



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA**

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

**RADICACIÓN: 05001 23 33 000 2015 01797 01
ACTOR: INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE
ANTIOQUIA
DEMANDADO: CONTRALORÍA GENERAL DE ANTIOQUIA
REFERENCIA: ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE
APELACIÓN. LA PROVIDENCIA MEDIANTE
LA CUAL SE DECIDE SOBRE LAS MEDIDAS
CAUTELARES CORRESPONDE A LA SALA
DE DECISIÓN EN VIRTUD DE LOS
ARTÍCULOS 125 Y 243 DEL CPACA. SE
DECLARA LA FALTA DE COMPETENCIA Y
SE DEJA SIN EFECTO LA DECISIÓN DE 22
DE FEBRERO DE 2016, ADOPTADA POR EL
MAGISTRADO PONENTE.**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra del auto de 22 de febrero de 2016, proferido por la Sala Cuarta de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Antioquia, que decretó la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados.

1.- LA DEMANDA Y SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

EL INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA, actuando

mediante apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando se declarara la nulidad de los siguientes actos administrativos:

«[...] Resolución No. 201450000866 de 30 de abril de 2014, “Por lo cual se determina el valor de la cuota de vigilancia fiscal INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA “IDEA” por el ejercicio de la vigilancia fiscal vigencia 2014”, notificada personalmente el 14 de mayo de 2014 [...] Resolución No. 2015500000394 de 11 de febrero de 2015, “Por la cual se adiciona el valor de la cuota de vigilancia fiscal al Instituto para el Desarrollo de Antioquia-IDEA- por la vigencia fiscal 2014”, notificada personalmente el 19 de febrero de 2015 [...] Resolución No. 2015500000393 de 11 de febrero de 2015, “Por la cual se determina el valor de la cuota de vigilancia fiscal al Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA – por el ejercicio de la vigilancia fiscal 2015”, notificada personalmente el 19 de febrero de 2015 [...] Resolución No. 2015500000866 de 15 de abril de 2015 “Por medio de la cual se resuelven unos recursos de reposición”, comunicada al IDEA el día 17 de abril de 2015, según radicado IDEA 2015103576 [...]».

Como consecuencia de la declaración de nulidad, el **INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA** solicitó:

«[...] se restablezca el derecho [...] expidiendo la Contraloría General de Antioquia, en cumplimiento de su función de vigilancia y control de la gestión fiscal, los actos administrativos relativos a la tasación de la cuota de vigilancia fiscal para los años 2014, 2015 y siguientes, ajustados a derecho, esto es, de cara a la clasificación del presupuesto del Instituto y a su actividad financiera, atendiendo la naturaleza especial de Establecimiento Público, aplicando las excepciones legales que sin lugar a interpretaciones, deben hacerse conforme al Parágrafo del artículo 9 de la ley 617 de 2000, y que fueron objeto de explicación en el acápite de los Fundamentos de Derecho de la presente demanda.

Que como consecuencia del restablecimiento y de los ajustado de

los actos que para tal efecto nuevamente se emitan, en razón del cumplimiento de la sentencia que respecto de este proceso se profiera, se ordene la compensación o devolución dineraria a que hubiere lugar de cara a los pagos realizados por el IDEA, los cuales tuvieron su fundamento en los actos que en su momento se presumían legales, lo anterior, previa indexación a que hubiera lugar [...]».

Adicionalmente, la demandante solicitó, como medida cautelar, que se decretara la suspensión provisional de los actos demandados, en la siguiente forma:

