



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA

Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., quince (15) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Expediente: 110010325000201500366 00 (0740-2015)¹
Demandante: Héctor Alfonso Carvajal Londoño
Demandada: Procuraduría General de la Nación, PGN
Asunto: Se revoca auto de 15 de marzo de 2017

Conoce la Sección Segunda² el proceso acumulado de Nulidad Simple de la referencia, con informe de la Secretaría³ para resolver el recurso de súplica interpuesto por **307** coadyuvantes de la PGN,⁴ contra el auto de 15 de marzo de 2017,⁵ proferido por el Despacho sustanciador ordenando al referido órgano de control, como medida cautelar de urgencia, que:

«...se abstenga de realizar la evaluación del desempeño laboral de quienes se encuentran en período de prueba como consecuencia de su participación en el proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales I y II a la que alude el artículo 22 de la Resolución 040 del 20 de enero del 2015, hasta tanto no se profiera sentencia de fondo en el presente asunto.».

Con miras a resolver el medio de impugnación interpuesto, procede la Sala en primer lugar, a realizar una recapitulación de las actuaciones surtidas en el presente proceso.

LA DEMANDA

Se trata del medio de control de Nulidad Simple promovido por el señor Héctor Alfonso Carvajal Londoño, en nombre propio, con el propósito de obtener la nulidad de la Resolución 040 del 20 de enero de 2015, proferida por la PGN, *«Por medio de la cual se da apertura y se*

¹ Al proceso de la referencia fueron acumulados los expedientes 11001-0325-000-2015-00305-00 (0624-2015), 11001-0325-000-2015-00428-00 (1015-2015), 11001-0325-000-2016-00192-00 (1016-2016), 11001-0325-000-2015-00306-00 (0625-2015) y 11001032500020150069000 (2110-2015).

² Para efectos de completar el «quórum» decisorio y de esta manera resolver las manifestaciones de impedimento de los señores Consejeros de Estado Rafael Francisco Suárez Vargas y William Hernández Gómez, así como para decidir el recurso de súplica, mediante sorteo se designaron los conjueces (...).

³ Del 23 de noviembre de 2017, visible a folio 881 del cuaderno de medidas cautelares del expediente.

⁴ En adelante PGN.

⁵ Visible a folios 272 a 277 del cuaderno de medidas cautelares del expediente.

reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la Entidad.».

Para sustentar su pretensión de nulidad, el actor relató que en virtud del artículo 125 de la Constitución, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera administrativa, salvo los de elección popular, libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los que disponga la Ley.

Explicó, que el artículo 279 Superior dispuso, que *«La Ley determinará lo relativo a la estructura y al funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación, regulará lo atinente al ingreso y concurso de méritos y al retiro del servicio, a las inhabilidades, incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración y al régimen disciplinario de todos los funcionarios y empleados de dicho organismo.».*

Resaltó, que con la finalidad de regular la carrera administrativa de la PGN, mediante la Ley 573 de 2000,⁶ el Congreso otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República, y que en ejercicio de tales facultades, el Gobierno Nacional profirió el Decreto Ley 262 de 2000,⁷ mediante el cual, entre otras, en su artículo 182 determinó la naturaleza de los empleos de dicha entidad, de la siguiente manera:

«Artículo 182. Clasificación de los empleos. *Los empleos, de acuerdo con su naturaleza y forma de provisión, se clasificarán así:*

- 1) *De carrera*
- 2) *De libre nombramiento y remoción*

Los empleos de la Procuraduría General de la Nación son de carrera, con excepción de los de libre nombramiento y remoción.

Los empleos de libre nombramiento y remoción son:

- *Viceprocurador General*
- *Secretario General*
- *Tesorero*
- *Procurador Auxiliar*
- *Director*

⁶ Mediante la cual se reviste al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias en aplicación del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución.

⁷ Por el cual se modifican la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

- *Jefe de la División Administrativa y Financiera del Instituto de Estudios del Ministerio Público*
- *Procurador Delegado*
- *Procurador Judicial*
- *Asesor del Despacho del Procurador*
- *Asesor del Despacho del Viceprocurador*
- *Veedor*
- *Secretario Privado*
- *Procurador Regional*
- *Procurador Distrital*
- *Procurador Provincial*
- *Jefe de Oficina*
- *Jefe de la División de Seguridad*
- *Agentes adscritos a la División de Seguridad y demás servidores cuyas funciones consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos, cualquiera sea la denominación del empleo.*

3) De periodo fijo: Procurador General de la Nación.». (Subrayas fuera de texto).

Expresó, que la legalidad de la citada disposición fue objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C-101 de 2013,⁸ cuya parte resolutive dispuso lo siguiente:

«Primero.- Declarar la INEXEQUIBILIDAD de la expresión “Procurador Judicial” del numeral 2), del artículo 182, del Decreto Ley 262 de 2000, por la vulneración del artículo 280 de la Constitución Política.

Segundo.- ORDENAR a la Procuraduría General de la Nación que en un término máximo de 6 meses, contados a partir de la notificación de este fallo, convoque a un concurso público para la provisión en propiedad de los cargos de Procurador Judicial, que deberá culminar a más tardar en un año desde la notificación de esta sentencia.». (Subrayas fuera de texto).

Señaló, que como consecuencia de la declaratoria de inexecutable de la expresión «Procurador Judicial», contenida en el artículo 182 del Decreto Ley 262 del 2000,⁹ y de la orden impartida por la Corte Constitucional en la referida sentencia, orientada a que en 6 meses debía adelantarse el respectivo concurso, el Procurador General de la Nación de ese entonces, profirió la Resolución 040 del 20 de enero de 2015, «Por medio de la cual se da apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer cargos de carrera de procuradores judiciales de la entidad».

⁸ Con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo.

⁹ Por el cual se modifican la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

Agregó, que los empleos objeto del concurso fueron 744, de los cuales 317 plazas eran de procuradores judiciales I, y 427, de procuradores judiciales II, distribuidos en 14 procuradurías delegadas, así:

- Procuraduría Delegada para la Restitución de Tierras (Procurador Judicial II);
- Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios (Procurador Judicial II);
- Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles (Procurador Judicial II);
- Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales (Procurador Judicial II);
- Procuraduría Delegada para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social (Procurador Judicial II);
- Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa (Procurador Judicial II);
- Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia (Procurador Judicial II);
- Procuraduría Delegada para la Restitución de Tierras (Procurador Judicial I);
- Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios (Procurador Judicial I);
- Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles (Procurador Judicial I);
- Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales (Procurador Judicial I);
- Procuraduría Delegada para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social (Procurador Judicial I);
- Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa (Procurador Judicial I); y
- Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia (Procurador Judicial I).

Adujo, que en razón a la distribución de los empleos de Procuradores Judiciales I y II en 14 procuradurías delegadas, se adelantaron de manera simultánea 14 convocatorias, todas ellas reguladas por la mencionada Resolución 040 del 20 de enero de 2015.¹⁰

Concepto de la violación

Leída con detenimiento la demanda, así como la solicitud de medida cautelar formulada en escrito separado, se tiene que las inconformidades del señor Carvajal Londoño frente al acto administrativo demandado están consignadas desde el acápite de los

¹⁰ Por medio de la cual se da apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer cargos de carrera de procuradores judiciales de la entidad.

«elementos fácticos» y luego son reiteradas varias veces en el capítulo denominado «normas violadas y concepto de violación», por lo que en uso de las «facultades para interpretar la demanda»¹¹ que le confiere el artículo 42 del Código General del Proceso,¹² esta Sala identifica las censuras, reparos o cargos propuestos por la parte demandante de la siguiente manera:

Primer cargo de la demanda.- Extralimitación de las facultades de la Corte Constitucional. Alegó el accionante, que por disposición de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para revisar la constitucionalidad de las leyes y de los decretos del Gobierno Nacional que tengan fuerza material de ley, pero no para proferir disposiciones para remplazar estas, es decir, que a su juicio, la Corte no puede adoptar determinaciones que se encuentran reservadas a legislador, pues, de ser así, «*quedaríamos sometidos a la dictadura de los jueces*», en consecuencia, consideró que la Corte no podía en la sentencia C-101 de 2013, ordenar a la PGN abrir en un plazo de 6 meses, concurso público de méritos para proveer en propiedad los cargos de «*Procurador judicial*», sin la existencia de una norma legal que considere estos cargos como de carrera administrativa, especificando entre otras, sus funciones, régimen disciplinario, entre otras, pues, dicha función, según afirmó, corresponde al Congreso de la República, por disposición del artículo 279 constitucional.

Segundo cargo de la demanda.- Falta de competencia del Procurador General de la Nación para convocar a concurso de méritos para proveer los cargos de Procurador Judicial. Argumentó el demandante, que el Procurador General de la Nación no podía dar apertura a un proceso de selección para proveer en carrera los cargos de «*Procurador Judicial*», puesto que, declarada inexecutable la norma que estipulaba que dichos empleos eran de libre nombramiento y remoción, le correspondía al legislador determinar la

¹¹ Sobre las «facultades del juez para interpretar la demanda», se puede consultar, entre otras, la providencia de 19 de agosto de 2016, proferida por la Sección Tercera en el exp. 25000233600020150252901 (57380), con ponencia del Consejero Jaime Santofimio, en la que se expresó lo siguiente: «El juez en el marco de su autonomía funcional y siendo garante del acceso efectivo a la administración de justicia, debe interpretar de manera integral, y como un todo, el escrito de demanda extrayendo el verdadero sentido y alcance de la protección judicial deprecada por quien acude a la jurisdicción. Así, corresponde a la judicatura adentrarse en el estudio de los extremos fácticos que circunscriben la causa petendi y los razonamientos jurídicos de manera armónica con lo pretendido, de modo tal que más que aferrarse a la literalidad de los términos expuestos interesa desentrañar el sentido del problema litigioso puesto a su consideración, eso sí, sin desquiciar los ejes basilares de la misma demanda.».

¹² Artículo 42. Deberes del juez. Son deberes del juez: (...). 5. Adoptar las medidas autorizadas en este código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto. Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia. (...).

naturaleza de los mismos, en consecuencia, el Procurador General de la Nación no se encontraba habilitado para considerar «*motu proprio*», que eran de carrera administrativa, y mucho menos para convocar a concurso público de méritos para proveerlos de manera definitiva, sin que antes, el Congreso de la República regulase la materia.

Tercer cargo de la demanda.- Desconocimiento del derecho de igualdad. Según el actor, la resolución demandada desconoce el derecho de igualdad de las personas que se venían desempeñando en el cargo de «*Procurador Judicial*» en calidad de empleados de libre nombramiento y remoción, antes de la expedición de la sentencia C-101 de 2013,¹³ pues, se les obligó a concursar con personas que no se encontraban en igualdad de circunstancias que ellos, dada su experiencia en dichos empleos.

Cuarto cargo de la demanda.- Desconocimiento del derecho de acceso a cargos públicos. Por último, estimó el demandante, que el acto administrativo demandado desconoce el derecho de acceso a cargos públicos de los concursantes, pues prohibió que pudieran inscribirse en varias convocatorias para aspirar a varios cargos.

PRIMERA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

Con fundamento en los argumentos expuestos, el accionante también solicitó en su demanda, como medida cautelar, lo siguiente:

«que se decrete la suspensión provisional del acto administrativo contenido en la Resolución 040 del 20 de enero de 2015, es decir, suspender el trámite del concurso, hasta tanto no se resuelva la presente demanda en forma definitiva, teniendo en cuenta que ya se han abierto y cerrado las inscripciones para el referido concurso y seguidamente sobrevendrán las pruebas y demás etapas del concurso; con lo cual ya no será posible atacar los actos administrativos de carácter general; sino que de permitirse que se alcance a elaborar una lista de elegibles, solamente serán objeto de demanda los actos administrativos de carácter particular y concreto.

La presente medida además busca prevenir que cuando se dicte fallo, ya se haya agotado el trámite del concurso y ya sea un hecho cumplido la violación de los derechos de los aspirantes, así como de los servidores que actualmente ocupan los cargos de Procuradores Judiciales e inclusive se presenten situaciones que puedan consolidar derechos adquiridos, creando una situación más confusa y más gravosa para el interés público.».

¹³ Con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo.

La solicitud de medida cautelar formulada con la demanda fue reiterada a través de memorial de 2 de junio de 2015,¹⁴ en el que el actor solicitó al Despacho sustanciador tramitar con celeridad la petición de cautela, puesto que *«el concurso ha seguido adelante, aumentando cada día el riesgo de perjudicar tanto a los aspirantes, como a los que se encuentran ocupando los cargos actualmente.»*

ADMISIÓN DE LA DEMANDA Y TRÁMITE DE LA PRIMERA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

La demanda fue admitida a través de providencia del 14 de abril de 2015 y en cuaderno separado, mediante proveído del mismo 14 de abril de 2015,¹⁵ el Despacho sustanciador ordenó *«CORRER traslado a la parte demandada, Nación – Procuraduría General de la Nación, por el término de cinco (5) días, de la petición de SUSPENSIÓN PROVISIONAL (...).»*

OPOSICIÓN DE LA PGN A LA PRIMERA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

En la oportunidad procesal para ello, la PGN se opuso a la prosperidad de la primera solicitud de medida cautelar, para lo cual expuso los siguientes argumentos:¹⁶

- 1) Que con la apertura del proceso de selección para proveer en propiedad los cargos de *«procurador judicial»* de la PGN, no se desconocieron las normas invocadas por el accionante, toda vez que el concurso público de méritos se abrió en cumplimiento de la orden impartida por la Corte Constitucional en la sentencia C-101 de 2013.
- 2) Que no es necesario que el legislador establezca un nuevo régimen de carrera administrativa para los cargos de *«procurador judicial»* como lo afirma el accionante, pues, la Corte Constitucional señaló de manera clara, que estos estarán regulados por el sistema de carrera administrativa especial previsto para los demás servidores de la PGN, consagrado por el Decreto Ley 262 del 2000.¹⁷

¹⁴ Folios 76 a 77 del cuaderno de medidas cautelares.

¹⁵ Folios 12 a 13 del cuaderno de medidas cautelares del expediente.

¹⁶ A través de memorial de 22 de mayo de 2015, suscrito por el señor apoderado de la PGN, Dr. Jorge Mario Segovia Armenta, visible a folios 27 a 51 del cuaderno de medidas cautelares.

¹⁷ Por el cual se modifican la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el

- 3) Que el Procurador General de la Nación sí tiene competencia para convocar y reglamentar el concurso público de méritos para proveer en propiedad los cargos de «*Procurador Judicial*», pues, el numeral 45 del artículo 7.º del Decreto Ley 262 del 2000,¹⁸ lo faculta para «*ejercer suprema dirección y administración del sistema de carrera administrativa de la entidad*», en desarrollo de lo cual puede «*a) definir las políticas para la elaboración y aplicación de las pruebas que se usarán en los concursos y determinarán los parámetros para su calificación. b) Adoptar los instrumentos necesarios para el cumplimiento de los fines de cada una de las etapas del proceso de selección. (...) d) Definir las condiciones de las convocatorias para los concursos de méritos y suscribirlas (...).*».
- 4) Que la Corte Constitucional no está legislando en la sentencia C-101 de 2013 al declarar inexecutable la expresión «*Procurador Judicial*» del numeral 2.º del Decreto Ley 262 del 2000, tal y como lo afirma el demandante, pues, en su calidad de guardiana de la Carta Magna, conoce de las demandas de inexecutableidad contra las leyes y decretos leyes como el 262 de 2000.
- 5) Que al haberse declarado la inexecutableidad de la expresión «*Procurador Judicial*», los referidos empleos automáticamente dejaron de ser de libre nombramiento y remoción, para convertirse en cargos de carrera administrativa, de conformidad con la regla general establecida por el artículo 125 de la Constitución, a los cuales se accede a través del mérito comprobado.
- 6) Que los razonamientos expuestos por el accionante para justificar el desconocimiento del derecho a la igualdad es «*desértica*», por no haber cumplido con la carga argumentativa correspondiente.
- 7) Que por disposición expresa del Decreto Ley 262 de 2000, en sus artículos 193, 198 y 200, los aspirantes solo se podían inscribir a uno solo de los cargos ofertados en las convocatorias, por lo tanto, la prohibición expuesta en la Resolución 040 de 2015 se ajusta a los parámetros dispuestos en la norma que rige el sistema de carrera administrativa de la PGN.

de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

¹⁸ Ib.

RESOLUCIÓN DE LA PRIMERA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

Por medio de auto del 25 de agosto de 2015,¹⁹ el Despacho sustanciador²⁰ resolvió «*DENEGAR la medida cautelar de SUSPENSIÓN PROVISIONAL del acto administrativo acusado, esto es, de la Resolución No. 040 del 20 de enero de 2015, expedida por la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN*», argumentando, lo siguiente:

«Descendiendo al caso concreto fuerza concluir que ninguno de los cargos endilgados como soporte de la medida cautelar solicitada tienen vocación de triunfo, ya que, respecto del primero (la vulneración del artículo 182 de la Ley 262 de 2000), fue la misma Corte Constitucional quien, mediante sentencia C-101 de 2013 declaró inexecutable la expresión Procurador Judicial y dispuso la realización del concurso de méritos para la provisión de los cargos por concurso de méritos; dicho en otras palabras, el acto administrativo acusado tiene como fundamento el acatamiento de una decisión judicial proferida por el Tribunal de cierre de la jurisdicción constitucional en la sentencia C-101 de 2013, por la cual se impuso a la entidad accionada una obligación perentoria, en cuanto a la puesta en marcha de los trámites para la elaboración de una lista oficial de elegibles a fin de proveer los cargos de Procurador Judicial del Ministerio Público, ante la declaratoria de inexecutable de la expresión “Procurador Judicial” del numeral 2º del artículo 182 de la Ley 262 de 2000. Esto dispuso el numeral segundo de la citada decisión:

“Segundo.- ORDENAR a la Procuraduría General de la Nación que en un término máximo de seis meses, contados a partir de la notificación de este fallo, convoque a un concurso público para la provisión en propiedad de los cargos de Procurador Judicial, que deberá culminar a más tardar en un año desde la notificación de esta sentencia.”.

De otro lado, no encuentra respaldo la tesis del demandante sobre la eventual vulneración a los artículos 26, 40 y 125 Superior, por el hecho de haber limitado la entidad accionada la inscripción de los aspirantes a un solo cargo dentro de la convocatoria. Esta Corporación en la providencia calendada 21 de agosto de 2014,²¹ al desatar el recurso ordinario de súplica con ocasión de la solicitud de suspensión provisional en el medio de control de simple nulidad contra el acto administrativo por el cual el Consejo Superior de la Judicatura convocó a concurso para la provisión de los cargos de funcionarios de la Rama Judicial, que contenía una regla semejante, dijo:

“En términos sencillos, el sentido de la expresión “solo se permitirá la inscripción en un (1) cargo”, depende de la lectura y comprensión completa del artículo. De ahí que al sacar la frase de ese entorno, cambia el sentido.

¹⁹ Folios 62 a 68 del cuaderno de medidas cautelares.

²⁰ Con ponencia del señor Consejero de Estado, Dr. Jorge Octavio Ramírez R., encargado del Despacho del hoy Consejero de Estado Dr. Gabriel Valbuena Hernández.

²¹ Auto del 19 de agosto de 2014 que resolvió recurso de súplica, Consejo de Estado, Subsección “A”, radicación 110010325000201301524 00, actor Amparo López Hidalgo contra el Consejo Superior de la Judicatura, Pte. Alfonso Vargas Rincón.

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura mediante el Acuerdo No. PSAA13-9939 de 25 de junio de 2013, convocó a los interesados en vincularse a los cargos de Funcionarios (Juez o Magistrado) de la Rama Judicial, denominación en la cual no hay solo uno, existen varios. Por ejemplo, en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, existen 30 cargos de Magistrado.

Lo anterior quiere decir que en el nivel de funcionarios en cada especialidad, existe un número de cargos considerable que comprende desde Magistrado de Tribunal Administrativo hasta Juez Laboral Municipal de pequeñas causas.

No puede ser otro el alcance, por orden, lógica, transparencia y economía en el proceso correspondiente, pues no resulta razonable que para no quebrantar el derecho fundamental de acceso a funciones públicas se permita la inscripción en cargos de todas las denominaciones.

En tales condiciones, la expresión demandada no podría calificarse como una limitante o restricción al derecho fundamental de acceso a los cargos o funciones públicas, ni como reguladora de derechos o deberes fundamentales, por ello, en este momento procesal no podría afirmarse que haya incursionado en la órbita de una Ley Estatutaria. Se limitó a señalar una regla de organización administrativa de la cual se podía ocupar la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que tiene a su cargo la responsabilidad de administrar la carrera judicial y de dictar los reglamentos necesarios para el funcionamiento de la administración de justicia.”.

Conforme a lo explicado, ninguno de los cargos esgrimidos por el demandante para exigir la aplicación de la medida cautelar de suspensión provisional se encuentran fundados, por lo que resulta insuficiente la carga argumentativa requerida para acceder a su petición.».

RECURSO DE SÚPLICA CONTRA EL AUTO QUE NEGÓ LA PRIMERA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

Mediante escrito de 2 de septiembre de 2015,²² el demandante, señor Héctor Alfonso Carvajal Londoño, interpuso recurso de súplica contra el auto de 25 de agosto de 2015 que denegó la medida cautelar solicitada. Para el efecto, el actor reiteró los cargos de la demanda y agregó, que en la sentencia C-101 de 2013 la Corte no se ocupó de explicar la manera como se debía adelantar el concurso para proveer los cargos de Procurador Judicial que antes de dicho fallo eran de libre nombramiento y remoción. Adicionalmente señaló, que para esa época el concurso seguía su curso y se encontraba ad portas de efectuarse la prueba de conocimientos a todos los concursantes, por lo que resultaba urgente y perentorio un pronunciamiento del Despacho sustanciador antes de la realización de dicha prueba.

²² Obrante a folios 79 a 90 del cuaderno de medidas cautelares.

Del medio de impugnación interpuesto se corrió traslado a la parte demandada el 7 de septiembre de 2015.²³

En el término legal otorgado para ello, la PGN²⁴ solicitó confirmar la decisión impugnada y rechazar por improcedente el recurso interpuesto, pues, en su sentir, el recurso de súplica no procede para impugnar el auto que deniega medidas cautelares, toda vez que por disposición del artículo 242 de la Ley 1437 de 2011,²⁵ el medio idóneo para controvertir el auto que deniega medidas cautelares es el de reposición.

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA EL AUTO QUE NEGÓ LA PRIMERA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

Por medio de providencia de 12 de diciembre de 2016,²⁶ el Despacho sustanciador acogió el argumento de la PGN y resolvió tramitar como reposición el recurso de súplica interpuesto por el demandante contra el auto de 25 de agosto de 2015, que negó la primera solicitud de medida cautelar. Dicho proveído de 12 de diciembre de 2016, desestimó el medio impugnatorio argumentando lo siguiente:

«... estudiadas los fundamentos presentados por el recurrente este despacho considera que el recurso de reposición no está llamado a prosperar, por las razones que se exponen a continuación:

(i).- «Cumplimiento de orden judicial».

En lo referente al primer cargo de reposición formulado, debe decirse que no son de recibo los argumentos en que se sustenta el mismo, toda vez que, como puede observarse, la Procuraduría General de la Nación expidió el acto acusado en cumplimiento de la orden judicial proferida por la Corte Constitucional en la sentencia C-101 de 2013, cuya parte resolutive, reza expresamente.

“Segundo.- ORDENAR a la Procuraduría General de la Nación que en un término máximo de seis meses, contados a partir de la notificación de este fallo, convoque a un concurso público para la provisión en propiedad de los cargos de Procurador Judicial, que deberá culminar a más tardar en un año desde la notificación de esta sentencia.”.

Por lo tanto, dado que la orden del juez constitucional es clara en señalar que la Procuraduría General de la Nación debía (mandato imperativo)

²³ Constancia obrante a folio 91 del cuaderno de medidas cautelares.

²⁴ Mediante escrito del 10 de septiembre de 2015, visible a folios 92 a 103 del cuaderno de medidas cautelares.

²⁵ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

²⁶ Folios 250 a 254 del cuaderno de medidas cautelares.

convocar a concurso público para la provisión en propiedad de los cargos de procuradores judiciales, incluso con el establecimiento de un marco temporal definido, el despacho en estos momentos no puede (i) desconocer la fuerza vinculante y apremiante con la que gozan las órdenes judiciales y (ii) reprochar su cumplimiento, cuando producto de un examen preliminar no se advierte contradicción de normas legales o superiores en aquella actuación administrativa, siendo esto motivo suficiente para reafirmar los argumentos plasmados en el auto de 25 de agosto de 2015.

De igual manera, es preciso advertir que los argumentos que esboza el recurrente se dirigen específicamente a atacar la sentencia de constitucionalidad ya referida, no siendo este (trámite ordinario de una medida cautelar de suspensión de provisional de actos administrativos) el escenario judicial adecuado para enjuiciar dicha providencia, como quiera que ello debe hacerse en la respectiva oportunidad procesal ante la misma corporación que profirió la decisión, entiéndase la Corte Constitucional.

(ii).- «El precedente judicial».

Frente al segundo cargo, relacionado con la presunta aplicación errónea del precedente, el Despacho advierte que los argumentos presentados no se comparten toda vez que el precedente judicial aplicado al caso concreto es la postura reiterada de esta corporación frente a la presunta vulneración del derecho de acceso a los cargos públicos cuando las convocatorias de los concursos establecen que el participante solo puede aspirar a una sola convocatoria.

Recientemente este despacho, en auto de 22 de noviembre de 2016, sostuvo:

“De igual manera debe decirse que el despacho no observa vulneración de los derechos a la igualdad y de acceso a cargos públicos, como quiera que la medida adoptada por el Consejo Superior de la Judicatura responde a criterios de eficiencia en su gestión y no impide a los ciudadanos el acceso a empleos de carrera en la Rama Judicial, respetando entonces los fundamentos de la carrera judicial consagrados en el artículo 156 de la Ley 270 de 1996.”.

Sobre el particular, en auto de 12 de mayo de 2014, en un proceso en el cual se ventilan las mismas reclamaciones aquí planteadas²⁷, se dijo que:

“[...] no se evidencia vulneración al derecho a la igualdad, pues no se advierte que existan personas que hayan recibido un trato diferente por parte de la entidad demanda[da] por el contrario, todos los participantes del proceso de selección, regulado por el acto demandado, se encuentran sujetos a las mismas reglas y condiciones, es decir, a todos y a cada uno [de] ellos sólo se les permite escoger de entre los varios cargos que relaciona la convocatoria, uno sólo para ingresar en ella.”.

²⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Auto de 12 de mayo de 2014. Rad.11001-03-25-000-2013-0151500 (3871-2013). Consejero ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

De igual manera, debe ponerse de presente que en sentencia de 6 de julio de 2015,²⁸ esta sección negó las pretensiones de una demanda encaminada a obtener la simple nulidad del acto acusado; en dicha oportunidad se dispuso:

“Esta sola constatación es suficiente para la Sala a efectos de considerar que la restricción introducida por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, en el Acuerdo PSAA13-9939 de 25 de junio de 2013, en el sentido de permitir a los concursantes únicamente la inscripción de un solo cargos, es proporcional y razonable, en la medida que constituye un medio adecuado para alcanzar el fin o propósito general de lograr un eficaz funcionamiento de la administración de justicia.

Pero además, la medida restrictiva adoptada por el acto administrativo demandado supera con creces el examen que plantea el test de proporcionalidad a que hace referencia la jurisprudencia trascrita, el cual supone hacer pasar la reglamentación cuestionada por el tamiz de los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. [...]”.

Por lo anterior, producto del estudio preliminar para determinar si procede o no el decreto de una medida cautelar, el despacho no observa una vulneración a los derechos a la igualdad y de acceso a cargos públicos, toda vez que la medida adoptada por la Procuraduría General de la Nación, por si misma, no representa tratos diferenciados injustificadamente como tampoco barreras de acceso a la función pública, pues las mismas responden a la lógica de eficiencia y debida gestión del concurso público.».

SEGUNDA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

Por medio de escrito radicado el 16 de mayo de 2016,²⁹ el señor Hernando Aníbal García Dueñas, en su calidad de coadyuvante de la parte accionante en el proceso de la referencia, también solicitó como medida cautelar de urgencia, *«la suspensión provisional de la Resolución 040 del 20 de enero de 2015, es decir, suspender el trámite del concurso hasta tanto no se resuelva la presente demanda en forma definitiva.».*

Para sustentar la urgencia de su solicitud de cautela, el señor coadyuvante manifestó que para ese momento ya se habían desarrollado casi todas las etapas del concurso público de méritos abierto mediante la Resolución 040 de 2015,³⁰ al punto que ya se habían publicado los resultados de la prueba de conocimientos y de la fase denominada «análisis de antecedentes», por lo que a

²⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 6 de julio de 2015. Rad. 1100103255000201301524 00 (3914-2013). Consejero ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez..

²⁹ Folios 139 a 170 del cuaderno de medidas cautelares.

