



CONSEJO DE ESTADO

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B**

CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ.

Bogotá D.C., diez (10) de agosto de dos mil quince (2015).

Radicado No.: 110010325000201200460 00.
No. Interno: 1903-2012.
Actor: Diego Luis Arce Valencia.
Demandada: Corporación para el Desarrollo Sostenible del Norte y Oriente Amazónico (CDA).
Asunto: Auto que niega, por improcedente, una solicitud de medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto demandado, pedida conforme a las reglas de la Ley 1437 de 2011, en proceso iniciado en vigencia del Decreto 01 de 1984.

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección Segunda de la Corporación de 12 de diciembre de 2014¹, para

¹ Folio 650 del cuaderno principal del expediente.

resolver la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado.

I. LA DEMANDA.-

En ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, Código de Contencioso Administrativo, el ciudadano DIEGO LUIS ARCE VALENCIA, obrando a través de apoderado judicial², acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el 2 de febrero de 2011³, con el objeto de demandar⁴ la nulidad de los siguientes actos administrativo:

- Fallo disciplinario de primera instancia de 14 de diciembre de 2009, por medio del cual la Unidad de Control Interno Disciplinario de la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Norte y el Oriente Amazónico (CDA), lo sancionó con destitución e inhabilidad general por 15 años para desempeñar cargos públicos.
- Fallo disciplinario de segunda instancia de 4 de mayo de 2010, por el que la Dirección General de la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Norte y el Oriente Amazónico (CDA), modificó la sanción impuesta por la Unidad de Control Interno Disciplinario de la entidad, variándola por destitución e inhabilidad general por 10 años para desempeñar cargos públicos.

² El poder respectivo obra a folio 1º del cuaderno principal del expediente.

³ Según constancia visible a folio 172 cuaderno principal del expediente.

⁴ La demanda obra a folios 2 a 12 del cuaderno principal del expediente.

- Resolución No. 235 de 28 de junio de 2010, a través de la cual la Dirección General de la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Norte y el Oriente Amazónico (CDA) ejecutó dicha sanción.

A título de restablecimiento del derecho, el actor solicita que se condene a la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Norte y el Oriente Amazónico (CDA), a que se le reintegre al cargo del cual fue destituido o a uno equivalente o superior y a que se le cancele, de manera indexada, los salarios y demás emolumentos dejados de percibir desde su retiro hasta que sea efectivamente reintegrado.

En sustento de sus pretensiones, el actor argumentó en su demanda, básicamente, que la entidad lo sancionó disciplinariamente sin corroborar la comisión efectiva de la conducta endilgada, es decir, sin verificar si en realidad él recibió dádivas a cambio de expedir, a unos particulares, permisos o autorizaciones de aprovechamiento forestal, limitándose la administración a dar valor probatorio pleno a las declaraciones de los quejosos que afirmaron tales hechos, sin recaudar material probatorio adicional que acreditase esos dichos.

Posteriormente, a través de memorial de 30 de enero de 2012⁵, la parte actora aclara y corrige la demanda, agregando varios hechos y argumentos al concepto de violación con el objeto de reforzar la tesis principal de su libelo expuesta en párrafo precedente, tales como que la entidad valoró inadecuadamente los testimonios que obran en el proceso disciplinario,

⁵ Folios 259 a 275 del cuaderno principal del expediente.

puesto que varios declarantes se contradijeron en sus afirmaciones y otros señalaron que el accionante no incurrió en la conducta descrita, sino que fueron sus compañeros de trabajo.

Con la demanda no se formuló solicitud alguna de suspensión provisional de los actos demandados, así como tampoco se hizo en el memorial de corrección y aclaración del libelo.

II. ADMISIÓN Y TRÁMITE DE LA DEMANDA.-

Mediante autos de 5 de abril de 2011⁶ y 7 de febrero de 2012⁷, el Juzgado 6^o Administrativo de Villavicencio admitió la demanda inicial y su aclaración; la entidad accionada, por su parte, se opuso en el término legal, a través de memoriales de 8 de noviembre de 2011⁸ y 9 de abril de 2012⁹.

Por medio de Auto fechado el 13 de junio de 2012¹⁰, el Juzgado 6^o Administrativo de Villavicencio dispuso remitir el expediente al Juzgado 5^o Administrativo de Descongestión de dicha ciudad, despacho judicial que mediante auto de 29 de junio de 2012¹¹ resolvió declararse incompetente para conocer del presente asunto y remitirlo a esta Corporación.

⁶ Folios 226 a 228 del cuaderno principal del expediente.

⁷ Folio 277 del cuaderno principal del expediente.

⁸ Folios 244 a 250 del cuaderno principal del expediente.

⁹ Folios 282 a 291 del cuaderno principal del expediente.

¹⁰ Folio 350 del cuaderno principal del expediente.

¹¹ Folios 354-355 del cuaderno principal del expediente.

A través de proveído de 10 de septiembre de 2012¹², emitido en Sala Unitaria por el Consejero Alvarado Ardila, el Consejo de Estado resuelve avocar conocimiento del presente proceso y por medio de auto de 28 de julio de 2013¹³, se ordenó abrir el proceso a pruebas.

III. DE LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN No. 235 DE 28 DE JUNIO DE 2010 POR MEDIO DE LA CUAL SE EJECUTÓ LA SANCIÓN DE DESTITUCIÓN IMPUESTA AL ACTOR.-

Por medio de escrito radicado el 14 de noviembre de 2014, el apoderado del actor solicita que se decrete la medida cautelar, contemplada en el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, de *“suspensión provisional de los efectos consignados en la Resolución 235 de fecha veintiocho (28) de junio de 2010 ... y que como consecuencia del decreto de la medida cautelar, se ordene la suspensión provisional de la sanción de inhabilidad general que pesa en contra del señor DIEGO LUIS ARCE VALENCIA ... registrada en la Procuraduría General de la Nación, que se encuentra vigente desde el 28 de junio de 2010.”*.

Para soportar su petición, alega el apoderado del señor Arce Valencia que desde que fue destituido en el año 2010 no ha podido volver a trabajar, a pesar de ser un profesional capacitado para laboral en el sector público, lo cual atenta contra su derecho fundamental al trabajo. Así mismo aduce, que el registro de la sanción disciplinaria en la Procuraduría General de la

¹² Folios 360 a 363 del cuaderno principal del expediente.