«[...] Lo anterior, por resultar palmaria, en confrontación con los actos acusados, la infracción de las normas en que los actos mismos debieron fundarse, esto, por cuanto fueron emitidos por la Contraloría General de Antioquia, con desconocimiento y por ende, con franco error de interpretación el párrafo del artículo 9º de la Ley 617 de 2000, que dispone: [...] Así pues, el Ente de Control desconoció en los actos acusados, que los recursos de las operaciones de crédito que otorga el IDEA, en cumplimiento de las actividades que le permite desarrollar su objeto social, están exentos, del cálculo de la cuota de vigilancia fiscal, es decir, que se deben excluir para realizar dicho cálculo [...] Obsérvese que dispone la norma, a fin de tasar la cuota de vigilancia fiscal por parte del Ente de Control, que la misma, en el porcentaje del (0.2%), debe gravar el valor obtenido por concepto ingresos ejecutados del presupuesto del Ente fiscalizado (sic), no obstante y a fin de determinar este concepto, se deben excluir, los recursos del crédito que en un eventual caso, se tendrían en cuenta, en armonía a lo dispuesto por el artículo 44 de la Ordenanza 034 de 2011, Estatuto Orgánico Presupuestal Departamental, dentro del rubro de ingresos que determinan el presupuesto del IDEA, esto es, en los recursos de capital [...] Sostiene la Contraloría General de Antioquia en los actos cuya nulidad se acusa, que los recursos del crédito, de que trata la norma en cita, se refieren a aquellos derivados de la deuda pública; pese a ello, otra interpretación defiende el IDEA, en tanto que aceptar lo pretendido por el Ente de Control, sería en primera medida, aceptar una diferenciación que el mismo legislador no previó y en segundo lugar, desconocer la naturaleza especial de establecimiento público que es el

Instituto, en tanto que en los términos del artículo 68 y siguientes de la Ley 489 de 1998, su acto de creación dispuesto en la Ordenanza 013 de 1964 y los Estatutos contenidos en la Resolución de Junta Directiva No. 006 de 03 de junio de 2014, es una Entidad pública descentraliza[da], adscrita a la Gobernación de Antioquia, que realiza actividades financieras, entre las que se encuentra la captación y colocación de recursos, provenientes de los Entes Territoriales y/o sus descentralizadas, quienes están autorizados para su entrega vía depósito o ahorro (operaciones de captación) a los INFES, en virtud de lo consagrado en la Ley 1525 de 2008, modificado por el Decreto 0600 de 2013; y el Decreto 1117 de 2013. [...] Ciertamente, en virtud de su actividad de intermedio financiero, el IDEA recibe una retribución, denominada margen de intermediación bancaria, que no es más que la diferencia existente, entre el valor correspondiente, entre los intereses que cobra el Instituto con ocasión del crédito otorgado, (actividad de colocación) y los que paga el mismo, a quien confió el depósito o hizo el ahorro (actividad de captación) [...] En otros términos, no es procedente que la Contraloría General de Antioquia, tenga en cuenta el rubro de amortización a capital que realizan los clientes del IDEA por créditos otorgados por éste, el cual corresponde a un activo, en virtud de su misma naturaleza de una cuenta por cobrar, la misma que se revierte en nuevas colocaciones. Por consiguiente, no corresponde a los ingresos ejecutados por el Instituto, por lo tanto, incluir este rubro, dentro de los ingresos ejecutados, como parte de la base para aplicar el porcentaje de la cuota de vigilancia fiscal, afecta la estructura financiera del IDEA, ya que, la cancelación por dicha obligación legal se hace más onerosa, en atención a las consecuencias que de ello se derivan para el Ente público que represento, en tanto que en virtud a la cancelación de la misma, se disminuye ostensiblemente el flujo de caja con el cual, el IDEA podría seguir ejecutando programas y proyectos de desarrollo social, en beneficio de la comunidad [...] Ahora bien, no se desconoce que el margen de intermediación bancaria, de que se ha hablado en apartes anteriores, deba presupuestarse dentro de la ganancia que obtiene el Instituto en atención a la realización de las actividades que le permite desarrollar su objeto social y que dichos rubros deban considerarse o tenerse en cuenta para el cálculo de la base con la cual se grava con el (0.2%) y se determina el valor exacto de la cuota [...]».

