

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D. C., once (11) de mayo de dos mil quince (2015)

Radicación núm.: 11001 0324 000 **2015 00007 00**

Actor: **ANTONIO BARRERA CARBONELL**

Demandado: **MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL**

LEY 1437 DE 2011

Se decide sobre la solicitud de suspensión provisional que, a través del medio de control de simple nulidad previsto en el artículo 137 del C.P.A.C.A. promueve el señor **ANTONIO BARRERA CARBONEL** contra el Decreto 2219 del 31 de octubre de 2014 *“Por el cual se reglamenta el ejercicio de la inspección y vigilancia de la educación superior”*.

I. La solicitud de suspensión provisional

En escrito separado de la demanda se solicitó la suspensión provisional del acto acusado.

A juicio de la parte actora, con la vigencia del acto acusado se violan los artículos 11, 21, 22, 26, 211, 355, 365, y 357 de la Constitución, y los artículos 3, 6, 28, 31, 32 y 33 de la Ley 30 de 1992.

El actor argumentó la solicitud de suspensión provisional de la siguiente manera:

Que el Decreto 2219 de 2014 viola en forma manifiesta la Constitución Política y la ley, por extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria que corresponde al Presidente de la Republica toda vez que ese poder está sometido a límites.

Que el marco normativo conforme al cual se debe ejercer la facultad de inspección y vigilancia de la educación, debe ser establecido por el legislador pues, a su juicio, se trata de una temática que pertenece a la reserva de ley.

Que al Gobierno no le ha sido atribuida por la Constitución competencia alguna para regular directamente, a través de los llamados decretos constitucionales o autónomos, lo concerniente al ejercicio de la inspección y vigilancia de la educación, pues solamente se le ha asignado la facultad de expedir reglamentos sobre dicha materia pero para desarrollar y precisar el contenido básico normativo establecido por el Legislador.

Que en el decreto demandado se invoca la Ley 30 de 1992 y frente a ello manifestó que el Estado garantiza la autonomía universitaria y que ella es compatible con el ejercicio de la suprema inspección y vigilancia de la educación superior y además se cumplen con objetivos superiores y trascendentales, pero ello no quiere decir que el Gobierno

Nacional esté habilitado para ejercer el poder reglamentario respecto de la inspección y vigilancia de la educación superior por fuera de los límites constitucionales y legales, invadiendo el terreno de la reserva de ley.

Que el ámbito del poder reglamentario de la Ley 30 de 1992 se circunscribe a expedir las normas necesarias para asegurar la cumplida ejecución de la ley, es decir, aquellas que se encuentren explícita o implícitamente contenidas en las disposiciones objeto de reglamentación, sin que le sea permitido al Gobierno invadir la órbita de competencia del legislador.

Las medidas preventivas o cautelares previstas en el decreto demandado corresponde a disposiciones novedosas no establecidas en la Ley 30 de 1992 lo cual, a juicio del actor, inhibe al Gobierno para crearlas por la vía del ejercicio del poder reglamentario; pues pertenecen a la reserva de ley.

Finalmente que las medidas preventivas o cautelares sean independientes de la actuación administrativa que se deba adelantar hace que sea nugatorio el derecho a la defensa, pues no se prevé una oportunidad procesal determinada, cierta y precisa, para que le administrado pueda controvertir las razones que se invoquen para decretarlas.

II. Contestación de las entidades demandadas

No obstante el Ministerio de Educación Nacional fue notificado¹ de la presente solicitud de suspensión provisional, guardó silencio.

III. Consideraciones de las medidas cautelares en el CPACA

En el Artículo 229 del CPACA se describen las medidas cautelares así:

“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, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.”

“La decisión sobre la medida cautelar no significa prejuzgamiento.”

“La medida cautelar en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los intereses colectivos y en los procesos de tutela de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio”.

De la anterior definición se puede concluir que:

- **El Juez** puede adoptar la(s) medida(s) cautelar(es) que **considere necesaria(s)** para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.
- Las medidas anticipadas pueden ser solicitadas y decretadas en **cualquier** clase de proceso **declarativo** que se tramite en la

¹ Folio15 y 16

Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y ya no solo en los juicios de anulación de actos administrativos.