¹³ Folios 637 a 642 del cuaderno principal del expediente. Proferido en Sala Unitaria con ponencia del Consejero (e) Gómez Aranguren.

Nación, debe ser suspendido porque dicha decisión de la administración fue impugnada en virtud de la demanda que nos ocupa y mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo no resuelva de fondo, no puede aparecer dicha sanción en ningún registro público.

IV. CONSIDERACIONES.-

Atendiendo a los argumentos expuestos por la parte actora en el escrito contentivo de la solicitud de medida cautelar, el Despacho en Sala Unitaria decidirá el asunto sometido a su consideración en el siguiente orden: **(i)** aplicación de las previsiones normativas contenidas en la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a los procesos iniciados en vigencia del Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo; **(ii)** antecedentes jurisprudenciales, **(iii)** evolución de las medidas cautelares en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y **(iv)**, decisión del caso concreto.

4.1. Aplicación de las previsiones normativas contenidas en la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a los procesos iniciados en vigencia del Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo.-

El estudio de la solicitud de medida cautelar formulada por la parte actora obliga al Despacho entrar a revisar, de manera previa, lo atinente a la procedencia de la aplicación de las normas de la Ley 1437 de 2011, Código

de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a procesos iniciados con anterioridad a su expedición, es decir, en vigencia del Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo.

Al respecto hay que anotar en primer lugar, que el artículo 40 de la centenaria¹⁴ Ley 157 de 1887¹⁵, señala lo siguiente:

"Artículo 40. *Modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012¹⁶. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.*

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se registrarán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.

La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad." (Subrayas fuera de texto).

Si nos atenemos a la regla procesal general sobre transición entre estatutos procesales, prevista en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 40 de la

¹⁴ Vigente aún luego de superar el examen de constitucionalidad que le hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-188 de 1999.

¹⁵ Por la cual se adicionan y reforma los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.

¹⁶ Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

Ley 153 de 1887, arriba transcrito, habría que concluir que la Ley 1437 de 2011, aplicaría a los procesos en trámite iniciados en vigencia del Decreto Ley 01 de 1984, a partir de la fecha en que entró en vigencia dicha norma.

Sin embargo, la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 308 consagró un régimen de transición diferente para el ordenamiento jurídico procesal en el ámbito de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Dispone la norma en cita lo siguiente:

“Artículo 308. Régimen de transición y vigencia. El presente Código comenzará a regir el 2 de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.” (Subrayas fuera del original).¹⁷

Como puede apreciarse, la norma es clara en señalar que la vigencia del nuevo código se estableció a partir del 2 de julio de 2012, ordenándose además, aplicarlo a todos los procesos, demandas, trámites, procedimientos o actuaciones que se inicien con posterioridad a dicha fecha, pero también

¹⁷ En armonía con este precepto, el artículo 309 ejusdem, derogó entre otras normas, el Decreto Ley 01 de 1984, en los siguientes términos. ***“Artículo 309. Derogaciones. Deróganse a partir de la vigencia dispuesta en el artículo anterior, todas las disposiciones que sean contrarias a este Código, en especial, el Decreto 01 de 1984...”***

expresamente se señaló, que los que estuvieran en curso al momento de entrar a regir, seguirían siendo gobernados por el régimen jurídico precedente, es decir, el Decreto Ley 01 de 1984.

Al consultar las Memorias de la Ley 1437 de 2011¹⁸, se advierte que la Comisión de Reforma en su sesión No. 79 al proponer este artículo que hoy es el 308 de la Ley 1437 de 2011, argumentó, a través del Consejero Rafael Ostau de Lafont, lo siguiente:

*“Mi sugerencia sería que expresamente se señale que este código sólo se aplicará a los procesos que se inicien con posterioridad a su entrada en vigencia, para que no entremos en discusión sobre si ya hubo admisión de la demanda o no la hubo. Esto sólo se aplica hacia el futuro, con absoluta tranquilidad, y entonces ya sabemos que lo demás se va a resolver sin que entremos en discusiones como ocurrió con la Ley 954 de 2005.”*¹⁹

La intención o propósito de la Comisión de Reforma era formular una norma sencilla, es decir, una regla clara y simple que, a diferencia de la regla procesal contenida en el artículo 40 de la Ley 157 de 1887, ofreciese seguridad y certeza al operador judicial respecto del tránsito legislativo que supuso para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

¹⁸ Volumen III. Editado por el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura. Impresión de la Imprenta Nacional de Colombia.

¹⁹ Página 658 ibídem.

De acuerdo con lo expuesto, el nuevo código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se aplica a los trámites judiciales que se inicien con posterioridad a su entrada en vigencia, es decir, 2 de julio de 2012, mientras que el antiguo estatuto procesal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, o sea el Decreto Ley 01 de 1984, mantienen su obligatoriedad para las situaciones jurídicas en curso, iniciadas en bajo su vigor, esto es, antes del 2 de julio de 2012, independientemente del momento en que culminen.

4.2. Antecedentes jurisprudenciales.-

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el Concepto No. 2184 de 29 de abril de 2014, con ponencia del Consejero Álvaro Namen Vargas, y la Sección Tercera de la Corporación en fallo de 20 de octubre de 2014, con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero, estudiaron el asunto relativo al tópico examinado, esto es, la aplicabilidad de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a proceso iniciados en vigencia del Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo.

En aquellas oportunidades, si bien la materia central objeto de análisis por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil y de la Sección Tercera del Consejo de Estado tenía que ver con determinar cuál es el régimen de intereses de mora aplicable, después de expedida la Ley 1437 de 2011, a las

conciliaciones y condenas impuestas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en procesos y trámites iniciados en vigencia del Decreto Ley 01 de 1984, parte significativa de los razonamientos expuestos en las providencias señaladas se concentraron en dilucidar lo relativo a la aplicación de la Ley 1437 de 2011 a situaciones adelantadas en vigencia del Decreto 01 de 1984.