2.- LA PROVIDENCIA OBJETO DEL RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR LA PARTE DEMANDADA

El Magistrado Ponente profirió el auto de 22 de febrero de 2016, mediante el cual se decretó la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados, de acuerdo con los siguientes argumentos:

«[...] «[...] CONSIDERACIONES [...] 1. Problema jurídico [...] El problema jurídico radica en determinar si para establecer la cuota de auditaje a cargo del IDEA – entidad demandante – debe incluirse en la base de dicha cuota, esto es, en los ingresos ejecutados, los dineros que recibe la entidad a título de amortización de los contratos de empréstito que suscribe con entes territoriales y entidades públicas.

2. De la cuota de vigilancia fiscal [...] Sea lo primero indicar que se accederá a la suspensión provisional solicitada por el IDEA respecto de los actos administrativos demandados, en tanto se llega a la conclusión que, en los ingresos ejecutados, no es dable incluir la totalidad de los recursos que ingresan a la entidad como amortización en los contratos de empréstitos, debido a que los préstamos se realizan con recursos de terceros, que no hacen parte del establecimiento.

[...]

Nótese que la cuota de fiscalización se calcula sobre el monto de los ingresos ejecutados, excluyendo de dichos ingresos los recursos de crédito; los ingresos por la venta de activos fijos; y los activos, inversiones y rentas titularizados, así como el producto de los procesos de titularización.

Ahora bien, argumenta el IDEA que no debe tenerse en cuenta para determinar la cuota de vigilancia fiscal los dineros que recibe la entidad como amortización a los empréstitos, considerando que los mismos hacen parte de los recursos del crédito, rubro excluido del monto de los ingresos ejecutados, por el parágrafo del artículo 9 de la Ley 617 de 2000. Sin embargo, no le asiste razón al IDEA en cuanto los dineros recibidos de las entidades públicas o entes

territoriales como amortización a los empréstitos, no son recursos del crédito.

Adviértase que “Los recursos del crédito interno o externo son aquellos que recibe el municipio de entidades nacionales o extranjeras, cuyo monto debe rembolsar de acuerdo con los plazos y condiciones establecidos en el contrato de crédito”. Por lo tanto, solo puede dársele la denominación de recursos del crédito a los dineros que recibe la entidad en calidad de préstamo, en tanto para poder ser ubicados en dicho rubro deben ser reembolsados en las condiciones del contrato de crédito.

Para el caso, el IDEA no recibe los dineros como recursos del crédito, se trata de dineros recibidos como amortizaciones a empréstitos, por lo que en ningún caso podrían tener dicha categoría. Nótese que es el IDEA quien genera tales recursos del crédito en los entes territoriales o entidades con quien realiza el empréstito, mas no podría tener tal calidad para el Instituto, como quiera que es quien realiza el desembolso y posteriormente recibe la amortización del crédito más los intereses, sumas que como ha quedado dicho, no constituyen para el IDEA recursos del crédito.

[...]

Dicho de otra manera, bajo ningún concepto puede sostenerse que los dineros que recibe el IDEA como pago de los contratos de empréstito sean recursos del crédito, en tanto, los mismos regresan a quien los prestó inicialmente, préstamo que estuvo sometido a unas condiciones crediticias.

2.2. Ahora bien, que los dineros recibidos por el IDEA como amortizaciones a los contratos de empréstitos no sean recursos del crédito, no significa que deban ser tenidos como ingresos ejecutados. Estima necesario el Tribunal aclarar que, si bien le asiste razón a la Contraloría General de Antioquia, respecto a la naturaleza de los recursos del crédito, no es menos cierto, que tales recursos que recibe el IDEA como amortización a los contratos de empréstitos, en su totalidad no hacen parte de los ingresos ejecutables.

Tal como lo señala el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en la respuesta dada al Gerente del IDEA, radicado 2-2014-104952 del 30 de diciembre de 2014, dados los objetivos del Instituto, “los

recursos que prestan y que luego le son pagados no son rentas propias”, por lo tanto, no podrían tener el carácter de ingresos ejecutados: (se cita) [...] Queda entonces claro que dadas las condiciones especiales del IDEA, quien entre otros tiene dentro de sus actividades la de “conceder créditos y microcréditos a interés y con garantía, el tratamiento de su presupuesto debe ser distinto al del común de los establecimientos públicos, en tanto realizan actividades financieras de otorgamiento de créditos con recursos que no son del Instituto, por ello tendrán recursos que pese a lo consagrado en el artículo 34 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, no se pueden clasificar dentro de los ingresos, para el caso, ejecutados.

