, y, en algunos casos, seguramente aclarar exegesis que sobre el asunto sometido a conocimiento se presenten.

Por tanto, insisto que cuando el legislador empleó la voz “*surgir*” lo hizo bajo la idea de que la violación debería aparecer o hacerse manifiesta después del **análisis** que debe efectuar el operador judicial, examen que, por cierto, no fue calificado por el legislador como breve y somero o, profuso y copioso.

En otros términos, no puede aceptarse el criterio según el cual el juez al momento de decidir sobre la solicitud de medida cautelar no pueda hacer un juicio previo de legalidad del acto acusado y así expresarlo, anticipando su criterio, pues no otra cosa le corresponde si aceptamos que la suspensión provisional como medida cautelar que es, está llamada a asegurar, por un lado, el objeto del proceso y por otro, la efectividad de la sentencia, pues las decisiones tardías en defensa del ordenamiento superior simplemente sirven a lo sumo como ejemplo a los académicos, pero en la práctica no tienen ningún efecto, en la medida en que las cosas no pueden volver al estado en que se encontraban al momento en que se cometió la ilegalidad o desconocimiento del ordenamiento superior.

En ese sentido y a diferencia de lo que ocurría en vigencia del artículo 152 del C.C.A, considero que el operador judicial está obligado hoy a efectuar un análisis detallado de los argumentos expuestos en la demanda para definir si es o no procedente la suspensión teniendo como referente su papel garantista y protector del ordenamiento jurídico, en donde los valores, los principios y derechos fundamentales han de ser el referente para su definición cuando así lo advierta el demandante, como lo hizo la Sala en el presente asunto.

³⁴ Cfr. CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta, auto de 8 de noviembre de 2012, Rad. 11001-03-28-000-2012-00055-00. Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro.

Esta nueva concepción del rol que debe tener el juez de lo contencioso administrativo frente a las solicitudes de la cautela judicial de suspensión provisional busca, entre otros, cumplir uno de los objetivos que se propuso el legislador al insertar estas medidas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: dotar al juez de lo contencioso de herramientas que le permitan la satisfacción pronta y efectiva de los derechos de quienes acuden a la jurisdicción, pero en especial, unificar sus poderes con los del juez de tutela, a efectos de que la acción de amparo recobre la naturaleza constitucional que tiene, es decir, el *mecanismo subsidiario de protección de los derechos fundamentales, cuando no exista en el ordenamiento otro que con la misma idoneidad puede satisfacer los derechos de rango fundamental*.

La suspensión provisional, junto con los otros medios de cautela que diseñó el legislador en la Ley 1437 de 2011, son, en mi concepto, medios idóneos y eficaces con los que cuenta hoy el juez de lo contencioso administrativo para asegurar, cuando ellos estén en juego, la protección, garantía y restablecimiento de los derechos e intereses de quienes acuden a los diversos medios de control, incluidos o en especial, los derechos fundamentales.

Así, la solicitud de la medida cautelar de suspensión, en el marco del derecho de acceso y tutela efectiva, presupone poner en movimiento el aparato judicial, para que el juez, en ese momento procesal - admisión de la demanda-, satisfaga esta garantía con un pronunciamiento que si bien no es definitivo, sí asegure que los fines del medio de control en el que ella se ha impetrado se cumplan. Lo que justifica exigir a quien demanda, una carga en cuanto al sustento y pruebas sobre la violación para que se pueda efectuar en debida forma el debate en ese primer momento procesal.

En ese orden de ideas, es importante señalar que la suspensión provisional debe ser analizada bajo la égida de un recurso judicial y efectivo para la defensa del ordenamiento jurídico y de los derechos e intereses de los asociados que, por ende, no puede estar sujeta a interpretaciones que hagan nugatoria su efectividad

a la luz de la nueva legislación que rige la materia, pues con la reforma que introdujo el legislador no cabe duda que cumplió con la obligación de consagrar medios idóneos para la protección de los derechos de los asociados, materializando el principio de supremacía de los derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico en su conjunto.

3. La suspensión provisional es un juicio previo de legalidad que puede ser confirmado o desvirtuado en la sentencia y, en consecuencia, no se puede hablar de prejuzgamiento

Las ideas expuestas anteriormente, me llevan a sostener que cuando el juez de lo contencioso decide sobre la solicitud de suspensión provisional, le corresponde adelantar lo que he denominado un primer juicio o juicio previo de la legalidad del acto³⁵, en el que se debe evaluar, por un lado, las razones de la solicitud y, por otro, las pruebas aportadas, si las hay. Por tanto, el análisis que concierne al funcionario debe ser detallado, profundo, razonado, que le permita una idea preliminar sobre la posible legalidad o no el acto acusado.