- El Juez podrá ordenarlas una vez presentada la demanda, **en cualquier estado del proceso.**
- La solicitud deberá estar sustentada por la parte y tener **relación directa y necesaria con las pretensiones** de la demanda.
- En las **acciones populares y de tutela** el Juez puede decretar **de oficio** las medidas cautelares.
- El Juez deberá **motivar** debidamente la medida.
- El decreto de medidas cautelares **no constituye prejuzgamiento.**
En efecto, con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 CPACA expresamente dispone que *“[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”*. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es brindar a los jueces *“la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del*

*fondo del asunto sub lite*². Una suerte de presunción *iure et de iure* sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido. La jurisprudencia ya ha señalado que este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o “*prejuzgamiento*” de la causa³. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia.

Requisitos para decretar la suspensión provisional de actuaciones administrativas.

La medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos que era la única medida cautelar prevista en el CCA, continuó en el CPACA. En efecto:

² GONZALEZ REY, Sergio. “Comentario a los artículos 229-241 CPACA”, en *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 492.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 31 de julio de 2013, Rad. No. 110010324000 2013 00018 00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 238 de la Constitución Política, la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial por los motivos y con los requisitos que establezca la ley.

El anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), establecía que esta medida estaba sujeta a que la contradicción con las disposiciones invocadas como fundamento de la solicitud de suspensión fuera *manifiesta* y apreciada por *confrontación directa* con el acto demandado. Así, no permitía que el Juez pudiera realizar un estudio del caso, pues la trasgresión debía ser ostensible, y como tal, no podía implicar esfuerzo analítico alguno.

Ahora bien, el Código ha establecido que la medida de **suspensión** de actuaciones administrativas solo se deberá acoger cuando se considere que no existe 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.

El CPACA⁴ define un conjunto de requisitos para la procedencia de la medida de suspensión provisional –tanto en acciones de nulidad simple

⁴ Inciso primero del Artículo 231 del CPACA.

como de nulidad y restablecimiento del derecho- y define de forma general los requerimientos que debe hacer el Juez en los demás eventos. En efecto el inciso primero del Artículo 231 del CPACA, ordena:

“Artículo 231.- 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”.

Como la jurisprudencia ha resaltado, se trata de *“una reforma sustancial, si se tiene en cuenta que (...) habilita al Juez a realizar un estudio no simplemente superficial de la solicitud de la medida sino que incluye la apreciación de las pruebas aportadas al efecto”*⁵. Esto, por cuanto en el marco de la nueva normatividad establecida en el CPACA, para la suspensión provisional se prescindió de la *“manifiesta infracción”* hasta allí vigente, lo cual se ha interpretado en el sentido que *“la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al Juez administrativo a realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas y a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud”*⁶.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 31 de julio de 2013, Rad. No. 110010324000 2013 00018 00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 3 de diciembre de 2012, Rad. No. 11001-03-24-000-2012-00290-00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

En este sentido se observa que, para que se decrete la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo resulta necesario que del análisis realizado por el Juez, se concluya que existe violación a las normas invocadas en la demanda o en el escrito contentivo de la solicitud.

Lógicamente esta regulación especial de la suspensión provisional no puede significar que en los juicios de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho únicamente resulte procedente esta medida cautelar. Dado el principio general sentado por el Código⁷ respecto de la posibilidad de decretar las medidas que mejor se ajusten a las particularidades del caso cuando quiera que se cumplan los requisitos previstos para ello se impone entender que la suspensión provisional de un acto administrativo puede verse acompañada de otras medidas previas: sería el caso, por ejemplo, de una de tipo suspensivo de la actuación si se está, por hipótesis, frente a la solicitud de suspensión de la licencia ambiental para la construcción de una obra, cuya paralización podrá también requerirse; o de tipo anticipativo si se está, por ejemplo, frente a una reclamación contra un acto que deniega el reconocimiento de un derecho, cuya suspensión se solicita, y se acompaña del pedido de anticipación de reconocimiento provisional del derecho.

IV.- Caso concreto

⁷ Artículo 229 del CPACA.

El acto administrativo cuya suspensión se solicita es el Decreto 2219 del 31 de octubre de 2014 *“Por el cual se reglamenta el ejercicio de la inspección y vigilancia de la educación superior”*.

Por su parte, las normas que se consideran manifiestamente infringidas son los artículos 11, 21, 22, 26, 211, 355, 365, y 357 de la Constitución, y los artículos 3, 6, 28, 31, 32 y 33 de la Ley 30 de 1992.