En el mismo sentido, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en comunicación a la señora LUZ HELENA ARANGO CARDONA, Contralora General de Antioquia, en escrito radicado 2-2015-024810 del 30 de junio de 2015, le reitera lo expresado en la respuesta de la misma entidad radicados 2-2014-104952 del 30 de diciembre de 2014 y además manifiesta que bien puede un establecimiento público en cumplimiento de su objeto social realizar actividades financieras, así se sostuvo por el Ministerio: (se cita)

[...]

Resulta evidente entonces, que los dineros que se reciben como amortizaciones a los contratos de empréstito que suscribe el IDEA en desarrollo de su actividad, en lo que alude a la devolución de lo captado y rendimientos prometidos, no suponen ingresos para el Instituto, dada la calidad especial que tiene la entidad, esto es, de establecimiento público que desarrolla actividades financieras, motivo por el cual no pueden incluirse como ingresos ejecutados, a efectos de liquidar la cuota de vigilancia fiscal.

Distinto sería el monto que le corresponde al IDEA por margen de intermediación bancaria o financiera, recurso que si pertenece a la entidad demandante, por lo que deberá tenerse en cuenta a efectos de establecer la cuota de vigilancia fiscal.

Es así, que los dineros que se reciben como amortización a los contratos de empréstito contienen el dinero que supondrá la devolución de lo captado, el pago de los rendimientos prometidos y el margen de intermediación bancaria o financiera, siendo solo

esta última un ingreso para el Instituto.

Así las cosas, siendo que fueron tenidos en cuenta por la Contraloría General de Antioquia, montos – la totalidad de la amortización de los contratos de empréstito – que no constituyen ingresos del Instituto, tal como quedó explicado, se accederá a la suspensión provisional solicitada [...]».

3.- LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO EN CONTRA DE LA PROVIDENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 2016

La parte demandante, inconforme con la decisión, presentó recurso de apelación con el fin de que el auto de 22 de febrero de 2016 fuera revocado. Sin embargo, previamente a decidir de fondo los argumentos esbozados por el apelante en contra del precitado auto, este Despacho debe pronunciarse en relación con la admisibilidad del recurso de apelación.

En efecto, el artículo 125 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), al regular la competencia en relación con la expedición de las providencias judiciales en esta jurisdicción, señaló:

«[...] **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 [...]»

Por regla general, entonces, los autos interlocutorios y de trámite deben ser dictados por el Juez o Magistrado Ponente. Por excepción, las decisiones previstas en los numerales 1°, 2°, 3° y 4° del artículo 243 de este Código serán de la Sala, salvo en los procesos de única instancia, norma cuyo contenido es el siguiente:

«[...] **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.

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 [...]».

De las disposiciones legales citadas, resulta claro que **el auto interlocutorio mediante el cual se decreta una medida cautelar, debería ser dictado, por regla general, por la respectiva Sala, cuando se trate de jueces colegiados que se encuentren conociendo de procesos contencioso-administrativos en primera instancia**, decisión que será susceptible del recurso de apelación.

Sin embargo, es un hecho cierto que los 229, 230, 232 y 233 del CPACA parecieran sugerir una regla diferente de las expuestas en los artículos precitados. Los citados artículos son del siguiente tenor:

«[...] 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 del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.

ARTÍCULO 230. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. 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.

[...]

ARTÍCULO 232. CAUCIÓN. El solicitante deberá prestar caución con el fin de garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar con la medida cautelar. **El Juez o Magistrado Ponente determinará la modalidad, cuantía y demás condiciones de la caución, para lo cual podrá ofrecer alternativas al solicitante.**

La decisión que fija la caución o la que la niega será apelable junto con el auto que decreta la medida cautelar; la que acepte o rechace la caución prestada no será apelable.