En el citado concepto, se dio respuesta a una consulta elevada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que en su momento le planteó a la Sala el siguiente problema jurídico: *“... los intereses moratorios que se causan por la falta de cumplimiento oportuno de condenas impuestas a entidades públicas o de acuerdos conciliatorios aprobados mediante providencia judicial con posterioridad a la fecha en que entró a regir la Ley 1437 de 2011 (2 de julio de 2012), pero cuyas demandas se instauraron antes de dicha fecha, se liquidan con base en lo previsto por la Ley 1437 de 2011 o con base en lo dispuesto por el Decreto 01 de 1984.”*. Para resolver, la Sala de Consulta y Servicio Civil argumentó lo siguiente:

“Como se advierte, las disposiciones transcritas hacen relación a los efectos de la vigencia de la ley procesal nueva que introduce modificaciones a la organización judicial, a los procedimientos y procesos, y a las competencias, esto es, determinan lo concerniente a la eficacia del nuevo código en el tiempo.

Recuérdese que para resolver los conflictos suscitados por el tránsito de legislación²⁰, la regla general es que la norma nueva rige hacia el futuro, al porvenir, lo que comporta que se aplica a los hechos producidos a partir de su nacimiento y hasta el momento de su derogación. La excepción es que la ley sea retroactiva, es decir, tenga fuerza para regular hechos ocurridos en el pasado o situaciones jurídicas pretéritas, o sea con anterioridad a su vigencia.

En el caso de las leyes procesales, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y por tratarse de normas imperativas y de orden público, estas se aplican con efecto general e inmediato tanto a los procesos que se promuevan como a los procesos en trámite desde que comienzan a regir, sin perjuicio de que ciertas actuaciones iniciadas con antelación a su expedición, como los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, culminen al amparo de la ley procesal antigua, que tiene respecto de estas un efecto ultractivo o de supervivencia, es decir, conserva su fuerza vinculante para todas esas situaciones jurídicas y hasta su finalización.²¹

Sin embargo, observa la Sala que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo fijó una regla de tránsito de legislación diferente y especial a la general prevista en el

²⁰ Sin duda, la expedición de una ley nueva desde que comienza a regir genera conflictos en cuanto a su aplicación en el tiempo, por la incidencia que los efectos de su aplicación puede traer respecto de los hechos, situaciones o relaciones jurídicas pasadas, presentes y futuras.

²¹ El artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012, es del siguiente tenor: “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones. La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad”.

artículo 40 de la Ley 153 de 1887, para evitar el conflicto que en el tiempo se pudiera presentar con ocasión de la reforma.

Como se anotó, el artículo 308 dispuso, de una parte, su aplicación con efecto general e inmediato a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren desde el 2 de julio de 2012; y de otra, reservó la fuerza obligatoria de la ley antigua para las situaciones jurídicas surgidas con anterioridad a esa fecha pero que no se hubiesen agotado en ese momento, otorgándole un efecto ultractivo hasta su terminación.

En conclusión, el nuevo código únicamente se aplicará, a partir de su entrada en vigencia, a las situaciones enteramente nuevas, nacidas con posterioridad a su vigor, y la ley antigua, en este caso el Decreto Ley 01 de 1984 y las normas que lo modifiquen o adicionen, mantienen su obligatoriedad para las situaciones jurídicas en curso, independientemente del momento en que culminen.

(...)

Por lo tanto, a los trámites, procesos, actuaciones, procedimientos, demandas y actuaciones iniciadas antes del 2 de julio de 2012 se les aplica, en estricto rigor, el Decreto Ley 01 de 1984, desde su inicio y hasta su culminación, independientemente de la fecha en que ocurra esta última.”

A idénticas conclusiones arribó la Sección Tercera de esta Corporación en fallo de 20 de octubre de 2014, con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero²², en la que al resolver en segunda instancia una Acción de Grupo,

²² Expediente No. 52001-23-31-000-2001-01371-02 (AG).

también se preguntó la Sala sobre cuál es el régimen de intereses de mora aplicable después de expedida la Ley 1437 de 2011 a las conciliaciones y condenas impuestas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en procesos y tramites iniciados en vigencia del Decreto Ley 01 de 1984. El razonamiento expuesto por la Sección Tercera en la citada providencia fue el siguiente:

“... tratándose de los procesos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el CPACA creó una norma especial de transición procesal, de modo que la anterior no rige esta clase de procesos. El art. 308 estableció la regla inversa: el CPACA no aplica - en ninguno de sus contenidos- a los procesos iniciados antes de su entrada en vigencia; por el contrario, sólo rige los procesos judiciales iniciados en virtud de una demanda presentada después de su vigencia: ‘... las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.’

El efecto práctico de la anterior transición procesal se expresa en que: i) la demanda presentada antes de la vigencia del CPACA determina que el proceso que se inició continúa su trámite, hasta culminarlo, conforme al CCA, y ii) la demanda presentada en vigencia del CPACA avanzará, hasta culminar, conforme a las reglas del CPACA. En ambas hipótesis, tanto la primera como la segunda instancia se rigen, integralmente, por el estatuto procesal con que inició el trámite; pero esto no aplica a los recursos extraordinarios que se promuevan contra la sentencia dictada en el proceso ordinario, porque son distintos, es decir, no son una parte o instancia más del proceso sobre el cual se ejerce la nueva acción.

También es un efecto propio del sistema de transición que acogió el art. 308, que durante muchos años la jurisdicción de lo contencioso administrativo aplicará, en forma paralela y con la misma intensidad,

dos sistemas procesales: el escritural y el oral; aquél regirá hasta que se extingan todos los procesos iniciados conforme al CCA., y éste regirá todo lo iniciado conforme al CPACA. En este contexto, las reglas del CCA no gobiernan ningún aspecto del CPACA, ni siquiera para llenar vacíos o lagunas; ni las del CPACA aplican al CCA, ni siquiera para un propósito similar.

(...)

No debe olvidarse que la Ley 153 es una Ley; no una norma constitucional ante la cual deban rendirse las demás leyes, como para creer que lo que disponga no pueda luego contrariarlo otra ley. Esto no se comparte, porque si el legislador quisiera variar alguna de las reglas que contiene, de manera general o para un sector concreto, le bastaría hacerlo, como efectivamente lo hizo el CPACA con la transición procesal que creó, y de hecho comprendió muchos temas, entre ellos modificó el sentido que ofrece el art. 40 citado antes.”.

Sobre el tópico examinado, esto es, la aplicabilidad de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a procesos iniciados en vigencia del Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, estas han sido las únicas providencias que hasta el momento ha proferido el Consejo de Estado, estudiando la materia, las cuales en resumen señalan que a los trámites judiciales iniciados con anterioridad al 2 de julio de 2012, fecha de entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, se les aplica el Decreto 01 de 1984, consideraciones que para el caso en concreto acoge el Despacho.

4.3. Evolución de las medidas cautelares en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: del paso de un régimen legal que sólo consagraba la suspensión provisional a un estatuto procesal que contempla un sistema plural de medidas cautelares de naturaleza preservativa, conservativa, anticipativa y de suspensión.-

En pronunciamiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, con ponencia de la suscrita, se abordó el tema de las diferencias entre el régimen de cautelas contenido en el Decreto 01 de 1984 y la nueva regulación que al respecto trae la Ley 1437 de 2011²³, que se cita *in extenso*:

“En el sistema jurídico colombiano, desde la expedición del primer Código Contencioso Administrativo, adoptado mediante la Ley 130 de 13 de diciembre de 1913²⁴, hasta el Decreto 01 de 2 de enero de 1984, la suspensión provisional del acto administrativo se constituyó en la única cautela posible en procesos contencioso administrativos.

*Constitucionalmente la suspensión provisional del acto se consagró por primera vez en el artículo 193 de la Constitución de 1886, con ocasión de la reforma promovida mediante el Acto Legislativo No. 1 de 1945, en los siguientes términos: ‘la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá suspender provisionalmente **los actos** de la Administración por los motivos y con los requisitos que establezca la*

²³ Auto de 17 de marzo de 2015. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. MP: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Exp. 11001-03-15-000-2014-03799-00 (IJ).

²⁴ “Sobre la jurisdicción de lo contencioso administrativo”, proferida en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 del Acto Legislativo No. 3 de 31 de octubre de 1910. Al respecto, en el artículo 59 literal d), que reguló el proceso de nulidad de las ordenanzas y otros actos de las Asambleas departamentales, previó que en el primer Auto proferido dentro del trámite se dispondría sobre “*la suspensión provisional del acto denunciado cuando ella fuere necesaria para evitar un perjuicio notoriamente grave*”.

ley' Negrilla fuera de texto. Posteriormente, la Constitución Política de 1991 precisó en el artículo 238²⁵ que la misma Jurisdicción podía suspender provisionalmente **los efectos de los actos administrativos** susceptibles de impugnación judicial 'por los motivos y con los requisitos que establezca la Ley'.

La entrada en vigencia de la actual norma superior, y con ella la configuración del modelo estatal como social de derecho, implicó no solo el reconocimiento formal de un amplio catálogo de derechos sino la incorporación de garantías para su materialización y defensa efectiva. En este contexto, y por la trascendencia de esa transformación para la comprensión de las medidas cautelares, el acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial confrontaron directamente la actuación de los jueces en esta materia, de cara a la necesidad de ofrecer al ciudadano instrumentos eficaces para la defensa de sus intereses, con el objeto de lograr la justicia material.

De manera concreta, la interpretación restrictiva para la procedencia de la suspensión provisional del acto, como se profundizará más adelante, y la inexistencia de medidas adecuadas y necesarias para lograr una protección judicial oportuna y efectiva, impidió al juez de la jurisdicción especializada intervenir de manera más activa, dando paso a que muchos temas reservados en principio a la jurisdicción de lo contencioso administrativo fueran conocidos por el juez de tutela, con el objeto de garantizar derechos constitucionales fundamentales, y ante la ineficacia del medio ordinario de defensa²⁶.

Así pues, en aras de dinamizar el derecho contencioso administrativo bajo la normativa constitucional que necesariamente lo irradia²⁷, como

²⁵ Título VIII – De la Rama Judicial, Capítulo III – De la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

²⁶ Al respecto, ver la Sentencia SU-039 de 1997 proferida por la Corte Constitucional, con ponencia del Doctor Antonio Barrera Carbonell.

²⁷ Sobre este fenómeno, se puede advertir lo siguiente: "... el derecho administrativo no está constitucionalizado porque uno o varios artículos de la Constitución le sirvan de base, sino porque el

ocurre en los demás campos de lo jurídico, la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo trae consigo, en relación con el trámite del proceso judicial, un compromiso más fuerte frente al derecho a una tutela judicial efectiva²⁸, el cual se acompasa mejor con los mandatos impuestos por la Constitución y con las normas sobre derechos humanos, tanto del sistema universal²⁹ como interamericano³⁰.

Evidencia clara de tal afirmación es la nueva regulación sobre medidas cautelares³¹, que, en lo sustancial, le permite al Juez adoptar decisiones idóneas, necesarias y adecuadas para garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, como contrapartida a una posición privilegiada que aún hoy mantiene la Administración como

Derecho administrativo, apreciado en su conjunto, no solo no contradice algún artículo de la Constitución, sino porque revela sus fines, sus valores, sus principios, es decir, porque se encuentra imbuido de esta.

La constitucionalización le aporta así al Derecho administrativo sistematicidad, lo estructura como un cuerpo elaborado alrededor de unos mismos valores; lo guía hacia la consecución de uno (sic) fines socialmente fundamentales y en su aplicación a la función administrativa, le permite flexibilidad en la búsqueda de esos fines. (...)". Ospina Garzón, Andrés Fernando. La constitucionalización del Derecho administrativo - XV Jornadas internacionales de Derecho Administrativo. Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2014. Págs. 14 y 15.

²⁸ Derecho que, con independencia de que se considere como autónomo o ligado necesariamente al acceso a la administración de justicia, implica, entre otros supuestos, la existencia de recursos idóneos, desde un punto de vista material y no meramente formal, para la satisfacción de los derechos subjetivos en discusión.

²⁹ Al respecto, el artículo 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que: "*Toda persona tiene derecho a un recurso judicial efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.*".

³⁰ El artículo 8.1 de la Convención Americana sobre derechos humanos o Pacto de San José, dispone que: "*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*".

³¹ Al respecto, el doctrinante Luciano Parejo Alfonso, sostiene que "*la efectividad de la tutela judicial, al menos de la contenciosa administrativa que aquí importa, depende del grado de eficacia del sistema de control jurisdiccional de la administración y esa eficacia está condicionada, a su vez, por la regulación misma del cauce procesal a través del que se produce las posibilidades de conservación del derecho o situación jurídica litigiosa*". Parejo Alfonso Luciano, Los postulados constitucionales de la reforma administrativa, Madrid, Civitas, 1983, pag 264.

garante del interés público y que se refleja en aspectos tales como la presunción de legalidad de sus actos y el principio de ejecutoriedad³².

Tales variaciones se sintetizan en la adopción de un sistema plural de medidas cautelares, de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa y de suspensión³³; en la posibilidad de que se decreten en todos los procesos declarativos de que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier etapa del proceso; y, en la existencia de las llamadas medidas cautelares de urgencia, inaudita altera pars.

(...)

De las medidas cautelares en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011. Suspensión de los efectos del acto administrativo - Diferencias con el Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984.

³² Al respecto, Juan Carlos Cassagne, en “*Las medidas cautelares en el contencioso administrativo*”, manifestó que: “las medidas cautelares despliegan todas las posibilidades que brinda el principio de la tutela judicial efectiva a fin de compensar el peso de las prerrogativas de poder público.”. Tomado de Ezequiel Cassagne. Las medidas cautelares contra la administración. http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/E_Cassagne/Medidas%20cautelares.pdf

³³ Esta configuración, empero, ha generado resistencia en parte de la doctrina Colombiana. En tal sentido, el profesor Carlos Betancur Jaramillo, manifestó lo siguiente: ““*En mi opinión el desborde lo produce el art. 230 que enuncia las principales medidas, ya que sus distintos numerales permiten dar a entender que son, en la mayoría de casos, autosatisfactivas o anticipativas. Por eso mismo considero que frente a los procesos simplemente declarativos, como son los correspondientes a las acciones que en esta obra denominados de rango legal, las medidas sólo podrán ser preventivas o a lo sumo suspensivas de los efectos de los actos administrativos y eso por expresa permisón constitucional (art. 238). Situación distinta se da en los procesos de compulsión (de tutela y populares) porque en éstos la protección de derechos de mayor jerarquía, como son los fundamentales y los derechos e intereses colectivos, imponen medidas de protección de carácter excepcional que no permiten la dilación de los procesos de simple declaración.*” Derecho procesal Administrativo. Colombia. Señal Editora Ltda. 2014. Pág. 365

En el Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, la regulación de medidas cautelares se limitó a la suspensión provisional de actos administrativos, en los siguientes términos:

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

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

La lectura de la referida disposición permite afirmar que, en vigencia de la anterior normativa, operó un sistema de única cautela posible, aplicable solo dentro de procesos contencioso administrativos en los que estuviera involucrada la no sujeción al ordenamiento jurídico de actos administrativos. Aunado a ello, la oportunidad para su invocación se fijó hasta antes de que se admitiera la demanda, agregándose que la solicitud de parte en tal sentido debía estar contenida expresamente en la demanda o en escrito separado.

*Sustancialmente, su procedencia se sujetó 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.*

En este contexto, además de las limitaciones de oportunidad y procedibilidad formal, la suspensión provisional del acto administrativo se constituyó en una figura de excepcional aplicación, dado que la expresión de ‘manifiesta infracción’, conforme a la jurisprudencia consistente de las Secciones del Consejo de Estado, se interpretó en el sentido de que la presunta ilegalidad del acto debía aparecer evidente, prima facie, sin necesidad de adelantar razonamientos elaborados sobre el objeto del debate. La justificación de tal hermenéutica radicó en la presunción de legalidad de lo actuado por la Administración.

Al respecto, la Sección Quinta, en providencia de 21 de febrero de 2008, con ponencia de la Doctora María Nohemí Hernández Pinzón³⁴, manifestó lo siguiente:

‘Junto con los requisitos formales, relativos a la oportunidad en que debe solicitarse la medida y su sustentación expresa, se previó la acreditación de un presupuesto que puede calificarse de sustancial, atinente a la ‘manifiesta infracción’ de cualquiera de las normas jurídicas invocadas con la petición. Y manifiesto, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, corresponde a lo que es ‘Descubierto, patente, claro’, o si se prefiere aquello que es evidente o se puede apreciar al primer golpe de vista o de la mera observación, y para los fines de la suspensión provisional será manifiesta la infracción al ordenamiento jurídico cuando tal conclusión surja de cotejar la norma con el acto acusado.

(...)

La estrictez con la que se diseñó el mecanismo de la suspensión provisional se explica en el peso que dentro del

³⁴ Radicado No. 2007-00159-01, actor: Jesús Antonio Obando Roa.

ordenamiento jurídico tiene el principio de legalidad (arts. 121 y 123 C.N.), que abriga a los actos de la administración pública en general con la presunción de que fueron expedidos con apego a las normas jurídicas pertinentes. Por ello, si la violación denunciada no ofrece el grado de evidencia señalado en el artículo 152 lo propio es que la medida se deniegue para que sea en el fallo, luego de surtido el debate procesal y acopiadas las pruebas correspondientes, donde se juzgue si el acto es ilegal o no.³⁵.

En términos similares sobre la viabilidad limitada de la suspensión del acto en vigencia del Código Contencioso Administrativo, la ex Consejera de Estado Doctora Ruth Stella Correa Palacio en el Seminario Franco-Colombiano 'Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa', expuso:

'(...)

