

República de Colombia



Tribunal Administrativo del Quindío

Armenia (Q.), diecisiete (17) de dos mil veintidós (2022)

MAGISTRADO PONENTE: ALEJANDRO LONDOÑO JARAMILLO

Asunto: Resuelve medida cautelar
Medio de Control: Nulidad
Demandante: Juan Carlos Borbón Lugo
Demandado: Nación- Rama Judicial- Fiscalía General de la Nación -Unión Temporal Convocatoria FGN 2022
Radicado: 63001-2333-000-2023-00052-00

ASUNTO

El Despacho decide la medida cautelar solicitada por la parte demandante y visible a en el ítem No. 5 de Samai.

Sustento de la medida cautelar

La parte actora solicita como medida cautelar que:

- Se suspendan provisionalmente y por inconstitucionales las siguientes disposiciones: (i) El inciso segundo del artículo 44 del Acuerdo No. 001 del 16 de julio de 2021, (ii) La restricción incluida en cada lista de elegibles derivadas de la Convocatoria No. 01 de 2021, que limitan los nombramientos en periodo de prueba a 500 cargos: y (iii) el Acuerdo No. 001 del 20 de febrero de 2023, que convocó 1.056 cargos a pesar de existir listas de elegibles vigentes.
- Se suspenda la ejecución del contrato No. FGN-NC-269 de 2022 y la Convocatoria No. 01 de 2022 (Acuerdo No. 001 de 2023)
- Se disponga la inscripción y registro de la presente acción popular a través de la creación de un banner específico en la página web de la Convocatoria No. 01 de 2022, de la UT y la FGN y en la página web de la Convocatoria No. 01 de 2021, para garantizar la publicidad de esta acción constitucional y que se entiendan notificados los terceros con interés en la misma.

Para fundamentar su solicitud expone que la suspensión de las normas invocadas resulta necesaria para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, dado que mientras dure el presente proceso constitucional, se mantendría la transgresión del artículo 125 de la Constitución Política, al permanecer en el ordenamiento jurídico unas normas reglamentarias que limitan el acceso a carrera y por mérito en la Fiscalía General de la Nación a 1.556 cargos, conclusión a la que se arriba con la

contrastación de las mencionadas normas con los artículos 4, 88 y 125 superior, los cuales no establecen porcentajes de cargos en las plantas de personal de la Entidad para ser provistos por concurso de méritos, y a que se continúen efectuando pagos con cargo al presupuesto general de la nación en ejecución de un contrato que debe modificarse, dado que con los resultados de la convocatoria No. 01 de 2021 (Listas de elegibles) se cumple el objeto pactado.

Agrega que de no suspenderse el Acuerdo No. 001 de 2023, la convocatoria 01 de 2022, seguirá su curso con las inscripciones (27 de marzo a 18 de abril de 2023), pese a la clara violación de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, con concursos en números irrisorios de cargos y pagos exorbitantes a favor de particulares, sin que se satisfaga el interés general (artículo 2 CP), dado que el resultado de dicho proceso son listas de elegibles idénticas a las obtenidas con el Acuerdo 01 de 2021.

Agrega que se cumplen los requisitos para el decreto de la medida invocada así:

“(…)

Requisito legal suspensión provisional	Acreditación
1. Procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda.	Se explicó razonadamente la vulneración de los artículos 4, 88 y 125 de la Constitución Política, en la presente demanda popular, frente a los actos administrativos cuya suspensión provisional se solicita, reflejado en la sistemática omisión por parte de la demandada al no cumplir el sistema de carrera y celebrar contratos con el objeto de conformación de listas de elegibles, a pesar de existir vigentes para cargos sustancialmente idénticos.
2. La 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	Si bien no existe un acto administrativo demandado, si se solicita su inaplicación por inconstitucional del inciso 2 segundo del artículo 44 del Acuerdo No. 001 del 16 de julio de 2021, y del Acuerdo 01 de 2023, que limitan los nombramientos en carrera en la FGN a 500 y 1.056 cargos respectivamente en el periodo 2021-2023, siendo violatorio de la regla general de acceso por mérito a la función pública establecida en el artículo 125 de la Constitución Política.
3. Al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable.	Conforme al cronograma de la convocatoria derivada del acto cuya inaplicación por inconstitucional se solicita (Acuerdo No. 001 del 16 de julio de 2021 y del Acuerdo 01 de 2023), durante el primer trimestre de 2023 se iniciarán los nombramientos exclusivamente de 500 cargos de las listas de elegibles conformadas según la información disponible en el Boletín informativo No. 22 del 3 de marzo de 2023, disponible en https://sidca.unilibre.edu.co/index2.php , y a su turno se iniciarán inscripciones para 1.056 cargos del 27 de marzo a 18 de abril de 2023, lo cual causa un perjuicio irremediable para el

	ordenamiento jurídico constitucional colombiano, que avalaría dicho actuar.
4. Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.	Una vez el Tribunal Administrativo del Quindío haya expedido la sentencia de primera instancia y el Consejo de Estado la sentencia de segunda instancia, ya se habrá consolidado la transgresión constitucional, dado que se habrán agotado la vigencia de 2 años de la lista de elegibles solamente para los 500 cargos a nombrarse y adicionalmente se habilitaría a la FGN para continuar con próximas convocatorias con el comportamiento reprochado en el presente asunto constitucional.

De otra parte, en cuanto a la suspensión de la ejecución contractual aduce que la misma encuentra su fundamento en el literal a del artículo 25 de la Ley 472 de 1998, toda vez que el referido negocio jurídico incluye un objeto que se cumple con la utilización de las listas de elegibles de la Convocatoria 2021, existiendo duplicidad de esfuerzos públicos. Por tal razón se pagarán con cargo al presupuesto general de la nación una suma muy relevante de recursos, esto es, \$26.403.541.600, sin que se requiera para la satisfacción del interés general (artículo 2 CP).

Considera que si se espera hasta la ejecutoria de la sentencia que se emita en el presente asunto, ya se habrá cumplido el objeto contractual duplicado, y las listas de elegibles de la convocatoria No. 01 de 2021 habrán perdido vigencia, tomándose como fundamento para cumplir el contrato.

Trámite de la medida cautelar

La medida cautelar referida fue presentada con la demanda y mediante auto del 21 de julio de 2022 se ordenó correr traslado de la misma a la contraparte por el término de 5 días, el cual transcurrió entre el 28 de julio y el 3 de agosto de 2023¹

Oposición a la medida

Unión Temporal: Convocatoria FGN 2022.

Solicita se nieguen las medidas cautelares solicitadas por la parte actora, por considerar que acceder a ellas transgrediría el derecho de los más de 122.950 admitidos después de surtirse la etapa de verificación de Requisitos Mínimos y Condiciones de Participación dentro de la Convocatoria FGN 2022.

Para fundamentar su solicitud expone que:

El Concurso de Méritos FGN 2021, y las listas de elegibles del mismo, expedidas como resultado de la ejecución del proceso de selección FGN -NC-CM0001-2021, dentro del cual se suscribió el Contrato de Consultoría No.