No se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de los

procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, de los procesos de tutela, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.

ARTÍCULO 233. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.

Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso.[...]».

Pudiera pensarse, válidamente, que según los artículos 229, 230, 232 y 233 del CPACA, **el auto que decrete las medidas cautelares, para el caso de los jueces colegiados, debe ser expedido, por regla general, por el Magistrado Ponente**, sin embargo, una lectura armónica y sistemática de las disposiciones legales precitadas, en concordancia con los artículos 125 y 243 *ibídem*, permiten evidenciar que no existe tal contradicción.

Es así como debe considerarse que los artículos 229, 230, 232 y 233 del CPACA, cuando se refieren a la posibilidad de que el Magistrado Ponente profiera una decisión en la cual se decrete una medida cautelar, **hacen alusión a la excepción establecida en el artículo 125 del CPACA, es decir a la relativa a que en los procesos de única instancia que se tramiten ante jueces colegiados, esto es, ante Tribunales Administrativos y ante el Consejo de Estado, es de competencia del Magistrado Ponente proferir las decisiones a que se refieren los numerales 1°, 2°, 3° y 4° del artículo 243 del CPACA.**

Dicha hermenéutica, cabe resaltarlo, mantiene la regla general establecida en los artículos 125 y 243 del CPACA, según la cual las decisiones precitadas, y dentro de ellas el auto que decrete una medida cautelar, **deben ser proferidas por las salas de decisión de los jueces colegiados, en procesos que aquellos conozcan en primera instancia.**

La anterior interpretación ha sido prohijada en otras oportunidades por esta Corporación. Así, en el auto de 11 de mayo de 2015¹, Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de De la Hoz (E), se señaló:

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C. Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ(E). Bogotá D. C., once (11)

«[...] Este Despacho es competente para adoptar la decisión de suspender provisionalmente las Resoluciones objeto de la controversia, ya que si bien se trata de la adopción de una medida cautelar, que en principio correspondería decidir a la Sala de Decisión, el asunto *sub-examine* es de única instancia ante ésta Corporación, razón por la cual resulta aplicable la excepción establecida en la parte final del artículo 125 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone:

“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”.

En efecto, lo que se pretendía con esta norma era que las decisiones de que tratan los numerales 1 a 4 del artículo 243 del referido Código deben adoptarse por el Ponente cuando correspondan a proceso en única instancia. A la anterior conclusión también puede arribarse a partir de la lectura de los artículos 229, 230 y 232 *ibidem*, pues establecen que:

“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.

“(…)

“ARTÍCULO 230. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. Las medidas cautelares podrán ser preventivas,

de mayo de dos mil quince (2015). Radicación numero: 11001-03-26-000-2014-00143-00(52149)B. Actor: CENTRO DE ESTUDIOS PARA LA JUSTICIA SOCIAL TIERRA DIGNA. Demandado: NACION - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA Y AGENCIA NACIONAL DE MINERIA. Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD. Reposición auto de suspensión provisional.

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:

“(…)

“3. **Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo**” (resalta el Despacho).

Por lo anterior, la decisión de acceder (que en este caso corresponde a una suspensión provisional), debe ser proferida por el Magistrado Ponente, siempre y cuando la competencia para ello radique en los Tribunales Administrativos o en el Consejo de Estado [...]».

Compartió esta interpretación, igualmente, el auto de 15 de febrero de 2016², Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, que al tenor manifestó:

«[...] Encuentra el Despacho que el artículo 125 del CPACA determina la competencia del juez o magistrado ponente para dictar autos interlocutorios y de trámite, en los siguientes términos:

“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.”