De modo que debe entenderse que el legislador le otorgó al juez administrativo un papel dinámico al momento de adoptar la medida cautelar, que lo obliga a realizar un juicio previo de legalidad del acto administrativo cuestionado, sin que ese primer acercamiento o decisión provisional pueda ser entendida como un prejuzgamiento -como bien lo advierte el artículo 229 ibídem- porque el legislador, en este caso, le ha otorgado expresamente al juez la competencia para efectuar ese pronunciamiento, el cual puede variar si en el curso del proceso surgen elementos de juicio de carácter normativo y/o probatorio que lo lleven a cambiar esa primera percepción sobre la legalidad o no del acto, asunto que se determinará definitivamente en la sentencia.

Guillermo Cabanellas afirma que no puede hablarse de prejuzgamiento “*cuando la judicatura se pronuncia sobre los escritos que traban la litis. Lo repudiable es la*

³⁵ En sentencia C-803 de 2006, la Corte Constitucional definió la suspensión provisional como un control de legalidad al interior de la jurisdicción contenciosa administrativa.

obstinación impermeable a probanzas posteriores y a alegatos con bases más fundadas que la de los escritos iniciales”³⁶.

En ese contexto, entiendo que prejuzgar implica que el fallador anticipe o manifieste fuera de **la oportunidad procesal** su criterio sobre el objeto de litis o alguno de sus extremos. Es decir, se convierte en un pronunciamiento sobre el mérito del asunto **en una etapa procesal** no prevista para el efecto.

La Corte Constitucional ha dicho que *“Ningún pronunciamiento de un juez dentro de un proceso, mediante una providencia judicial, constituye prejuzgamiento, falta de imparcialidad, y no puede dar lugar a recusación o impedimento, ya que implica el cumplimiento del deber de fallar o proferir decisiones judiciales.”³⁷.*

En el caso en estudio, el legislador expresamente advirtió en el artículo 229 que cuando el juez hace el análisis de la medida cautelar que se solicita en la demanda no incurre en un prejuzgamiento, porque entendió que debía habilitar ese momento procesal, previo a la sentencia, para que el funcionario hiciera un primer juicio de legalidad del acto acusado, con fundamento en los argumentos y elementos aportados en la demanda para atender o no la suspensión del acto censurado³⁸, sin que ello implique certeza sobre lo que será el resultado final.

En ese sentido, como lo señala Carnelutti³⁹, la razón de ser de la cautela es la litis, pero sin los efectos de la sentencia, por cuanto ésta es mutable, no implica en sí misma una certeza del derecho o de la relación jurídica, por ello se considera que es accesoria o instrumental al proceso que le da origen y, en consecuencia, no se puede afirmar que su concesión pueda ser entendida como un prejuzgamiento.

³⁶ CABANELLAS GUILLERMO. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta. 2001. Tomo VI. Pág.362

³⁷¹⁰Corte Constitucional. Sentencia T-800 de 2006, entre otras.

³⁸ Es importante señalar que uno de los argumentos que en otros ordenamientos no dejó avanzar el entendimiento y real objeto de las medidas cautelares fue asimilar el juicio de legalidad que debe hacer el juez a un prejuzgamiento, sobre el particular autos del Tribunal Supremo Español de 9 de noviembre de 1992 y 9 de febrero de 1993.

³⁹ CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. Oxford University Press. México, Primera Serie. Volumen 4. Pág. 244

Por su parte, el profesor García de Enterría⁴⁰ señala con atino que siempre que se habla de una medida de cautela se está ante un derecho incierto, dado que la certeza solo se adquiere cuando la sentencia queda en firme, lo que implica necesariamente un pronunciamiento, un análisis por parte del juez, sin que ello pueda entenderse como la definición de la litis, pues la medida provisoria es mutable y corresponderá a las partes en litigio persuadir al juez de llegar a una decisión diversa en el fallo que es inmutable cuando cobre ejecutoria.

Ese primer juicio, en los términos del artículo 231 del nuevo ordenamiento contencioso administrativo, solo requiere que se sustente la violación de las disposiciones invocadas por parte del demandante y que ésta surja o aparezca después del análisis que de ellas se haga con el acto acusado, por tanto, no se requiere demostrar ni i) un perjuicio irremediable, o ii) que los efectos de la sentencia serian nugatorios de no adoptarse la medida cautelar, ni iii) que para el interés público resultaría más gravoso no adoptar la medida cautelar, presupuestos estos necesarios para la procedencia de las otras medidas de cautela. En consecuencia, tampoco se exige la prestación de caución, en los términos del artículo 229.