De suerte que la infracción del acto administrativo demandado en relación con la normativa legal superior debe de ser evidente, producto de un elemental y sencillo cotejo entre ellos; por el contrario, si es necesario realizar estudios o análisis profundos, no procederá la medida cautelar, porque ésta figura excepcional y restrictiva es corolario directo del principio de legalidad ... que tiene por thelos sancionar, como lo ha establecido esta Corporación, la rebeldía de la Administración ante mandatos superiores. De allí que el rasgo característico dominante de esta medida cautelar radica en que de la simple confrontación

³⁵ En similar sentido ver las siguientes providencias: (i) Sección Primera, Auto de 26 de mayo de 2011, C.P. Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianteta, radicado No. 2010-00569-01; (ii) Sección Segunda - Subsección B, Auto de 6 de mayo de 2010, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, radicado No. 2009-00124-00(1759-09); (iii) Sección Tercera, Auto de 21 de octubre de 2009, C.P. Dr. Ruth Stella Correa Palacio, radicado No. 2009-00084-00(37156); y, (iv) Sección Cuarta, Auto de 23 de febrero de 2012, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia, radicado No. 2011-00134-01(19032).

se advierta la contradicción palmar entre la norma superior y el acto administrativo demandado.

(...)³⁶.

Con la nueva normativa, prevista en el Capítulo XI del Título V 'Demanda y proceso contencioso administrativo', se fijó un régimen plural de medidas cautelares aplicable a los procesos declarativos y a los que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos de que conoce esta jurisdicción. Al respecto, el artículo 229 contempla que:

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

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

PARÁGRAFO. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos ~~y en los procesos de tutela~~ del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.³⁷.

De este enunciado se extrae que, contrario a lo que ocurría en vigencia del Código Contencioso Administrativo, las medidas

³⁶ Al respecto ver la página web www.consejodeestado.gov.co/memorias/medidas%20cautelares.pdf.

³⁷ El aparte tachado se declaró inexecutable por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-284 de 2014.

*cautelares proceden antes de que se notifique el auto admisorio y en cualquier etapa del proceso, y que su fin consiste en **proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia**, a través de un pronunciamiento que no implica prejuzgamiento.*

Conforme al artículo 230 ibídem, las medidas cautelares pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, debiendo tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Dentro de este último criterio, en el numeral 3º, se estipuló la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, garantía concordante con lo dispuesto en el artículo 238 de la Constitución Política. En tal sentido, el artículo 230 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo estipula:

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

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

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

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

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

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

A continuación el artículo 231 ibídem, en desarrollo de lo previsto en el artículo 238 de la Constitución Política³⁸, fija en el primer inciso los requisitos que deben acreditarse para la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo; y, en el segundo, aquellos que deben configurarse para acceder a una cualquiera de las demás medidas, así:

‘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

³⁸ En virtud del cual, se insiste, se reserva al Legislador la fijación de los motivos y requisitos para que proceda la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo.

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.'.

La lectura literal de la referida disposición evidencia una diferenciación en términos de requisitos de procedibilidad entre las diferentes medidas cautelares, que, además, se refleja en sus antecedentes legislativos. Al respecto, consultada la Gaceta No. 683 de 23 de septiembre de 2010 que contiene la ponencia para primer debate ante la Cámara de Representantes del entonces proyecto de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se

evidencia que el artículo 231 estaba planteado en los siguientes términos³⁹:

‘Cuando simplemente se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda.

Si el demandante pretende el restablecimiento de derechos subjetivos, 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 resulta ría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:

³⁹ En la referida ponencia, además, se suprimió un aparte introducido en el trámite del Congreso en el que se regulaba la suspensión provisional en prevención, regulada anteriormente por el artículo 153 del Decreto 01 de 1984.

- 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.⁴⁰.

Al amparo de dicha propuesta, se estableció una regla clara de confrontación de legalidad cuando se demandara la nulidad de un acto, compilando bajo un solo inciso los requisitos necesarios para el decreto de la medida cuanto quiera que se solicitara un restablecimiento de derechos subjetivos. No obstante, en la ponencia para segundo debate a la Cámara, que reposa en la Gaceta No. 951 de 23 de noviembre de 2010, se dejó en claro que era necesario separar los requisitos exigidos legalmente para la medida de suspensión provisional de los necesarios para las demás medidas. Al respecto, se sostuvo:

‘(...)

En el artículo 231, que corresponde a los requisitos para decretar las medidas cautelares, en el inciso primero se reforma la redacción con el objetivo de que la suspensión provisional de los actos administrativos resulte eficaz. Con esta orientación se señala que, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, si tal violación surge del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la

⁴⁰ En similares términos se radicó el proyecto de ley ante el Senado, según se evidencia en la Gaceta No. 1173 de 17 de noviembre de 2009. Leído el artículo original que se sometió a valoración, solo se evidencia un cambio en la redacción del literal b) numeral 4°.

solicitud; igualmente, cuando además se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos, para que proceda dicha medida cautelar.

Así mismo, se varía la frase inicial del inciso segundo del citado artículo 231 para una mejor comprensión de la distinción entre las condiciones para que proceda la suspensión provisional de actos administrativos y los requisitos que se deben cumplir para la adopción de las demás medidas cautelares. En efecto, no sobra recordar que los requisitos previstos para las demás medidas cautelares –diferentes a la suspensión provisional de los actos- en los numerales subsiguientes tiene por objeto que el tiempo transcurrido en el proceso no afecte los intereses de mayor valía de la comunidad, o no causen agravio a un interés subjetivo; por eso, proceden siempre y cuando se reúnan ciertos supuestos, como el buen derecho del demandante (*bonus fonus iuri*), o sea la probabilidad razonable de que prospere su causa; la eventual lesión del interés público y los perjuicios que la medida pudiera ocasionar; y la irremediabilidad de los dañoso el temor fundado de la ineficacia final de la sentencia por la demora del proceso (*periculum mora*). (...).⁴¹

*Con el objeto de lograr la eficacia de la medida de suspensión provisional, tal como se manifestó en la ponencia para segundo debate ante la Cámara de Representantes, se concluye que el inciso primero del artículo 231 exige como requisito fundamental para resolver esta cautela un **análisis inicial** de legalidad⁴¹. Agregando, que en los casos en los que se reclama el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, se acredite por lo menos sumariamente la existencia de estos.*

⁴¹ De regularidad, en términos de Hans Kelsen, en su obra “La Garantía Constitucional de la Jurisdicción”. Concepto entendido, en este contexto, como la sujeción de las normas de rango inferior a las normas de rango superior.

En las demás medidas contempladas en el artículo 230 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, distintas de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, se deberán atender para su análisis los criterios de fumes boni iuris, o apariencia de buen derecho, periculum in mora, o perjuicio de la mora, y, la ponderación de intereses, y será el Juez en su análisis y valoración de la situación propia de cada caso quien establezca los pesos argumentativos de los mismos en la decisión que adopte.

Ahora bien, centrando el estudio en la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, es notorio para la Sala que la nueva disposición, sin desconocer los rasgos característicos del acto administrativo, amplió, en pro de una tutela judicial efectiva, el ámbito de competencia que tiene el juez de lo contencioso administrativo a la hora de definir sobre la procedencia de tal medida cautelar; y ese cambio, que se refleja en el tenor literal de la norma, consulta la intención del legislador y el entendimiento de la medida cautelar en el marco constitucional.

Una interpretación del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo teniendo en cuenta solamente la variación literal del enunciado normativo, pudo haber generado en los inicios de su aplicación la idea de que la existencia de una manifiesta infracción, a la que hacía referencia el artículo 152 del anterior Código, fue reemplazada por el surgimiento en el análisis judicial de una oposición entre el acto y las normas superiores, sin que ello comportara una diferencia material en el contenido normativo de ambas disposiciones. Sin embargo, estudiados los antecedentes de la disposición debe arribarse a una conclusión diferente, dado que, se insiste, la medida cautelar en el nuevo escenario judicial de esta Jurisdicción obedece y reclama la tutela judicial efectiva⁴².

⁴² Al respecto, en providencia de la Sección Quinta, de 21 de agosto de 2014, con ponencia del Doctor Alberto Yepes Barreiro (e), se afirmó: “En consecuencia, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación intentó superar la interpretación según la cual la locución “manifiesta” del código anterior fue sustituida por “surgir” para entender que el juez, cuando se solicita la medida cautelar de suspensión provisional y esta se encuentra sustentada, debe examinar los argumentos de la demanda para determinar si la violación o ilegalidad que se arguye se presenta o no; es decir, debe hacer un juicio previo o provisional de legalidad.”.

En ese sentido, en la Ponencia para primer debate del proyecto de Código en el Senado, Gaceta No. 1210 de 2009, se sostuvo el objetivo de fortalecer los poderes del juez, afirmando que:

‘El proyecto de reforma que tiene como finalidad principal la tutela judicial efectiva de los derechos de los administrados, sistemáticamente desconocidos por la administración, por lo general bajo el pretexto de falta de recursos para reconocerlos, prefiriendo dilatar en el tiempo el reconocimiento de unos derechos que las más de las veces se revelan como indiscutibles, dada la reiteración de las tesis jurisprudenciales o la claridad del buen derecho del reclamante. Es por esto que se propone dotar al juez de poderes, con el fin de hacer real el reconocimiento de los derechos de los asociados.

Esos poderes se reflejan, dentro del proceso contencioso-administrativo, en los siguientes temas:

(...)

g) En relación con medidas cautelares

Las medidas cautelares contempladas en el proyecto se constituyen en el más novedoso y eficaz instrumento para lograr la tutela judicial efectiva. Por ello, se propone en el artículo 224 que incluso puedan ser decretadas de oficio para la protección de derechos fundamentales o colectivos.

(...).

Efectuando una interpretación integral y sistemática del inciso 1º del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, entonces, se concluye que para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una valoración del acto acusado, que comúnmente se ha llamado valoración inicial, y que implica una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud.

Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, pero con base en una

aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no constituye prejuzgamiento, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final.

Frente al hecho de que el estudio para pronunciarse sobre una medida cautelar no implica prejuzgamiento, en providencia de la Sección Primera, con ponencia del Doctor Guillermo Vargas Ayala, se precisó:

(...) 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”. 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.⁴³.

Ahora bien, buscar o pretender que para el decreto de las medidas cautelares el juez tenga conocimiento integral del material normativo, jurisprudencial, doctrinal, probatorio y fáctico para atender el asunto, propio de un análisis de fondo al momento de proferir Sentencia, restaría su eficacia a las medidas, pues implicaría prácticamente abrir un proceso paralelo en el que, con la desventaja del tiempo y en

⁴³ Providencia de 20 de marzo de 2014, radicado No. 2013-00442-00, actor: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

detrimiento del derecho de defensa, se resuelva el asunto, llevando, en este caso sí, a un posible prejuzgamiento por parte del Juez.

*En este escenario, corresponde al operador judicial en cada caso concreto abordar de manera ponderada y cuidadosa su estudio, **analizando** inicial o preliminarmente el sometimiento de la decisión administrativa al parámetro normativo invocado, prosperando la medida en aquellos eventos en los que de ese estudio **surja** del quebrantamiento invocado⁴⁴, recayendo sobre él la carga de motivar su decisión, exponiendo las razones que le permitieron acoger o negar la suspensión.*

En varios pronunciamientos el alcance de esta institución, de naturaleza instrumental y provisional dentro del proceso contencioso administrativo, ha sido objeto de estudio en los siguientes términos:

‘Es decir, con el C.P.A.C.A desapareció el calificativo de ‘manifiesta’ que caracterizaba a la infracción normativa que hacía procedente la suspensión provisional mientras rigió el CCA. En su lugar, el juez actualmente emprende un análisis del acto demandado, a partir de su confrontación con las normas invocadas por el actor como violadas y las pruebas aportadas por el mismo para sustentar su solicitud, lo que a juicio de la Sala puede involucrar, por un lado, la integración de principios y valores constitucionales identificables con el caso concreto y, por otro, la consulta de la jurisprudencia que se ha ocupado de la constitucionalidad de las normas invocadas o que ha sentado lineamientos sobre la interpretación que debe

⁴⁴ “De una lectura lógica y razonable del artículo 231 del CPACA se desprende, entonces, que el legislador no pretendió sujetar la procedencia de la suspensión provisional a más requisitos que los estrictamente necesarios para que el fallador se hiciera una primera idea sobre la situación puesta a su conocimiento: normas violadas, razón de la violación y pruebas, si las hay, el resto, obvia y naturalmente corresponde al togado, llamado a determinar si existe o no razón en lo que se alega.”. Tomado del artículo “El resurgimiento normativo y hermenéutico de la suspensión provisional – Idoneidad y eficacia de la medida cautelar”, escrito por el Doctor Alberto Yepes Barreiro para el Libro “Sociedad, Estado y Derecho. Homenaje a Álvaro Tafur Galvis” – Tomo II, Universidad del Rosario, págs. 217 y 218.

dárseles.⁴⁵.