³⁰ Por medio de la cual se da apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer cargos de carrera de procuradores judiciales de la entidad.

continuación se desarrollarían las etapas de «publicación de las listas de elegibles» y «nombramientos en periodo de prueba», circunstancias que a su juicio, materializarían la vulneración de varios derechos fundamentales de personas que como él, se venían desempeñando los cargos de «Procurador Judicial» desde antes de la expedición de la referida sentencia C-101 de 2013, que ordenó la realización del concurso.

En tal virtud, señaló que la suspensión provisional de la norma demandada, es necesaria para *«evitar que se lleven a cabo las respectivas inscripciones en carrera, etapa con la que se puede adquirir los derechos de carrera, situación que procede solo una vez se supere el periodo de prueba de 4 meses, en la Procuraduría General de la Nación, se otorga la inscripción en carrera de conformidad con lo preceptuado en el Decreto Ley 262 de 2000, por lo que hasta que se cumpla con ese requisito los elegidos tienen una mera expectativa, lapso que se cumple el 1º de enero de 2017.»*.

El coadyuvante de la parte demandante además formuló los siguientes cargos contra la resolución cuestionada:

Primer cargo formulado por el coadyuvante de la parte demandante.- Desconocimiento del derecho al debido proceso, pues, la PGN en el parágrafo del artículo 10.º de la demandada Resolución 040 de 2015, señaló que los cuadernillos de las pruebas aplicadas están cobijados por reserva legal, lo cual, a su juicio, desconoce el derecho de defensa, contradicción y debido proceso de los concursantes que pretendan acceder a dicha documentación con el fin de interponer reclamaciones contra los resultados de la prueba de conocimientos.

Segundo cargo formulado por el coadyuvante de la parte demandante.- Vulneración de los principios de la función pública consagrados en el artículo 209 Constitucional y del Decreto Ley 262 de 2000, ya que, a su juicio, la PGN no estableció *«un criterio objetivo e imparcial»* para evaluar la prueba de conocimientos dentro del proceso de selección regulado por la Resolución 040 de 2015, dejando a la universidad o institución de educación superior contratada para la realización de dicha prueba, la posibilidad de imponer a su arbitrio los parámetros de calificación que debieron ser definidos por la entidad convocante, lo cual, a su modo de ver, contraría el Decreto Ley 262 del 2000, que según afirma, en alguno de sus apartes establece que es competencia exclusiva del Procurador General de la Nación

«determinar el valor máximo de cada una de las pruebas que se deban aplicar en los concursos.».

Tercer cargo formulado por el coadyuvante de la parte demandante.- Desconocimiento del principio de objetividad, puesto que la prueba de conocimientos aplicada con ocasión del proceso de selección para proveer cargos de «*Procurador Judicial*» contenía preguntas con fallas tanto en su estructuración gramatical y sintáctica como en su contenido técnico jurídico, por lo que muchas de ellas obtuvieran un bajo índice de aprobación o fueran contestadas al azar, de conformidad al concepto rendido por el profesor Rodrigo Alfaro Viracachá.

Cuarto cargo formulado por el coadyuvante de la parte demandante.- Desconocimiento del principio de transparencia, porque, en la Fiscalía General de la Nación cursa una investigación por el delito de cohecho por dar u ofrecer, relacionados con la pérdida y divulgación de los cuadernillos.

RESOLUCIÓN DE LA SEGUNDA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

Mediante el referido proveído del 12 de diciembre de 2016,³¹ el Despacho sustanciador, además de desestimar el recurso de reposición interpuesto por el señor accionante contra el auto de 25 de agosto de 2015 que negó la solicitud de medida cautelar contenida en la demanda; también denegó la petición de cautela presentada por el coadyuvante de la parte demandante, señor Hernando Aníbal García Dueñas.

Respecto de la solicitud de medida cautelar formulada por el coadyuvante del demandante, el Despacho sustanciador argumentó lo siguiente:

«De la medida cautelar de urgencia.

Sea lo primero transcribir lo dispuesto en los artículos 231, 233 y 234 de la Ley 1437 de 2011, a cuyo tenor literal se dispone:

«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

³¹ Folios 250 a 254 del cuaderno de medidas cautelares.

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.

[...]

Artículo 233. Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares. La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.

Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso.

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

La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta.».

Ahora bien, de las normas trascritas se deduce que por regla general, la adopción de una medida cautelar no puede tomarse sin escuchar previamente a la parte contraria y por ello es menester correrle traslado de la solicitud para que pueda pronunciarse sobre ella; sin embargo, el artículo 234 ibídem, establece la posibilidad excepcional de decretar una medida cautelar de urgencia «inaudita parte debitoris», esto es, sin necesidad de escucharla previamente, cuando la urgencia así lo aconseje, y siempre y cuando se verifique el cumplimiento a cabalidad de los requisitos consagrados en el precitado artículo 231 del ídem.

Debe igualmente anotarse que para que la adopción de la medida cautelar se haga en los términos del citado artículo 234 del CPACA, la «urgencia» debe encontrarse debidamente acreditada en el expediente.

En el caso concreto, es necesario hacer las siguientes anotaciones:

(i).- El señor Hernando Aníbal García Dueñas fue admitido como coadyuvante en el proceso de la referencia mediante auto 19 de mayo de 2016³², confirmado mediante providencia de 12 de diciembre de 2016, en la cual el despacho precisó que si bien es cierto el señor García Dueñas presentó en la oportunidad procesal correspondiente la solicitud coadyuvancia, los nuevos cargos por él formulados fueron extemporáneos, motivo por el cual se resolvió no valorar estos últimos, de conformidad a la reglas del CPACA (artículos 173 y 223).

(ii).- Como quiera que la carga argumentativa de la solicitud de medida cautelar de urgencia se encaminó hacia la protección de un restablecimiento posterior de derechos y el cauce de procesal de este libelo es el de la simple nulidad, la misma no está llamada a prosperar.

(iii).- Adicional a ello, dado que el parámetro de análisis para el decreto de este tipo de medidas cautelares serían los nuevos cargos por él formulados, al resolver el despacho no valorar los mismos se perdería el sustrato jurídico – argumentativo de la solicitud, siendo este argumento suficiente para ser despachada de manera desfavorable.

Por las razones expuestas, el despacho negará la medida cautelar de urgencia de urgencia.».

TERCERA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

Mediante escrito de 21 de febrero de 2017,³³ el señor Héctor Alfonso Carvajal Londoño en su calidad de demandante en el proceso de la referencia, presentó nuevamente solicitud de medida cautelar de urgencia, conforme el procedimiento establecido en el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011, solicitando:

³² Folios 173 y 174 del cuaderno principal.

³³ Visible a folios 264 a 270 del cuaderno de medidas cautelares del expediente.

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

Para sustentar la solicitud de cautela, el actor expuso que han acontecido nuevos hechos dentro del trámite del concurso público de méritos regulado por la demandada Resolución 040 de 2015, toda vez que: (i) se conformaron listas de elegibles para los cargos de «Procurador Judicial I y II»; (ii) se efectuaron los nombramientos en periodo de prueba de las personas que integraron los registros de elegibles; y (iii) que al momento de interponer la solicitud, la PGN se encontraba agotando el procedimiento de evaluación de desempeño de los funcionarios nombrados en periodo de prueba en dichos cargos.

Advirtió el accionante, que con la ejecución del proceso de calificación de los funcionarios designados en periodo de prueba en los cargos de «Procurador Judicial I y II», la PGN vulneró de manera flagrante el derecho al debido proceso, consagrado por el artículo 29 constitucional, pues, a su juicio no existe norma alguna que regule el proceso de calificación para los funcionarios que ejercen cargos de «Procurador Judicial» así como los aspectos objeto de calificación, método de evaluación o recursos procedentes contra los resultados de la calificación, en consecuencia, se está aplicando un mecanismo de evaluación que no existe en el ordenamiento jurídico.

Explicó, que de no decretarse de manera urgente la medida cautelar solicitada, la sentencia que declare la eventual nulidad de la resolución demandada será imposible de ejecutar, por lo que consideró razonable suspender de manera provisional el procedimiento de calificación de desempeño de las personas nombradas en los cargos de «Procurador Judicial I y II» en periodo de prueba.

EL AUTO SUPPLICADO

Mediante auto del 15 de marzo de 2017,³⁴ el Despacho sustanciador, resolvió *«Decretar la medida cautelar de urgencia consistente en ordenar a la Procuraduría General de la Nación, que se abstenga de realizar la evaluación del desempeño laboral de quienes se encuentren en período de prueba como consecuencia de su participación en el proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales I y II a la que alude el artículo 22 de la Resolución 040 del 20 de enero de 2015, hasta tanto se profiera sentencia definitiva en el presente asunto.».*

³⁴ Auto obrante a folios 272 a 277 del cuaderno de medidas cautelares.

En sustento de la decisión transcrita, la providencia suplicada razonó de la siguiente manera:

«2. La medida cautelar de urgencia en el caso concreto

El Despacho, al efectuar la valoración de la urgencia de la medida, en armonía con las reglas de procedencia de las medidas cautelares (art. 229) y con la norma sobre su contenido y alcance (art. 230) considera que la medida cautelar de urgencia es procedente, como quiera que de llevarse a cabo la evaluación del desempeño acarrearía que algunos de los sujetos designados en los cargos de procurador judicial I y procurador judicial II luego de ser calificados superarían el periodo de prueba al que se refiere el artículo 22 de la Resolución 040 de 2015, lo que daría paso a la consolidación de su situación jurídica particular y concreta al quedar, de manera definitiva inscritos en el Sistema Especial de Carrera de la Procuraduría General de la Nación.

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

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

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

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

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

encuentren en periodo de prueba como consecuencia de su participación en el proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales I y II de la Procuraduría General de la Nación.».

EL RECURSO DE SÚPLICA

Contra el auto del 15 de marzo de 2017, por medio del cual el Despacho sustanciador dispuso decretar la medida cautelar de urgencia solicitada por el demandante, señor Héctor Alfonso Carvajal Londoño, **307** coadyuvantes de la PGN interpusieron dentro de la oportunidad procesal para ello, recurso de súplica con el objeto que se revoque la cautela decretada y se reanude el trámite del proceso de selección regulado por la demandada Resolución 040 de 2015.³⁵

La lectura detenida, así como la juiciosa interpretación de los **307** escritos de impugnación, muestran a la Sala que las inconformidades de los recurrentes respecto de la providencia de 15 de marzo de 2017 que decretó la medida cautelar de urgencia, son las siguientes:

Primera inconformidad de los suplicantes.- Desconocimiento del objeto del medio de control de Nulidad Simple. Explican los recurrentes, que de conformidad con el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011,³⁶ las medidas cautelares proceden siempre que sean necesarias para proteger de forma provisional el objeto del proceso y para que los efectos de la sentencia no sean ilusorios o imposibles de cumplir. En ese sentido afirman, que el medio de control de Nulidad Simple tiene como finalidad la protección del ordenamiento jurídico en abstracto, aspecto que lo diferencia del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, el cual, esencialmente, persigue la protección de derechos particulares, y por ende, intereses concretos. Consideran entonces, que en la providencia recurrida se desarrolló un análisis que desbordó el estudio de legalidad en abstracto que debe realizarse en el marco de un proceso de Nulidad Simple, toda vez que el fundamento de la medida cautelar decretada fue la presunta ilegalidad del proceso de calificación de los funcionarios nombrados en periodo de prueba en los cargos de «*procurador judicial*», lo cual, a su juicio, no hace parte de la regulación de la convocatoria, sino por el contrario, constituye una actuación concreta, derivada de la ejecución de la norma acusada, que genera situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, cuyo estudio no puede ser efectuado en el marco del proceso de la referencia. Concluyen entonces en este punto, que

³⁵ Por medio de la cual se da apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer cargos de carrera de procuradores judiciales de la entidad.

³⁶ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

en el caso concreto, el estudio de la tercera solicitud de medida cautelar debió estar dirigido exclusivamente a verificar de forma preliminar la legalidad en abstracto de la Resolución 040 de 20 de enero de 2015, por lo que el examen realizado en el auto recurrido se encuentra por fuera del objeto del medio de control de Nulidad, puesto que revisa un trámite que tiene que ver con situaciones jurídicas de carácter particular.

Segunda inconformidad de los suplicantes.- Falsa motivación.

Advierten los recurrentes, que no es cierto lo afirmado en el auto recurrido cuando señala que de no decretarse la medida cautelar de urgencia, una eventual sentencia favorable al demandante sería ilusoria, pues, para ese entonces ya habría consolidado la situación jurídica de la mayoría de quienes hacen parte de las listas de elegibles, pues, ya tendrían que haber sido inscritos en la carrera administrativa especial. Ello por cuanto, según los coadyuvantes, al momento de decretar la medida cautelar de urgencia, ya existían al menos 4 tipos de situaciones jurídicas consolidadas e inmodificables en virtud del artículo 58 de la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación, situaciones que describió así: (i) respecto de quienes conforman las listas de elegibles, teniendo en cuenta que adquirieron el derecho a ser nombrados en periodo de prueba; (ii) en cuanto a los nombrados pero que no alcanzaron a posesionarse en período de prueba, pues, ya adquirieron el derecho de acceder al desempeño del cargo, el cual fue reconocido formalmente con el acto de nombramiento; (iii) frente a los nombrados en período de prueba, que eventualmente adquirirán derechos de carrera, en caso de que fuesen calificados satisfactoriamente; y (iv) respecto de quienes ya fueron inscritos en la carrera administrativa especial de la PGN, que son la mayoría. En ese orden, sostienen que al decretar la medida cautelar de urgencia, el Ponente desconoció que en la etapa en que se encuentra el concurso público de méritos, ya existían situaciones jurídicas consolidadas que tienen que ser respetadas por una eventual sentencia anulatoria del acto administrativo demandado.

Tercera inconformidad de los suplicantes.- Desconocimiento del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, puesto que se omitió la realización del juicio de ponderación de Intereses.

En efecto, los coadyuvantes señalan que en el desarrollo del auto impugnado no se realizó el juicio de ponderación de intereses, el cual está consagrado por el numeral 3.º del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, como requisito esencial para decretar una medida cautelar distinta a la

suspensión provisional de un acto administrativo. Aducen, que mediante el referido juicio de ponderación de intereses, el Legislador persiguió que el funcionario judicial pueda concluir que resultaría para el interés público más gravoso negar la solicitud de cautelar que decretarla. Afirman, que de haberse efectuado el análisis que se echa de menos, el Ponente hubiera llegado a la conclusión evidente, que resulta más gravoso para el interés general conceder la medida que negarla, puesto que con la misma se desconocen situaciones jurídicas ya consolidadas, por lo que solicitan a esta Sala, que una vez realizado el estudio requerido se revoque la medida cautelar a la que se ha hecho alusión en el desarrollo de este proveído.

Cuarta inconformidad de los suplicantes.- Improcedencia de la medida cautelar de urgencia por inexistencia de hechos nuevos.

En concepto de los recurrentes, la decisión impugnada desconoce el inciso final del artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, el cual dispone que cuando una medida cautelar haya sido negada, podrá ser solicitada nuevamente, siempre y cuando se hayan presentado hechos sobrevinientes, mediante los cuales se configuren los requisitos para decretarla. Relatan, que mediante autos del 25 de agosto de 2015 y 12 de diciembre de 2016 el Despacho sustanciador negó la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado y de suspensión del trámite del concurso, al resolver los cargos expuestos en la demanda, conforme viene señalado en este proveído, por lo tanto, los recurrentes advierten que el accionante se encontraba en la obligación de acreditar la existencia de hechos nuevos que cambiaran la situación estudiada en las providencias antes citadas y en su defecto acreditar la concurrencia de los requisitos para decretar la medida cautelar de urgencia. A juicio de los recurrentes, la fundamentación expuesta por el accionante en la solicitud de medida cautelar de urgencia, y acogida por el Consejero Ponente, consistente en la finalización de los periodos de prueba los funcionarios nombrados en desarrollo del concurso de méritos, así como la calificación del desempeño durante dicho periodo y la consecuente inscripción en carrera, no constituyen un hecho nuevo que amerite el estudio de una nueva solicitud de medida cautelar, y mucho menos el decreto de la misma, ya que en su criterio, la conformación de las listas de elegibles, nombramientos en periodo de prueba, calificación del mismo e inscripción en carrera, no constituyen hechos nuevos o sobrevinientes, pues estas son etapas propias de un proceso de selección para la provisión de cargos de carrera administrativa, en este caso para los empleos de procurador judicial, por lo que eran conocidas con anterioridad por el accionante y la

comunidad en general, por estar consagradas en las bases de las convocatorias y en las normas de carácter general que regulan la carrera administrativa especial de la PGN, creándose entonces la posibilidad de solicitar una nueva medida cautelar en cada etapa del concurso.

Quinta inconformidad de los suplicantes.- Ausencia de análisis probatorio. Relatan los impugnantes, que la medida cautelar de urgencia fue solicitada y decretada con fundamento en el hecho que el proceso de calificación del desempeño de funciones de los elegibles nombrados en periodo de pruebas, estaba siendo desarrollado sin que exista regulación alguna para dicho procedimiento. Afirman, que el Despacho sustanciador no realizó valoración probatoria alguna para verificar la veracidad de tal afirmación, pues, a su juicio, de haber realizado un mínimo análisis probatorio se hubiese percatado de que el controvertido procedimiento de evaluación se estaba llevando a cabo en virtud del trámite establecido en los artículos 232 a 235 del Decreto Ley 262 de 2000.³⁷ En tal virtud, a juicio de los coadyuvantes de la parte demandada, esta Sala debe revocar el auto recurrido por estar sustentado en una falsa afirmación, carente de valoración probatoria alguna.

Sexta inconformidad de los suplicantes.- Desconocimiento del artículo 232 de la Ley 1437 de 2011, que establece la obligación de prestar caución para cubrir los eventuales perjuicios que ocasione la medida cautelar. Manifiestan los recurrentes, que jurisprudencialmente se ha aceptado que la caución exigida para decretar medidas cautelares, consagrada por el inciso final del artículo 232 de la Ley 1437 de 2011, no es requerida para ordenar la práctica de cautelas en el marco de un proceso de Nulidad Simple, cuyo desarrollo, en principio no afectaría situaciones jurídicas particulares y concretas ya consolidadas, toda vez que el objeto del medio de control aludido es la protección del ordenamiento jurídico en abstracto. En virtud de lo anterior, explican que teniendo en cuenta que en el caso concreto la medida cautelar solicitada estaba dirigida a la afectación de situaciones jurídicas particulares y concretas debidamente consolidadas, el demandante debió prestar caución de conformidad con el artículo 232 de la Ley 1437, con el fin de garantizar los perjuicios que sin lugar a dudas se están generando con ocasión de la

³⁷ Por el cual se modifican la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

medida cautelar decretada. Indican, que de no resolverse favorablemente el recurso de súplica que se eleva, la Sala debe imponer el pago de una caución en aras a garantizar los derechos de los afectados por la medida cautelar decretada de manera urgente.

Séptima inconformidad de los suplicantes.- Desconocimiento del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 porque no se verificó el cumplimiento de los requisitos para decretar medidas cautelares diferentes a la suspensión provisional. A juicio de los coadyuvantes de la PGN, la providencia impugnada debe ser revocada porque en ella, para decretar la medida cautelar de urgencia, no verificó el cumplimiento de uno de los presupuestos esenciales a tener en cuenta al momento de decretar cualquier medida cautelar, que es el denominado «*fumus boni iuris*» o apariencia de buen derecho, desarrollado en los numerales 1.º y 2.º del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, cuyo objeto consiste en determinar si la situación jurídica cuya protección se pretende con el decreto de una medida cautelar, se encuentra preliminarmente ajustada a derecho, aunque sea sumariamente. Explican, que ni siquiera el carácter urgente de la situación que rodee un caso en concreto, releva o exime al operador judicial de verificar o constatar la apariencia de buen derecho. Consideran entonces, que corresponde a la Sala desarrollar el análisis aludido, y determinar si la medida cautelar de urgencia se encuentra razonablemente fundada en derecho.

Octava inconformidad de los suplicantes.- Extemporaneidad del cargo o reparo formulado por el demandante contra la Resolución 040 de 2015, que se tuvo en cuenta para decretar la medida cautelar. Aseguran los recurrentes, que para sustentar su solicitud de medida cautelar de urgencia, el demandante hace alusión a que el trámite de calificación del período de prueba de los procuradores judiciales nombrados en periodo de prueba, no está regulado en el ordenamiento jurídico, argumento que para los coadyuvantes de la PGN es extemporáneo, pues, no estaba contenido en la demanda inicial, ni fue alegado en la oportunidad procesal para su aclaración, reforma o modificación, acorde lo indica el artículo 223 de la Ley 1437 de 2011.

Novena inconformidad de los suplicantes.- Desconocimiento del principio de la seguridad jurídica, puesto que, en criterio de los recurrentes, la medida cautelar decretada de manera urgente, extiende indefinidamente el término de duración del período de prueba

generando incertidumbre para los concursantes y la ciudadanía en general.

Décima inconformidad de los suplicantes.- Desconocimiento del principio de la confianza legítima, puesto que, en criterio de los recurrentes, la medida cautelar decretada de manera urgente, afecta las expectativas legítimas de los concursantes que fueron incluidos en las listas de elegibles de ser nombrados en propiedad.

Décima primera inconformidad de los suplicantes.- Desconocimiento del principio del mérito, puesto que, en criterio de los recurrentes, la medida cautelar decretada de manera urgente desconoce que los concursantes que fueron incluidos en la lista de elegibles, probaron sus méritos a lo largo de todas las etapas del proceso de selección.

Décima segunda inconformidad de los suplicantes.- Desconocimiento del precedente horizontal. Advierten los recurrentes, que mediante proveído del 25 de agosto de 2015, el Despacho sustanciador negó la solicitud de suspensión provisional de la Resolución 040 de 2015, básicamente porque esta fue proferida en cumplimiento de una orden judicial, tal y como quedo expuesto en acápite anterior de la presente providencia. Resaltan que mediante auto del 12 de diciembre de 2016, el mismo Despacho confirmó la providencia del 25 de agosto de 2015, recurrida por el accionante y además negó la solicitud de medida cautelar de urgencia propuesta por uno de los coadyuvantes de la parte actora. En ese orden, afirman que con las dos decisiones referidas se podía concluir de forma palmaria y evidente, que la pretensión de nulidad propuesta en el proceso de la referencia no ha superado el examen inicial propio de la etapa preliminar en la que se encuentra el proceso, en consecuencia, al decretar la medida cautelar de urgencia mediante el auto recurrido, el Ponente cambió la línea argumentativa expuesta con anterioridad. Consideran, que al cambiar su posición frente a la prosperidad de la medida cautelar solicitada por el recurrente, se desconoció el precedente horizontal constituido por las decisiones del 25 de agosto de 2015 y 12 de diciembre de 2016, toda vez que no expuso en debida forma las razones por las cuales se apartó de las citadas decisiones. Afirman entonces, que la Sala debe revocar el auto recurrido toda vez que el Ponente desconoció su propia decisión sin justificación alguna, incurriendo en desconocimiento del precedente horizontal.

TRÁMITE DEL RECURSO DE SÚPLICA INTERPUESTO POR LOS COADYUVANTES DE LA PGN

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 246 de la Ley 1437 de 2011, el 12 de julio de 2017, la Secretaría de la Sección Segunda fijó en lista el recurso de súplica que nos ocupa.³⁸

OPOSICIÓN AL RECURSO DE SÚPLICA

Dentro del término de traslado otorgado para tal fin, las ciudadanas María Martina Sánchez Triana y María Claudia Durán Chaparro en su condición de coadyuvantes del demandante, se opusieron a la prosperidad del recurso ordinario de súplica interpuesto por los coadyuvantes de la PGN, para lo cual expusieron los siguientes argumentos:

- 1) Que ante la eventual sentencia que resuelva de fondo el proceso de la referencia declarando la nulidad de la Resolución 040 de 2015, los actos administrativos proferidos en virtud de ella perderían fuerza ejecutoria, toda vez que las sentencias anulatorias proferidas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo tienen efectos «*ex tunc*» o hacia el pasado, y en consecuencia, todas las actuaciones adelantadas en su vigencia deberán retrotraerse hasta el momento en que se produjo el acto administrativo objeto de la sentencia de nulidad.
- 2) Que de revocarse la medida cautelar decretada de manera urgente, los elegibles nombrados en periodo de prueba en los cargos de «*procurador Judicial*», quedarían inscritos en la carrera administrativa de la PGN, ocasionando que una eventual sentencia anulatoria tenga efectos nugatorios, pues, se consolidarían situaciones jurídicas contrarias al ordenamiento jurídico.
- 3) Que los recurrentes incurren en error al argumentar que en la providencia que decretó la medida cautelar controvertida, no se realizó un juicio de ponderación de intereses, toda vez que de los documentos y argumentos aportados en las diferentes etapas del proceso, el Ponente concluyó que era más gravoso para el interés general negar la medida cautelar que concederla, por cuanto el acto administrativo acusado desconoce disposiciones constitucionales y legales, razón por la cual concedió la petición expuesta por el demandante.

³⁸ Obrante a folio 723 del cuaderno de medidas cautelares.

- 4) Que desde el inicio del proceso de Nulidad Simple de la referencia, se han allegado al expediente múltiples documentos en donde se informó al Ponente sobre el trámite de la convocatoria, por lo que sí hubo una valoración probatoria para decretar la medida cautelar de manera urgente.
- 5) Que el Despacho sustanciador sí analizó el «*fumus bonis iuris*» teniendo en cuenta que se analizaron «*las perspectivas de éxito de la demanda*».

CONSIDERACIONES

CUESTIÓN PREVIA: MANIFESTACIONES DE IMPEDIMENTO

A folios 637 y 638 del cuaderno de medidas cautelares, obra manifestación de impedimento de los Consejeros de Estado, Rafael Francisco Suárez Vargas y William Hernández Gómez, para conocer del recurso de súplica objeto de estudio en el presente proveído, alegando que varios de sus familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad participaron en el concurso público de méritos regulado por la convocatoria que se demanda.

En efecto, el doctor Rafael Francisco Suárez Vargas señaló que su hermana actualmente se desempeña como Procuradora Judicial II, luego de superar las etapas del concurso público de méritos demandado. Por su parte, el doctor William Hernández Gómez expresó que su hija se inscribió en la convocatoria y participó en la mayoría de las etapas del concurso.

Sobre el particular anota la Sala, que el primer numeral contenido en el artículo 141 del Código General del Proceso, señala que es causal de recusación, entre otras, la de:

«1. Tener el juez, su cónyuge, compañera o compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso. (...)».

Así las cosas, para esta Sala, las circunstancias descritas por los señores Consejeros de Estado Rafael Francisco Suárez Vargas y William Hernández Gómez, se encuadran en la causal legal trascrita, por lo que se les aceptará el impedimento que formularon y se les declarará separados del conocimiento del presente asunto.

PROCEDENCIA DEL RECURSO DE SÚPLICA

Sobre el particular, el artículo 246 de la Ley 1437 de 2011 prevé lo siguiente:

«El recurso de súplica procede contra autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el magistrado ponente en el curso de la segunda o única instancia, o durante el trámite de la apelación de un auto. También procede contra el auto que rechaza o declara desierta la apelación o el recurso extraordinario.

Este recurso deberá interponerse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto, en escrito dirigido a la sala de que forma parte el ponente, con expresión de las razones en que se funda.

El escrito se agregará al expediente y se mantendrá en la secretaría por dos (2) días a disposición de la parte contraria; vencido el traslado, el secretario pasará el expediente al despacho del magistrado que sigue en turno al que dictó la providencia, quien será el ponente para resolverlo ante la Sala, sección o subsección. Contra lo decidido no procederá recurso alguno.».

Del enunciado en cita se identifican las siguientes reglas: (i) la súplica procede frente a decisiones por naturaleza apelables y proferidas en segunda o única instancia por el magistrado ponente; (ii) el término para interponerse es de tres días tras la notificación del auto que se recurre; (iii) el escrito debe contener los motivos en que se funda; (iv) en garantía del debido proceso, debe correrse traslado por el término de 2 días a la parte contraria; y, (v) el juez competente para su resolución es la Sala a la que pertenezca el ponente de la decisión suplicada, con exclusión de éste.

De los anteriores presupuestos, se resalta que la norma estableció expresamente que el recurrente, en súplica, debe señalar los motivos de inconformidad frente a la providencia judicial.

Por tal motivo, el magistrado que resuelva la súplica debe limitarse a pronunciarse respecto de los cargos propuestos por el recurrente, frente a los cuales la parte contraria tuvo oportunidad de pronunciarse con ocasión del traslado contemplado en la misma norma; sin perjuicio, como se afirmó previamente, de que las exigencias del caso le impongan al juez un mayor espectro de análisis, asumiendo la carga argumentativa respectiva.

Finalmente no sobra advertir que, tal como ocurre con el recurso de apelación, el juez al conocer la súplica es competente para revocar o

confirmar en su integridad la decisión, extremos entre los cuales puede proferir otro tipo de decisiones que permitan la adopción de un pronunciamiento en derecho.

Analizando los citados presupuestos en el caso objeto de estudio, se encuentra que: (i) el auto de 15 de marzo de 2017 es suplicable en la medida en que fue proferido por el ponente dentro de un proceso de única instancia con el objeto de decretar una medida cautelar y, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 236 y 243.2 de la Ley 1437 de 2011, esa decisión es apelable por naturaleza e, incluso, de manera expresa la primera disposición contempla la procedencia del recurso de súplica; (ii) se interpuso en el término legal, según el informe de secretaría de la Sección Segunda obrante dentro del expediente; (iii) la parte interesada, en este caso los coadyuvantes de la PGN, expusieron las razones de inconformidad con la providencia recurrida; (iv) se corrió el respectivo traslado a la parte demandante; y (v), la decisión se adopta con exclusión del magistrado ponente que profirió la decisión suplicada.

En virtud de lo expuesto, el recurso de súplica que en el proceso de la referencia interpusieron los coadyuvantes de la PGN, resulta procedente, por lo que a continuación la Sección Segunda en pleno procede a su estudio, con exclusión del Consejero de Estado que decretó la medida cautelar de manera urgente.

Entonces, atendiendo a los argumentos expuestos por los coadyuvantes de la PGN, así como los motivos de oposición aducidos por las coadyuvantes de la parte actora, a continuación la Sala decidirá el recurso ordinario de súplica.

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE SÚPLICA

Expuestas las doce inconformidades formuladas por los 307 recurrentes contra la providencia de 15 de marzo de 2017 que decretó la medida cautelar ya descrita, la Sala precisa que se estudiará en primer término, por ser un requisito de procedibilidad, la censura denominada «***Improcedencia de la medida cautelar de urgencia por inexistencia de hechos nuevos.***».

A efectos de adelantar el estudio de la referida inconformidad, la Sala recuerda, que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contenido en la Ley 1437 de 2011, consagró en aras de materializar la tutela judicial efectiva, un amplio

régimen de medidas provisionales con el que se persigue adoptar unas decisiones inmediatas de diversa índole con el fin de responder en debida forma a las necesidades que demande una situación jurídica específica.

La normativa prevista en el Capítulo XI del Título V de la Ley 1437 de 2011, denominado «Demanda y proceso contencioso administrativo», se fijó un régimen plural de medidas cautelares aplicable a los procesos declarativos y a los que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos de que conoce esta jurisdicción. Así, el artículo 229, inciso 1º de la Ley 1437 de 2011, establece que:

«En todos los procesos declarativos, que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda, o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente, decretar en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.»

Así las cosas, en el escenario establecido con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contrario a lo que ocurría en vigencia del Código Contencioso Administrativo, las medidas cautelares pueden ser solicitadas: **(i)** como cautela de urgencia,³⁹ con la que se procura la adopción de una medida provisional de eficacia inmediata, en donde con ocasión de la situación de inminente riesgo de afectación de los derechos del interesado, se prescinde del trámite de notificación a la contraparte y procede su decreto, incluso, antes de que se notifique el auto admisorio; **(ii)** con la presentación de la demanda,⁴⁰ caso en el cual al

³⁹ **Artículo 234. Medidas cautelares de urgencia.** Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar. La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta.

⁴⁰ **Artículo 233. Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares.** La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.

admitirla, el Juez o Magistrado Ponente deberá correr traslado en auto separado por el término de 5 días y ordenará su notificación personal al demandado. Dentro de los 10 días siguientes al vencimiento del término anterior, se decide la medida cautelar, **(iii)** durante el curso del proceso,⁴¹ en donde deberá correrse traslado por el término de 5 días a partir de su recepción de conformidad con el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011; **(iv)** en la Audiencia Inicial,⁴² allí el Juez o Magistrado Ponente deberá correr traslado de la petición y una vez evaluado el cumplimiento de los requisitos puede proceder al decreto de la medida provisional; y **(v)** cuando haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente, si ocurrieron hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumple con los requisitos establecidos para su decreto.⁴³

Las anteriores consideraciones relacionadas con la oportunidad para solicitar medidas cautelares, se diagraman en el siguiente cuadro:

<p>1. Medida cautelar de urgencia</p> <p style="text-align: center;"> <input type="checkbox"/> SI <input type="checkbox"/> NO </p>	<p>Desde la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el juez o magistrado podrá adoptarla. (art. 234 CPACA)</p>
---	---

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.

Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso.

⁴¹ **Artículo 233. Inciso final.** Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso.

⁴² **Artículo 180. Audiencia inicial.** Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvencción según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:

(...) 9. **Medidas cautelares.** En esta audiencia el Juez o Magistrado se pronunciará sobre la petición de medidas cautelares en el caso de que esta no hubiere sido decidida.

⁴³ **Artículo 233. Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares.** La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

(...) Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso.

<p>2.Solicitada en la demanda</p> <p><input type="checkbox"/> SI <input type="checkbox"/> NO</p> <p style="text-align: center;">↓</p> <p>Para la decisión se aplicará condiciones descritas en el art. 233 CPACA →</p>	<p>Si se solicitó con la demanda, al admitirla corra traslado en auto separado por cinco (5) días art. 233 y notifique personalmente al demandado y Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Art. 612 Ley 1564 de 2012)</p> <p style="text-align: center;">↓</p> <p>Diez (10) días siguientes al vencimiento del término anterior, se decide la medida cautelar y se fija caución si se concede. La medida solo producirá efectos ejecutoriados el auto que acepte la caución.</p>
<p>3.Solicitada en el curso del proceso</p> <p><input type="checkbox"/> SI <input type="checkbox"/> NO</p> <p style="text-align: center;">↓</p> <p>Para la decisión se aplicará condiciones descritas en el art. 233 CPACA →</p>	<p>Si es así, se corre traslado por 5 días al día siguiente de su recepción conforme el art. 108 C.P.C. sin necesidad de auto por parte de secretaría.</p> <p style="text-align: center;">↓</p> <p>10 días siguientes al vencimiento del término anterior, se decide la medida cautelar y se fija caución si se concede. La medida solo producirá efectos ejecutoriados el auto que acepte la caución.</p>
<p>4.Solicitada en audiencia</p> <p><input type="checkbox"/> SI <input type="checkbox"/> NO</p>	<p>Si se solicita en la audiencia se corre traslado a la otra parte, en la misma. Una vez evaluada por el juez, podrá ser decretada allí mismo art. 233 CPACA</p>
<p>5.Solicitada nuevamente</p> <p><input type="checkbox"/> SI <input type="checkbox"/> NO</p>	<p>Habiendo sido negada, puede solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes que ameriten sea estudiada.</p>

Reitera la Sala, que de acuerdo con el inciso final del artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, «*Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto.*».

La norma es clara en exigir la presencia de «*hechos sobrevinientes*» como requisito esencial para solicitar nuevamente medidas cautelares que ya han sido negadas, igualmente, la norma reclama del operador judicial que compruebe si en virtud de esos hechos sobrevivientes «*se cumplen las condiciones requeridas para su decreto*».

Teniendo claridad sobre el requisito esencial exigido por el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, para la procedencia de una nueva solicitud de medida cautelar cuando esta ha ya sido negada, pasa la Sala al análisis del auto recurrido.

Análisis de la providencia suplicada

Como viene dicho, se trata Mediante del auto de 15 de marzo de 2017,⁴⁴ en virtud de la cual, el Despacho sustanciador, resolvió «*Decretar la medida cautelar de urgencia consistente en ordenar a la Procuraduría General de la Nación, que se abstenga de realizar la evaluación del desempeño laboral de quienes se encuentren en período de prueba como consecuencia de su participación en el proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales I y II a la que alude el artículo 22 de la Resolución 040 del 20 de enero de 2015, hasta tanto se profiera sentencia definitiva en el presente asunto.*».

En sustento de la decisión transcrita, la providencia suplicada razonó de la siguiente manera:

«2. La medida cautelar de urgencia en el caso concreto

El Despacho, al efectuar la valoración de la urgencia de la medida, en armonía con las reglas de procedencia de las medidas cautelares (art. 229) y con la norma sobre su contenido y alcance (art. 230) considera que la medida cautelar de urgencia es procedente, como quiera que de llevarse a cabo la evaluación del desempeño acarrearía que algunos de los sujetos designados en los cargos de procurador judicial I y procurador judicial II luego de ser calificados superarían el periodo de prueba al que se refiere el artículo 22 de la Resolución 040 de 2015, lo que daría paso a la consolidación de su situación jurídica particular y concreta al quedar, de manera definitiva inscritos en el Sistema Especial de Carrera de la Procuraduría General de la Nación.

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

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

⁴⁴ Auto obrante a folios 295 a 300 del cuaderno de medidas cautelares.

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

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

En este orden de ideas, se impone ordenar a la entidad demanda que se abstenga de realizar la evaluación del desempeño laboral de quienes se encuentren en periodo de prueba como consecuencia de su participación en el proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales I y II de la Procuraduría General de la Nación.».

Como puede apreciarse, el único argumento que soporta la medida cautelar suplicada hace referencia a la necesidad urgente de la misma, puesto que, según el Ponente, de no decretarse, quienes hoy se desempeñan como procuradores judiciales en periodo de prueba, pronto serían inscritos en la carrera administrativa especial de la PGN, consolidándose entonces unas situaciones jurídicas en torno a ellos que harían nugatoria la sentencia que eventualmente decreta la nulidad de la Resolución 040 de 2015 que reguló las bases del concurso de méritos.

Así las cosas, es evidente que la providencia suplicada dejó de verificar si esta nueva solicitud de medida cautelar se trataba de la misma petición de cautela elevada en ocasiones anteriores, análisis que a continuación se efectúa:

PRIMERA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR	SEGUNDA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR	TERCERA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR
<p>El accionante solicitó en su demanda, como medida cautelar, lo siguiente:</p> <p><i>«que se decrete la suspensión provisional del acto administrativo contenido en la Resolución 040 del 20 de enero de</i></p>	<p>El señor Hernando Aníbal García Dueñas, en su calidad de coadyuvante de la parte accionante en el proceso de la referencia, también solicitó como medida cautelar de urgencia, <i>«la suspensión provisional de la Resolución</i></p>	<p>Mediante escrito de 21 de febrero de 2017, el demandante presentó nuevamente solicitud de medida cautelar de urgencia, conforme el procedimiento establecido en el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011, solicitando:</p>

<p>2015, es decir, suspender el trámite del concurso, hasta tanto no se resuelva la presente demanda en forma definitiva, teniendo en cuenta que ya se han abierto y cerrado las inscripciones para el referido concurso y seguidamente sobrevendrán las pruebas y demás etapas del concurso</p>	<p>040 del 20 de enero de 2015, es decir, suspender el trámite del concurso hasta tanto no se resuelva la presente demanda en forma definitiva.».</p> <p>Para sustentar la urgencia de su solicitud de cautela, el señor coadyuvante manifestó que para ese momento ya se habían desarrollado casi todas las etapas del concurso público de méritos abierto mediante la Resolución 040 de 2015, al punto que ya se habían publicado los resultados de la prueba de conocimientos y de la fase denominada «análisis de antecedentes», por lo que a continuación se desarrollarían las etapas de «publicación de las listas de elegibles» y «nombramientos en periodo de prueba»,</p>	<p>«Que se decrete la suspensión del proceso de calificación de los procuradores judiciales I y II de la Procuraduría General de la Nación, que fueron nombrados en virtud del concurso que se encuentra demandado en el presente asunto (...).».</p> <p>Para sustentar la solicitud de cautela, el actor expuso que han acontecido nuevos hechos dentro del trámite del concurso público de méritos regulado por la demandada Resolución 040 de 2015, toda vez que: (i) se conformaron listas de elegibles para los cargos de «Procurador Judicial I y II»; (ii) se efectuaron los nombramientos en periodo de prueba de las personas que integraron los registros de elegibles; y (iii) que al momento de interponer la solicitud, la PGN se encontraba agotando el procedimiento de evaluación de desempeño de los funcionarios nombrados en periodo de prueba en dichos cargos.</p>
--	---	---

De acuerdo con lo expuesto, la medida cautelar solicitada en tres ocasiones por la parte demandada ha sido la misma: la suspensión provisional de los efectos de la Resolución 040 de 2015, así como la suspensión del trámite del concurso, para evitar que sus fases y etapas culminen con la calificación del periodo de prueba y la consecuente inscripción en carrera administrativa.

Ahora bien, mediante autos del 25 de agosto de 2015 y 12 de diciembre de 2016 el Despacho sustanciador negó las dos primeras solicitudes de medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado y de suspensión del trámite del concurso, al resolver los cargos expuestos en la demanda, conforme viene señalado en este proveído, por lo tanto, el accionante se encontraba en la obligación de acreditar la existencia de hechos

nuevos que cambiaran la situación estudiada en las providencias antes citadas y en su defecto acreditar la concurrencia de los requisitos para decretar la medida cautelar de urgencia.

En ese sentido, para esta Sala la fundamentación expuesta por el accionante para sustentar la tercera solicitud de medida cautelar, consistente en la finalización de los periodos de prueba los funcionarios nombrados en desarrollo del concurso de méritos, así como la calificación del desempeño durante dicho periodo y la consecuente inscripción en carrera, no constituyen un «*hecho sobreviniente*» que amerite el estudio de la nueva solicitud de medida cautelar, y mucho menos el decreto de la misma, ya que la conformación de las listas de elegibles, nombramientos en periodo de prueba, calificación del mismo e inscripción en carrera, son etapas propias de un proceso de selección para la provisión de cargos de carrera administrativa, en este caso para los empleos de procurador judicial, estaban previstas en las bases de las convocatorias y en las normas de carácter general que regulan la carrera administrativa especial de la PGN, al punto que esta misma circunstancia fue la que se alegó en por las parte demandante al solicitar la cautela en la ocasiones anteriores.

Por lo tanto, la decisión impugnada se aparta del inciso final del artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, el cual dispone que cuando una medida cautelar haya sido negada, podrá ser solicitada nuevamente, siempre y cuando se hayan presentado «*hechos sobrevinientes*», mediante los cuales se configuren los requisitos para decretarla.

Las consideraciones hasta aquí expuestas son suficientes para revocar la providencia suplicada, sin embargo, dada la relevancia e importancia del presente asunto, la Sala quiere referirse a las demás inconformidades formuladas por los recurrentes:

Estudio de las demás inconformidades planteadas por los recurrentes

El estudio integral de los memoriales presentados por los 309 recurrentes muestra a la Sala que en esencia, la inconformidad frente a la providencia suplicada tiene que ver con que para ellos, la medida cautelar decretada de manera urgente no estudió la «*apariencia de buen derecho*», es decir, que no cumple con los requisitos exigidos en los numerales 1.º, 2.º y 3.º del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, los cuales aluden a: **(i)** Que la demanda esté razonablemente fundada en

derecho; (ii) Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho; y (iii) 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.

Dicho en otras palabras, los recurrentes se quejan básicamente, de que la medida cautelar suplicada se soportó únicamente en el estudio del «perjuicio de la mora», pues, en la providencia suplicada sólo se alegó la inminencia de la finalización de los nombramientos en periodos de prueba y la consiguiente inscripción en carrera de quienes superasen esa etapa del concurso; sin estudiar lo relacionado con la «apariencia de buen derecho», a que se refieren las exigencias contenidas en los numerales 1.º, 2.º y 3.º del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011.

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Como se ha hecho en otras oportunidades, a continuación se analizarán las disposiciones de la Ley 1437 de 2011⁴⁵ que regulan lo relacionado con las medidas cautelares.

Establece el artículo 229, inciso 1.º, de la Ley 1437 de 2011, que:

«En todos los procesos declarativos, que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda, o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente, decretar en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.»
(Subraya el Despacho).

De acuerdo con la norma transcrita, el Juez o Magistrado Ponente no está limitado a decretar las medidas cautelares solicitadas por la parte demandante, sino que puede además, ordenar otro tipo de cautelas cuando las considere necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso, la efectividad de la sentencia, y en general, restablecer el ordenamiento jurídico y amparar los derechos fundamentales de los asociados.

⁴⁵ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Sobre el «*contenido y alcance de las medidas cautelares*», dispone el artículo 230 de la referida ley, que éstas:

«... podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.»

Igualmente señala el mencionado artículo 230, que:

«Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

1. 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.

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. 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.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

Parágrafo. *Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.» (Subraya la Ponente).*

La norma anteriormente transcrita consagra un listado enunciativo de cautelas, tales como, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, la suspensión de un procedimiento o actuación administrativa y ordenar la adopción de una decisión administrativa, entre otras.

En lo que tiene que ver con los requisitos para decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, el artículo 231 *ejusdem* estipula, 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, 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.».
(Subraya la Ponente).

En varias ocasiones, el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la manera como la Ley 1437 de 2011 introdujo una reforma sustancial al regular la institución de la suspensión provisional, precisando la Corporación, que en vigencia del Decreto Ley 01 de 1984 esta cautela sólo procedía cuando se evidenciase una «*manifiesta infracción*»⁴⁶ de normas superiores por parte de la disposición enjuiciada, mientras que bajo el marco regulatorio de la citada Ley 1437 de 2011, la exigencia de verificar la existencia de una infracción normativa como requisito estructurante de la suspensión provisional, al no haber sido calificada por el legislador como tal, no requiere ser manifiesta, es decir, evidente, ostensible, notoria, palmar, a simple vista o prima facie.⁴⁷

Entonces, para el caso de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandando, la Ley 1437 de 2011, artículo 231, establece la exigencia de acreditarse la violación de las normas superiores, 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. 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,

⁴⁶ «**Artículo 152.** El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.
2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.
3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor.».

⁴⁷ Al respecto pueden consultarse, entre otros, los autos de 28 de agosto de 2014, proferido dentro del Expediente 11001-03-27-000-2014-0003-00 (20731), con ponencia del Consejero Jorge Octavio Ramírez; de 30 de abril de 2014, proferido por el Consejero Carlos Alberto Zambrano, en el Expediente 11001-03-26-000-2013-00090-00 (47694); de 24 de enero de 2014, expedido por el Consejero Mauricio Fajardo en el Expediente No. 11001-03-26-000-2013-00090-00 (47694); de 21 de mayo de 2014, emitido por la Consejera Carmen Teresa Ortiz en el Expediente No. 11001-03-24-000-2013-0534-00 (20946); 29 de enero de 2014 proferido por el Consejero Jorge Octavio Ramírez, emitido en el Expediente No. 11001-03-27-000-2013-00014- (20066); 17 de marzo de 2015 con ponencia de la suscrita, emitido en el expediente 11001-03-15-000-2014-03799-00.

propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa, por lo 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.

En este escenario, corresponde al operador judicial en cada caso concreto abordar de manera cuidadosa su estudio, analizando inicial o preliminarmente el sometimiento de la decisión administrativa al parámetro normativo invocado, prosperando la medida en aquellos eventos en los que de ese estudio surja el quebrantamiento invocado.

En suma, si bien la regulación de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, prevista en la Ley 1437 de 2011, le confiere al juez un margen de estudio más amplio del que preveía la legislación anterior sobre la materia, no puede perderse de vista que la contradicción y el análisis entre las normas invocadas y el acto administrativo exige, entonces, que luego de un estudio de legalidad inicial, juicioso y serio, se pueda arribar a la conclusión de que el acto contradice la norma superior invocada, exigiendo, se insiste, la rigurosidad del Juez en su estudio, con fundamento en el análisis del acto o las pruebas allegadas con la solicitud.

Ahora bien, en cuanto a las demás medidas cautelares contempladas en el artículo 230⁴⁸ de la Ley 1437 de 2011,⁴⁹ distintas a la «suspensión provisional de los efectos del acto administrativo», el artículo 231⁵⁰ señala que serán procedentes cuando «concurran» los siguientes requisitos:

⁴⁸ **Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares.** Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

1. 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.
2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recae la medida.
3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.
4. 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.
5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer. (...)

⁴⁹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁵⁰ **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

- «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.».

La lectura integral del artículo en cita permite colegir, que para acceder a la solicitud de decretar medidas cautelares, distintas a la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado, el Juez deberá analizar y valorar de forma rigurosa la situación planteada por el demandante y determinar si en el caso concreto concurren o confluyen requisitos tales como que la demanda este razonablemente fundada en derecho; que el demandante hubiere demostrado la titularidad del derecho incluso sumariamente; que luego de un juicio de ponderación de intereses, a partir de las pruebas y argumentos de la demanda, se concluya que es mas gravoso para el interés general negar la medida que decretarla; y, que de no decretarse la cautela se cause un perjuicio irremediable, o que existan serios motivos para considerar que de no decretarse la medida, los efectos de las sentencias sean nugatorios.

Precisa la Sala, que los requisitos enlistados 1º, 2º y 3º del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 aluden a lo que la doctrina a denominado «*fumus boni iuris*» o apariencia de buen derecho, mientras que el numeral 4.º, literal a), hace referencia al «*periculum in mora*», o perjuicio de la mora.

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.

La apariencia de buen derecho o «*fumus boni iuris*», es un principio o criterio desarrollado por el derecho comunitario europeo,⁵¹ el cual tiene por objeto verificar que quien solicita una medida cautelar goce de la probabilidad razonable de que prospere su causa, esto con el objetivo, de que no sean decretadas medidas cautelares propuestas por la parte que sostiene una posición manifiestamente injusta o sin fundamento legal suficiente, de conformidad al principio general del derecho según el cual, «*la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón*». Para determinar si la solicitud de cautela tiene apariencia de buen derecho, el Juez administrativo debe realizar un análisis anticipado de los argumentos expuestos por las partes al momento de decidir sobre la procedencia de esta. Dicha valoración no constituye prejuzgamiento, esto en atención a que, es posible que el proceso se encuentre en una etapa inicial, y que por tanto, no se haya hecho efectivo el derecho de defensa del demandado, o no se haya surtido la etapa probatoria o de alegaciones.

El otro criterio a tener en cuenta por el Juez al momento de conceder una medida cautelar distinta a la suspensión provisional del acto administrativo demandado, es el «*periculum in mora*» o perjuicio de la mora, el cual busca que con el decreto de la cautela, se garantice la efectividad de la decisión de fondo, teniendo en cuenta que en el transcurso del proceso puede darse alguna situación que haga imposible su cumplimiento, ocasionando que los efectos de la sentencia sean ilusorios. En consecuencia de ello, el Juzgador debe advertir la necesidad de decretar la medida cautelar, con el propósito de garantizar el cumplimiento de la sentencia que resuelva de fondo las pretensiones de la demanda, evitando que se desconozcan los derechos invocados por el demandante.

Ahora bien, solo cuando el Juez determina que la solicitud de cautela, tiene apariencia de buen derecho, y además, advierte la necesidad de decretar la medida cautelar a fin de garantizar los efectos de la sentencia y evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable al solicitante, puede hacer prevalecer el interés particular del demandante, sobre la presunción de legalidad de los actos administrativos, esto con el propósito de preservar los derechos fundamentales del actor.

⁵¹ Particularmente, a partir del Auto de 20 de diciembre de 1990 de la Sala 3° del Tribunal Supremo Europeo, con ponencia del Magistrado F. González Navarro, según lo cuenta el profesor Eduardo García de Enterría en su obra «La batalla por las medidas cautelares».

Lo anterior quiere decir, que el amplio marco de discrecionalidad que la Ley 1437 de 2011 le concedió al juez de lo contencioso administrativo para adoptar medidas cautelares y modular sus efectos, exige a su vez del operador judicial, la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, en la que, además de estudiarse los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, referidos a la apariencia de buen derecho, de manera concurrente, como lo exige la norma en comento, es necesario, analizarse el perjuicio de la mora y realizarse un juicio de ponderación de intereses respecto de la gravedad que representa para el interés general el no decretar la medida cautelar.

Teniendo entonces claridad sobre los requisitos exigidos por la Ley 1437 de 2011 para decretar medidas cautelares diferentes a la suspensión provisional de los efectos del actos administrativos demandado, procede la Sala a revisar la providencia suplicada.

Análisis de la providencia suplicada

Como viene dicho, se trata Mediante del auto de 15 de marzo de 2017,⁵² en virtud de la cual, el Despacho sustanciador, resolvió *«Decretar la medida cautelar de urgencia consistente en ordenar a la Procuraduría General de la Nación, que se abstenga de realizar la evaluación del desempeño laboral de quienes se encuentren en período de prueba como consecuencia de su participación en el proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales I y II a la que alude el artículo 22 de la Resolución 040 del 20 de enero de 2015, hasta tanto se profiera sentencia definitiva en el presente asunto.»*.

Como pudo apreciarse, el único argumento que soporta la medida cautelar suplicada hace referencia a la necesidad urgente de la misma, puesto que, según el Ponente, de no decretarse, quienes hoy se desempeñan como procuradores judiciales en periodo de prueba, pronto serían inscritos en la carrera administrativa especial de la PGN, consolidándose entonces unas situaciones jurídicas en torno a ellos que harían nugatoria la sentencia que eventualmente decreta la nulidad de la Resolución 040 de 2015 que reguló las bases del concurso de méritos.

Así las cosas, la providencia suplicada sólo analizó lo relacionado al *«periculum in mora»*, es decir, únicamente verificó lo atinente al

⁵² Auto obrante a folios 295 a 300 del cuaderno de medidas cautelares.

perjuicio de la mora, al que se refiere el literal a) contenido en el numeral 4.º del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011.

Es evidente entonces, que al decretar la medida cautelar de urgencia, la providencia suplicada omitió revisar si en este momento, la solicitud que en ese sentido presentara el demandante, cumple sí o no con las exigencias enlistadas en los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 231 de la referida ley, requisitos que comprenden el denominado «*fumus boni iuris*», o apariencia de buen derecho.

Reitera la Sala, que de acuerdo con la norma en cita, las medidas cautelares distintas a la «*suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados*», únicamente proceden cuando **concurren** requisitos tales como que la demanda este razonablemente fundada en derecho; que el demandante hubiere demostrado la titularidad del derecho incluso sumariamente; que luego de un juicio de ponderación de intereses, a partir de las pruebas y argumentos de la demanda, se concluya que es más gravoso para el interés general negar la medida que decretarla; y, que de no decretarse la cautela se cause un perjuicio irremediable, o que existan serios motivos para considerar que de no decretarse la medida, los efectos de las sentencias sean nugatorios.

Por lo tanto, tienen razón los recurrentes cuando sostienen que la medida cautelar de urgencia fue decretada sin que el Ponente de la misma verificara si para el caso en concreto, se cumplía con el requisito elemental de la apariencia de buen derecho.

En ese orden de ideas, a continuación procederá la Sala a estudiar los aspectos olvidados por el Despacho sustanciador en la providencia suplicada.

ESTUDIO DEL «FUMUS BONI IURIS» O APARIENCIA DE BUEN DERECHO

Para desarrollar el estudio de la «*apariencia de buen derecho*», que como se dijo tiene que ver con revisar si la demanda esta razonablemente fundada en derecho y que el demandante hubiere demostrado la titularidad del derecho incluso sumariamente, es del caso realizar un estudio preliminar o «*ab initio*» de los argumentos que constituyen el concepto de la violación aducido tanto en la demanda como en la solicitud de medida cautelar.

Primer cargo.- Extralimitación de las facultades de la Corte Constitucional. Alegó el accionante, que por disposición de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para revisar la constitucionalidad de las leyes y de los decretos del Gobierno Nacional que tengan fuerza material de ley, pero no para proferir disposiciones para remplazar estas, es decir, que a su juicio, la Corte no puede adoptar determinaciones que se encuentran reservadas a legislador, pues, de ser así, «*quedaríamos sometidos a la dictadura de los jueces*», en consecuencia, consideró que la Corte no podía en la sentencia C-101 de 2013, ordenar a la PGN abrir en un plazo de 6 meses, concurso público de méritos para proveer en propiedad los cargos de «*Procurador judicial*», sin la existencia de una norma legal que considere estos cargos como de carrera administrativa, especificando entre otras, sus funciones, régimen disciplinario, entre otras, pues, dicha función, según afirmó, corresponde al Congreso de la República, por disposición del artículo 279 constitucional.

Estudio del primer cargo de la demanda

Para resolver la censura formulada, considera pertinente la Sala realizar un estudio sucinto de las atribuciones de la Corte Constitucional, las cuales se encuentran en el artículo 241 de la Constitución Política en los siguientes términos:

*«**Artículo 241.** A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:*

- 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.*
- 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.*
- 3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.*
- 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.*
- 5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.*
- 6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.*

7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.

8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los 6 días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

11. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones.

12. Darse su propio reglamento.

Parágrafo. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto.» (Subraya la Ponente).

De acuerdo con el artículo 241 de la Constitución, la Corte Constitucional ejerce como custodia de la Carta Política conociendo de las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra las normas que tengan rango constitucional y legal, tales como: **i)** los actos reformativos de la Constitución, es decir, los actos legislativos; **ii)** las convocatorias para activar los mecanismos de participación ciudadana, a saber: referendo constitucional y legal, asamblea nacional constituyente, consulta popular nacional y plebiscito nacional; **iii)** los tratados internacionales; **iv)** las leyes que en términos generales pueden ser: ordinarias y especiales, esto es, orgánicas, marco, de facultades extraordinarias, del plan nacional de desarrollo, de presupuesto, estatutarias, aprobatorias de tratados y de intervención en la economía; y **v)** los decretos con fuerza material de ley dictados por el Presidente, a saber: decretos ley, decretos legislativos, decretos extraordinarios y decretos del plan nacional de desarrollo y del plan nacional de inversiones públicas.

En ese orden de ideas, la jurisprudencia de la misma Corte siempre ha afirmado que en materia de control abstracto de constitucionalidad, la

Corte Constitucional tiene la más amplia competencia para garantizar la supremacía e integridad de la Constitución.⁵³

En tal virtud, la Corte Constitucional sí tenía competencia para, mediante sentencia C-101 de 2013, estudiar la constitucionalidad de un apartado del artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000,⁵⁴ específicamente en lo relacionado con la naturaleza del empleo de Procurador Judicial.

Ahora bien, leída la referida sentencia C-101 de 2013, se observa que la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la disposición legal que en el Decreto Ley 262 de 2000⁵⁵ incluía a los Procuradores Judiciales como funcionarios de libre nombramiento y remoción, porque vulneraba de manera directa el artículo 280 de la Constitución, según el cual «*Los agentes del Ministerio Público tendrán las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo.*».

Sobre el particular dijo la Corte en la mencionada providencia:

«El artículo 280 constitucional regula situaciones jurídicas de dos tipos de servidores públicos: los agentes del ministerio público que ejercen su cargo ante la rama judicial; y los magistrados y jueces ante quienes ellos actúan. Entre los factores equiparables de unos y otros, se encuentran los “derechos”, al lado de “categoría y calidades” como de “remuneración y prestaciones”. Ello indica que la acepción “derechos” adquiere un contenido específico que la diferencia de otros derechos asociados régimen salarial y prestacional de los procuradores judiciales. Entre “derechos” objeto de homologación, que no tienen por objeto ni la remuneración ni las prestaciones, se encuentra el de pertenencia a un régimen de carrera, que entraña para sus titulares garantías de estabilidad laboral, de acceso a los cargos y promoción a los mismos a través de la selección y evaluación objetivos, con base en criterios del mérito y las calidades personales, propios de la carrera administrativa o judicial; de tal pertenencia a la carrera se deriva, puntualmente, la garantía de que su nombramiento y remoción no puede ser el resultado de la discrecionalidad del nominador y de gozar de la estabilidad que tienen los magistrados y jueces ante quienes ejercen sus funciones.

⁵³ Sobre el particular se puede consultar entre otras la sentencia C-415 de 2012.

⁵⁴ Por el cual se modifican la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

⁵⁵ Por el cual se modifican la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

5.4.4. El artículo 280 de la Constitución Política refuerza lo anteriormente señalado, cuando establece que los agentes del Ministerio Público tendrán la misma “categoría” de los magistrados y jueces ante los que actúan, vocablo que significa la equivalencia en los cargos que desempeñan unos y otros, la cual se quebranta con la distinción que realiza la disposición acusada, al clasificar el cargo de procurador judicial como de libre nombramiento y remoción, cuando los de los jueces y magistrados ante los que actúan, son de carrera administrativa, conduciendo a su inexequibilidad.

5.4.5. Así, los procuradores judiciales, en su condición de agentes del Ministerio Público que actúan ante jueces y tribunales cuyos cargos han sido definidos por el legislador -Ley 270 de 1996- como de carrera, tienen el derecho a ser clasificados igualmente como carrera administrativa, en aplicación del artículo 280 constitucional. Tal decisión, además, se aviene con el principio general de la carrera, prevista en el artículo 125 superior.

5.5. Consideraciones finales.

5.5.1. La Corte declarará la inexequibilidad de la norma demandada, por vulneración del artículo 280 de la Constitución que ordena la equiparación en materia de “derechos” entre magistrados y jueces y los agentes del ministerio público que ejercen el cargo ante ellos, entendiendo esta Corte que entre los derechos a homologar se encuentra el ser considerado de carrera administrativa.

5.5.2. Cabe distinguir que una es la carrera judicial administrada por el Consejo Superior de la Judicatura y otra la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación. Por ello, la incorporación que procede respecto de los “procuradores judiciales” es a la carrera propia de la Procuraduría General de la Nación.

5.5.3. En consecuencia, al declarar inexecutable la expresión “procurador judicial”, contenida en el numeral 2) del artículo 182 del decreto ley 262 de 2000 -que los define como de libre nombramiento y remoción-, ordenará a la Procuraduría General de la Nación la convocación de un concurso público de méritos para la provisión de tales cargos, en un término no mayor de seis (6) meses, de acuerdo con las reglas y procedimientos que lo regulan.».

De acuerdo con lo expuesto, para la Corte Constitucional, como el artículo 280 Superior establece que «los agentes del Ministerio Público tendrán las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo», los empleos de Procurador Judicial no pueden ser de libre nombramiento y remoción, sino de carrera, como lo son los cargos de jueces y magistrados ante los cuales están delegados.

En ese sentido, al ser de carrera administrativa, el acceso a los cargos de Procurador Judicial, sólo puede producirse por el sistema del mérito, tal como lo establece el artículo 125 de la Constitución, razón por la que en la mencionada sentencia C-101 de 2013, la Corte Constitucional, además de la inexecutable de la expresión «*procurador judicial*», ordenó «*a la Procuraduría General de la Nación que en un término máximo de seis meses, contados a partir de la notificación de este fallo, convoque a un concurso público para la provisión en propiedad de los cargos de Procurador Judicial, que deberá culminar a más tardar en un año desde la notificación de esta sentencia.*».

Así las cosas, para esta Sala, luego de declarar la inexecutable de la expresión «*procurador judicial*» contenida en el artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000,⁵⁶ y en consecuencia determinar que tales cargos son de carrera, resultaba apenas natural que la Corte ordenara a la PGN adelantar el respectivo concurso de méritos para proveer en propiedad dichos empleos, en aplicación del artículo 125 de la Constitución que consagra el principio del mérito como el pilar de la carrera administrativa.

En criterio de esta Sala, no era necesario esperar a que el Congreso de la República expidiese una ley o que nuevamente confiriese facultades extraordinarias al Presidente de la República para que regular lo relacionado con el acceso al cargo de Procurador Judicial, pues, el principio de aplicación directa e inmediata de la Constitución, contenido en el artículo 4º de la Carta, habilitaba a la Corte para ordenar el adelantamiento del concurso con el objeto de garantizar el cumplimiento del artículo 125 superior, cuando señala que el ingreso a los cargos de carrera se hará por mérito.

Aunado a lo anterior, teniendo en cuenta que la queja del demandante se orienta a cuestionar las ordenes emitidas por la Corte Constitucional en la sentencia C-101 de 2013, la Sala considera pertinente señalar que el proceso de Nulidad Simple no es el escenario para ello, sino el incidente nulidad ante la misma Corte Constitucional, para solicitar la nulidad del mencionado fallo, como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte.

⁵⁶ Por el cual se modifican la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

Por las razones expuestas, el cargo estudiado no tiene la entidad suficiente para conferir apariencia de buen derecho a la solicitud de medida cautelar decretada de manera urgente en la providencia suplicada.

Segundo cargo.- Falta de competencia del Procurador General de la Nación para convocar a concurso de méritos para proveer los cargos de Procurador Judicial. Argumentó el demandante, que el Procurador General de la Nación no podía dar apertura a un proceso de selección para proveer en carrera los cargos de «*Procurador Judicial*», puesto que, declarada inexecutable la norma que estipulaba que dichos empleos eran de libre nombramiento y remoción, le correspondía al legislador determinar la naturaleza de los mismos, en consecuencia, el Procurador General de la Nación no se encontraba habilitado para considerar «*motu proprio*», que eran de carrera administrativa, y mucho menos para convocar a concurso público de méritos para proveerlos de manera definitiva, sin que antes, el Congreso de la República regulase la materia.

Estudio del segundo cargo

Como viene expuesto, mediante sentencia C-101 de 2013, la Corte Constitucional resolvió:

*«Primero.- Declarar la **INEXEQUIBILIDAD** de la expresión “Procurador Judicial” del numeral 2), del artículo 182, del Decreto Ley 262 de 2000, por la vulneración del artículo 280 de la Constitución Política.*

*Segundo.- **ORDENAR** a la Procuraduría General de la Nación que en un término máximo de seis meses, contados a partir de la notificación de este fallo, convoque a un concurso público para la provisión en propiedad de los cargos de Procurador Judicial, que deberá culminar a más tardar en un año desde la notificación de esta sentencia.».*

Así las cosas, al convocar, a través de la Resolución 040 de 2015, a concurso público de méritos para proveer en propiedad los cargos de Procurador Judicial, la PGN simplemente actuó en cumplimiento de la orden judicial impartida por la Corte en la referida sentencia C-101 de 2013.

En este punto, basta con recordar que, como lo ha indicado la misma Corte Constitucional en repetidas ocasiones, más recientemente en la sentencia C-621 de 2015,⁵⁷ la «*ratio decidendi*» de sus decisiones,

⁵⁷ Con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

tanto en materia de constitucionalidad como en materia de tutela, es obligatoria y tiene fuerza de cosa juzgada constitucional; por lo que no podía la PGN apartarse y desconocer lo resuelto y ordenado en la sentencia C-101 de 2013.

Por lo tanto la PGN se encontraba obligada, y por lo tanto habilitada, para adelantar el proceso de selección, a través de un concurso de méritos, para proveer en propiedad los cargos de Procurador Judicial, sin necesidad de esperar a que el legislador ordinario o extraordinario regulase lo relacionado con el ingreso a dichos empleos, pues, como ya se explicó en precedencia, el artículo 125 de la Constitución dispone que el acceso a los cargos de carrera se hará por mérito.

Entonces, realizado el análisis preliminar correspondiente a esta etapa procesal, concluye la Sala que no existen motivos para decretar la medida cautelar solicitada en lo que tiene que ver con segunda censura expuesta por el demandante.

Tercer cargo de la demanda.- Desconocimiento del derecho de igualdad. Según el demandante, la resolución demandada desconoce el derecho de igualdad de las personas que se venían desempeñando en el cargo de «*Procurador Judicial*» en calidad de empleados de libre nombramiento y remoción, pues, se les obligó a concursar con personas que no se encontraban en igualdad de circunstancias que ellos dada su experiencia en dichos empleos.

Estudio del tercer cargo

Para resolver este cargo, estima esta sección que no es suficiente la sola afirmación expuesta por el accionante, en consecuencia, resulta necesario hacer un análisis exhaustivo del material probatorio obrante en el proceso, así como un juicio o test de proporcionalidad de la situación que a juicio del demandante generó la desigualdad entre las personas se encontraban desempeñando el cargo de «Procurador Judicial» de la PGN, con anterioridad a la expedición de la Resolución demandada y las personas que participaron en el proceso de selección regulado por la norma controvertida que no desempeñaban los cargos ofertados.

Todo lo anterior, conduce la Sala a un estudio tan profundo que dejaría de ser el que se ha entendido se debe realizar durante el trámite de una solicitud de medida cautelar, esto es, un estudio «ab

initio» o «*sumaria cognitio*», pues, anticiparía definitivamente una decisión de fondo, lo cual no es propio de esta etapa procesal.

No obstante lo anterior, realizada una valoración inicial de la Resolución 040 de 2015 que se demanda, no advierte la Sala que en el marco de las convocatorias adelantadas para proveer en propiedad los cargos de Procurador Judicial, se hubiere presentado algún tipo de trato desigual o desventajoso a quienes ocupaban esos empleos en calidad de empleados de libre nombramiento y remoción, frente a los aspirantes que estaban por fuera de la entidad, puesto que el concurso de méritos fue absolutamente público y a él pudieron inscribirse y participar en igualdad de condiciones, tanto quienes venían ocupando los mencionados cargos como empleados de libre nombramiento y remoción, como personas que no estaban vinculadas a la entidad.

En tal virtud, este tercer cargo formulado por el demandante para cuestionar la legalidad de la Resolución 040 de 2015, tampoco da lugar a la apariencia de buen derecho necesaria para decretar la medida cautelar de urgencia solicitada.

Cuarto cargo.- Desconocimiento del derecho de acceso a cargos públicos. Por último, estimó el demandante, que el acto administrativo demandado desconoce el derecho de acceso a cargos públicos de los concursantes, pues prohibió que pudieran inscribirse en varias convocatorias para aspirar a varios cargos.

Estudio del cuarto cargo

El artículo 40 Superior consagra a favor de los ciudadanos el derecho a desempeñar cargos públicos, pero en criterio de la Sala dicha disposición no tienen el alcance que le quiere dar el demandante, según el cual, el concursante puede inscribirse para aspirar a todos los cargos ofertados. En efecto, la interpretación que de estas normas debe hacerse es que positivizan o contemplan de manera general, impersonal y abstracta el derecho de acceso a cargos públicos, pero en modo alguno pueden entenderse como una habilitación para que los concursantes o participantes en una convocatoria puedan inscribirse respecto de todos los cargos ofertados.

En respaldo de esta tesis, indica la Sala, que dentro del núcleo esencial o ámbito de protección del derecho fundamental a ocupar cargos públicos contemplado en el artículo 40 de la Constitución Política, la jurisprudencia de la Corte Constitucional nunca ha reconocido a los ciudadanos la garantía o

prerrogativa de inscribirse o aspirar a todos los cargos objeto de concurso, como lo entiende la accionante. Al respecto, en la sentencia SU-339 de 2011, la Corte subrayó lo siguiente:

«... la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que entran dentro del ámbito de protección de este derecho (i) la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo⁵⁸, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos⁵⁹, (iii) la facultad de elegir de entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos⁶⁰, (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupen un cargo público⁶¹.».

Entonces, al no ser del núcleo esencial o del ámbito de protección del derecho a ocupar o desempeñar cargos públicos, el límite impuesto por la norma acusada a la posibilidad de inscribirse a todos o varios de los cargos ofertados, no constituye una trasgresión de dicho postulado constitucional.

Aunado a lo anterior, anota la Sala que la restricción impuesta en la Resolución 040 de 2015, en el sentido de únicamente permitir la inscripción para aspirar a un solo empleo, atiende a la materialización y garantía de los principios constitucionales de eficiencia, economía y racionalización de la Función Pública contenidos en los artículos 125 de la Constitución Política y 3° de la Ley 1437 de 2011.

Es importante mencionar, que la restricción que cuestiona el demandante, establecida en las bases de la convocatoria regulada por la Resolución 040 de 2015 para designar en propiedad los cargos de Procurador Judicial, también ha sido incluida en los dos últimos concursos adelantados por la Rama Judicial para proveer en carrera cargos de jueces y magistrados, los cuales han sido demandados ante esta jurisdicción, entre otras, por ese mismo aspecto; por lo que el Consejo de Estado ya ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de medidas administrativas similares a la que en esta oportunidad se demanda.

En la sentencia de 15 de abril de 2004, proferida dentro del expediente 11001-03-25-000-1999-0053-00, el Consejo de Estado⁶² estudió un caso parecido al que nos ocupa.

⁵⁸ Sentencia T-309 de 1993.

⁵⁹ Sentencia T-313 de 2006.

⁶⁰ Sentencia T-451 de 2001.

⁶¹ Sentencia SU-441 de 2001.

⁶² Con ponencia del entonces Consejero de Estado I Tarcisio Cáceres Toro.

En aquella oportunidad, se demandó la nulidad de un apartado del Acuerdo 128 de 26 de agosto de 1997⁶³, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, para reglamentar el parágrafo del artículo 165 de la Ley 270 de 1996, según el cual, «... los aspirantes, en cualquier momento podrán manifestar las sedes territoriales de su interés».

La reglamentación introducida por el Acuerdo demandado, establecía que «para efectos de su inscripción dentro del respectivo Registro de Elegibles, los aspirantes a ocupar cargos de carrera en la Rama Jurisdiccional tendrán derecho a optar hasta por 2 sedes territoriales...»⁶⁴.

Para resolver de fondo, la Corporación argumentó lo siguiente:

«... la circunstancia de que los interesados sólo pueden optar hasta por 2 sedes territoriales (...), no vulnera la ley estatutaria, pues, en ella no se señala cuantas sedes territoriales puede elegir un aspirante; por el contrario, EL PARÁGRAFO DEL ARTÍCULO 165 DE LA LEY 270/96, autoriza que los aspirantes en cualquier momento pueden manifestar las sedes territoriales de su interés, de conformidad con el reglamento. La escogencia de sedes, en la mayoría de los casos, favorece la carrera judicial y el buen servicio público. De no entenderse así, habría que preguntarse ¿para qué el reglamento, si no habría ningún aspectos a reglamentar?»

... la última expresión contenida en el parágrafo citado del art. 165 de la Ley 270-96, no tiene el alcance ni se le puede dar la interpretación que hace el demandante, pues, de ella no se deduce que, necesariamente, el aspirante pueda escoger todas las sedes territoriales en donde existan los cargos a los que aspira, como tampoco que deban ser 5, 10 o 20 sedes, pues, es claro que cuando la ley estatutaria faculta a la Sala Administrativa del CSJ para reglamentar concretamente ese precepto legal, le permite dentro de términos de razonabilidad y proporcionalidad fijar el número de sedes que puede escoger, (...).

No hay pues razón jurídica para declarar la nulidad de la expresión demandada, pues, la ley estatutaria 2070/96 no señaló el número de sedes que podían escoger los aspirantes a un cargo de carrera, tan sólo autorizó al CSJ – Sala Administrativa – para reglamentar entre otros, tal aspecto, teniendo en cuenta el interés del aspirante.»

⁶³ Por medio del cual se reglamenta el parágrafo del artículo 165 de la Ley 270 de 1996.

⁶⁴ Regulación que en criterio del demandante “contiene una interpretación de carácter restrictivo, lo cual no le estaba permitido hacer, por cuanto no fue la intención del legislador limitar el número de opciones que pueda tener un aspirante para escoger las sedes y, por ende, al Consejo le está prohibido restringir tal opción, pues, ello implicaría una colegislación arbitraria al estar reduciendo todas las opciones que pueda tener el aspirante a dos.”

En otra ocasión, el Consejo de Estado resolvió una demanda de nulidad interpuesta contra el Acuerdo No. PSAA08-4528 de 4 de febrero de 2008, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura⁶⁵, toda vez que el artículo 2º de dicho Acuerdo estableció que «*Sólo se permitirá la inscripción hasta un máximo de cinco (5) cargos*»⁶⁶.

En sentencia de 27 de marzo de 2014, proferida dentro del expediente, 11001-03-25-000-2008-00024-00(0606-08), la Corporación resolvió de fondo⁶⁷ con la siguiente *ratio decidendi*:

«... la regla de inscripción (...) no vulnera el derecho de acceso a la función pública, toda vez que con ella se le brinda al concursante la posibilidad de seleccionar, de acuerdo con la experiencia y formación que posea, y frente a los 23 cargos convocados, un número máximo de 5 cargos, en los que acredite las calidades y aptitudes para participar, considerándose un margen de escogencia razonable, proporcional y adecuado para garantizar el derecho de acceso a los cargos de carrera en la Rama Judicial, teniendo en cuenta, de una parte, la diversidad de jerarquías y especialidades de los mismos, y de otra, el grado de conocimiento y experiencia que cada participante esté en capacidad de acreditar.

Tanto la Constitución como la Ley, permiten que los concursos puedan efectuarse por grupos de participantes cuando fuere conveniente por el

⁶⁵ Por medio del cual se adelanta el proceso de selección y se convoca al concurso de méritos para la provisión de los cargos de Funcionarios de la Rama Judicial.

⁶⁶ Los argumentos del demandante fueron resumidos así: “Sostuvo que la competencia de las autoridades de la República es reglada y se encuentra subordinada a la Constitución y la Ley, por lo tanto, la facultad reglamentaria también se ejerce dentro de esos precisos límites. (...) Afirmó que es un derecho fundamental de los ciudadanos participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, a través del acceso a funciones y cargos públicos, sin restricción de ninguna naturaleza. (...) Aseguró que restringir a 5 cargos la inscripción dentro de la convocatoria demandada, vulnera el derecho a la igualdad de los concursantes respecto a convocatorias anteriores porque establece una limitación arbitraria y caprichosa. (...). Expuso que el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa (CSJ), extralimitó el ejercicio de su facultad reglamentaria al restringir el derecho fundamental de los aspirantes a acceder a cargos públicos, toda vez que la Ley Estatutaria no hace restricción alguna sino que permite concursar en cargos de distinta especialidad. (...). Manifestó que el acto acusado desatiende el interés general del mérito, por cuanto éste no se logra restringiendo las oportunidades para acceder a los cargos públicos. Indicó que la carrera judicial pretende que las personas más capaces ejerzan la función judicial, independientemente de los cargos a que aspiren. (...) Argumentó que el CSJ omitiendo los cánones constitucionales invocados, usurpó funciones del legislador al efectuar una triple restricción, a saber: i). Limita la inscripción al máximo de 5 cargos. ii). Dentro de la anterior posibilidad, reduce la inscripción a 4 cargos para el caso de quienes se hayan inscrito para la convocatoria al cargo de juez penal del circuito especializado, según la convocatoria a la que se refiere el Acuerdo 4132 de 2007, o los obliga a desistir de esa aspiración para hacer uso de las 5 opciones a las que se refiere el Acuerdo 4528 de 2008. iii). Sólo permite la inscripción al curso de formación judicial para cargos que correspondan a una misma área y especialidad, así el participante haya superado la Fase I, (es decir la prueba de conocimiento y aptitudes) para cargos que correspondan a diferentes áreas. (...). Por último, indicó que la ley no hace ninguna restricción respecto a la posibilidad de inscripción en cargos de distinta especialidad.”

⁶⁷ Con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve.

número de concursantes, cargos a proveer u otras razones⁶⁸, con lo cual no se menoscaba el derecho a ejercer profesión u oficio, dado que con la inscripción del aspirante, en igualdad de condiciones, se le respeta el mismo.

... el aparte demandado sobre la inscripción a 5 cargos de la convocatoria, pretendió hacer razonable y efectivo el derecho consagrado en el artículo 125 de la carta política y su ponderación y proporcionalidad está dada en la decisión del CSJ de convocar el concurso en mención con el fin de permitirle al concursante escoger entre los cargos convocados, 5 de su predilección o afinidad, obteniendo el beneficio de satisfacer su aspiración de acceso a la Rama Judicial.

... la referida disposición está soportada en razones de tipo técnico, administrativo y financiero, como lo son, el diseño de la metodología para la aplicación de las pruebas, el tiempo en la realización de las mismas, el costo de los cuadernillos, la garantía en la simultaneidad en la aplicación de las pruebas, la capacidad de los participantes para resolver cierto número de preguntas, la capacidad administrativa y presupuestal del CSJ, toda estas razones, fueron expuestas por el CSJ en el escrito de contestación de la demanda y se encuentran soportadas en el estudio elaborado por el Centro de Investigaciones para el Desarrollo de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Colombia, y tienen relación con los principios de economía, celeridad y eficacia en el desarrollo del proceso de selección, razones que resultan suficientes para validar la legalidad de la medida ya que persigue un fin constitucionalmente legítimo y no restringe derechos que la propia Constitución ha garantizado, como el acceso a los cargos públicos.

... dicha regla se enmarca dentro de la facultad conferida al CSJ para reglamentar las etapas de los procesos de selección, y constituye a su vez una medida dirigida a garantizar el eficaz funcionamiento del referido proceso, que tiene por finalidad el desarrollo efectivo de la administración de justicia.

.... dada la particularidad de la presente convocatoria, en razón a la multiplicidad de cargos convocados, de diferente especialidad y jerarquía, resulta razonable establecer un límite máximo en la inscripción por participante, atendiendo principios de eficiencia, economía y celeridad en el desarrollo del concurso de méritos, pues de otra forma, la realización del mismo conllevaría un esfuerzo presupuestal y organizativo mayor e innecesario ante la posibilidad real de que los participantes inscritos en la totalidad de los cargos pudieran acreditar simultáneamente los conocimientos, destrezas, aptitud, experiencia, idoneidad frente a todos ellos, y culminar con éxito el proceso de selección.

⁶⁸ En tal sentido, el Decreto 052 de 1987, en su Artículo 26, dispone: “El concurso podrá realizarse por grupos de participantes cuando fuere conveniente por el número de concursantes, cargos a proveer u otras razones. En este caso para cada uno de los grupos deberá elaborarse la lista de admisibles con sus respectivas calificaciones de antecedentes”. La anterior disposición, resulta aplicable en tanto no contraría la Ley 270 de 1996.

... la disposición objeto de análisis no vulnera el derecho a la igualdad de los participantes frente a convocatorias anteriores, ya que revisados los antecedentes de los mismos, contenidos en los Acuerdos 1548 a 1550 de 2002, dichas convocatorias se referían a un número menor de cargos convocados, y pertenecían a una misma especialidad, situación que dista del caso concreto, y que desde luego, imponía otro diseño del concurso en la determinación de la metodología en la aplicación de las pruebas, el número de cuadernillos de exámenes, los costos, y demás aspectos relacionados con la planeación y desarrollo del proceso de selección, circunstancia por la cual, la Sala encuentra razones que justifican la adopción de reglas de inscripción distintas en el presente concurso de méritos.

... al existir razones técnicas, administrativas y presupuestales, basadas en los principios de eficiencia, eficacia y economía como las aquí presentes, concluye la Sala que no fue capricho de la administración el precisar los cargos de aspiración, sino que constituye una regla que obedece a claros principios constitucionales y desarrollos legales, y que resulta razonable⁶⁹, en consideración a la multiplicidad y diversidad de los cargos convocados por sus especialidades y jerarquías, motivo por el cual, los cargos de violación al derecho a la igualdad, infracción de la ley y extralimitación de funciones propuesto contra la regla de inscripción, no está llamado a prosperar.».

Idéntico criterio sostuvo el Consejo de Estado en fallo de 6 de julio de 2015, proferido por la Sección Segunda de esta Corporación, con ponencia de la Consejera de Estado Sandra Ibarra, en el expediente 1100103255000201301524 00(3914-2013), al resolver una demanda de Nulidad contra la expresión “*sólo se permitirá la inscripción de un (1) cargo*”, contenida en el artículo 2º del Acuerdo PSAA13-9939 de 25 de junio de 2013, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, “*por medio del cual se adelanta el proceso de selección y se convoca al concurso de méritos para la provisión de los cargos de Funcionarios de la Rama Judicial.*”.

Dijo el Consejo de Estado, que la limitación contenida en la expresión demandada, no vulneraba el derecho a de acceso a cargos públicos, puesto que no hacía parte del núcleo esencial del mismo, y porque atendía al principio de proporcionalidad.

En conclusión, el derecho de acceso a cargos públicos no comprende la prerrogativa o el derecho de inscribirse a todos los cargos ofertados en una convocatoria, por lo que en aras de la economía, celeridad, racionalidad y proporcionalidad, la administración puede, en el marco

⁶⁹ Se entiende razonable la medida en cuanto logra el fin perseguido cual es, asegurar la realización de los principios que orientan la función pública, respetando el derecho de acceso a los cargos públicos.

de un concurso público adoptar la medida administrativa de limitar la inscripción de los concursantes de tal manera que sólo se les permita aspirar a un solo empleo.

Por lo tanto, el cuarto cargo expuesto en la demanda tampoco confiere apariencia de buen derecho a la solicitud de medida cautelar de urgencia formulada por el demandante.

Así las cosas, es claro para la Sala que la solicitud de medida cautelar objeto de estudio carece de «*apariencia de buen derecho*» requisito esencial para decretar cautelas distintas a la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo.

En consecuencia, prospera el recurso de súplica interpuesto por los coadyuvantes de la PGN contra el auto de 15 de marzo de 2017, el cual será revocado, por las razones anteriormente expuestas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, a través de su Sección Segunda

RESUELVE

PRIMERO.- DECLÁRASE fundado el impedimento manifestado por los señores Consejeros de Estado Rafael Francisco Suárez Vargas y William Hernández Gómez. En consecuencia, se les separa del conocimiento del presente asunto, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- REVÓCASE el auto de 15 de marzo de 2017 objeto de recurso de súplica, que como medida cautelar de urgencia, ordenó a la Procuraduría General de la Nación, como medida cautelar de urgencia, que: «*...se abstenga de realizar la evaluación del desempeño laboral de quienes se encuentran en periodo de prueba como consecuencia de su participación en el proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales I y II a la que alude el artículo 22 de la Resolución 040 del 20 de enero del 2015, hasta tanto no se profiera sentencia de fondo en el presente asunto.*». En su lugar,

TERCERO.- NIÉGASE la solicitud de medida cautelar de urgencia formulada por el señor demandante Héctor Alfonso Carvajal Londoño, quien pidió que de manera provisional se ordenara la suspensión provisional del trámite de evaluación del desempeño laboral de quienes en desarrollo del concurso público de méritos abierto por la Resolución 040 de 2015, se encuentren en periodo de prueba.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la Sesión de la fecha.

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

PEDRO SIMON VARGAS SAENZ

ILVAR NELSON AREVALO PERICO