Es por ello que nuevamente debo citar al profesor García de Enterría cuando advierte que la pertinencia técnica de las medidas cautelares se justifica por sí misma, en la exigencia de una tutela efectiva, en la concurrencia de unos determinados requisitos técnicos, examinados **con un rigor austero y sin énfasis**⁴¹.

En otros términos, el juez, al momento de resolver la medida de cautela debe hacer un primer esfuerzo para concretar el objeto de la litis y permitir a las partes conocer su raciocinio sobre la vulneración propuesta, lo que les permitirá a aquellas la posibilidad de entrar en el juego dialéctico de convencerlo sobre las razones que tienen para que declare la nulidad o no del respectivo acto.

⁴⁰ GARCIA DE ENTERRIA. Eduardo. La Batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso Administrativo Español. Editorial Thomson Civitas, 3ª edc.2004. pág. 66.

⁴¹ GARCIA DE ENTERRIA. Eduardo. La Batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso Administrativo Español. Editorial Thomson Civitas, 3ª edc.2004. pág. 86.

Por tanto, considero que cuando en ese primer momento el juez hace expresas las razones por las que considera que procede o no la suspensión, tanto la Administración como los ciudadanos podrán dirigir sus esfuerzos argumentativos para lograr convencer al operador que sus reflexiones son equívocas y que, por tanto, las debe variar o mantener. Es decir, el que en la suspensión haga una análisis o examen sobre la vulneración propuesta, garantiza el equilibrio o igualdad de armas entre las partes, pues éstas desde la admisión de la demanda podrán conocer la tendencia del juez, lo que les permitirá adecuar y encauzar su defensa, bien para que mantenga ese primer juicio o lo varié, según el interés en discusión. Esta conducta procesal, en mi criterio, es la que realmente efectiviza una posición garantista e igualitaria dentro del proceso.

Bajo esta concepción, entiendo que la presunción de legalidad que ampara los actos de la Administración puede empezar a desvirtuarse desde la misma admisión de la demanda. Es posible que algunos consideren que aquella debe mantenerse hasta que se dicte el fallo definitivo porque solo en este momento las partes han tenido la posibilidad de controvertir, es decir, de ejercer su derecho de audiencia y defensa.

Así, por ejemplo, el profesor argentino Alvarado Velloso considera en relación con las medidas precautelares en general, que *“cuando actualmente se adelante una pretensión procesal y se omite la audiencia previa de la parte a quien perjudicará lo que se resuelva al respecto, con lo que se genera otra mal mayor: el de evitar el proceso como medio de defensa”*. Y agrega. *“Si bien se mira, el problema debe tener solución única: entre el derecho que hipotéticamente pueda perderse... y el que de seguro se perderá (el de defensa en el juicio), debe prevalecer éste, de claro rango en el orden constitucional.”*⁴².

Sobre el particular es necesario indicar que, en el caso colombiano, esa crítica no sería aceptable, pues precisamente el legislador estableció una etapa previa al decreto de la cautela en la que el demandado puede pronunciarse. En efecto, el artículo 233 ordena al juez o magistrado competente correr traslado de la solicitud

⁴² ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Las cautelas procesales. Críticas a las medidas precautorias. Colección Textos de jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. 2010. Pág. 164.

al demandado para que en el término de cinco (5) días se pronuncie sobre la misma. Es decir, sí existe la oportunidad de conocer y fijar una posición antes de que se ordene su decreto.

Para la suspensión provisional que regula el artículo 233 del CPACA, considero que ella no escapa a ese requisito y, en consecuencia, no se puede adoptar sin agotar esa audiencia previa, por lo que la crítica que hace el autor en cita no sería admisible. Pero aun, si esa etapa no se hubiese consagrado, la observación en comento no sería aceptable, precisamente porque el objeto de esa medida es el restablecimiento de la legalidad que puede alterarse por la actuación de la Administración, razón por la que ha de entenderse que la prevalencia del ordenamiento jurídico prima sobre el derecho que pueda aducir la Administración a defender su acto, el que de todas maneras puede ejercer en el proceso.

Es decir, en términos constitucionales la suspensión provisional se impone en aras de garantizar de manera cautelar el principio de sujeción y la observancia de todas las actuaciones del Estado al bloque de legalidad -incluida la Constitución, que es normativa y vinculante-, porque se repite, en un Estado de Derecho material no pueden existir inmunidades frente al ejercicio del poder.

Precisamente por lo expuesto, es que la única excepción a la regla anterior, es decir, que la suspensión se puede adoptar sin la participación del demandado, es en el medio de control de nulidad electoral, consagrado así en el numeral 6 del artículo 277 de CPACA, por cuanto ordena que la decisión de suspensión se adopte con la admisión de la demanda. Lo que no obsta, huelga decirlo, para que de considerarlo necesario y en una integración normativa, en especiales eventos, se pude admitir y hasta exigir la intervención del demandado para su defensa, lo que en principio, en materia electoral, no es teleológicamente necesario.

