

MEDIDAS CAUTELARES – Proceden en los procesos declarativos. Oportunidad. Finalidad. No implican prejuzgamiento. Tipos de medidas cautelares. Requisitos. Conexidad con las pretensiones de la demanda

De conformidad con el artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado el auto de admisión de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, puede el juez o magistrado ponente decretar las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. La norma en forma expresa señala que la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento. A su vez el artículo 230 del mismo Código establece que tales medidas podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión y deben tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda; esta norma en su número tercero prevé la posibilidad de «suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo».

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 229

MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSION PROVISIONAL – Procedencia

Conforme al artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, si se pretende la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones que se invoquen en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando la vulneración surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores cuya violación se depreca o del estudio de las pruebas que se alleguen con la solicitud.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 231

ACTO FICTO O PRESUNTO – No opera frente a la falta de prueba de la presentación de la petición ante la administración

Revisada la actuación, no se encuentra que el actor haya presentado petición o recurso alguno ante la Procuraduría General de la Nación, y que esta no se haya pronunciado sobre el particular, motivo por el cual no es dable predicar la configuración del acto ficto o presunto.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER

Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-25-000-2015-00261-00(0498-15)

Actor: CARLOS FERNANDO OJEDA MORENO

Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Actuación: Decide suspensión provisional

Con sujeción a los artículos 125 y 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA - Ley 1437 de 2011) procede el Despacho a resolver la solicitud de suspensión provisional formulada por la parte actora.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de nulidad consagrado en el artículo 137 del CPACA, el ciudadano Carlos Fernando Ojeda Moreno, quien actúa en nombre propio, solicita declarar la nulidad parcial del artículo décimo séptimo de la Resolución 040 del 23 de enero de 2015, expedida por el Procurador General de la Nación, en lo referente a las tablas establecidas de manera especial y general que enumeran los títulos de posgrado que otorgan puntaje para las convocatorias 001, 003 a 008 y 010 a 014 de 2015, concretamente la decisión ficta de excluir los posgrados en medio ambiente y desarrollo sostenible.

Dentro del escrito de la demanda, el actor solicita como medida cautelar la suspensión provisional del acto administrativo demandado por violación de los artículos 13, 40 numeral 7, 67, 79, 125, 277 numeral 4° de la Constitución Política y 44 del Decreto 262 de 2000, para que todas las personas, por las razones expuestas en su memorial, "tengan las reglas claras y sientan la motivación de participar o inscribirse por la inclusión de posgrados que están llamados a tener en cuenta en el concurso".

II. TRÁMITE

Surtido el traslado respectivo, acorde con el informe secretarial que obra en el folio 10 vuelto, la entidad demandada, por conducto de apoderado judicial (fs. 20 a 34 vuelto), contestó la petición cautelar en el sentido de que el actor no cumplió con las formalidades para solicitarla, según lo consignado en el numeral 2 de su escrito y no brindó la suficiente carga argumentativa para demostrar la violación de las normas invocadas como infringidas, previa confrontación con el acto acusado, como lo expuso en el numeral 3, y lo exigen las normas y los criterios jurisprudenciales que rigen el decreto de las medidas cautelares dentro de las que se encuentra la suspensión provisional, razones por las cuales estima que esta no debe ser decretada.

III. CONSIDERACIONES

3.1 Competencia. Este Despacho es competente para decidir la petición de la medida cautelar de suspensión provisional del acto acusado, en virtud de lo

dispuesto en los artículos 125 y 233 de la Ley 1437 de 2011, por tratarse de un proceso de única instancia.

3.2 La suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo en la Ley 1437 de 2011. De conformidad con el artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado el auto de admisión de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, puede el juez o magistrado ponente decretar las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

La norma en forma expresa señala que la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

A su vez el artículo 230 del mismo Código establece que tales medidas podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión y deben tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda; esta norma en su número tercero prevé la posibilidad de "suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo".

Conforme al artículo 231 ibídem, si se pretende la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones que se invoquen en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando la vulneración surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores cuya violación se depreca o del estudio de las pruebas que se alleguen con la solicitud.

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

En el presente caso, el ciudadano Carlos Fernando Ojeda Moreno solicitó la suspensión del acto ficto o presunto, de excluir respecto de los procuradores judiciales para la conciliación administrativa, el posgrado en medio ambiente contenido en los cuadros señalados en el artículo décimo séptimo de la Resolución 040 de 20 de enero de 2015, a través de la cual se ordenó la apertura y reglamentó la convocatoria para el concurso de empleos de procuradores judiciales.

Para examinar este aspecto, resulta oportuno evocar el alcance fijado por esta Corporación frente al acto ficto o presunto:

"La norma invocada por el apelante (artículo 60 del Código Contencioso Administrativo), consagra la figura del silencio negativo dentro de la vía gubernativa de las actuaciones administrativas que se tramitan por el procedimiento del Código Contencioso Administrativo. Y lo presenta como circunstancia de omisión

administrativa respecto de la notificación de la decisión expresa de los recursos de reposición o apelación, dentro de los dos meses siguientes a su interposición en debida forma. En virtud de tal omisión, nace un acto administrativo ficto o presunto que contiene una decisión negativa o adversa al administrado, y, por tanto, confirmatoria del acto recurrido"¹.

El apoderado de la Procuraduría General de la Nación invoca en sentido similar la providencia de 8 de marzo de 2007, radicación 25000-23-26-000-1995-01143-01 (14850) M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

Revisada la actuación, no se encuentra que el actor haya presentado petición o recurso alguno ante la Procuraduría General de la Nación, y que esta no se haya pronunciado sobre el particular, motivo por el cual no es dable predicar la configuración del acto ficto o presunto.

Así las cosas, al no existir en el mundo jurídico el acto acusado, mal podría ser objeto de decreto de la suspensión provisional, razón por la cual este aserto sería suficiente para no acceder a la petición formulada en tal sentido por el señor Carlos Fernando Ojeda Moreno.

Empero, si en gracia de discusión se entendiera que solicitó la suspensión provisional parcial del artículo décimo séptimo de la Resolución 040 de 2015, proferida por el Procurador General de la Nación, mediante la cual no se contempló el posgrado en derecho ambiental para quienes aspiran a ocupar los cargos de procuradores judiciales para la conciliación administrativa, se procede a revisar las normas que se alude como presuntamente violadas.

Aduce el accionante que se desconoció el artículo 13 superior al incluirse como posgrados permitidos para optar por los cargos antes mencionados (convocatorias 006 y 003 de 2015), los de derecho de petróleos y derecho minero, y dejar por fuera el de medio ambiente, porque precisamente aquellos dos están ínsitos o inmersos en el que fue excluido, en tanto el recurso natural de petróleo como el minero son dos de los muchos recursos naturales "que se ocupa el (sic) medio ambiente".

3.3 Análisis de los cargos

3.3.1 Cuestión previa. Se precisa que la solicitud de suspensión provisional, por

10 anotado en el concepto de violación o análisis y confrontación, se circunscribe a los cargos de procuradores judiciales administrativos (convocatorias 006 y 013 de 2015) (f. 7).

3.3.2 Violación del artículo 13 de la Constitución Política. Arguye el accionante, como se anotó, que se desconoció el artículo 13 superior al incluirse como posgrados permitidos para aspirar a los cargos antes mencionados (convocatorias 006 y 003 de 2015), los de derecho de petróleos y derecho

¹ Sección cuarta, sentencia de 16 de julio de 2009, expediente 08001-23-31-000-2004-02524-01(16331), M.P. Héctor Romero Díaz.

minero, y dejar por fuera los posgrados en medio ambiente, porque precisamente aquellos dos están ínsitos o inmersos en el que fue excluido, en tanto el recurso natural de petróleo como el minero son dos de los muchos recursos naturales de los cuales se ocupa el medio ambiente.

Sobre el principio de igualdad la Corte Constitucional sostuvo en la sentencia C-081 de 2014 que *"no todo trato desigual conlleva discriminación, sino solo aquel que carece de justificación objetiva y razonable, por lo cual quien alega tiene el deber de argumentar y acreditar con suficiencia la contraposición con él o los textos superiores, para que este tribunal pueda así contar con elementos de juicio suficientes"*.

Al examinar el manual específico de funciones y requisitos laborales de la Procuraduría General de la Nación, consultado en el enlace <http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/MANUAL.pdf> (hojas 330, 334, 350, 362 y 378) , se aprecia que para los empleos de procurador judicial I y II de la delegada para la conciliación administrativa no se determinó como un conocimiento específico el derecho ambiental, mientras que para los mismos empleos de las procuradurías delegadas para la restitución de tierras, y para asuntos ambientales y agrarios, sí se incluyó dicho conocimiento.

Como se observa, dadas las funciones del respectivo cargo, entraña o no un conocimiento particular, como en este caso el del derecho ambiental, y por ende, formación de posgrado en el mismo. En esa medida este se contempló como opción de puntaje para quienes aspiran a ocupar los empleos de procuradores judiciales para restitución de tierras (convocatorias 001 y 008 de 2015), y para asuntos ambientales y agrarios (convocatorias 002 y 009 de 2015), lo que no comporta *per se* una discriminación o trato desigual frente a los procuradores judiciales para conciliación administrativa, dado que requieren conocimientos específicos disímiles y por tanto formación diferente.

Por otra parte, el actor sostiene que los posgrados de derecho de petróleos y derecho minero están ínsitos o inmersos en el derecho ambiental, sin embargo, dicha afirmación no tiene sustento en un análisis comparativo de los programas académicos de cada una de las mencionadas especialidades, ni la relación de estas con las funciones asignadas a los cargos objeto de controversia, lo que impide concluir en la presente actuación procesal que debió haberse incluido para los procuradores judiciales en conciliación administrativa el posgrado en derecho ambiental para conceder puntaje.

Procede señalar también que el jefe del Ministerio Público posee la facultad legal para definir las condiciones de las convocatorias para los concursos de méritos, por mandato de la letra d) del número 45 del artículo 7 del Decreto ley 262 de 2000, lo que le permitió seleccionar, en atención a las funciones específicas de los cargos de procuradores judiciales I y II, los posgrados que otorgan puntaje. Fue así como para las convocatorias que corresponden a procuradores judiciales para asuntos civiles (convocatoria 003 y 010 de 2015), para el ministerio público en asuntos penales (convocatorias 04 y 011 de 2015), para asuntos del trabajo y la seguridad social (005 y 012 de 2015), y para la defensa de los derechos de la infancia, la adolescencia y la familia (convocatorias 007 y 014 de 2015), se excluyó el derecho ambiental como conocimiento específico que echa de menos el actor frente a los procuradores judiciales para la conciliación administrativa.

Por lo expuesto no existe infracción al artículo 13 constitucional.

3.3.3 Violación del artículo 40-7 constitucional. El actor afirma que la exclusión del posgrado de derecho ambiental como conocimiento específico frente a quienes aspiran a ocupar el cargo de procurador judicial para la conciliación administrativa, desconoce el artículo 40-7 constitucional por cuanto impide el acceso a la administración pública de las personas expertas en esa rama del derecho.

No obstante, el despacho reitera que como se demostró suficientemente al examinar la presunta violación del derecho a la igualdad, esta no se configuró, motivo por el cual al no existir reglas "desiguales o discriminatorias que impidan el ejercicio real y efectivo de dicho derecho", tampoco se desconoce el acceso a los cargos públicos, por consecuencia, no emerge la violación de este último, en tanto no existen reales limitantes en las convocatorias que favorezcan más a unos que a otros, al haberse contemplado la posibilidad de otorgar puntaje para determinados cargos.

3.3.4 Violación de los artículos 67 y 79 de la Constitución Política. Según el actor estos artículos encarnan el concepto de constitución ecológica, y prohibir en un concurso posgrados en medio ambiente afecta trascendentalmente ese concepto, cuanto más se permiten posgrados que no ostentan tal condición constitucional. Afectar la constitución ecológica es desconocer la misma constitución, "y perturbar una parte de la Constitución es contrariar la constitución misma".

Como lo señala la defensa, cabe aclarar que dentro de la estructura interna de la Procuraduría General de la Nación existe una procuraduría delegada para asuntos ambientales y agrarios dedicada por completo a esas importantes materias, de la cual hacen parte procuradores judiciales que potencialmente están preparados para intervenir ante la jurisdicción contencioso administrativa en procesos donde se discuten puntualmente temas ambientales, estructura y dinámica que permite "defender los intereses colectivos, en especial el ambiente" conforme al número 4 del artículo 277 constitucional.

En ese marco tan trascendental función es atendida con la exigencia requerida por

los procuradores judiciales en materia ambiental, según lo previsto en el artículo 44 del Decreto ley 262 de 2000, en armonía con la Resolución 017 de 2000, proferida por el Procurador General de la Nación.

En tal virtud, no se aprecia, prima facie, en el contexto estudiado, la violación de los artículos 67 y 69 referidos al derecho a la educación y a un ambiente sano.

3.3.5 Violación de los artículos 125 y 277-4 de la Constitución Política.

Arguye el actor que los "artículos 125 y 277-4 de la CP expresan la carrera como vía principal para acceder a los cargos públicos y la función constitucional en medio ambiente que tiene la Procuraduría General de la Nación. Como se anotó en el acápite de concepto de violación, el que se hace innecesario transcribir de nuevo. Las normas y principios que orientan en (sic) sistema de carrera implican, establecer en su reglamento reglas y posgrados incluyentes y no excluyentes".

Agrega, con respecto a la función ambiental, que deben ser incluidos los posgrados en esa área del conocimiento, más cuando los mismos procuradores judiciales administrativos tienen competencias o funciones específicas de la misma naturaleza tanto en sede judicial como en las conciliaciones prejudiciales.

Para determinar la procedencia de los anteriores argumentos, es menester precisar que conforme al inciso tercero del artículo 125 superior *"el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes"*.

Como se concluyó al examinar el derecho a la igualdad, en el *sub judice* no se infiere que se haya presentado un tratamiento discriminatorio frente a los procuradores judiciales para la conciliación administrativa, por dejar de incluir posgrados en derecho ambiental como posibilidad de puntaje. En ese sentido, no se desconoce tampoco el artículo 125 constitucional. Todo lo contrario, el citado artículo se ha respetado al realizar el concurso, con sujeción a las funciones de los distintos procuradores judiciales según las materias que les corresponden, en obediencia a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-101 de 2013.

Por otro lado y tal como se dijo al despachar el anterior cargo, en punto del número 4 del artículo 277 constitucional, se tiene que en la estructura interna de la Procuraduría General de la Nación existe una procuraduría delegada para asuntos ambientales y agrarios dedicada de manera directa a estas importantes materias, dependencia de la cual hacen parte los procuradores judiciales que tienen formación para intervenir ante la jurisdicción contenciosa administrativa en procesos donde se discuten concretamente temas ambientales, situación que permite "defender los intereses colectivos, en especial el ambiente" conforme al número 4 del artículo 277 constitucional.

Por consiguiente esa importante función es desarrollada con la exigencia requerida por los procuradores judiciales en materia ambiental, según lo previsto en el artículo 44 del Decreto ley 262 de 2000, en concordancia con la Resolución 017 de 2000, emitida por el procurador general de la nación.

3.3.6 Violación del artículo 44 del Decreto ley 262 de 2000. Asevera el actor que el mencionado artículo señala las funciones de los procuradores judiciales, en las que se resalta su intervención ante juzgados y tribunales administrativos, despachos que adelantan de manera exclusiva los conflictos ambientales no solo por acciones populares, lo que de por sí relleva la función ambiental de dichos cargos.

En líneas anteriores se sostuvo que la trascendental función prevista en el artículo 277-4 de la Constitución Política, consistente en la protección de los derechos colectivos, especialmente del medio ambiente, se encuentra virtualmente cubierta de manera amplia por la actividad que puedan ejercer los procuradores judiciales en la materia, a los que, a diferencia de los que ocupan ese cargos en conciliación administrativa, se les otorga, como es lógico, si los tienen, puntaje, en los posgrados de derecho ambiental, beneficio que se predica también de los denominados procuradores judiciales para la restitución de tierras.

En esa medida, no resulta admisible el presente argumento para disponer la suspensión provisional del acto acusado.

Así las cosas, el Despacho no aprecia de ninguna manera la violación pregonada, por lo que no es viable la medida cautelar que se pretende.

Es pertinente señalar que esta sección al decidir la suspensión provisional del mencionado concurso, ha decidido no decretarla en otros procesos como se consignó en los autos que se identifican en el pie de página².

En atención a lo expuesto, es necesario adelantar el trámite del medio de control de nulidad en su integridad para determinar finalmente la legalidad del acápite demandado de la Resolución 040 de 2015.

En mérito de lo expuesto, se

DECIDE:

Negar la solicitud de suspensión provisional del acto ficto o presunto de excluir posgrados en medio ambiente, contenido en los cuadros de posgrados, señalados en el artículo décimo séptimo de la Resolución 040 del 20 de enero de 2014, a través de la cual se da apertura y reglamenta la convocatoria para el concurso de empleos de procuradores judiciales.

CARMELO DARÍO PERDOMO CUETER
Consejero ponente

² Expedientes Nos. 11001 03 25 000 2015 00306 00 (0625-2015); 11001 03 25 000 2015 00366 00 (0740-2015), ambos del 25 de agosto de 2015 con ponencia del doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez (E); 11001 03 25 000 2015 00428 00, también del 25 de agosto de 2015, M.P. Gerardo Arenas Monsalve; y 11001 03 25 000 2015 00305 00, del 27 de agosto del mismo aflo, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.