



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil quince (2015).

REF: Expediente núm. 2015-00086-00
Medio de control: Nulidad.
Actor: ANDRÉS JULIÁN ESTRADA OTALVARO.

Procede el Despacho a resolver la solicitud de medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos de la expresión «*bajo la gravedad de juramento*» contenida en el literal i) del artículo 6º Decreto 1716 de 2009, expedido por el Gobierno Nacional, «***Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001***».



I. ANTECEDENTES.

I.1.- La demanda.

El ciudadano **ANDRÉS JULIÁN ESTRADA OTALVARO**, actuando en nombre propio, instauró demanda ante esta Corporación en ejercicio del medio de control de nulidad, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad, previa suspensión provisional, de la expresión «*bajo la gravedad de juramento*» contenida en el literal i) del artículo 6º Decreto 1716 de 2009, expedido por el Gobierno Nacional.

I.2.- Solicitud de suspensión provisional.

Como fundamento de la solicitud, expone los siguientes cargos de violación:

Que dicha expresión vulnera los artículos 29; 40, numeral 6º; 150-10; 189-11, 116 y 229 de la Constitución Política; 137 del Código



de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA); 10° del Decreto 2150 de 1995 ([modificado por el art. 25, Ley 962 de 2005](#)).

Manifiesta que, además, infringe el artículo 29 Superior por no ser una Ley o Norma con Fuerza de Ley, por lo tanto, el Presidente de la República no puede en ejercicio ordinario de sus funciones, definir o establecer mediante Decreto ordinario o administrativo, conductas cuya inobservancia puedan ser castigadas como delito, porque la descripción de tales conductas típicas, tal como lo dispone el referido artículo 29 de la Carta Política, solo puede ser consagrada por la Ley, cuya elaboración corresponde al Congreso de la República.

Señala que el artículo 7° del Decreto Ley 019 de 2012, establece lo siguiente:

**«ARTÍCULO 7. PROHIBICIÓN DE DECLARACIONES
EXTRA JUICIO.**



. El artículo [10](#) del Decreto 2150 de 1995, modificado por el artículo 25 de la Ley 962 de 2005, quedará así:

"Artículo 10. Prohibición de declaraciones extra juicio

. Se prohíbe exigir como requisito para el trámite de una actuación administrativa declaraciones extra juicio ante autoridad administrativa o de cualquier otra índole. Para surtirla bastará la afirmación que haga el particular ante la autoridad, la cual se entenderá hecha bajo la gravedad del juramento." »

Explica que dicha norma solo es aplicable para el trámite de actuaciones administrativas, no así para las actuaciones judiciales, caso en el cual el legislador se reservó la facultad de establecer las que deban surtirse bajo la gravedad del juramento, en virtud del principio de legalidad.

Precisa que, al respecto, la Corte Constitucional mediante sentencia C-340 de 1º de agosto de 1996, Magistrado Ponente doctor JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, declaró la exequibilidad del artículo 10º del Decreto Ley 2150 de 1995, en cuanto eliminó las declaraciones extrajudiciales dentro de las actuaciones administrativas, bastando solo la afirmación que hiciere el particular



ante la autoridad administrativa, la cual se entiende bajo la gravedad de juramento, pero en el entendido de que dicha facultad la entregó el legislador al ejecutivo solo frente a las actuaciones administrativas.

Asevera que la expresión acusada, contraviene lo dispuesto en el referido artículo 10º del Decreto 2150 de 1995, modificado por el artículo 25 de la Ley 962 de 2005, a su vez modificado por el artículo 7º del Decreto-Ley 019 de 2012 al aplicar: *«la prohibición de exigir declaraciones extrajudiciales, bastando para surtirla la sola afirmación que el particular haga ante la autoridad, la cual se entiende hecha bajo la gravedad de juramento»*, la cual, como ya se dijo, solo puede ser aplicable a las actuaciones administrativas mas no a las judiciales.

Indica que se vulneró el numeral 10º del artículo 150 de la Carta Política, por cuanto el Presidente de la República no es el



competente para expedir leyes, ni se encuentra revestido por el Congreso de la República para expedir tal normativa.

Alega que el Presidente de la República en el Decreto 1716 de 2009, parcialmente acusado, no mencionó como motivo ni fundamento de derecho el pluricitado artículo 10º del Decreto Ley 2150 de 1995, en su momento modificado por el artículo 25 de la Ley 962 de 2005, por lo cual es reprochable de una falta de motivación; y, agrega que, aún, en el caso hipotético de que lo hubiese hecho, el acto igualmente estaría viciado de nulidad por falsa motivación.

I.3.- Traslado de la solicitud de medida cautelar.

De la solicitud de suspensión provisional, se corrió traslado al **Ministerio de Justicia**, quien a través de su **Director de Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico**, se opuso a la medida solicitada. En esencia, manifestó lo siguiente:



Que la solicitud de suspensión provisional de la expresión acusada carece de objeto tanto material como formal, por cuanto el numeral demandado no tiene los alcances señalados por el actor.

Manifiesta que la expresión «*bajo la gravedad de juramento*» no resulta violatoria de las normas superiores invocadas como violadas, porque no se deriva directamente de la facultad reglamentaria del Presidente de la República sino que encuentra fundamento en las normas establecidas para la implementación de las medidas de descongestión de la Administración de Justicia que el Estado ha adoptado en beneficio de los ciudadanos que acuden ante las diferentes Jurisdicciones.

Transcribió apartes de la sentencia C-598 de 10 de agosto de 2011, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del párrafo 3º del artículo 52 de la Ley 1395 de 2010 y del párrafo 2º del artículo 52 ibídem, salvo la expresión «*De fracasar*



la conciliación, en el proceso que se promueva no serán admitidas las pruebas que las partes hayan omitido aportar en el trámite de la conciliación, estando en su poder».

Arguye que en dicha providencia el Alto Tribunal avaló constitucionalmente el artículo 6º del Decreto 1716 de 2009, en los siguientes términos:

- ✓ Los requerimientos mínimos que debe cumplir la solicitud de conciliación extrajudicial en materia administrativa, contenidos en el artículo 6º ibídem, no son excesivos para quienes pretenden acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- ✓ La observancia de estas exigencias permiten determinar la legitimidad de la solicitud de conciliación que haga necesaria la activación de la justicia formal, asegurando la seriedad de la pretensión.



- ✓ El incumplimiento de dichos requisitos genera la inadmisión de la solicitud por parte del Procurador Judicial y si no se subsanan, se entenderá que se desiste de la solicitud y se tendrá por no presentada; inadmisión y término de subsanación, dentro de los principios constitucionales propios de la función pública.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

II.1. El acto acusado.

«DECRETO 1716 DE 2009

(Mayo 14)

Por el cual se reglamenta el artículo [13](#) de la Ley 1285 de 2009, el artículo [25](#) de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo [V](#) de la Ley 640 de 2001.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de la potestad que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política,

DECRETA:

CAPITULO I

Conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo

(...)

Artículo 6°. *Petición de conciliación extrajudicial. La petición de conciliación extrajudicial podrá presentarse en forma individual o conjunta por los interesados, ante el agente del Ministerio Público (reparto) correspondiente, y deberá contener los siguientes requisitos:*

(...)

*i) La manifestación, **bajo la gravedad del juramento**, de no haber presentado demandas o solicitudes de conciliación con base en los mismos hechos;*

(...)» (Subraya y negrilla fuera del texto).

II.2. Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo.

Las medidas cautelares son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento jurídico protege, de manera provisional y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso¹.

¹ Ver ampliación de esta definición en la sentencia C- 379 de 2004, de la Corte Constitucional.



Con la expedición de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) se instituyó un amplio y novedoso sistema de medidas cautelares, aplicables en aquellos casos en que se consideren «necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia» (artículo 229).

Los artículos 229 y siguientes del nuevo Estatuto presentan el régimen cautelar del procedimiento contencioso administrativo como un instrumento concreto de la garantía efectiva y material de acceso a la Administración de Justicia que busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción en procura de solucionar una determinada controversia.²

² Sobre la finalidad de las medidas cautelares, consultar providencia de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), en la que se aseveró: "...se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda 'la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón.'"

Vale la pena resaltar la clasificación de las medidas cautelares contenida en el C.P.A.C.A., la cual se orienta a considerarlas *preventivas*, cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho; *conservativas*, si buscan mantener o salvaguardar un *statu quo*; *anticipativas*, de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del demandante; y de *suspensión*, que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.³

En cuanto a los criterios de aplicación que debe seguir el Juez para la adopción de la medida, merece destacarse que aquel cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma «*podrá decretar las que considere necesarias*»⁴. No obstante, a voces del artículo 229 del C.P.A.C.A., 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

³ Artículo 230 del C.P.A.C.A.

⁴ Artículo 229 del C.P.A.C.A.

artículo 231 ídem, según el cual para que la medida sea procedente debe el demandante presentar «documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un **juicio de ponderación de intereses**, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla» (Se resalta fuera de texto).

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: doctora 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**.»⁵ (Negrillas fuera del texto).*

⁵ Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Y en providencia de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo:

*«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.»*⁶(Negrillas fuera de texto).

⁶ 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)

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

II.3. La medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

En el marco de las diversas medidas cautelares instauradas en el nuevo procedimiento contencioso administrativo⁷ se encuentra la

que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (*idoneidad*); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (*necesidad*) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de *ponderación*, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos ... El propio artículo 231 del C.P.A.C.A. da lugar a estar consideración imperativa en el numeral 4, literales a) y b), cuando prescribe como exigencia: "Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes condiciones:

- a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
- b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios."

⁷ El artículo 230 del C.P.A.C.A. señala que el Juez puede decretar, cuando haya lugar a ello, «una o varias de las siguientes» cautelas: ordenar que se mantenga una situación, o se restablezca el estado de cosas anterior a la conducta «vulnerante o amenazante», cuando fuere posible (numeral 1); suspender un procedimiento o actuación administrativa, incluso de carácter contractual, dentro de ciertas condiciones (numeral 2); suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo

figura de la suspensión provisional de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Política y desarrollada por los artículos 231 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesoria, tendiente a evitar que **actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos**, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso en el que se hubiere decretado la medida. Su finalidad, pues, es la de «evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho».⁸

(numeral 3); ordenar que se adopte una decisión, o que se realice una obra o una demolición de una obra con el objeto de evitar el acaecimiento de un perjuicio o que los efectos de este se agraven (numeral 4); impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer (numeral 5). Cuando la medida cautelar implique la adopción de un acto discrecional, el Juez no puede sustituir a la autoridad competente, sino limitarse a ordenar su adopción según la Ley (parágrafo).

⁸ Providencia citada ut supra, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Merece resaltarse, en relación con el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), que la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos se supeditaba a la **manifiesta infracción de la norma invocada**, indicándose que en acciones distintas a la objetiva de legalidad se requería demostrar, aunque fuera sumariamente, el perjuicio con la ejecución del acto. Por ello, la innovación más relevante de la Ley 1437 de 2011 consiste en referirse expresamente a la **confrontación de legalidad** que debe efectuar el Juez de la medida; es decir, ese **análisis inicial** de legalidad del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas⁹.

⁹ Vale la pena ahondar en el tema de la transición del régimen de las medidas cautelares que tuvo lugar con el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, asunto explicado en la providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), en la cual se puntualizó: "Ahora bien, centrando el estudio en la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, es notorio para la Sala que la nueva disposición, sin desconocer los rasgos característicos del acto administrativo, amplió, en pro de una **tutela judicial efectiva**, el ámbito de competencia que tiene el Juez de lo contencioso administrativo a la hora de definir sobre la procedencia de tal medida cautelar; y ese cambio, que se refleja en el tenor literal de la norma, consulta la intención del legislador y el entendimiento de la medida cautelar en el marco constitucional. Una interpretación del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo teniendo en cuenta solamente la variación literal del enunciado normativo, pudo haber generado en los inicios de su aplicación la idea de que la existencia de una manifiesta infracción, a la que hacía referencia el artículo 152 del anterior Código, fue reemplazada por el surqimiento en el análisis judicial de una oposición entre el acto y las normas superiores, sin que ello comportara una diferencia material en el contenido normativo de ambas disposiciones. Sin embargo, estudiados los antecedentes de la disposición debe arribarse a una conclusión diferente, dado que, se insiste, la medida cautelar en el nuevo escenario judicial de esta Jurisdicción obedece y reclama la tutela judicial efectiva." (Resaltado es del texto).