¹ Ver índice 22 de samai

FGN-NC-0037- 2021 entre la Fiscalía General de la Nación y la UT Convocatoria FGN 2021, se encuentra en fase de nombramientos en periodo de prueba, de los 500 cargos ofertados en ese proceso de selección, con base en las listas de elegibles en firme y vigentes actualmente. Destaca que en relación con dicho concurso de méritos esa unión temporal no tiene competencia, ya que se trata de una convocatoria y un contrato diferente al celebrado con la U.T Convocatoria FGN 2022, por el cual se ofertaron 1.056 vacantes.

Después de referir el contenido del artículo 35 del Decreto Ley 020 de 2014, concluyó que previó a la ejecución del concurso FGN – 2021, ya estaban establecidas las reglas sobre el uso de la lista de elegibles en los concursos de mérito, señalando taxativamente que éstas: *“sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración de alguna de las causales de retiro del servicio para su titular”*, por lo que resulta jurídicamente inviable utilizar las listas de elegibles para proveer empleos que no fueron ofertados.

Advierte que el concurso FGN 2022, en manera alguna afecta el uso de la lista de elegibles dentro de ese concurso. Es decir, las 1.056 vacantes ofertadas en el Concurso de Méritos FGN 2022, son diferentes a los ofertados el en Concurso de Méritos FGN 2021, por tal motivo no se puede hacer uso de las listas de elegibles del concurso de méritos FGN 2021, porque se reitera, solo pueden ser utilizadas para proveer las vacantes definitivas que se generen sobre los mismos empleos y estos son distintos en las dos convocatorias, esta norma, igualmente se encuentra inmersa en el artículo 45 del Acuerdo 001 del 20 de febrero de 2023. Respecto del artículo 35 del Decreto 020 de 2014, es importante precisar que este se encuentra vigente, es decir goza de presunción de legalidad.

La U.T Convocatoria FGN 2022 a través del Acuerdo 001 del 20 de febrero de 2023, en el que se ofrecen 1.056 empleos en la modalidad de ascenso e ingreso, no transgrede derechos fundamentales, pues son dos procesos de selección diferentes, lo cual no afecta el nombramiento y el uso de la lista de elegibles del Concurso de Mérito 2021, por el cual se ofertaron 500 vacantes, como quiera que son concursos independientes el uno del otro.

Por lo anterior considera que ni la U.T Convocatoria FGN 2022 ni la FGN, transgreden el artículo 125 CP, como quiera, que la Ley 1654 de 2013, otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República como lo dispone el numeral 10 del artículo 150 Constitucional, para expedir el régimen especial de carrera administrativa, por ende, la Fiscalía General de la Nación es autónoma e independiente para desarrollar sus propios concursos de méritos.

Agrega que la U.T Convocatoria FGN 2022, no tiene la facultad de suspender normas del Acuerdo 001 de 2021, ni del Acuerdo 001 de 2022, toda vez que estos actos administrativos, son aprobados por la Comisión de Carrera Especial de la Fiscalía y la Unión temporal no tiene injerencia en ellos. Además, en

desarrollo de las funciones que le corresponde ejercer a la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, entre ellas, las de definir los aspectos técnicos y operativos para la ejecución de los procesos de selección o concursos de la entidad, el 16 de mayo de 2022, se aprobó por unanimidad de todos sus miembros, el diseño y estructuración del Concurso de Méritos FGN 2022, para ejecutar su propio presupuesto, proceso que la unión temporal desconoce, puesto que únicamente le corresponde desarrollar las distintas etapas dentro del concurso encaminadas a proveer los 1.056 empleos de acuerdo con lo señalado en el artículo 2º del Acuerdo 001 de 2023. En tal sentido advierte que al ser la UT Convocatoria FGN 2022 un simple operador que por virtud de las obligaciones contractuales solo se encarga del desarrollo y ejecución del Concurso de méritos FGN 2022, no es competente para pronunciarse sobre el fondo de la demanda.

Reitera que la Fiscalía General de la Nación es autónoma para regular sus propios concursos, dado que el legislador le dio facultad para hacerlo, por lo que resulta inadmisibles la solicitud elevada por el actor, en especial si se tiene en cuenta lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU446/11, en el sentido que *“Las reglas del concurso son invariables”* y lo sostenido en sentencia SU-913 de 2009 en la que se recordó *“la intangibilidad de las reglas que rigen las convocatorias de los concursos públicos para acceder a cargos de carrera en tanto no vulneren la ley, la Constitución y los derechos fundamentales en aras de garantizar el derecho fundamental a la igualdad, así como la inmodificabilidad de las listas de elegibles una vez éstas se encuentran en firme como garantía de los principios de buena fe y confianza legítima que deben acompañar estos procesos”*

Considera que suspender el Acuerdo 001 del 20 de febrero de 2023 como lo pretende el accionante sería causarle un agravio injustificado a los inscritos al concurso que ya cumplieron con los requisitos mínimos y con las condiciones de participación del concurso, luego de haber cancelado su o sus inscripciones dentro de las OPECE ofertadas, e igualmente a los contratantes UT Convocatoria FGN 2022, amén de ser un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto, el cual es plenamente válido, vigente y de obligatorio cumplimiento tanto para la Fiscalía General de la Nación, la UT Convocatoria FGN 2022 como para todos los participantes dentro del proceso, por tanto, no puede ser ni revocado ni desconocido bajo los argumentos que expone el accionante, los cuales no son de recibo para la UT Convocatoria FGN 2022, motivo por el cual nos oponemos como U.T, a las medidas cautelares, solicitadas por parte del demandante.

Con respecto a la solicitud de suspender el contrato FGN-NC-269 de 2022 y con ID en SECOP II CO1PCCNTR.4315999, por valor de \$26.403.541.600, se señala que con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del radicado 25000234100020200018500 y a lo establecido en el artículo 118 del Decreto Ley 020 de 2014, que prevé en su inciso segundo: *“(…) Para garantizar la*

continuidad del servicio y su no afectación, los concursos para proveer los empleos de carrera de la Fiscalía se realizarán de manera gradual y en distintos tiempos, teniendo en cuenta las plantas globales a las cuales pertenezcan los empleos a proveer” (negritas y subrayas fuera del texto), la Fiscalía General de la Nación expidió el Acuerdo No. 001 del 20 de febrero de 2023 (Por el cual se convoca y establecen las reglas del concurso de méritos para proveer 1056 vacantes definitivas en las modalidades de ascenso e ingreso, de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación pertenecientes al Sistema Especial de Carrera), con base en la discrecionalidad que le asiste, para convocar concursos de mérito, garantizando la continuidad en el servicio, mediante la provisión de los empleos convocados, para lo cual suscribió el contrato FGN-NC-0269-2022 con la UT Convocatoria FGN 2022 quien ha venido ejecutando el concurso, con acatamiento estricto de las normas y la Ley, y bajo sus obligaciones contractuales, es decir, en virtud, del Contrato, la U.T está obligada a cumplir con el objeto, y las actividades contractuales, sin que le sea dable, decidir discrecionalmente suspender o no la ejecución del Concurso de Mérito. Ahora bien, en cuanto a la suspensión de la Convocatoria, la U.T tampoco es la competente, puesto que, la Convocatoria es la consecuencia del Acuerdo y como se ha mencionado anteriormente, fue aprobado por la Comisión de Carrera Especial, adicional a esto, la naturaleza de la U.T es ejecutar y desarrollar el concurso, mediante contrato que nos fue adjudicado, es decir, bajo los lineamientos de la FGN, por tal motivo, no es viable la suspensión de la presente Convocatoria.

Considera que de materializarse la cautela solicitada, se incurriría realmente en un detrimento patrimonial dentro del presupuesto general de la Nación correspondiente a \$26.403.541.600, no solo por el talento humano experto contratado por la U.T Convocaría FGN 2022, para el desarrollo jurídico, administrativo, logístico, financiero del concurso, entre otros y para poder así cumplir con las obligaciones y el objeto contractual; se precisa que la UT, se encuentra a puertas de llamar a los aspirantes a la aplicación de pruebas escritas, esto implica el despliegue de un sin número de actividades, de las cuales muchas que ya se han ejecutado conforme a la estructura de este proceso de selección, como ha sido la divulgación, inscripciones y verificación de requisitos mínimos y condiciones de participación, en desarrollo la atención de las reclamaciones dentro de los resultados preliminares de la verificación de requisitos mínimos y condiciones de participación, además del diseño, construcción, validación de las pruebas escritas. Actualmente la U.T se encuentra en ensamble y diagramación de las pruebas, para su respectiva impresión y así completar el proceso de acopio y distribución; de igual manera, la preparación de toda la logística para su aplicación, como la contratación de los coordinadores de sitio y nodos, jefes de salón, personal de seguridad y servicios generales; incluso se creó e implementó el Sistema de Información para el desarrollo de carrera administrativa-SIDCA2 desarrollado de manera tal, que garantice la seguridad de la información que maneja, que no es otra que la información de los ciudadanos que decidieron participar del proceso y donde se ejecuta este concurso por medio de ella en todas sus etapas; de otra parte, sin dejar de lado

la afectación de todos aquellos concursantes que ya han superado estas primeras etapas del concurso, quienes dirigirán las acciones pertinentes en contra la Fiscalía General de la Nación y la U.T. Convocatoria FGN 2022, por no llevar a cabo el concurso 2022 en todas sus etapas previstas en el artículo 2 de Acuerdo 001 de 2023.

Finalmente señala que las actuaciones que se han dado en el desarrollo del concurso de méritos se encuentran dentro del marco normativo que lo rigen, en especial del Acuerdo de convocatoria 001 del 20 de febrero de 2023, siendo de obligatorio cumplimiento, tanto para la U.T como para la FGN y para todos los participantes dentro del proceso.

Fiscalía General de la Nación.

Pese a que en nombre de la accionada se allegó en término un memorial oponiéndose a la medida cautelar decretada, el despacho se abstendrá de valorar los argumentos allí expuestos, toda vez que no se acreditó en debida forma la representación judicial de la entidad. Así se encuentra, que si bien en el índice No. 21 de Samai, obra un poder, sin firma, conferido por Sonia Milena Torres Castaño invocando la condición de Coordinadora de la Unidad de Defensa Jurídica de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General de la Nación, en la documentación anexa en el mismo índice de Samai, ni en el resto del expediente obra documento alguno que de cuenta que en efecto para la fecha la Dra. Torres Castaño para la fecha de presentación del documento ostentaba la calidad alegada.

Coadyuvantes.

La fundación transparencia en la contratación estatal y probidad en la gestión pública y la señora Martha Yamileth Sarria Barragán, allegaron escrito coadyuvando las medidas cautelares solicitadas por el actor con vencimiento al término del traslado de las mismas, razón por la cual no serán valorados sus argumentos en esta oportunidad.

No obstante, teniendo en cuenta que el artículo 24 de la Ley 472 de 1998 dispone que toda persona natural o jurídica puede coadyuvar las acciones populares siempre y cuando no se hubiere proferido decisión de primera instancia y que “La coadyuvancia operará hacia la actuación futura”, se reconocerá dicha condición a las referidas personas a partir de la presente providencia.

CONSIDERACIONES

Las medidas cautelares son aquellos instrumentos creados por el legislador que buscan amparar un derecho en litigio, garantizando que, pese a la duración del mismo, pueda hacerse efectiva la decisión final sobre el derecho controvertido. Al respecto el Consejo de Estado ha considerado:

“(…)la institución cautelar es una manifestación legislativa concreta de la garantía de efectividad del derecho al acceso a la administración de justicia, en la terminología acuñada por la jurisprudencia constitucional al amparo de los artículos 29 y 228 de la Constitución², así como el derecho a un recurso judicial efectivo, de acuerdo a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y su interpretación y alcance conforme a lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos³; comoquiera que se busca evitar que la duración del proceso judicial redunde en una afectación para quien acude a la jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtenerse una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido; pues al decir de Chioyenda “la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón”⁴.

3.2.- El anterior aserto se sustenta en el hecho de que a través de la tutela cautelar se protege de manera provisional e inmediata y de diversas formas una posición jurídica en concreto (bien sea particular o general) que es objeto de litigio ante la jurisdicción contenciosa administrativa y que encuentra en entredicho su ejercicio a plenitud en razón a la amenaza que supone, en general, la acción de la administración pública frente a ella, bien sea a partir de una decisión administrativa, una acción u omisión, etc; por citar algunas manifestaciones particulares del accionar de la administración. En otras palabras, al decir de Schmidt-Assmann, con la tutela cautelar “se pretende evitar “hechos consumados” y, así garantizar la temporalidad de la tutela judicial, aunque sólo sea de forma provisional.”⁵. (...)”⁶

En materia de protección de derecho e intereses colectivos el inciso 3° del artículo 17 de la Ley 472 de 1998 establece que *“en desarrollo del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, el juez competente que reciba la acción popular tendrá la facultad de tomar las medidas cautelares necesarias para impedir perjuicios irremediables e irreparables o suspender los hechos generadores de la amenaza a los derechos e intereses colectivos”*.

Por su parte el artículo 25 de esa misma ley señala claramente que las medidas cautelares deben tener como objeto *“prevenir un daño inminente o para hacer*

² Al respecto la jurisprudencia ha sostenido que: 5.2. La Corte Constitucional ha señalado en repetidas oportunidades que las medidas cautelares tienen amplio sustento en el texto de la Constitución Política, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal (CP arts. 13, 228 y 229). Han sido previstas como aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, un derecho que está siendo controvertido dentro de ese mismo proceso, teniendo en cuenta el inevitable tiempo de duración de los procesos judiciales.” Corte Constitucional, Sentencia C-529 de 2009. En el mismo sentido C-490 de 2000.

³ “4. (...) el propósito de las medidas provisionales, en los sistemas jurídicos nacionales (derecho procesal interno) en general, es preservar los derechos de las partes en controversia, asegurando que la ejecución de la sentencia de fondo no se vea obstaculizada o impedida por las acciones de aquéllas, *pendente lite*.

5. (...) en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no sólo cautelar, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas. Siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo.”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de 22 de septiembre de 2006. Solicitud de medidas cautelares por parte de la Comisión IDH respecto de la República de Colombia a favor de Mery Naranjo y otros. En el mismo sentido véase: Caso Del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel De Yare). Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 Marzo de 2006, considerando cuarto; Caso Del Internado Judicial De Monagas (“La Pica”). Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de enero de 2006, considerando cuarto.

⁴ CHIOYENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile, Edit. Jovene, 1960, vol. 1. P. 147.