Visto el contenido de la solicitud de suspensión provisional formulada, se concluye que, en síntesis, la preocupación del actor radica en que, a su juicio, el Presidente excedió su potestad reglamentaria al expedir el decreto demandado. Considera que las medidas preventivas o cautelares previstas en acto acusado corresponden a disposiciones novedosas no establecidas en la Ley 30 de 1992 lo cual, a juicio del actor, inhibe al Gobierno para crearlas por la vía del ejercicio del poder reglamentario; pues son de reserva de ley.

Al respecto debe manifestarse que con posterioridad a la expedición del decreto demandado, se profirió la Ley 1740 del 2014 *“Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 67 y los numerales 21, 22 y 26 del artículo 189 de la Constitución Política, se regula la inspección y vigilancia de la Educación Superior, se modifica parcialmente la Ley 30 de 1992 y se dictan otras disposiciones”*

El Despacho observa que el artículo 10 de la Ley 1740 del 2014 prevé las medidas preventivas o cautelares previstas en el Decreto acusado tal y como a continuación se transcribe:

*“CAPITULO III
MEDIDAS ADMINISTRATIVAS PARA LA PROTECCIÓN DEL
SERVICIO PÚBLICO DE EDUCACIÓN SUPERIOR.
ARTÍCULO 10º: MEDIDAS PREVENTIVAS.*

El Ministerio de Educación Nacional, en ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia de la educación superior, podrá adoptar, mediante acto administrativo motivado, una o varias de las siguientes medidas de carácter preventivo, con el fin de promover la continuidad del servicio, el restablecimiento de la calidad, el adecuado uso de las rentas o bienes de las instituciones de educación superior de conformidad con las normas constitucionales, legales y reglamentarias, o la superación de situaciones que amenacen o afecten la adecuada prestación del servicio de educación o el cumplimiento de sus objetivos, sin perjuicio de la investigación y la imposición de las sanciones administrativas a que haya lugar:

- 1. Ordenar la presentación y adopción de planes y programas de mejoramiento encaminados a solucionar situaciones de irregularidad o anormalidad y vigilar la cumplida ejecución de los mismos, así como emitir las instrucciones que sean necesarias para su superación.*
- 2. Ordenar abstenerse de ofrecer y desarrollar programas sin contar con el registro calificado; en este caso el Ministerio informará a la ciudadanía sobre dicha irregularidad.*
- 3. Enviar delegados a los órganos de dirección de las instituciones de educación superior cuando lo considere necesario.*
- 4. Señalar condiciones que la respectiva institución de educación superior deberá atender para corregir o superar en el menor tiempo posible irregularidades de tipo administrativo, financiero o de calidad que pongan en peligro el servicio público de educación.*
- 5. Disponer la vigilancia especial de la institución de educación superior, cuando se evidencien una o varias de las causales que señala a continuación esta ley para ello.*

6. Salvaguardar los derechos adquiridos de los estudiantes matriculados en los programas de las instituciones de educación superior, aprobados por el Ministerio de Educación Nacional.”

Advirtiendo que la preocupación del actor estaba sentada en el hecho de que la Ley 30 de 1993 no consagraba las medidas preventivas o cautelares y que hoy en día sí están previstas en la legislación nacional (Ley 1740 de 2014), surge la necesidad de realizar un análisis sobre la configuración de la eventual “*purga de ilegalidad*” del acto administrativo demandado.

El Despacho debe señalar que en virtud de ello la presente solicitud no cumple con los requisitos señalados en el numeral tercero (III) de la presente providencia, pues en la actualidad no existe violación de las normas invocadas en el escrito contentivo de la tutela pues el acto administrativo acusado, actualmente encuentra sustento en artículo 10 de la Ley 1740 del 2014.

Si bien se procederá a negar la solicitud de suspensión provisional, debe aclararse que ello no es óbice para que continúe el trámite del proceso y mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada se decida de fondo sobre la legalidad del Decreto demandado, toda vez que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1740 de 2014 las medidas preventivas o cautelares no estaban previstas en la Ley 30 de 1992.

Por lo expuesto, el Despacho considera que no hay lugar a decretar la suspensión provisional del acto enjuiciado toda vez que del análisis realizado

en esta etapa del proceso no se evidencia una transgresión que amerite adoptar la medida cautelar solicitada.

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

RESUELVE

NEGAR la suspensión provisional del Decreto 2219 del 31 de octubre de 2014 *“Por el cual se reglamenta el ejercicio de la inspección y vigilancia de la educación superior”*.

Notifíquese y cúmplase,

GUILLERMO VARGAS AYALA
Consejero de Estado