Acerca de la manera en la que el Juez aborda este *análisis inicial*, la citada providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), sostuvo:

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

Como lo refiere la providencia transcrita, es importante la prevención efectuada por el legislador al advertir que la decisión sobre la medida cautelar de ningún modo implica **prejuzgamiento**, teniendo en cuenta que, como lo ha precisado la Jurisprudencia de

esta Sala, se trata de «mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto».¹⁰

II.4.- Requisitos de procedencia de la suspensión de los efectos del acto acusado.

A voces del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos procede por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la respectiva solicitud, *«cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su*

¹⁰ Así lo sostuvo la Sala en la providencia de 11 de marzo de 2014 (Expediente núm. 2013 00503. Consejero ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala), al expresar que: «Con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los Jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la Jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 del C.P.A.C.A. expresamente dispone que “[I]a **decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento**”. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es de brindar a los Jueces ‘la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite’ []. Una suerte de presunción iure et de iure, sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido.

La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un **límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o ‘prejuzgamiento’ de la causa** []. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia».(Negrillas fuera del texto).

confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud». Entonces, su procedencia está determinada por la violación del ordenamiento jurídico y la necesidad de proteger provisionalmente la legalidad, mientras se profiere la decisión definitiva respecto del acto administrativo demandado¹¹. Dice así el citado artículo:

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

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

- 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*

¹¹ Esto significa que la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada en los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio.

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.» (Negrillas fuera del texto).

Del texto normativo transcrito se desprenden, para la procedencia de la medida cautelar, los siguientes requisitos: i) que se invoque a petición de parte, ii) que exista una violación que surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud y, iii) si se trata de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que se acredite, de manera sumaria, los perjuicios que se alegan como causados.



II.5. El caso concreto.

En el presente asunto, el actor solicita la suspensión provisional de los efectos de la expresión *«bajo la gravedad de juramento»* contenida en el literal i) del artículo 6º Decreto 1716 de 2009, expedido por el Gobierno Nacional, ***«Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001».***

Alega el señor **ANDRÉS JULIÁN ESTRADA OTALVARO** que la expresión demandada vulnera la siguiente normativa, a saber:

La Constitución Política:

«Artículo 29º.-El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.»

*«**Artículo 40º.**-Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:*

(...)

6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.»

*«**Artículo 116º.**-La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar.*

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.»

«Artículo 189. *Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:*

(...)

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.»

«Artículo 150°.- *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

(...)

10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.

Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos.»

«Artículo 229°.- *Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.»*



El Decreto 2150 de 5 de diciembre de 1995, *«Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública»:*

«Artículo 10º.-[\[Modificado por el art. 7, Decreto Nacional 019 de 2012, Modificado por el art. 25, Ley 962 de 2005.\]](#)
Prohibición de declaraciones extrajuicio. En las actuaciones administrativas, suprímese como requisito las declaraciones extrajuicio para el reconocimiento de un derecho particular y concreto. Para estos efectos bastará la afirmación que haga el particular ante la entidad pública, la cual tendrá los mismos efectos y consecuencias de la declaración extrajuicio.»

Sea lo primero mencionar que la expresión cuestionada, consagrada en el artículo 6º, del literal i) del Decreto 1716 de 2009, por el cual se reglamentó la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, hace referencia a que la petición de conciliación, entre otros aspectos, debe contener *«la manifestación, bajo la gravedad del juramento, de no haber presentado demandas o solicitudes de conciliación con base en los mismos hechos»* (aparte acusado subrayado), lo cual a juicio del actor vulnera el derecho



fundamental al debido proceso, por cuanto no es posible que a través de dicha preceptiva se establezcan conductas cuya inobservancia puedan ser castigadas como delito, las cuales sólo pueden ser consagradas por la Ley, cuya elaboración corresponde al Congreso de la República.