Y, más recientemente,

‘El Estado de derecho supone por antonomasia el acatamiento de las normas jurídicas tanto por parte de la administración como de los particulares y nuestra tradición jurídica nos reconduce al cumplimiento de estas reglas jurídicas a través de la coherencia y congruencia normativa que implica, dentro del sistema jerárquico y piramidal, la no contradicción entre unas y otras y en caso de presentarse tal fenómeno, la posibilidad de desactivar, definitiva o **transitoriamente**, la disposición transgresora en garantía del principio de legalidad. Pues es precisamente esa posibilidad de dejar sin efecto temporal la norma, el objeto de la denominada ‘suspensión provisional’.

Hoy en día el artículo 229 del C.P.A.C.A. consagra la medida en comento exigiendo una ‘petición de parte debidamente sustentada’, y el 231 impone como requisito la ‘(...) 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’.

Entonces, las disposiciones precisan que la medida cautelar i) se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta

⁴⁵ Sección Quinta, providencia de 17 de julio de 2014, con ponencia del Doctor Alberto Yepes Barreiro, radicado interno No. 2014-00024, actor: Sixto Manuel García Mejía.

en el concepto de violación y ii) al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

De esta manera, el cambio sustancial respecto al régimen del anterior Código Contencioso Administrativo radica en que, a la luz del artículo 231 del nuevo C.P.A.C.A., el operador judicial puede analizar la transgresión bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, sin que ello implique prejuizgamiento^[2],⁴⁶.

La contradicción y el análisis entre las normas invocadas y el acto administrativo exige, entonces, que luego de un estudio de legalidad inicial, juicioso y serio, se pueda arribar a la conclusión de que el acto contradice la norma superior invocada, exigiendo, se insiste, la rigurosidad del Juez en su estudio, con fundamento en el acto o las pruebas allegadas con la solicitud.

En relación con las pruebas que pueden allegarse a la solicitud de la medida cautelar, también se evidencia una diferencia frente al anterior Código, en razón a que ya no se hace referencia explícita a documentos públicos sino a “pruebas allegadas con la solicitud”, las cuales deberán ser examinadas, en todo caso, atendiendo a los criterios probatorios vigentes en el ordenamiento.

Aunado a lo anterior, el inciso primero del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo le impone al interesado la carga de acreditar sumariamente la existencia

⁴⁶ Sección Quinta, providencia de 13 de agosto de 2014, con ponencia de la Doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Radicado No. 2014-00057-00. Actor: Yorgin Harvey Cely Ovalle.

de perjuicios, cuando quiera que solicite el restablecimiento del derecho e indemnización de los citados perjuicios, exigencia que no implica otra cosa que demostrar ante el operador judicial que resolverá su caso que la tardanza del proceso podría configurar un perjuicio.

En conclusión, la tarea que debe abordar el Juez ante la solicitud de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, le exige analizar los requisitos normativos previstos en el inciso primero del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo, asumiendo la carga argumentativa respectiva.”.

Estas consideraciones ponen de presente lo siguiente:

El Código Contencioso Administrativo sólo consagra, en su artículo 152, la suspensión provisional, que es una medida cautelar negativa, como única precautela, mientras que la Ley 1437 de 2011, artículo 229 y siguientes, contempla un sistema plural de cautelas que pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, es decir, de naturaleza positiva y negativa.

En vigencia del Decreto 01 de 1984, la medida cautelar de suspensión provisional sólo podía solicitarse con la demanda o en escrito separado antes de la admisión de la misma, en cambio, bajo el imperio de la Ley 1437 de 2011, las medidas cautelares pueden ser solicitadas antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso.

Según lo normado en el Decreto Ley 01 de 1984 la cautela de suspensión provisional sólo procedía cuando se evidenciase una “*manifiesta infracción*” de normas superiores por parte de la disposición enjuiciada, mientras que bajo el marco regulatorio de la Ley 1437 de 2011, la exigencia de verificar la existencia de una infracción normativa como requisito estructurante de la suspensión provisional, al no haber sido calificada por el legislador como tal, no requiere ser manifiesta, es decir, evidente, ostensible, notoria, palmar, a simple vista o prima facie.

4.4. Del caso en concreto.-

Como ya viene expuesto, en el sub exámine la parte actora solicita que se decrete una de las medidas cautelares consagradas en el artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, específicamente la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, sin considerar que el proceso de la referencia se inició bajo el ámbito de aplicación del Decreto 01 de 1984, pues, la demanda fue presentada el 2 de febrero de 2011 y admitida el 5 de marzo del mismo año.

En ese orden de ideas, en aplicación del artículo 308 de la Ley 1437 de 2011 y en consideración a los antecedentes jurisprudenciales citados, el proceso de la referencia se rige hasta su culminación por lo dispuesto en el Decreto Ley 01 de 1984, puesto que, su inicio se produjo bajo la vigencia de dicho estatuto procesal.

Así las cosas, es improcedente la solicitud formulada por la parte actora tendiente a lograr que en este proceso se decrete la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto demandado contemplada en el nuevo estatuto procesal contenido en la Ley 1437 de 2011, puesto que, en estricta aplicación del artículo 308 ibídem, en lo atinente a medidas precautelativas, la presente causa judicial se rige por lo normado en el Decreto 01 de 1984, cuyo artículo 152 sólo permite solicitar la suspensión provisional al momento de presentar la demanda y en el presente caso el proceso se encuentra culminado la etapa probatoria.

De esta forma es forzoso negar, por improcedente, la medida cautelar solicitada por el demandante.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO. NIÉGASE la medida cautelar solicitada por el demandante en este proceso.

Notifíquese y cúmplase.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Consejera de Estado

SLIV/EDLOM.-.