



## Sentencia 00075 de 2018 Consejo de Estado

MEDIDAS CAUTELARES - Ley 1437 de 2011 / MEDIDAS CAUTELARES- Finalidad / SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Análisis inicial no implica prejuzgamiento / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Requisitos de procedencia / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencias Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso administrativo y Secciones Primera y Tercera, de 17 de marzo de 2015, Radicación 11001-03-15-000-2014-03799-00, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, 11 de marzo de 2014, Radicación 11001-03-24-000-2013-00503-00, C.P. Guillermo Vargas Ayala y 13 de mayo de 2015, Radicación 11001-03-26-000-2015-00022-00, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Corte Constitucional, Radicación C- 379 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Respecto del acto por medio del cual se expidió el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Necesidad de sustentar la solicitud / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Negada al no advertirse contradicción con el ordenamiento superior

[L]a procedencia de esta medida cautelar está determinada por la violación del ordenamiento jurídico y la necesidad de proteger la legalidad en abstracto, mientras se profiere la decisión definitiva respecto del acto administrativo demandado; situación que no se evidencia en el sub examine, debido a que, más allá de las consideraciones sobre lo que el demandante considera como injusto para los niños, niñas y adolescentes, no sustenta el porqué de la alegada vulneración, limitándose a realizar apreciaciones subjetivas, según su criterio, sin sustento normativo alguno que respalde su aserto. Para que proceda medida cautelar el actor tiene la obligación de explicar las razones de orden jurídico por las cuales considera que la norma demandada desconoce las superiores que invoca, mediante la comparación respectiva, pues la simple conjetura sobre las eventuales consecuencias que podría tener una norma sobre sus destinatarios no son razón suficiente para suspender un acto que se presume legal y válido. Ello significa que el solicitante no ha cumplido con los requisitos para la prosperidad de su solicitud, pues no ha indicado la manera en la cual el acto demandado infringe las normas superiores que invoca, ni ha demostrado perjuicio alguno, pues no basta con que manifieste eventuales situaciones futuras sino que debe demostrar su afirmación. [...] Como quiera que a partir de la confrontación entre el numeral segundo del artículo 2.3.3.5.3.4.2 del Decreto 1075 de 2015 y las normas señaladas como infringidas por el actor, no se advierte prima facie una vulneración del ordenamiento jurídico superior, el Despacho concluye que no se reúnen los requisitos previstos en el artículo 231 del CPACA y, en consecuencia, denegará la medida cautelar solicitada.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 238 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 229 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 230 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 231

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1075 DE 2015 (26 de mayo) MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - ARTÍCULO 2.3.3.5.3.4.2. (No suspendido)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil dieciocho 2018

Rad. No.: 11001-03-24-000-2017-00075-00

Actor: DIEGO ALEJANDRO SOLANO VARGAS

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

Referencia: Auto que niega solicitud de medida cautelar

El Despacho decide la solicitud de medida cautelar presentada por el ciudadano Diego Alejandro Solano Vargas, en nombre propio, en contra del artículo 2.3.3.5.3.4.2. del Decreto 1075 de 2015, “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación*”<sup>1</sup>, expedido por el Ministerio de Educación Nacional.

#### I.- ANTECEDENTES

##### 1.1.- La demanda

El ciudadano Diego Alejandro Solano Vargas instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, que fue interpretado por este Despacho como de nulidad en tanto el acto acusado es un decreto reglamentario, con el objeto de obtener la declaratoria de nulidad, previa suspensión provisional, del artículo 2.3.3.5.3.4.2 del Decreto 1075 de 2015, “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación*”, expedido por el Ministerio de Educación Nacional.

El artículo demandado es del siguiente tenor:

“[...]  
**ARTÍCULO 2.3.3.5.3.4.2.** *Destinatarios de la educación básica formal de adultos. Podrán ingresar a la educación básica formal de adultos ofrecida en ciclos lectivos especiales integrados:*

- 1. Las personas con edades de trece (13) años o más, que no han ingresado a ningún grado del ciclo de educación básica primaria o hayan cursado como máximo los tres primeros grados.*
- 2. Las personas con edades de quince (15) años o más, que hayan finalizado el ciclo de educación básica primaria y demuestren que han estado por fuera del servicio público educativo formal, dos (2) años o más. [...]”.*

##### 1.2.- Solicitud de suspensión provisional

El actor realiza la solicitud de suspensión provisional con respecto al numeral segundo del artículo 2.3.3.5.3.4.2 del Decreto 1075 de 2015, señalando lo siguiente:

“[...] *Solicito a ustedes Honorables Magistrados del Consejo de Estado que si a bien lo tienen y en aras de garantizar los derechos de los menores que se puedan ver afectados por la implementación de las normas por parte de las Secretarías de Educación de cada municipio y en especial la Secretaría de Educación de Tunja, concedan la presente medida previa, en tanto que la Secretaría de Educación de Tunja ha adelantado diligencias para la expedición de una resolución donde se ordene el retiro de los menores que no cumplen con la condición*

*expresada en el inciso 2 del artículo N° 2.3.3.5.3.4.2 del decreto 1075 de 2015. Los efectos de la inminente resolución estarían influyendo directamente en las instituciones educativas de COLEGIO DE EDUCACION FORMAL FLEXIBLE SAN MATEO, INSTITUCION EDUCATIVA SAN AGUSTIN Y COOPERACION SANTO DOMINGO PARA EL DESARROLLO SOCIAL INTEGRAL, donde alrededor de 250 niños serían forzados a volver a la educación tradicional. Según lo informado por los niños y/o jóvenes pertenecientes a las instituciones descritas, estos no están dispuestos a regresar al modelo educativo tradicional, prefiriendo dejar de lado el proceso académico, para dedicarse a actividades laborales o de ocio.*

*Por eso ruego a ustedes se sirvan ordenar la suspensión de la aplicación del Decreto en mención hasta tanto no se haga un pronunciamiento expreso y claro donde se solucione de fondo por parte de ustedes la viabilidad del Decreto acusado en lo pertinente. [...]”<sup>2</sup>*

Es decir que se pretende la suspensión provisional del numeral segundo del artículo 2.3.3.5.3.4.2, con el fin de evitar el perjuicio que su implementación por parte de las Secretarías de Educación municipales o distritales, en este caso la de Tunja, pueda generar a los aproximadamente 250 niños, niñas y adolescentes que reciben clase en las instituciones de educación por ciclos sin cumplir con el requisito de haber estado por fuera del servicio público educativo formal por más de dos años.

Perjuicio que, señala, consiste en que dichos niños, niñas y adolescentes deban regresar al sistema de educación tradicional, al cual, según argumenta, no están dispuestos a reintegrarse, poniéndolos en riesgo de deserción escolar, incumpliendo así con los artículos 13, 27, 44, 45, 67 y 93 de la Constitución, así como con el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el artículo 13 del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San Salvador y el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

### 1.3.- Traslado de la solicitud

Mediante auto de 28 de febrero de 2018 el despacho ordenó correr traslado de la petición al Ministerio de Educación Nacional y a la Presidencia de la República, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

En consecuencia, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República recorrió el traslado, manifestando su oposición a la solicitud, con fundamento en lo siguiente:

Señaló que el aparte demandado no es contrario a la Constitución Política o a la Ley pues hace parte de un capítulo más amplio dedicado a la Educación de Adultos.

Explicó que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, para que la suspensión provisional sea decretada en un proceso de nulidad se debe demostrar que el acto acusado contraría clara, ostensible, flagrante o manifiestamente lo dispuesto en normas superiores, circunstancia que se debe constatar del simple cotejo de las normas que se confrontan o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud<sup>3</sup>, situación que en su sentir no sucede en el trámite de la referencia debido a que no se observa la pretendida arbitrariedad y la demanda se fundamenta en “[...] supuestas violaciones a los principios orientadores de la Administración Pública para justificar sus pretensiones, que no se compadece con la inmediatez argumentativa que exige una medida tan delicada como la suspensión provisional de un decreto del Gobierno Nacional, en cuya legalidad confía el legislador, presunción que no se desvirtúa [...]”<sup>4</sup>.

Agregó que la educación está estructurada en cuatro niveles: preescolar, básica, media y superior, los cuales están organizados de acuerdo a la edad de los educandos a la que está destinada; es así como la educación preescolar corresponde a niños menores de 6 años, la básica que incluye primaria y secundaria a niños de 6 a 10 años en el caso de la primera y de 11 a 14 años en el de la segunda; la media para quienes tienen 15 y 16 años, y la educación superior que no está destinada a una edad en específico.

Afirmó que debido a que el legislador es consciente de que no toda la población puede acceder al sistema educativo, se reglamentó un sistema de educación orientada a la población adulta en el Decreto 3011 de 1997, al que pertenece la norma demandada, que fue compilada en el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación.

Indicó que el Sistema Educativo Nacional se orienta a fortalecer y priorizar la educación formal como regla general, de manera que la educación por ciclos dirigida a la población adulta es excepcional, pues se dirige a jóvenes y adultos mayores de 18 años que no han iniciado o completado la educación básica o media, la cual, por definición, excluye a los menores de 18 años, quienes están sujetos a los requerimientos del sistema de educación formal escolarizada.

Arguyó que el Sistema de Educación para Adultos es un desarrollo de la Ley 115 de 1994, que no puede reemplazar el sistema formal para la población en edad escolar.

Finalmente, adujo que el demandante parece ser el “[...] vocero [...] de unos centros de educación para adultos [...]”<sup>5</sup> planteando el peligro de que a los menores se les fuerce a regresar a la educación tradicional, con el riesgo de que decidan abandonar los estudios para dedicarse a labores de ocio, “[...] justificante que de modo alguno nos resulta admisible [...]”<sup>6</sup> y de donde, indica, se evidencia que lo pretendido por el actor no es la protección del ordenamiento jurídico, sino evitar eventuales afectaciones a instituciones educativas particulares, razones por las cuales la solicitud de suspensión provisional no resulta procedente.

El Ministerio de Educación Nacional, pese a haber sido notificado oportunamente<sup>7</sup>, emitió pronunciamiento extemporáneo<sup>8</sup>, razón por la cual no será tenido en cuenta.

## II. CONSIDERACIONES

### II.1.- Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo

Las medidas cautelares, ha dicho la Corte Constitucional, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento jurídico protege, de manera provisional y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso<sup>9</sup>.

El Capítulo XI del Título V del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), presenta el régimen cautelar del procedimiento contencioso administrativo como un instrumento concreto de la garantía efectiva y material de acceso a la administración de justicia que busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción en procura de solucionar una determinada controversia<sup>10</sup>.

De acuerdo con la norma, las medidas cautelares se clasifican en preventivas, cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho; conservativas, si buscan mantener o salvaguardar un *statu quo*; anticipativas, de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del demandante; y de suspensión, que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa<sup>11</sup>.

En cuanto a los criterios de aplicación, ha dicho la Sala que el Juez para la adopción de la medida cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción del artículo 229, el cual permite decretar todas aquellas “[...] que considere necesarias [...]”. No obstante, a voces del citado artículo, su decisión estará sujeta a lo “[...] regulado [...]” en dicho Estatuto, previsión que apunta a un criterio de proporcionalidad, si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 ídem, según el cual para que la medida sea procedente debe el demandante presentar “[...] documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla [...]”.

Sobre este asunto en particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, señaló:

*“[...] La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en el fumus boni iuris y periculum in mora. El primero, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el*

Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la posible existencia de un derecho. El segundo, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho [...]<sup>12</sup>.

Asimismo, sobre el particular la Sección Tercera sostuvo que:

*“[...] Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que en el escenario de las medidas cautelares, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad [...]*<sup>13</sup>.

Así pues, conforme a la Jurisprudencia de esta Corporación, en el examen de procedibilidad de la medida solicitada, deberá verificarse la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la imposición de la cautela, a saber: (i) *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, (ii) *periculum in mora* o perjuicio de la mora, y (iii) la ponderación de intereses.

## II.2.- La medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos del acto acusado

En el marco de las diversas medidas cautelares establecidas en el CPACA<sup>14</sup> se encuentra la figura de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, prevista en el artículo 238 de la Constitución Política.

Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesoria, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso en el que se hubiere decretado la medida. Su finalidad, pues, es la de *“[...] evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho [...]*<sup>15</sup>.

Merece resaltarse, en relación con el anterior Código Contencioso Administrativo, que la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos se supeditaba a la manifiesta infracción de la norma invocada, indicándose que en acciones distintas a la objetiva de legalidad se requería demostrar, aunque fuera sumariamente, el perjuicio con la ejecución del acto.

Por ello, la innovación más relevante del CPACA consiste en referirse expresamente a la confrontación de legalidad que debe efectuar el Juez de la medida; es decir, ese análisis inicial de legalidad del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas<sup>16</sup>.

Acerca de la manera en la que el Juez aborda este análisis inicial, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación<sup>17</sup>, señaló que:

*“[...] Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una valoración del acto acusado que comúnmente se ha llamado valoración inicial, y que implica una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no constituye prejuzgamiento, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final. [...]*” (Resaltado fuera del texto).

Como lo refiere la providencia transcrita, es importante la prevención efectuada por el legislador al advertir que la decisión sobre la medida cautelar de ningún modo implica prejuzgamiento, teniendo en cuenta que, como lo ha precisado la Jurisprudencia de esta Sala, se trata de “[...] mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto [...]”<sup>18</sup>.

### II.3.- Requisitos de procedencia de la suspensión de los efectos del acto acusado

A voces del artículo 231 del CPACA, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos procede por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la respectiva solicitud, “[...] cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud [...]”. Entonces, su procedencia está determinada por la violación del ordenamiento jurídico y la necesidad de proteger provisionalmente la legalidad, mientras se profiere la decisión definitiva respecto del acto administrativo demandado. Dice así el citado artículo:

*“[...] 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 los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos: // 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho. // 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados. // 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla. // 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones: // a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o // b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios [...]”.*

Del texto normativo transcrito se desprenden, para la procedencia de la medida cautelar, los siguientes requisitos: i) que se invoque a petición de parte, ii) que exista una violación que 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 y, iii) si se trata de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que se acredite, de manera sumaria, los perjuicios que se alegan como causados.

### II.4.- El caso concreto

El texto completo de la norma demandada es el siguiente:

*“[...] Artículo 2.3.3.5.3.4.2. Destinatarios de la educación básica formal de adultos. Podrán ingresar a la educación básica formal de adultos ofrecida en ciclos lectivos especiales integrados:*

*1. Las personas con edades de trece (13) años o más, que no han ingresado a ningún grado del ciclo de educación básica primaria o hayan cursado como máximo los tres primeros grados.*

*2. Las personas con edades de quince (15) años o más, que hayan finalizado el ciclo de educación básica primaria y demuestren que han estado por fuera del servicio público educativo formal, dos (2) años o más. [...]”.* (Negrilla fuera de texto)

De acuerdo con lo señalado en párrafos anteriores, la procedencia de esta medida cautelar está determinada por la violación del ordenamiento jurídico y la necesidad de proteger la legalidad en abstracto, mientras se profiere la decisión definitiva respecto del acto administrativo demandado; situación que no se evidencia en el *sub examine*, debido a que, más allá de las consideraciones sobre lo que el demandante considera como injusto para los niños, niñas y adolescentes, no sustenta el porqué de la alegada vulneración, limitándose a realizar apreciaciones subjetivas, según su criterio, sin sustento normativo alguno que respalde su aserto.

Para que proceda medida cautelar el actor tiene la obligación de explicar las razones de orden jurídico por las cuales considera que la norma demandada desconoce las superiores que invoca, mediante la comparación respectiva, pues la simple conjetura sobre las eventuales

consecuencias que podría tener una norma sobre sus destinatarios no son razón suficiente para suspender un acto que se presume legal y válido. Ello significa que el solicitante no ha cumplido con los requisitos para la prosperidad de su solicitud, pues no ha indicado la manera en la cual el acto demandado infringe las normas superiores que invoca, ni ha demostrado perjuicio alguno, pues no basta con que manifieste eventuales situaciones futuras sino que debe demostrar su afirmación.

## II.5.- Conclusión

Como quiera que a partir de la confrontación entre el numeral segundo del artículo 2.3.3.5.3.4.2 del Decreto 1075 de 2015 y las normas señaladas como infringidas por el actor, no se advierte *prima facie* una vulneración del ordenamiento jurídico superior, el Despacho concluye que no se reúnen los requisitos previstos en el artículo 231 del CPACA y, en consecuencia, denegará la medida cautelar solicitada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sala Unitaria,

RESUELVE:

NEGAR la suspensión provisional de los efectos jurídicos del numeral segundo del artículo 2.3.3.5.3.4.2 del Decreto 1075 de 2015 expedido por el Ministerio de Educación Nacional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Consejero de Estado

## NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Decreto 1075 del 26 de mayo de 2015.

2 Folio 7 del Cuaderno de medidas cautelares.

3 El accionante cita la siguiente providencia: <sup>[1]</sup> Consejo de Estado, auto de 12 de junio de 2001, Radicación número.20388/2011, ponencia del Dr. Alier E. Hernández Enriquez. Folio 17 de este cuaderno.

4 Folio 17 de este cuaderno.

5 Folio 18 de este cuaderno.

6 Ibidem.

7 El 7 de marzo de 2018. Folio 11 de este cuaderno.

8 Memorial radicado el 17 de abril de 2018. Folios 28 a 32 de este cuaderno.

9 Ver ampliación de esta definición en la sentencia C- 379 de 2004, de la Corte Constitucional.

10 Sobre la finalidad de las medidas cautelares, consultar providencia de 13 de mayo de 2015 (Expediente nro. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), en la que se aseveró: “[...] se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda ‘la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón’[...]”.

11 Artículo 230 del CPACA.

12 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado: 2014-03799, sentencia del 17 de marzo de 2015.

13 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expediente: 2015-00022, auto del 13 de mayo de 2015. Sobre la aplicación de la proporcionalidad, la misma providencia indicó: “[...] Se ha sostenido en anteriores ocasiones: // [...] Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad’. // En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos ... El propio artículo 231 del C.P.A.C.A. da lugar a estar consideración imperativa en el numeral 4, literales a) y b), cuando prescribe como exigencia: ‘Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes condiciones:

a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o

b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios. [...]”

14 El artículo 230 del CPACA señala que el Juez puede decretar, cuando haya lugar a ello, “una o varias de las siguientes” cautelas: ordenar que se mantenga una situación, o se restablezca el estado de cosas anterior a la conducta “vulnerante o amenazante”, cuando fuere posible (numeral 1); suspender un procedimiento o actuación administrativa, incluso de carácter contractual, dentro de ciertas condiciones (numeral 2); suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (numeral 3); ordenar que se adopte una decisión, o que se realice una obra o una demolición de una obra con el objeto de evitar el acaecimiento de un perjuicio o que los efectos de este se agraven (numeral 4); impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer (numeral 5). Cuando la medida cautelar implique la adopción de un acto discrecional, el Juez no puede sustituir a la autoridad competente, sino limitarse a ordenar su adopción según la Ley (parágrafo).

15 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expediente: 2015-00022, auto del 13 de mayo de 2015.



16 Vale la pena ahondar en el tema de la transición del régimen de las medidas cautelares que tuvo lugar con el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, asunto explicado en la providencia de 17 de marzo de 2015 (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado: 2014-03799, sentencia del 17 de marzo de 2015), en la cual se puntualizó: “[...] Ahora bien, centrando el estudio en la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, es notorio para la Sala que la nueva disposición, sin desconocer los rasgos característicos del acto administrativo, amplió, en pro de una tutela judicial efectiva, el ámbito de competencia que tiene el Juez de lo contencioso administrativo a la hora de definir sobre la procedencia de tal medida cautelar; y ese cambio, que se refleja en el tenor literal de la norma, consulta la intención del legislador y el entendimiento de la medida cautelar en el marco constitucional. Una interpretación del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo teniendo en cuenta solamente la variación literal del enunciado normativo, pudo haber generado en los inicios de su aplicación la idea de que la existencia de una manifiesta infracción, a la que hacía referencia el artículo 152 del anterior Código, fue reemplazada por el surgimiento en el análisis judicial de una oposición entre el acto y las normas superiores, sin que ello comportara una diferencia material en el contenido normativo de ambas disposiciones. Sin embargo, estudiados los antecedentes de la disposición debe arribarse a una conclusión diferente, dado que, se insiste, la medida cautelar en el nuevo escenario judicial de esta Jurisdicción obedece y reclama la tutela judicial efectiva. [...]” (Resaltado es del texto).

17 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado: 2014-03799, sentencia del 17 de marzo de 2015.

18 Así lo sostuvo la Sala en la providencia de 11 de marzo de 2014 (Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala, expediente radicado: 2013 00503), al expresar que: “Con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los Jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la Jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 del CPACA expresamente dispone que ‘[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento’. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es de brindar a los Jueces ‘la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite’ [ ]. Una suerte de presunción iure et de iure, sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido. // La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o ‘prejuzgamiento’ de la causa [ ]. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia”. (Negrillas fuera del texto).

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 10:54:51