Al respecto, se considera que no le asiste razón al demandante por cuanto la norma en análisis no establece ningún tipo de sanción de carácter penal. No obstante, se resalta que, en caso de que se llegare a determinar que el peticionario ha presentado demandas o solicitudes de conciliación con base en los mismos hechos, existe una presunción de derecho consistente en que tal conducta se realizó de mala fe y en consecuencia, el funcionario respectivo asume tal acción como un indicio grave en contra de las pretensiones del interesado dentro de la respectiva actuación.

Tampoco encuentra el Despacho que la expresión acusada haya infringido el derecho al control político que tienen los ciudadanos ni



al ejercicio de las acciones públicas existentes para ello (artículo 40 superior), dado que a dichos mecanismos de control no se les impuso la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, aspecto que regula la frase cuestionada por el demandante.

Así mismo, no se encuentra que la expresión censurada haya violado los artículos 116, 189-11, 150-10 y 229 de la Constitución Política, pues el hecho de exigírsele al interesado que manifieste *«bajo la gravedad del juramento»*, no haber presentado demandas o solicitudes de conciliación con base en los mismos hechos, no afecta la función de administrar justicia de las autoridades competentes para ello, tanto de forma permanente como en forma excepcional; ni el acceso de los ciudadanos a la justicia; ni que la expresión censurada presuponga un exceso de la potestad reglamentaria del Presidente de la República; ni de sus facultades extraordinarias concedidas de forma especial por el Congreso; pues a través de la frase cuestionada se establece un requisito que tiene como objetivo primordial otorgarle al conciliador la tranquilidad de

que no existen solicitudes o demandas idénticas y por consiguiente, la decisión que se llegue a tomar dentro de la actuación respectiva es única y por ende, no afectará la seguridad jurídica de los directamente interesados.

Finalmente, en lo relativo al artículo 10^{o12} del Decreto 2150 de 1995, por el que se prohibió exigir declaraciones extrajuicio como requisito para el trámite de una actuación administrativa o de cualquier otra índole, es menester resaltar que en el sub examine, el Decreto contentivo de la frase en cuestión no está requiriéndole al solicitante que allegue junto con su petición de conciliación ese tipo de declaración, sino una manifestación bajo la gravedad de juramento. Además, si se analiza el referido artículo 10^o, éste prevé que si bien no se debe exigir tal declaración, lo cierto es que *«basta la afirmación que haga el particular ante la autoridad, la cual se entenderá hecha bajo la gravedad del juramento»*, es decir, que

¹² Modificado por el artículo 25 de la Ley 962 de 2005, a su vez modificado por el artículo 7^o del Decreto-Ley 019 de 2012



establece una presunción de derecho que no contraviene el ordenamiento jurídico.

Aunado a lo anterior, contrario a lo señalado por el demandante, observa la Sala Unitaria que la frase cuestionada, hace parte de un requerimiento exigido dentro de una actuación extrajudicial y, por lo tanto, no contradice lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-340 de 1º de agosto de 1996, Magistrado Ponente doctor JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, traída a colación por el mismo actor, dado que la manifestación «*bajo la gravedad de juramento*» no se exige dentro de los mecanismos de control consagrados en el C.P.A.C.A.

Así las cosas, conforme a lo expuesto, no encontró el Despacho acreditado que de no suspenderse provisionalmente la expresión acusada se cause algún perjuicio irremediable ni que los efectos de la sentencia que se llegue a proferir en este proceso puedan resultar nugatorios.



Consecuente con lo anterior, se denegará la solicitud de suspensión provisional, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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

R E S U E L V E:

DENIÉGASE la solicitud de suspensión provisional de los efectos de la expresión «*bajo la gravedad de juramento*» contenida en el literal i) del artículo 6º Decreto 1716 de 2009, expedido por el Gobierno Nacional, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Consejera