⁵ SCHMIDT- ASSMANN Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objetos y fundamentos de la construcción sistemática, Madrid, Barcelona, Marcial Pons - INAP, 2003, p. 237.

⁶ **CONSEJO DE ESTADO. Sala** de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil catorce (2014). Radicación: 11001-03-26-000-2014-00037-00 (50219). Actor: Víctor Andrés Sandoval Peña..

cesar el que se hubiere causado”; indica además que pueden decretarse de oficio o a solicitud de parte, de un lado, antes de ser notificada la demanda y en tal caso la medida se denomina técnicamente “previa” (por no haberse trabado la relación jurídico procesal) y, de otra parte, pueden decretarse dentro de cualquier estado del proceso.

El decreto particular de la medida puede consistir, según la misma disposición en:

- Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;
- Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;
- Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;
- Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medias urgentes a tomar para mitigarlo.
- Ordenar el cumplimiento inmediato de la acción que fuere necesaria, en aquellos eventos en que se esté en presencia de una amenaza por razón de una omisión atribuida a una autoridad o persona particular

Ahora bien, con la expedición de la Ley 1437 de 2011 se introdujeron importantes modificaciones respecto a las medidas cautelares en los asuntos contenciosos administrativos, las cuales como lo ha sostenido el Consejo de Estado no son incompatibles con la regulación establecida en la ley 472 de 1998 y por tanto pueden aplicarse en forma concurrente.

En efecto en pronunciamiento del 11 de abril de 2018 el órgano de cierre de esta jurisdicción señaló:

“(…) En consecuencia, en atención a la existencia de dos normativas que regulan lo relacionado con las medidas cautelares al interior de las acciones populares, la Sala ya se pronunció acerca de la interpretación y armonización de las mismas. Para el efecto, en auto de 13 de julio de 20176 la Sala consideró que de la lectura del artículo 229 del CPACA podría pensarse que este deroga tácitamente lo dispuesto por la Ley 472 sobre la materia, pero lo cierto es que ambas disposiciones deben ser interpretadas de manera armónica. Tal es el caso del tipo de medidas a las que estaría autorizado a adoptar el juez popular para prevenir un daño inminente o hacer cesar el peligro que se hubiese causado. Al respecto, manifestó que la Ley 472 resulta ser más garantista que lo dispuesto en el Capítulo XI del CPACA, pues en esta última disposición las opciones del juez se restringen a las medidas cautelares enlistadas en el artículo 230, a diferencia de la Ley 472 que otorga amplias facultades para ello.

En consecuencia, en este aspecto se precisó que se debe entender que el Juez popular sigue estando facultado para decretar cualquier medida cautelar y en particular, si así lo considera necesario, las previstas en los artículos 25 y 230 de la Ley 472 y del CPACA, respectivamente.

Adicionalmente, en dicha oportunidad también se advirtió que las demás disposiciones del CPACA no ponen en riesgo las garantías ya otorgadas por la Constitución y la Ley 472 para la protección de los derechos colectivos, razón por la que era viable dar entera aplicación a las demás disposiciones del Capítulo XI del CPACA. (...)”⁷

Teniendo en cuenta lo anterior se considera pertinente hacer referencia a los establecido en los artículos 231 y 234 de la Ley 1437 de 2011:

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

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

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

(...)

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. (...)”

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejera Ponente: María Elizabeth García González. Bogotá, d.c., once (11) de abril de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 85001-23-33-000-2017-00230-01(ap)a. Actor: Luis Arturo Ramírez Roa. Demandado: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y Otros.

Ahora bien, frente a los presupuestos que deben reunirse para que el Juez Popular decrete medidas cautelares al interior del medio de Control de Protección a los Derechos e Intereses Colectivos el órgano de cierre de esta jurisdicción recientemente consideró:

“(…) 24. Así las cosas, teniendo en cuenta la naturaleza de la acción popular, las medidas cautelares constituyen un mecanismo previo que tiene por objeto impedir perjuicios irremediabiles e irreparables, o suspender los hechos generadores de la amenaza a los derechos e intereses colectivos.

25. En ese orden de ideas, como ha sido señalado por esta Corporación, «[...] acorde con la finalidad protectora de los derechos e intereses colectivos de la Ley 472 de 1998, las medidas previas buscan hacer efectiva dicha protección, cuando de esperarse a la culminación del proceso, las medidas que se adopten en el fallo podrían resultar ineficaces, es decir, buscan conjurar de manera previa al fallo, un peligro o vulneración que se está presentando o que se percibe como de inminente ocurrencia y que no da tiempo a esperar por un fallo definitivo. // Entonces, el objetivo pretendido con las medidas previas, es el de evitar que el daño se concrete o que de estarse produciendo, no se prolongue por un término mayor [...]»⁸.

26. En consecuencia, el artículo 25 de la Ley 472 faculta al juez para decretar medidas cautelares, de oficio o a petición de parte, antes de ser notificada la demanda o en cualquier estado del proceso, con el propósito de prevenir un daño inminente o hacer cesar el que se hubiese causado.

27. Por su parte el artículo 26 *ibidem*, establece que contra el auto que accede a las medidas cautelares proceden los recursos de reposición y en subsidio de apelación, los cuales serán concedidos en el efecto devolutivo; agregando que la oposición a dichas medidas sólo podrá fundamentarse en los siguientes casos:

«[...] a) Evitar mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger;

b) Evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público;

c) Evitar al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable.

d) Corresponde a quien alegue estas causales demostrarlas».

28. Como puede observarse, las medidas previas procedentes en las acciones populares son aquellas tendientes a prevenir o a hacer cesar un daño de los derechos o intereses colectivos objeto de amparo. La ley 472 también encomendó a las partes afectadas por la decisión cautelar, la carga de oponerse a su procedencia, en la oportunidad indicada, con el propósito de evitar mayores perjuicios respecto: i) del derecho o interés colectivo que se pretende proteger; ii) del interés público o iii) del demandado cuando sea imposible cumplir un eventual fallo desfavorable.

29. En desarrollo de dichas disposiciones, esta Sección en proveído de 6 de febrero de 2014, estableció:

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 18 de julio de 2007, Rad. No. 08001-23-31-000-2005-03595-01(AP). C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

«[...]». Los mencionados presupuestos para la procedencia de una medida cautelar, de acuerdo con la citada normativa, hacen relación a lo siguiente:

a) *Que esté debidamente demostrado en el proceso la inminencia de un daño a los derechos colectivos o que el mismo se haya producido, esto con el fin de justificar la imposición de la medida cautelar, el cual es prevenir aquel daño que está por producirse o a hacer cesar aquel que ya se consumó;*

b) *Que la decisión del juez al decretar la medida cautelar esté plenamente motivada; y*

c) *Que, para adoptar esa decisión, el juez tenga en cuenta los argumentos contenidos en la petición que eleve el demandante, para que se decrete tal medida, lo cual, lógicamente, no obsta para que el juez oficiosamente, con arreglo a los elementos de juicio que militen en la actuación, llegue al convencimiento de la necesidad de decretar una medida cautelar y proceda en tal sentido [...]»⁹.*

30. Cabe resaltar que las citadas normas no son las únicas que regulan el procedimiento cautelar para la defensa y protección de los derechos colectivos. El CPACA, en su artículo 229, señala que las medidas cautelares en este tipo de escenarios judiciales se rigen, igualmente, por lo dispuesto en el capítulo XI de la Ley 1437; remisión procesal que fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-284 de 2014.

31. En ese mismo sentido, esta Sección ha sostenido pacíficamente que el artículo 229 del CPACA no derogó tácitamente lo dispuesto sobre la materia en la Ley 472, sino que «*ambas disposiciones deben ser interpretadas de manera armónica*»¹⁰.

32. Los artículos 229 y subsiguientes de la Ley 1437 de 2011 contienen el régimen cautelar que el juez popular puede decretar, a petición de parte debidamente sustentada, en los procesos de defensa de derechos e intereses colectivos, sin que su adopción implique prejuzgamiento.

33. Los artículos 231 a 233 del mencionado estatuto procesal determinan los **requisitos, la caución y el procedimiento** para decretar las medidas cautelares.

34. En cuanto a los **criterios de aplicación** que debe seguir el juez para la adopción de una medida cautelar, como ya se anunció, éste cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma que señala que «*podrá decretar las que considere necesarias*»¹¹.

35. No obstante lo anterior, a voces del artículo 229 del CPACA, su decisión estará sujeta a lo regulado en dicho Estatuto; previsión que apunta a un **criterio de proporcionalidad**, si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 *ídem*, según el cual para que la medida sea procedente el demandante debe presentar «*documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más*

⁹ Consejo de Estado. Sección Primera. Auto de seis (6) de febrero de dos mil catorce (2014). Expediente. Rad. 2013-00941. Magistrada Ponente María Claudia Rojas Lasso

¹⁰ Consejo De Estado, Sección Primera, Consejera Ponente: María Elizabeth García González, Ref.: Expediente AP 85001-23-33-000-2017-00230-01.

¹¹ Artículo 229 del CPACA

gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla» (resaltado fuera del texto).

36. Sobre este asunto, en particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:

*[...] La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en **el fumus boni iuris** y **periculum in mora**. **El primero**, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la **posible existencia de un derecho**. **El segundo**, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de **un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho** [...] ¹² (Negrillas fuera del texto).*

37. Por su parte, la Sección Tercera, mediante auto de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo lo siguiente:

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

Conforme a lo anterior es claro que al momento de determinar la procedencia de decretar medidas cautelares al interior de medios de control como el de la referencia, deberán interpretarse conjuntamente las normas que regulan la materia tanto en la Ley 472 de 1998 como en la Ley 1437 de 2011 y además verificarse, entre otros, el cumplimiento de los siguientes requisitos : (i) que la demanda tenga apariencia de buen derecho; (ii) que se advierta un periculum in mora, esto es que de no decretarse la medida por el transcurso del tiempo pueda

¹² Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹³ Sobre la aplicación de la proporcionalidad, la misma providencia indicó: "(...) Se ha sostenido en anteriores ocasiones: (...) Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad' // En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos

causarse un perjuicio irremediable o hacerse nugatorios los efectos de la sentencia y que; (iii) resulte menos gravoso para el interés público el decretar la medida que ni imponerla.

Descendiendo al caso concreto, se advierte que actor popular pretende que como medida cautelar se decrete la suspensión provisional de algunas disposiciones contenidas en el Acuerdo 001 de 2021 y en las listas de elegibles derivadas de ese proceso, así como del Acuerdo No. 001 de 2023; que se suspenda la ejecución del contrato FGN-NC-269 de 2022 y se ordene el registro o inscripción de la demanda para efectos de publicidad, por lo que al estarse frente a medidas de distinta naturaleza el análisis respecto de la procedencia de cada una de ellas debe efectuarse en forma independiente.

En cuanto a la solicitud de “inscripción y registro de la acción popular” debe anotarse que en los términos planteados por el solicitante, resulta claro que no se está frente a la medida de que tratan los artículos 591 y 592 del Código General del Proceso¹⁴ ni a una medida cautelar en estricto sentido, pues más que enfocarse en resguardar el objeto de la litis o hacer cesar la vulneración o amenaza a un derecho colectivo, tiene por objeto esencialmente la divulgación y publicidad del medio de control de la referencia a efectos de que pueden intervenir en ella los terceros que puedan verse afectados con las decisiones que se adopten en su interior. En ese sentido aun cuando lo solicitado no procede como medida cautelar y que desde la admisión de la demanda se ordenó efectuar su publicación en un medio de amplia circulación nacional y en la página web de la Rama Judicial, en aras de garantizar la divulgación de este medio de control, se ordenará a las accionadas que dentro de la página web correspondiente a la Convocatoria No. 01 de 2022 y a la Convocatoria No. 01 de 2021, se incluya un link correspondiente a la presente acción popular, en el que se informe a la comunidad de su existencia y se incluyan las distintas providencias que se emitan a lo largo de la misma.

De otra parte, en cuanto a la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos citados ut supra, conforme a lo anotado previamente, resulta que para acceder a la misma bastaría con advertir que existe una contradicción entre los mismos y las normas superiores invocadas, lo cual podrá inferirse desde su mismo contenido o de la confrontación de este con las demás pruebas allegadas. Ahora bien, en el caso concreto es necesario determinar entonces si las disposiciones invocadas desconocen el mandato del artículo 125 superior en

¹⁴ Artículo 591. Inscripción de la demanda. Para la inscripción de la demanda remitirá comunicación a la autoridad competente de llevar el registro haciéndole saber quiénes son las partes en el proceso, el objeto de este, el nombre, nomenclatura, situación de dichos bienes y el folio de matrícula o datos del registro si aquella no existiere. El registrador se abstendrá de inscribir la demanda si el bien no pertenece al demandado.

El registro de la demanda no pone los bienes fuera del comercio pero quien los adquiera con posterioridad estará sujeto a los efectos de la sentencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 303. Si sobre aquellos se constituyen posteriormente gravámenes reales o se limita el dominio, tales efectos se extenderán a los titulares de los derechos correspondientes.

La vigencia del registro de otra demanda o de un embargo no impedirá el de una demanda posterior, ni el de una demanda el de un embargo posterior.

Si la sentencia fuere favorable al demandante, en ella se ordenará su registro y la cancelación de las anotaciones de las transferencias de propiedad, gravámenes y limitaciones al dominio efectuados después de la inscripción de la demanda, si los hubiere; cumplido lo anterior, se cancelará el registro de esta, sin que se afecte el registro de otras demandas. Si en la sentencia se omitiere la orden anterior, de oficio o a petición de parte, la dará el juez por auto que no tendrá recursos y se comunicará por oficio al registrador.

Artículo 592. Inscripción de la demanda en otros procesos. En los procesos de pertenencia, deslinde y amojonamiento, servidumbres, expropiaciones y división de bienes comunes, el juez ordenará de oficio la inscripción de la demanda antes de la notificación del auto admisorio al demandado. Una vez inscrita, el oficio se remitirá por el registrador al juez, junto con un certificado sobre la situación jurídica del bien.

relación con la forma de acceso a la función pública y por tanto amenazan o vulneran el derecho colectivo a la moralidad administrativa.

En tal sentido, en primer término debe precisarse que para el Consejo de Estado para hablar de vulneración al derecho colectivo a la moral administrativa es necesario que en el obrar de la administración concurren un elemento objetivo y subjetivo que implican tanto el quebrantamiento del orden jurídico como la realización de conductas ajenas al interés general y a la función pública, así:

“(...) En los términos de la jurisprudencia unificada¹⁵, para que se configure la trasgresión de la moralidad administrativa “desde el punto de vista del interés colectivo tutelable a través de la acción popular, es necesario que se demuestre el elemento objetivo que alude al quebrantamiento del ordenamiento jurídico y el elemento subjetivo relacionado a la comprobación de conductas amañadas, corruptas, arbitrarias, alejadas de la correcta función pública”.

42.- Lo anterior es claro en tanto que a través de la acción popular se pretende corregir las irregularidades que lesionan las reglas y los principios rectores de la actividad administrativa, conjurando oportunamente hechos u omisiones capaces de generar daños colectivos a la moralidad y al patrimonio público con el fin de superarlos.

43.- De aquí que, la prueba del elemento subjetivo referido a la disposición o el ánimo materializado a través de conductas deshonestas en función de anteponer los intereses particulares, en detrimento de los intereses generales, le corresponde a la parte actora, en tanto le incumbe probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen¹⁶ y sin que tal conducta se presuma ante una acusación de haberse pretermitido iniciar un proceso de fiscalización tributaria en un contexto como el que se ha explicado (...)”¹⁷

Visto lo anterior, queda claro entonces que para que en el sub examine proceda la suspensión provisional de los efectos de los actos determinados por el accionante, sin entrar a juzgar la legalidad de los mismos comoquiera que la acción popular no es el medio de control procedente para ello, debe acreditarse siquiera sumariamente la presencia de los elementos objetivos y subjetivos en la conducta de las accionadas que resulten contrarios a la moralidad administrativa, y los cuales en criterio de este despacho, no es posible constatar con la documentación allegada a este proceso. Así en cuanto a la presunta infracción al ordenamiento jurídico, específicamente al artículo 125 superior, el despacho encuentra que si bien han existido retrasos en la implementación en el sistema de carrera administrativa al interior de la Fiscalía, que ha dado lugar a la interposición de múltiples acciones constitucionales al respecto e incluso a que vía acción de cumplimiento se ordene la provisión de la totalidad de los cargos de carrera administrativa, no puede considerarse per se que la citación a concurso de únicamente 1500 cargos en los años 2021 y 2023 se oponga a lo

¹⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de febrero de 2018, radicación nro. 25000-23-15-000-2002-02704-01(SU), C.P. William Hernández Gómez.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 27 de marzo de 2014, expediente, 201002404 A.P.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero ponente: José Roberto Sáchica Méndez. Radicación número: 25000-23-24-000-2010-00734-01(ap). Actor: Nery Devia Tafur. Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -Dian- y otros

dispuesto en el artículo constitucional referido pues, por el contrario, lo que se vislumbra es que en cierta forma se está desarrollando la norma que regula la forma en que debe proveerse los cargos públicos bajo el principio de gradualidad que ha sido reconocido, tanto por el legislador como la jurisprudencia y resultando en todo caso que la discusión de si son suficientes las convocatorias adelantadas para entender acatada la orden emitida dentro de la acción de cumplimiento, previamente es propia del respectivo incidente de desacato.

En similar sentido, no obra prueba siquiera sumaria del denominado elemento subjetivo, esto es, de la existencia de conductas amañadas, arbitrarias o alejadas de la correcta función pública en las convocatorias cuestionadas, pues se advierte que las mismas se han efectuado conforme a la disponibilidad presupuestal existente, ya se han formulado propuestas para que al término de esta década sean provistas definitivamente la totalidad de los cargos en carrera administrativa y no puede desconocerse igualmente el traumatismo que puede representar para una entidad que en forma simultánea se oferten vía concurso la totalidad de cargos disponibles en la misma así como también la consecuente paralización del servicio público que puede presentarse de tener que efectuar la totalidad de los nombramientos en periodo de prueba y el relevo de los funcionarios en provisionalidad en un mismo momento, siendo precisamente esta la razón por la cual la misma Corte Constitucional ha avalado que al interior de la Fiscalía General de la Nación se efectúen nombramientos en provisionalidad ante la vacancias en cargos de carrera y ha admitido la flexibilización del sistema de nombramientos ¹⁸.

Precisamente en sentencia C—102 de 2022 el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional resaltó:

“(...) El nombramiento en encargo o en provisionalidad de los cargos de carrera vacantes, temporal o definitivamente, al interior de la Fiscalía General de la Nación, persigue una finalidad constitucionalmente importante. Las figuras a las que puede acudir alternativamente el nominador del ente acusador (el encargo y la provisionalidad) buscan preservar la continuidad en la prestación del servicio. Así lo ratificó en su intervención la Fiscalía General de la Nación, al manifestar que estas normas permiten *“garantizar la continuidad en la prestación del servicio y, de otro permiten mantener la buena marcha de los procesos a cargo de los servidores de la Fiscalía General de la Nación, es decir, la norma garantiza el establecimiento de un orden económico y social justo, a través de la materialización de los principios [de eficacia y celeridad en la prestación del servicio].”*¹⁹

1. En efecto, la Sala reconoce la importante misión que la Carta Política de 1991 encomendó a la Fiscalía General de la Nación para *“adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento.”*²⁰ Labor que demanda actuar con prontitud y diligencia para hacer frente al riesgo latente de

¹⁸ Sentencia C-102/22

¹⁹ FGN. Intervención del 03 de septiembre de 2021, suscrita por Director de Asuntos Jurídicos. pág. 26.

²⁰ Constitución Política, artículo 250.

impunidad. Esto implica, entre muchas otras acciones, adelantar oportunamente una serie de registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones en el marco de la investigación criminal; asegurar los elementos materiales probatorios; presentar escrito de acusación y actuar diligentemente dentro de las audiencias; velar por la protección de las víctimas, los testigos y demás intervinientes del proceso.

2. Del artículo 250 superior se obtiene que la meta última para la Fiscalía es el “*restablecimiento del derecho*”,²¹ lo cual significa “*una protección plena e integral de los derechos de las víctimas y perjudicados. El restablecimiento de sus derechos exige saber la verdad de lo ocurrido, para determinar si es posible volver al estado anterior a la vulneración, así como también que se haga justicia.*”²² Obligación que se refuerza en casos de graves violaciones a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. De modo que, sin duda, es una *finalidad importante* garantizar la continuidad del servicio del ente acusador cuando surjan vacantes que deban ser provistas en el menor tiempo posible, para así evitar la interrupción en las labores de la Fiscalía; entidad que “*no puede suspender, interrumpir, ni renunciar al ejercicio de la acción penal, salvo que la ley expresamente así lo contemple.*”²³

3. ***El nombramiento en encargo o en provisionalidad de los cargos de carrera vacantes, temporal o definitivamente al interior de la Fiscalía General de la Nación, es efectivamente conducente.*** La medida permite que, ante una vacancia temporal o definitiva en los cargos de carrera administrativa, la Fiscalía General de la Nación pueda rápida y oportunamente designar a una persona que cumpla con las exigencias del cargo, para así evitar la afectación o suspensión en el ejercicio de la labor misional.

4. La conducencia de esta medida radica precisamente en su celeridad y flexibilidad, en tanto que permite al nominador, rápidamente y con un amplio margen de acción, designar al trabajador que cubrirá la vacante. Tal flexibilidad en el mecanismo de nombramiento cobra especial sentido para una entidad como la Fiscalía General de la Nación, con más de 25.000 servidores y servidoras, la cual requiere de una eficiente administración de personal que le permita “*optar por efectuar un nombramiento en encargo o en provisionalidad para proveer una vacante temporal o definitiva en su planta de personal.*”²⁴ Más aún, en un escenario en el que el tiempo es determinante para el éxito de las labores investigativas y de judicialización de las conductas criminales.

(...)

Cuarto, el sistema para cubrir las vacantes temporales y definitivas que se presenten dentro de la Fiscalía General de la Nación requiere celeridad y flexibilidad. Por ende, el nominador necesita de un amplio margen de acción, para designar al empleado que cubrirá la vacante. Como ya se mencionó, la urgencia de garantizar la continuidad del servicio de la Fiscalía General debido a su misión constitucional, supone razonablemente tal margen de flexibilidad. Flexibilidad que, de todos modos, se enmarca en el deber general de motivación de los actos administrativos.

En síntesis, los beneficios que se obtienen de la medida (la garantía de prestar sin

²¹ Constitución Política, artículo 250, numeral 6.

²² Sentencia C-228 de 2002. MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett, reiterada en la Sentencia C-588 de 2019. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

²³ Fiscalía General de la Nación. Intervención del 03 de septiembre de 2021, suscrita por Director de Asuntos Jurídicos. pág. 26.

²⁴ *Ibíd.*, pág. 27.

interrupciones un buen servicio público, y un margen de acción lo suficientemente amplio y flexible al nominador para cubrir las vacancias), no generan una afectación evidentemente desproporcionada sobre los empleados de carrera que aspiran a ser nombrados en encargo de manera preferente, en la medida que el mérito que estos acreditaron para el cargo que ocupan no se extiende automáticamente a otras plazas. Adicionalmente, la Corte hace énfasis en que el principio del mérito es transversal al sistema especial de la Fiscalía General de la Nación, sin que la provisionalidad sirva como excusa para designar personal que no está debidamente capacitado o no es idóneo para el cargo a desempeñar. Y aunque existen otros modelos posibles de administración de personal, la Corte reconoce que el sistema adoptado por el Legislador para el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación es admisible en términos constitucionales.

8. Síntesis de la decisión

En el presente caso, la Corte conoció de una demanda ciudadana contra los numerales 3 y 4 del artículo 11 del Decreto ley 020 de 2014, “[p]or el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas.” En resumen, los accionantes reprocharon al Legislador haber equiparado la situación de los empleados en carrera que aspiran a ser nombrados en *encargo* en una plaza superior, con la de quienes no se encuentran en carrera y a aspiran a un nombramiento en *provisionalidad*, para efectos de cubrir las vacantes temporales o definitivas que surjan dentro de los cargos de carrera al interior de la Fiscalía General de la Nación. En su opinión, tal mandato vulneraba el derecho a la igualdad (Art. 13 de la CP), dado que ofrecía un tratamiento paritario a sujetos que fáctica y jurídicamente no son equiparables, lo que además erosionaba la idea del mérito como presupuesto rector del empleo público (Art. 125 de la CP).

Una vez superado el cuestionamiento preliminar sobre la aptitud de la demanda, la Sala desarrolló los siguientes temas: (i) el principio del mérito y la consagración de la carrera administrativa dentro de la Carta Política de 1991; (ii) el sistema de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y su implementación inconclusa; y (iii) el principio de igualdad y su materialización dentro del acceso al empleo público.

Luego, al resolver el cargo propuesto, la Sala empleó el test de igualdad, en la intensidad intermedia. Consideró que efectivamente existe un patrón de comparación entre sujetos diferenciables que reciben un tratamiento paritario. Sin embargo, concluyó que tal medida no trasgrede el principio de igualdad debido a que: (i) el nombramiento en encargo o en provisionalidad de los cargos de carrera vacantes de la Fiscalía General persigue una *finalidad constitucionalmente importante*: garantizar la continuidad en la prestación del servicio; (ii) es una *medida conducente* pues permite adelantar con flexibilidad y eficiencia la designación temporal de nuevos servidores; (iii) *no es manifiestamente desproporcionada*, debido a que no ocasiona afectaciones irrazonables sobre los servidores en carrera, ni supone el desconocimiento del principio del mérito. (...)”²⁵

²⁵ Sala Plena de la Corte Constitucional. Referencia: Expediente D-14335. Demanda contra los numerales 3 y 4 del artículo 11 (parcial) del Decreto ley 020 de 2014, “[p]or el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación”. Demandantes: Luz Patricia Agudelo Patiño y Yefer Bejarano Moreno Magistrada ponente: Diana Fajardo Rivera

Visto lo anterior, queda claro que por las circunstancias particulares que se han presentado al interior de la Fiscalía General de la Nación se ha admitido una cierta flexibilización en la forma de llenar las vacantes existentes en la planta de personal de la entidad mientras logra proveerse definitivamente mediante concurso de méritos la totalidad de cargos de carrera establecidos en ella, proceso ante el cual precisamente por su complejidad, no puede presumirse que la convocatoria parcial cuestionada en el sub examine obedezca a conductas amañadas, corruptas, arbitrarias, alejadas de la correcta función pública, cuando no existe un solo indicio de ello o de que los funcionarios que adelantan la convocatoria se hayan apartado del cumplimiento del interés general en beneficio propio o de tercero, que la buena fe es un principio de carácter constitucional y que en principio la gradualidad aplicada puede resultar comprensible en el entendido de que con ella se garantiza causar los menores traumatismos en el funcionamiento de la entidad.

Así las cosas, al no encontrarse probada siquiera sumariamente en esta etapa procesal la existencia de los elementos objetivos y subjetivos necesarios para hablar de una vulneración a la moralidad administrativa, es claro que al no puede accederse a la suspensión de las disposiciones invocadas por el actor máxime cuando el Consejo de Estado en reiteradas oportunidades ha destacado no solo la imposibilidad de que el juez popular anule actos administrativos o contratos, sino que adopte medidas equivalentes como su suspensión. En efecto en pronunciamiento del 27 de abril de 2020 la referida corporación anotó:

“(…) La acción popular no tiene un carácter supletivo o residual frente a otras acciones judiciales, sino que se caracteriza por ser autónoma y principal dado que su objeto es la protección de derechos colectivos. Ello no implica que las facultades del juez de la acción popular sean ilimitadas, pues es claro que este medio de control no procede para controvertir las leyes de la República y discutir decisiones judiciales de constitucionalidad; ni para cuestionar la constitucionalidad del proceso de concertación y entrada en vigor de Tratados Internacionales; tampoco para discutir decisiones judiciales; no es el medio idóneo de verificación y cumplimiento de lo decidido por otras autoridades judiciales²⁶; ni es el mecanismo para cuestionar la validez de contratos estatales o estudiar controversias que deben tramitarse a través de los medios de control ordinarios (v.gr. acción de controversias contractuales)²⁷

En efecto, si bien en el campo de la actividad contractual del Estado puede encontrarse involucrado un derecho colectivo, ello no significa que la acción popular sea el mecanismo para estudiar la nulidad del contrato o el incumplimiento de sus obligaciones, pues la acción popular no reemplaza la acción de controversias contractuales que, precisamente, está instituida para obtener esas declaraciones y el resarcimiento patrimonial correspondiente²⁸.

10. En el mismo sentido, en relación con los procesos iniciados en vigencia del

²⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión n.º. 26, sentencia del 3 de diciembre de 2019, Rad. AP73001-23-31-000-2007-00127-01 [fundamento jurídico 8].

²⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de octubre de 2.005, Rad. AP 20001-23-31-000-2001-01588-01 [fundamento jurídico 2] en Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 916-917.

²⁸ 6 Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2007, Rad. 16020 [fundamento jurídico 2], en Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 788.

Decreto 01 de 1984 -CCA-, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo unificó su criterio para advertir que la acción popular no procede para controvertir la legalidad, ni para anular actos administrativos o contratos estatales, porque ello compete al juez que conoce de las acciones anulatorias y de la acción de controversias contractuales, posición que está en consonancia con lo dispuesto por el artículo 144 del CPACA para los procesos iniciados después del 2 de julio de 2012

11. Aún más, el juez de la acción popular no puede evadir la prohibición de anular actos administrativos o contratos estatales, a través de medias alternativas, por ejemplo, la suspensión o la inaplicación de un acto, o dejar sin efectos un contrato -facultad reservada a las partes a través de la institución del mutuo disenso art. 1602 CC-.

Un proceder en ese sentido, equivaldría a violar un mandato expreso del legislador, mediante figuras que soterradamente se intentan asemejar a la nulidad. Con esta perspectiva, en relación con los negocios civiles y comerciales, el ordenamiento prevé que la sanción contra un acto que contraviene la ley por objeto ilícito es la nulidad, sin que sea posible que el juez, por vía de otro camino, entre a confrontar la validez de ese acto (arts. 6, 16, 1502.3, 1519, 1523, 1741 y 1742 CC y 899 C. de Co.).(...)²⁹

Ahora bien, aun cuando el argumento anterior resultaría más que suficiente para negar la solicitud de suspensión de la ejecución del contrato FGN-NC-269 de 2022y de la convocatoria que se deriva de este, también es cierto que analizando tanto la demanda, como las pruebas allegadas con la misma y el escrito de oposición a la medida cautelar, se considera que en el sub examine no se cumple con la apariencia de buen derecho necesaria para que proceda el decreto de la medida cautelar solicitada, ni con la acreditación que el no decreto de la medida resulta menos gravosa para el interés público que su concesión.

En efecto frente a la apariencia de buen derecho el Consejo de Estado ha precisado que: *«(...)”es un principio o criterio desarrollado por el derecho comunitario europeo³⁰, 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*

²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección c. Consejero ponente: Guillermo Sánchez Luque. Expediente n°. 81001-23-39-000-2015-00023-01. Demandante: Daniel Alejandro Cruz Mejía. Demandado: Empresa de servicios públicos de Arauca E.I.C.E. E.S.P. EMSERPA y otros

³⁰ 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»

*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 (...)*³¹

Visto lo anterior, es claro entonces que para poder hablar de apariencia de buen derecho al momento de decretar una medida cautelar, sin que dicho comportamiento constituya prejuzgamiento, debe valorarse la demanda, los elementos probatorios allegados con ella y los pronunciamientos de la contraparte sobre el particular en aras de determinar si de ellos puede inferirse siquiera sumariamente que existe una probabilidad razonable de que prosperen las suplicas de la demanda.

Efectuado el análisis señalado, para el Despacho resulta que la información disponible en el expediente a la fecha no permite vislumbrar con claridad la existencia de esa probabilidad razonable de triunfo de las pretensiones de la demanda, pues aun cuando el actor efectúa una amplia exposición sobre las razones por las que en su criterio el obrar de la entidad accionada amenaza y/o vulnera los derechos colectivos al “patrimonio público”, el material probatorio allegado al proceso hasta la fecha no es suficiente para establecer siquiera sumariamente que existe una amenaza o vulneración al referido derecho y que existe un manejo poco eficiente, probo y transparente de los recursos públicos, pues no se prueba siquiera sumariamente que convocar a concurso a un mayor número de cargos resultaría menos costoso para el erario, o que efectivamente se van a cruzar las vigencias de las listas de elegibles para cargos análogos.

En este punto es necesario destacar que el que se convoque a concurso de méritos sin haberse agotado la totalidad de las listas producidas en vigencia de la Convocatoria No. 01 de 2021, no constituye per se un derroche o despilfarro de recursos públicos, pues teniendo en cuenta la duración de los procesos de los concursos de méritos, las múltiples paralizaciones que se producen en curso de los mismos, no resulta irrazonable que los mismos se adelanten en forma paralela en el entendido que mientras se culmina el segundo muy probablemente habrán perdido vigencia las listas iniciales y que así se evita la existencia de periodos en los que no hayan listas vigentes y en los que resulte necesario nuevamente acudir a las provisionalidades.

Además, no existen elementos de juicio que permitan determinar que suspender la ejecución del contrato en aras de que se modifique y se incluyan la totalidad de vacantes resulte menos lesivo para el patrimonio y para el funcionamiento mismo de la entidad, en este punto ha de recordarse que por ejemplo para adelantar el concurso respecto a la totalidad de los cargos vacantes definitivamente en la planta de personal de la entidad no solo ha de contarse con los recursos necesarios para la elaboración del proceso de mérito, sino que adicionalmente debe contarse con los necesarios para liquidar las prestaciones de los funcionarios provisionales que sean retirados del servicio.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejera Ponente :Sandra Lisset Ibarra Vélez. Auto de quince (15) de febrero de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 11001-03-25-000-2015-00366-00(0740-15). Actor: Héctor Alfonso Carvajal Londoño. Demandado: Procuraduría General de la Nación

Así las cosas, como en este momento procesal no puede siquiera afirmarse que el no decreto de la medida resulta más perjudicial para el interés público y los derechos colectivos invocados que su concesión, pues podría dar lugar a rehacer etapas del concurso e incurrir en sobrecostos, sino que también implicaría retrasar aún más el proceso de implementación de la carrera administrativa al interior de la Fiscalía General de la Nación, resulta claro que no procede el decreto de las medidas solicitadas por el demandante y en consecuencia habrán de negarse las cautelas elevadas.

En mérito de lo expuesto se,

RESUELVE

PRIMERO: Niégese la medida cautelar solicitada por la parte demandante, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Ordenase a las entidades accionadas que dentro de la página web correspondiente a la Convocatoria No. 01 de 2022 y a la Convocatoria No. 01 de 2021, se incluya un link correspondiente a la presente acción popular, en el que se informe a la comunidad de su existencia y se incluyan las distintas providencias que se emitan a lo largo de la misma.

TERCERO: Téngase como coadyuvante de la parte actora en el proceso de la referencia a la fundación transparencia en la contratación estatal y probidad en la gestión pública y la señora Martha Yamileth Sarria Barragán, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALEJANDRO LONDOÑO JARAMILLO
Magistrado

(Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia en el número de radicación en <https://samairj.consejodeestado.gov.co>)