Conforme a lo dispuesto por la norma citada, se observa que cuando se trata de jueces colegiados, cierto tipo de autos deben

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION B. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá, D.C., quince (15) de febrero de 2016. Radicación número: 25000-23-42-000-2013-06006-01(0722-15). Actor: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP.

ser dictados por la Sala, encontrándose éstos estipulados en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 ídem:

“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.*
- 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.”*

Descendiendo al caso en concreto, se advierte que el auto de 18 de junio de 2014 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el cual se decretó la suspensión de la Resolución No. PAP 052423 de 6 de mayo de 2011, fue proferido sólo por el magistrado ponente, situación que se contrapone a lo previsto por el artículo 125 en consonancia con el numeral 2 del artículo 243 del CPACA, antes expuestos, en razón a que la providencia debió ser dictada por la Sala de decisión.

Lo anterior, teniendo en cuenta además, que esta Corporación³ ha señalado que las decisiones de que tratan los numerales 1 a 4 del artículo 243 del CPACA deben adoptarse por el magistrado ponente solo cuando correspondan a procesos tramitados en única instancia, lo cual se ha concluido a partir de la lectura de los artículos 229, 230 y 232 ídem.

En este orden, se configura la falta de competencia del magistrado ponente del asunto puesto en conocimiento en primera instancia para dictar el auto que decretó la medida cautelar de suspensión provisional, siendo pertinente declarar la nulidad del auto de 18 de junio de 2014 y en su lugar, se ordenará al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, que se pronuncie sobre la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo acusado [...]».

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, auto de 11 de mayo de 2015, expediente No. 11001-03-26-000-2014-00143-00(52149)B. Magistrada Ponente: Olga Nélica Valle De La Hoz. Actor: Centro de Estudios para la Justicia Social Tierra Digna. Demandado: Nación - Ministerio de Minas y Energía y Agencia Nacional de Minería.

Así las cosas, este despacho considera que el auto de 22 de febrero de 2016, mediante el cual se decretó la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados, ha debido ser adoptado por la respectiva Sala del Tribunal Administrativo de Antioquia, **al tratarse de un proceso de conocimiento de dicho juez colegiado en primera instancia.**

Por ende y como quiera que la providencia judicial impugnada fue suscrita únicamente por el Magistrado Sustanciador del proceso, doctor Rafael Darío Restrepo Quijano, a pesar de hacer alusión a que la providencia era proferida por el «[...] TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, SALA CUARTA DE DECISIÓN ORAL [...]», es claro que la misma fue expedida sin competencia y con desconocimiento de la garantía al debido proceso prevista en el artículo 29 de la Carta Política.

Advertida la mencionada irregularidad, le corresponde al Juez Contencioso-Administrativo, en virtud de los artículos 207 del CPACA y 132 del Código General del Proceso (en adelante CGP), ejercer el control de legalidad para corregir o sanear los vicios que puedan acarrear nulidad u otras irregularidades del proceso.

Para los efectos anteriores, deben tenerse en cuenta los artículos 16 y 138 del CGP, que en relación con la falta de competencia indican:

«[...] 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.

[...]

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 [...]».

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 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.

Por lo anterior, este despacho considera que las medidas que se acompañan con la irregularidad que presenta el auto de 22 de febrero de 2016, consistente en haber sido expedido con falta de competencia por el factor subjetivo, resultan ser: (i) la medida consistente en dejar sin efectos la decisión proferida por la autoridad judicial por falta de competencia del Magistrado Ponente para expedir la providencia judicial precitada y (ii) como consecuencia de lo anterior, 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 Bermúdez⁴, 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.

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejera Ponente: Lucy Jeannette 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.

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 días⁵ 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 [...]).

Por lo expuesto, el Consejero Estado de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

R E S U E L V E

PRIMERO: DEJAR sin efecto el auto de 22 de febrero de 2016, proferido por el doctor Rafael Darío Restrepo Quijano, Magistrado de la Sala de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante el cual se decretó la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados, en razón a la falta de competencia por el factor subjetivo para proferir la citada decisión judicial.

⁵ Si bien la norma no establece un plazo específico, la Sala Plena, por celeridad procesal, lo fija así.

SEGUNDO: En firme este proveído, por Secretaría, **REMÍTASE** el expediente al **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA**, a fin de que adopte la decisión que corresponda, de acuerdo a los lineamientos de los artículos 125 y 243 del CGP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado