



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Expediente nro.: 25000234100020170051201
Actor: Gustavo Francisco Petro Urrego
Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho – auto que deja sin efectos.

Atendiendo lo previsto en el auto del 30 de julio de 2018,¹ mediante el cual el Consejero de Estado Hernando Sánchez Sánchez remitió el presente proceso a este despacho en cumplimiento de la medida de compensación ordenada en el Acuerdo 094 del 16 de mayo del año en curso proferido por la Sala plena de esta Corporación, se AVOCA el conocimiento del asunto.

Correspondería a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Contraloría Distrital de Bogotá contra el proveído del 3 de noviembre de 2017, proferido por el Despacho del magistrado Oscar Armando Dimaté Cárdenas, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que decretó parcialmente la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos demandados; sin embargo, se observa lo siguiente:

1. ANTECEDENTES

El señor Gustavo Francisco Petro Urrego, actuando por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control previsto por el artículo 138 de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011², promovió demanda de nulidad y restablecimiento del

¹ Folio 4 del cuaderno del Consejo de Estado. Ingreso en reparto del 13 de agosto de 2018.

² *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

derecho en contra de los siguientes actos administrativos proferidos dentro del proceso de responsabilidad fiscal nro. 170000-0002/2012, “*adelantado en la Secretaría Distrital de Hacienda, Secretaria Distrital de Planeación, Secretaría Distrital de Movilidad, Alcaldía Mayor de Bogotá y Transmilenio S.A.*”:

(i) Fallo nro. 1 del 27 de junio de 2016, que lo halló, entre otras personas³, fiscalmente responsable en cuantía de doscientos diecisiete mil doscientos cuatro millones ochocientos cuarenta y siete mil novecientos ochenta y nueve pesos (\$217.204.847.989), y ii) el auto del 27 de octubre de 2016,⁴ expedidos por la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría Distrital de Bogotá; así como iii) la Resolución nro. 4501 del 29 de noviembre de 2016, que resolvió el recurso de apelación y confirmó en todas sus partes el fallo de responsabilidad fiscal proferido por el Contralor Distrital de Bogotá.

1.1. El apoderado judicial del demandado, mediante escrito separado radicado en la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 31 de marzo de 2017, solicitó como medida cautelar de urgencia, la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos demandados por considerar que el juicio de responsabilidad fiscal le causó un grave daño al señor Gustavo Francisco Petro Urrego, por cuanto lo limita en sus derechos políticos, toda vez que “[n]iega en forma absoluta la posibilidad [...]” de ser elegido a cargos públicos de elección popular y le impone una carga monetaria “[q]ue afecta su congrua subsistencia y la de su familia [...]”.⁵

Al respecto, resaltó que las sanciones impuestas por la Contraloría Distrital a través del acto acusado, consistente en resarcir al patrimonio público la suma de doscientos diecisiete mil doscientos cuatro millones ochocientos cuarenta y siete mil novecientos ochenta y nueve pesos (\$217.204.847.989), así como la inclusión en el Boletín de Responsables Fiscales, le impiden obtener unos ingresos mínimos vitales para solventar su subsistencia y la de sus hijos menores de edad; por un lado, en razón al monto de la condena, y por el otro, porque no puede celebrar contratos de prestación de servicios con el Estado, ni formar empresa y mucho menos acceder a un crédito bancario.

³ También halló responsables a los señores Ana Luisa Flechas Camacho y Libardo Yanod Márquez Aldana.

⁴ Que resolvió el recurso de reposición y confirmó el fallo de responsabilidad fiscal.

⁵ Folios 1 al 42 del expediente de medida cautelar.

Aunado a ello, resaltó que su experiencia de más de 20 años ha sido en el ejercicio de cargos públicos, especialmente de elección popular, por lo que en el sector privado no encuentra las condiciones para las que se ha preparado toda su vida. Agregó que ha sido desprestigiado a través de los diversos medios masivos de comunicación, situación que ha repercutido en su moral y honra debido a que tuvo que afrontar un injusto y desmedido señalamiento público por conductas que no constituyen un daño patrimonial, como lo pretende la entidad demandada.

Precisó que, con la decisión del ente de control fiscal, se le ha impedido cumplir diversas obligaciones, tales como el pago de su propia vivienda que está a punto de perder, la educación de sus hijos, tener una cuenta bancaria, dictar cátedra y conferencias universitarias, por lo que concluyó que se están vulnerando sus derechos fundamentales y causando graves perjuicios. En estas condiciones aduce que la solicitud de medidas cautelares es el único mecanismo judicial idóneo con el que cuenta para superar la infracción que deviene de los actos administrativos demandados.

Sostuvo que las consecuencias del fallo de responsabilidad fiscal que cuestiona equivale a la *“la muerte política”*, pues, a su juicio, se trata de un debate alrededor de unas decisiones administrativas que nada tienen que ver con la pérdida de recursos públicos del Estado, sino que, por el contrario, favorecieron el acceso al sistema [de transporte público], disminuyó la congestión vehicular y la contaminación ambiental.

Finalmente, adujo que, teniendo en cuenta las referidas consecuencias de los actos acusados, de no concederse la presente solicitud, *“[l]a sentencia que se profiera en este proceso, el cual es además de dos instancias, quedará en firme cuando ya se ha causado los perjuicios a sus derechos políticos y a su subsistencia y la hace nugatoria para la protección de sus derechos. [...]*”

1.2. Por auto del 20 de junio de 2017⁶, el magistrado sustanciador del Tribunal Administrativo denegó la solicitud de medida cautelar de urgencia y ordenó correr traslado, de conformidad con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, medida que denegó por auto del 21 de julio de 2017⁷.

⁶⁶ Folios 351 a 355 del cuaderno de la medida cautelar.

⁷ Folios 373 a 418 cuaderno medida cautelar.

1.3. Inconforme con la anterior decisión el apoderado del demandante interpuso recurso súplica, el cual fue resuelto por la Sala de la Sección Primera – Subsección B del mismo Tribunal, mediante proveído del 14 de agosto de 2017⁸, que ordenó adecuar el recurso al de reposición por considerar que era el legalmente procedente, dado que la providencia fue dictada dentro de un proceso en primera instancia y no se decretó la medida cautelar; en consecuencia, ordenó la remisión del expediente al despacho ponente para lo pertinente.

1.4. Mediante proveído del 3 de noviembre de 2017, el magistrado Oscar Armando Dimaté Cárdenas resolvió el recurso de reposición contra el auto del 21 de julio de 2017, disponiendo lo siguiente:⁹

*“[...] 1°) **Reponer** la providencia del 21 de julio de 2017, mediante la cual se denegó la solicitud de medida cautelar. En consecuencia, **Decrétase**, parcialmente, la **suspensión provisional** de los efectos jurídicos de los siguientes actos administrativos: i) el Fallo de responsabilidad Fiscal No. 01 del 27 de junio de 2016, ii) el Auto del 27 de octubre de 2016 y iii) la Resolución 4501 del 29 de noviembre de 2016, proferidos dentro del proceso de Responsabilidad Fiscal No. 170000-0002/12, en lo que respecta al demandante, señor Gustavo Francisco Petro Urrego, y mientras se resuelve de fondo el presente asunto, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*2°) **Oficiése** a la Contraloría General de la República y a la Procuraduría General de la República (sic) para que tomen nota de la suspensión de la inhabilidad que recae sobre el señor Gustavo Francisco Petro Urrego como consecuencia de la responsabilidad fiscal de que tratan los actos administrativos suspendidos, en sus respectivos sistemas de información de registro de sanciones e inhabilidades, en los términos y para los efectos de esta providencia. [...]*

(Negrita de la providencia)

1.5. El apoderado judicial de la Contraloría Distrital de Bogotá, mediante escrito radicado el 8 de noviembre de 2017, interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la medida cautelar, lo que sustentó, en síntesis, así¹⁰:

Señaló que, contrario a lo señalado por el magistrado conductor del proceso, el artículo 105¹¹ de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011¹² hace una remisión normativa en aquellos aspectos no regulados en esa ley a las disposiciones de la

⁸ Folios 458 a 461 del cuaderno de la medida cautelar.

⁹ Folios 467 a 545 del cuaderno de la medida cautelar.

¹⁰ Folios 547 a 568 del cuaderno de la medida cautelar.

¹¹ **ARTÍCULO 105. REMISIÓN A OTRAS FUENTES NORMATIVAS.** *En los aspectos no previstos en la presente ley, se aplicarán las disposiciones de la Ley 610 de 2000, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso verbal establecido en la presente ley.*

¹² *Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.*

Ley 610 del 15 de agosto de 2000¹³, en cuanto le sean compatibles con la naturaleza del proceso verbal. A su vez, el artículo 66 de la norma *ejusdem*¹⁴ prevé que los vacíos contenidos serán suplidos, en primer término, por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual, en su artículo 142, hace referencia al medio de control de repetición¹⁵.

Aseguró que el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, que modificó la Ley 610 de 2000, estableció que el grado de culpabilidad para determinar la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave, señalando para este último caso un listado de presunciones relativas al del gestor fiscal, dejando de lado otros eventos relacionados con el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas que ejecutan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejan recursos públicos o fondos públicos. Asimismo que, tanto el juicio de responsabilidad fiscal como el citado medio de control, guardan similitud en cuanto a sus fines como los principios que orientan ambas figuras, por lo que consideró que resulta aplicable la regulación para este último prevista en la Ley 678 de 2001.

Sostuvo que en el proceso de responsabilidad fiscal nro. 17000-0002112 quedó suficientemente demostrado que el exalcalde de Bogotá, demandante en el presente proceso, con la expedición del Decreto 356 del 23 de julio de 2012¹⁶ hizo extensiva la reducción de las tarifas del servicio de transporte urbano masivo a

¹³ Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

¹⁴ ARTÍCULO 66. REMISION A OTRAS FUENTES NORMATIVAS. *En los aspectos no previstos en la presente ley se aplicarán, en su orden, las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Penal, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal.*

En materia de policía judicial, se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Penal.

¹⁵ ARTÍCULO 142. REPETICIÓN. *Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado.*

La pretensión de repetición también podrá intentarse mediante el llamamiento en garantía del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública.

Cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño.

¹⁶ *Por el cual se establece la tarifa del servicio de transporte urbano masivo de pasajeros del Sistema TransMilenio y del componente zonal del Sistema Integrado de Transporte Público "SITP" en el Distrito Capital*

todos los usuarios, apartándose de las disposiciones contenidas en el Plan Distrital de Desarrollo de la “Bogotá Humana”, específicamente en el Eje Uno, numeral 2, que disponía que los beneficiarios de dicha medida sólo podían ser los adultos mayores de 62 años, personas en condiciones de discapacidad, estudiantes y la población con menor capacidad de ingresos.

Agregó que la decisión contenida en el precitado acto administrativo de orden distrital provocó un daño a las finanzas del Distrito Capital, puesto que se dejaron de percibir ciento ochenta y siete mil quinientos treinta y ocho millones novecientos ochenta y dos mil setecientos cuarenta pesos (\$187.538.982.740), por el período comprendido entre el 1 de agosto de 2012 al 30 de octubre de 2013, afectando la sostenibilidad del Sistema Integrado de Transporte Público.

Precisó que la decisión contenida en el citado decreto “[i]ncurrió en una violación manifiesta e inexcusable [...]” del artículo 29¹⁷ de la Ley 336 del 20 de diciembre de 1996¹⁸ por cuanto le corresponde al Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Transporte, formular la política y fijar los criterios para la directa, controlada y libre fijación de las tarifas en cada uno de los modos de transporte; así como del artículo 30 de la norma *ejusdem*, según el cual, las autoridades competentes deben elaborar estudios de costos para determinar las tarifas, lo que constituye una presunción de culpa grave, como lo dispone el numeral 1 del artículo 6 de la Ley 678 de 2001.¹⁹

1.6. Durante el término de traslado²⁰, el apoderado judicial del demandante manifestó:

Si bien el artículo 66 de la Ley 610 de 2000 establece que en el proceso de responsabilidad fiscal es aplicable el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en lo que le sea compatible, aquél no es de

¹⁷ ARTÍCULO 29. *En su condición rectora y orientadora del Sector y del Sistema Nacional de Transporte, le corresponde al Gobierno Nacional a través del Ministerio de Transporte formular la política y fijar los criterios a tener en cuenta para la directa, controlada o libre fijación de las tarifas en cada uno de los Modos de transporte*

¹⁸ Estatuto General de Transporte

¹⁹ “[...] ARTÍCULO 6o. CULPA GRAVE. *La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.*

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

1. *Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho. [...]”*

²⁰ Folio 569 del cuaderno de medida cautelar.

naturaleza judicial sino administrativa, de manera que las disposiciones de la Ley 678 de 2000 no pueden usarse.

Además consideró que no existe vacío en la Ley 1474 de 2011 en cuanto a los eventos de presunción de culpa grave o dolo del proceso de responsabilidad fiscal, por lo que señaló que el legislador tiene la libertad de configurar los elementos de la responsabilidad fiscal y su procedimiento, así como establecer las presunciones de dolo o culpa y los eventos en los que se presenta, según lo dispuesto en el artículo 124 de la Carta Política;²¹ respecto a este último punto, aseveró que no le corresponde al ente de control fiscal crear estas presunciones ni siquiera por analogía, y por tanto, de ostentar dicha facultad podría invertir las cargas probatorias recurriendo a normas no previstas para ese trámite, por lo que perdería todo sentido del debido proceso.

Aseguró, en cuanto a las afirmaciones de la entidad demandada en contra del Decreto 352 de 2012, que dicho acto administrativo goza de presunción de legalidad puesto que no ha sido suspendido o anulado por esta Jurisdicción, por lo que sus opiniones respecto a la norma de orden distrital no la facultan para aplicar presunciones no previstas dentro del procedimiento administrativo de responsabilidad fiscal.

Finalmente reiteró en extenso los argumentos que sobre la inaplicabilidad de las precitadas presunciones de la Ley 678 de 2000 al juicio fiscal hizo en la demanda.

1.7. Por auto del 24 de noviembre de 2017, el magistrado ponente concedió en el efecto devolutivo el recurso de apelación, ordenando su remisión a esta Corporación²².

2. CONSIDERACIONES

El Despacho dejará sin efectos el auto del 3 de noviembre de 2017, proferido en Sala Unitaria por el magistrado Oscar Armando Dimaté Cárdenas del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las siguientes razones:

²¹ ARTÍCULO 124. La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.

²² Folio 581 del cuaderno de medida cautelar.

2.1. Sobre la competencia para decretar medidas cautelares en procesos de primera instancia

El artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 establece:

*“[...] **ARTÍCULO 229. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES.** 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.** <Aparte tachado INEXEQUIBLE> 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~~²³ del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio. [...]”*

De acuerdo con la norma transcrita, la decisión de decretar medidas cautelares podrá ser tomada por el juez o magistrado ponente de manera unipersonal; sin embargo, de la lectura armónica de éste con los artículos 125 y 243 del mismo ordenamiento, se colige que cuando el asunto es conocido por las Corporaciones Judiciales, la decisión debe adoptarse a través de la Sala, excepto en los procesos cuyo trámite sea de única instancia, caso en el cual sí corresponde al ponente; tales artículos disponen:

*“[...] **ARTÍCULO 125. DE LA EXPEDICIÓN DE PROVIDENCIAS.** Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias. Los autos que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica. [...]”*

*“[...] **ARTÍCULO 243. APELACIÓN.** Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:*

1. El que rechace la demanda.

2. El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.

²³ Parágrafo declarado inexecutable por la Corte Constitucional, sentencia C-284 de 15 de mayo de 2014, MP. María Victoria Calle Correa.

3. El que ponga fin al proceso.

4. El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que solo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público.

5. El que resuelva la liquidación de la condena o de los perjuicios.

6. El que decreta las nulidades procesales.

7. El que niega la intervención de terceros.

8. El que prescinda de la audiencia de pruebas.

9. El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente.

Los autos a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 relacionados anteriormente, serán apelables cuando sean proferidos por los tribunales administrativos en primera instancia.

El recurso de apelación se concederá en el efecto suspensivo, salvo en los casos a que se refieren los numerales 2, 6, 7 y 9 de este artículo, que se concederán en el efecto devolutivo.

PARÁGRAFO. La apelación solo procederá de conformidad con las normas del presente Código, incluso en aquellos trámites e incidentes que se rijan por el procedimiento civil. [...]"

(Se resalta)

De lo anterior se colige que, si bien el juez o magistrado ponente de manera unipersonal puede decretar medidas cautelares, ello sólo es posible en las corporaciones colegiadas en los procesos de única instancia; pero cuando se trate de asuntos de primera instancia que conozcan los jueces colegiados, la decisión le corresponde adoptarla a la respectiva Sala.

2.2. La posición del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional sobre la materia

Esta Corporación ha esbozado una postura clara frente a casos como el que aquí se plantea, y para el efecto, el Despacho resalta los siguientes pronunciamientos:

2.2.1. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en providencia del 6 de octubre de 2015, expediente radicación nro.: 11001-03-15-000-2014-01602-00(PI), C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, frente a la competencia para proferir esta clase de decisiones, dijo:

"[...] La Sala reitera que la norma en comentario [artículo 243] incorporó dos reglas para la procedencia del recurso de apelación de autos: la primera está referida a la naturaleza de la decisión, razón por la cual estableció un listado de providencias

pasibles de impugnación, y la segunda es atinente al aspecto subjetivo, esto es, el concerniente al juez que los profiere²⁴.

Sobre este último aspecto, resulta evidente el trato diferencial del precepto normativo respecto de la actuación de los jueces unipersonales frente a los colegiados, en lo que atañe a la procedencia del recurso dentro de los procesos tramitados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En efecto, mientras que el legislador consagró en el precitado artículo 243 que los autos allí enumerados²⁵, que hayan sido proferidos por los Jueces Administrativos, son susceptibles del recurso de apelación, en tratándose de decisiones adoptadas por los Tribunales Administrativos únicamente serán objeto de alzada las contenidas en los numerales 1º, 2º, 3º y 4º de dicha disposición, es decir, aquellos que pongan fin al proceso, los que rechacen la demanda, los que decreten una medida cautelar y los que aprueben una conciliación prejudicial o judicial.

Como se observa, lo que hizo el legislador, en el marco de los principios de celeridad y eficacia que rigen toda actuación dentro de la administración de justicia, fue limitar las decisiones interlocutorias que pueden ser objeto del recurso de apelación, de tal forma que tan sólo lo serán las contenidas en los numerales 1º a 4º del artículo 243, cuando se trate de asuntos tramitados, se repite, en tribunales administrativos u órganos colegiados.

Lo anterior tiene sentido, en la medida que guarda armonía y coherencia con lo establecido en el artículo 125 del C.P.A.C.A., norma que consagra lo referente a la competencia para la expedición de providencias dentro de los procesos tramitados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y en la cual se dispuso que “en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1º, 2º, 3º y 4º del artículo 243 del Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia”.

De esta manera, es dable colegir que si bien es cierto que, cuando se trata de jueces colegiados, los autos señalados en los primeros cuatro numerales del artículo 243 plurimencionado²⁶ deben ser proferidos por la Sala y, por ende, son susceptibles del recurso de apelación [...].” (se destaca)

2.2.2. Por otra parte, en relación con las consecuencias que acarrea la inobservancia de lo dicho líneas atrás, esta Corporación por auto del 19 de marzo de 2018, con ponencia del Consejero de Estado Roberto Augusto Serrato Valdés, expediente radicado nro. 17001233100020130002501²⁷, expuso:

“[...] Por ende y como quiera que la providencia judicial impugnada fue suscrita únicamente por el Magistrado Sustanciador del proceso, doctor Carlos Manuel Zapata Jaimes, la misma fue expedida sin competencia y con desconocimiento de la garantía al debido proceso prevista en el artículo 29 de la Carta Política.

Para efectos de adoptar las medidas de saneamiento del presente proceso judicial ante la falta de competencia advertida, considera el despacho que no resulta procedente la declaratoria de nulidad de lo actuado en la medida en que, no es válido acudir al numeral 1 del artículo 133 del CGP pues este establece que es

²⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Providencia de 25 de junio de 2014. Rad.: 2012 – 00395. Magistrado Ponente: Dr. Enrique Gil Botero.

²⁵ Numerales 1º a 9º.

²⁶ Se dejan a salvo las disposiciones especiales que consagran la procedencia del recurso de apelación dentro del articulado del estatuto procesal. Ver sentencia C-329 de 27 de mayo de 2015. Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera.

causal de nulidad «[...] 1. Cuando el juez actúe en el proceso **después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia** [...]», situación que no se configura en el evento que nos ocupa.

(...)

Teniendo en cuenta lo anterior, este despacho considera que las medidas que se acompañan con la irregularidad que presenta el auto de 12 de agosto de 2013, consistente en haber sido expedido sin competencia por el factor subjetivo, resultan ser las siguientes: (i) dejar sin efectos la decisión de dar por terminado el proceso al declararse probada la excepción consistente en que el acto administrativo demandado no podía ser objeto de control por parte de la jurisdicción y como consecuencia de lo anterior, (ii) disponer la remisión del expediente a la autoridad judicial competente, para efectos de que la decisión sea adoptada conforme a las previsiones de los artículos 125 y 243 del CPACA.

Cabe resaltar que la Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado, en oportunidades anteriores, ha acudido a las medidas de saneamiento señaladas anteriormente. En efecto, en auto de 23 de agosto de 2016, Consejera Ponente: Lucy Jeanette Bermúdez Bermúdez²⁸, se indicó:

«[...] En tal sentido, es claro que los Consejeros Ponentes carecían de competencia para proferir en Sala Unitaria los autos de 30 de junio, 8 de julio y 3 de agosto de 2016, con los que, respectivamente, rechazaron las referidas recusaciones, la nulidad propuesta y sanearon el proceso, según se explicó en el acápite de antecedentes del presente proveído.»

Así las cosas, advertida tal irregularidad, en virtud del principio de saneamiento procesal que irradia el trámite contencioso, es necesario que la Sala aplique los correctivos pertinentes para procurar el saneamiento del proceso y, en tal sentido, (i) dejará sin efectos los autos de 30 de junio (C. P. Rocío Araújo Oñate) 8 de julio (C. P. Rocío Araújo Oñate) y 3 de agosto de 2016 (C. P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, (ii) concederá a los magistrados Alberto Yepes Barreiro y Stella Conto Díaz Del Castillo el término de 3 días²⁹ para que se pronuncien sobre las recusaciones presentadas y (iii) ordenará que, vencido el anterior plazo, pase el expediente al despacho de la Consejera Rocío Araújo Oñate para que sustancie la decisión con la que, en acatamiento a lo dispuesto por el artículo 132.3 del CPACA la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resuelva de plano las recusaciones y adopte las decisiones que sean menester. [...]

Por lo expuesto, la Sala Plena Contencioso Administrativa, en uso de facultades constitucionales y legales [...] **RESUELVE:**

PRIMERO: DEJAR SIN EFECTOS los autos de 30 de junio (C. P. Rocío Araújo Oñate) 8 de julio (C. P. Rocío Araújo Oñate) y 3 de agosto de 2016 (C. P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas [...]).

(Resaltado y negrita de la providencia)

²⁸ Cita de la providencia: “Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejera Ponente: Lucy Jeanette Bermúdez Bermúdez. Bogotá D. C., veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00011-00 (Acumulado). Actor: Rodrigo Uprimny Yepes y otro. Demandado: Alejandro Ordóñez Maldonado. Naturaleza: Nulidad electoral.”

²⁹ Cita de la providencia: “[...] Si bien la norma no establece un plazo específico, la Sala Plena, por celeridad procesal, lo fija así [...]”.

2.2.3. Siguiendo la misma línea, este Despacho, por auto del 3 de julio de 2018, en el proceso radicado bajo el nro. 88001-23-33-000-2017-00097-01³⁰, sostuvo lo siguiente:

“[...] En ese orden de ideas, este Despacho concluye que el magistrado José María Mow Herrera del Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, carecía de competencia para proferir el auto del 6 de diciembre de 2017, por cuanto la decisión de decretar medidas cautelares en los procesos de primera instancia en cabeza de los jueces colegiados de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, corresponde de manera exclusiva a las correspondientes salas plenas.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la falta de competencia advertida en el presente asunto no se enmarca en ninguna de las causales que dan lugar a la nulidad procesal, enlistadas de manera taxativa en el artículo 133 del Código General del Proceso y que impide su declaratoria, resulta procedente dar aplicación a lo dispuesto en los artículos 16 y 138 de la misma codificación.

En efecto, el artículo 16 de ibídem, reza:

***[...] Artículo 16. Prorrogabilidad e improrrogabilidad de la jurisdicción y la competencia.** La jurisdicción y la competencia por los factores subjetivo y funcional son improrrogables. Cuando se declare, de oficio o a petición de parte, la falta de jurisdicción o la falta de competencia por los factores subjetivo o funcional, lo actuado conservará validez, salvo la sentencia que se hubiere proferido que será nula, y el proceso se enviará de inmediato al juez competente. Lo actuado con posterioridad a la declaratoria de falta de jurisdicción o de competencia será nulo.*

La falta de competencia por factores distintos del subjetivo o funcional es prorrogable cuando no se reclame en tiempo, y el juez seguirá conociendo del proceso. Cuando se alegue oportunamente lo actuado conservará validez y el proceso se remitirá al juez competente.

[...]”

Por su parte, el artículo 138 de la norma ejusdem, dispone:

***[...] ARTÍCULO 138. Efectos de la declaración de falta de jurisdicción o competencia y de la nulidad declarada.** Cuando se declare la falta de jurisdicción, o la falta de competencia por el factor funcional o subjetivo, lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente; pero si se hubiere dictado sentencia, esta se invalidará.*

La nulidad solo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por este. Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirla, y se mantendrán las medidas cautelares practicadas.

El auto que declare una nulidad indicará la actuación que debe renovarse [...]”

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.

Conforme con las anteriores disposiciones procesales, el Despacho concluye la falta de competencia funcional del magistrado sustanciador que decretó la medida cautelar que en esta instancia se controvierte, que si bien no constituye una nulidad procesal como se indicó en líneas atrás, deberá sanearse con fundamento en la facultad prevista en los artículos 207 de la Ley 1437³¹ de 2011 y 132 de la Ley 1564 de 2012,³² [...]"

2.2.4. Así mismo, en providencia del 3 de septiembre de 2018, este Despacho indicó que la misma regla de competencia resultaba aplicable a las medidas cautelares de urgencia, así³³:

"[...] El Despacho advierte que la referida regla de competencia también se predica para la adopción de las medidas cautelares de urgencia, puesto que la excepción establecida frente al artículo 233 de la Ley 1437 de 2011³⁴, únicamente se predica respecto de su procedimiento. Ello es así, porque lo que pretende la norma es dotar al administrador de justicia de una facultad especial para que, a través de un trámite más expedito, prevenga o impida el menoscabo de un daño, según se desprende de la interpretación armónica de los artículos 125, 229, 233, 234 y 243 de la Ley 1437 de 2011.

Así las cosas, esta clase de medidas podrán ser decretadas por un juez colegiado o unipersonal, y en el primer evento será del ponente únicamente cuando recaiga sobre procesos que se tramiten en única o segunda instancia; por contera, en los procesos de primera instancia le corresponde adoptar dicha decisión a las respectivas salas.

En el auto objeto de alzada, el magistrado sustanciador del proceso manifestó que tenía la competencia para ordenar la medida cautelar de urgencia, según lo dispuesto por el artículo 125 de la Ley 1437 de 2011, por no tratarse de decisiones que le correspondía adoptar a la Sala, a las que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de la norma ejusdem.

No obstante, este Despacho no comparte dicho raciocinio, pues se trataba de una medida que debía ser proferida por el pleno del Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. [...]"

2.2.5. Aunado a los anteriores pronunciamientos, es menester traer a colación lo señalado por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción constitucional³⁵:

"[...] 4.6.8.3. Es posible profundizar el análisis de estos factores, para destacar que (i) no todas las providencias judiciales enunciadas en el artículo 243 del CPACA tienen la misma incidencia en el proceso y, cuando se profieren en un tribunal administrativo, (ii) su autor no es siempre la sala de decisión.

³¹ ARTÍCULO 207. CONTROL DE LEGALIDAD. Agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarreen nulidades, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes.

³² ARTÍCULO 132. CONTROL DE LEGALIDAD. Agotada cada etapa del proceso el juez deberá realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso, las cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes, sin perjuicio de lo previsto para los recursos de revisión y casación.

³³ Expediente radicación: 88001233300020170005901.

³⁴ Que establece el procedimiento para la adopción de medidas cautelares.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-329 del 27 de mayo de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

4.6.8.3.1. *En cuanto a la incidencia en el proceso de las providencias sub examine, es posible distinguir entre providencias que ponen fin a la actuación procesal o al conflicto, como es el caso de las providencias previstas en los numerales 1, 3 y 4 del artículo 243 del CPACA, al igual que la prevista en el artículo 180.6 ibídem; providencias que si bien no pueden poner fin al proceso tienen gran incidencia en él, sea porque brindan una protección cautelar, porque establecen la responsabilidad que de ella se deriva o por que sancionan su desacato, o porque hacen imposible liquidar una condena, o porque aceptan o niegan la intervención en el proceso de terceros, como las previstas en los numerales 2, 5 (parcial) y 7 del CPACA, al igual que la prevista en el artículo 226 ibídem; y providencias que, salvo lo relativo a la liquidación de la condena o de los perjuicios, que ocurre con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia correspondiente, están relacionadas con hechos y circunstancias que pueden ser puestos en conocimiento de la jurisdicción en el trámite del recurso de apelación de la sentencia, como las previstas en los numerales 5 (parcial), 6, 8 y 9 del artículo 243 del CPACA.*

4.6.8.3.2. *En cuanto al autor de la providencia es posible distinguir tres tipos: cuando la providencia es proferida en un juzgado administrativo el autor siempre es el juez, pero cuando la providencia es proferida en un tribunal administrativo su autor puede ser la sala de decisión o el magistrado ponente. La mayoría de los autos dictados en un tribunal administrativo que son apelables, valga decir, los que corresponden a los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 del CPACA, conforme a lo previsto en el artículo 125 ibídem, son proferidos por la sala de decisión. [...]*

(Se resalta)

3. Conclusión

Para el Despacho no cabe duda sobre la falta de competencia del magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que, en Sala Unitaria, profirió el auto del 3 de noviembre de 2017, por cuanto, como se explicó con suficiencia, la decisión de decretar medidas cautelares en los procesos de primera instancia, cuando se trate de jueces colegiados en los asuntos de conocimiento de esta jurisdicción, **corresponde de manera exclusiva a las salas de decisión.**

4. La decisión a proferir

Conforme con las anteriores disposiciones procesales, el Despacho concluye que hay falta de competencia funcional del magistrado sustanciador para decretar la medida cautelar que en esta instancia se controvierte, que deberá sanearse con fundamento en la facultad prevista en los artículos 207 de la Ley 1437³⁶ de 2011 y

³⁶ ARTÍCULO 207. CONTROL DE LEGALIDAD. Agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrean nulidades, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes.

132 de la Ley 1564 de 2012³⁷, lo que conduce a que deba declararse sin efectos lo decidido a fin de que se profiera en debida forma la decisión.

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

PRIMERO: DEJAR sin efectos el auto del 3 de noviembre de 2017, proferido en Sala Unitaria por el magistrado de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Oscar Armando Dimaté Cárdenas, según las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En firme esta decisión, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen a fin de que adopte la decisión que corresponda, de acuerdo con los lineamientos de los artículos 125 y 243 de la Ley 1437 de 2011.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado

³⁷ **ARTÍCULO 132. CONTROL DE LEGALIDAD.** *Agotada cada etapa del proceso el juez deberá realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso, las cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes, sin perjuicio de lo previsto para los recursos de revisión y casación.*