Considero importante ratificar, como lo he venido exponiendo en otras providencias, que en esta primera etapa el juez queda o está limitado en su análisis a la interpretación de la demanda y a las normas que se dicen violadas, como a las pruebas aportadas con aquella. Es decir, el operador judicial no puede

al estudiar la procedencia de la medida cautelar, traer para su examen preceptos que no fueron alegados como vulnerados por la parte demandante o pruebas que al momento de la decisión sobre la medida no estaban aportadas e incorporadas al proceso.

Se hace esta afirmación, por cuanto al funcionario no le es dado advertir la violación del ordenamiento frente a disposiciones que no fueron expuestas en la demanda o ejercer su función oficiosa para allegar más elementos de prueba que los aportados. En esta etapa previa, entonces, la actividad del juez se ve limitada por la actuación de quien ejerce la acción, quien es el único dueño del entendimiento, es decir, de la apariencia del buen derecho *-fumus bonis juris-* o la *periculum in mora*.

Lo anterior no significa que el juez administrativo, al examinar la solicitud de suspensión no pueda contra argumentar las razones de aquella, por ejemplo, haciendo una interpretación sistemática con preceptos omitidos en la demanda y/o en la solicitud de suspensión o con otros elementos de juicio a su alcance, que permitan inferir otro tipo de análisis o interpretaciones.

Es decir, el juez al momento de decidir sobre la suspensión está llamado a efectuar una valoración juiciosa del ordenamiento para que la decisión de suspensión no quede al arbitrio de la parte que demanda y explicar así porqué procede o no la medida cautelar. Por tanto, debe indagar, entre otros, en los principios y valores constitucionales identificables con el caso concreto, porque el carácter normativo y vinculante de la Constitución así se lo impone, en aras de mantener o desvirtuar la presunción de legalidad que reviste el acto acusado.

Así, el funcionario judicial en aras de garantizar el bloque de legalidad y, en especial, los derechos de quienes puedan resultar afectados con la decisión de suspensión, está en la obligación, por ejemplo, de consultar la interpretación que sobre las normas que se dicen acusadas ha efectuado el tribunal constitucional y la jurisprudencia sobre casos análogos, a efectos de decidir sobre la medida impetrada.

4. El estudio que hizo la Sala en el caso concreto

Pues bien, a pesar de que el auto de objeto de aclaración, no hace un estudio de la medida cautelar de suspensión provisional a partir de la Ley 1437 de 2011, lo cierto es que en la providencia se adelantó un verdadero estudio de fondo.

En efecto, no había lugar a decretar la medida de suspensión provisional, porque:

(i) La posible violación de las normas constitucionales en las que debería fundarse y la desviación de poder, se basan en apreciaciones que hace el actor que requieren de debate probatorio.

(ii) El análisis de legalidad del acto acusado no debe efectuarse a partir de las normas invocadas por el actor: Acuerdos 32 de 2009 –Estatuto Electoral de la Universidad de la Amazonía- y 62 de 2009 –Estatuto General-, sino del Acuerdo 31 de 2010⁴³ *“Por el cual se expide el reglamento que determina el proceso de integración, designación y elección de los representantes ante el Consejo Superior Universitario y demás instancias de la institución”* expedido por el Consejo Superior Universitario.

(iii) El actor no fundamentó, cómo los cambios efectuados en la Adenda No. 001 de 18 de noviembre de 2013 afectaron su situación como candidato o impusieron exigencias más gravosas que implicaran la violación al principio de la confianza legítima, y en todo caso no se observa transgresión de las normas de los procesos electorales.

(iv) Contrario a lo dicho por el actor, el demandado sí tenía la calidad de egresado, pues en virtud de la transformación de la Seccional Florencia de la Universidad

⁴³ Así señalado por esta Sección en Auto de 13 de marzo de 2014, proferido dentro del expediente 110010328000201300056-00. Actor: Jaime Eduardo Salazar Velásquez. Demandado: Representante del Sector Productivo ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía, con ponencia del doctor Alberto Yepes Barreiro.

Surcolombiana, que le confirió el título al demandado, en Universidad de la Amazonía, esta integró todos los derechos y obligaciones de aquella.

(v) La posible inhabilidad del señor Torres García, por ser docente de planta de la Universidad de la Amazonía y que según el actor se configura por incurrir en la prohibición establecida en el artículo 10º del Decreto Ley 128 de 1976, no le es aplicable a las universidades públicas, sino a los miembros de las juntas o consejos directivos de los Establecimientos Públicos, de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, y a los gerentes, directores o presidentes de dichos organismos

Fecha ut supra,

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado