**MEDIDAS CAUTELARES – Competencia – Requisitos – Ley 1437 de 2011**

El artículo 238 de la Constitución Política, la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley. La Ley 1437 de 2011 definió un conjunto de requisitos para la procedencia de la medida de suspensión provisional –tanto en el medio de control de nulidad como de nulidad y restablecimiento del derecho-, indicando en el inciso primero del artículo 231. (…) La medida de suspensión provisional pretende evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos mientras se decide su constitucionalidad y legalidad.

**SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Finalidad – Acto administrativo**

La finalidad de la suspensión provisional del acto administrativo no es otra que la de evitar que éste siga produciendo efectos mientras se expide la providencia que ponga fin al proceso, por lo que es presupuesto que el acto esté produciendo efectos jurídicos.

**SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Derogación del acto acusado**

(…) se demandó la Directiva Presidencial núm. 04 de 11 de noviembre de 2014 y la primera proposición del inciso 1 del numeral 3 de la misma (…) hace referencia el artículo 56 de la Ley 489 de 1998, se instruye sobre los siguientes asuntos en materia de la celebración de pactos arbitrales y designación de árbitros”, (…) la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Política y desarrollada por los artículos 229 y siguientes del CPACA se caracteriza por su naturaleza cautelar, temporal y accesoria. (…) el juez contencioso, al analizar la procedencia de la medida cautelar, debe verificar previamente que el acto demandado éste produciendo efectos dentro del ordenamiento jurídico, toda vez que, si se decreta la medida, su finalidad se concreta a evitar transitoriamente que dichos efectos se sigan generando, lo que evidentemente no ocurriría si el acto ya se encuentra derogado. (…) Como el acto acusado ya fue derogado, por sustracción de materia, hace improcedente el análisis de la medida cautelar.



**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN PRIMERA**

**Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**

Bogotá, D.C., catorce (14) de enero de 2019

**Radicación número:** 11001-03-26-000-2015-00087-00 acumulado (11001-03-26-000-2015-00115-00)

**Actores:** JUAN CARLOS MONCADA ZAPATA y SAMUEL URUETA ROJAS (acumulado)

**Demandado:** Departamento Administrativo de la Presidencia de la República

**Referencia:** Medio de control de nulidad simple – improcedencia de medida cautelar respecto de acto derogado

Atendiendo lo previsto en el auto del 30 de julio de 2018, 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.

En consecuencia, el Despacho se pronuncia sobre la solicitud de medida cautelar presentada por la parte demandante, en los siguientes términos:

**1. La petición**

* 1. **Proceso 1001-03-26-000-2015-00087-00**

El señor Juan Carlos Moncada Zapata instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad establecido por el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la primera proposición del inciso 1 del numeral 3 de la Directiva Presidencial núm. 04 de 11 de noviembre de 2014, expedida “*con el fin de asegurar la protección jurídica de los intereses del Estado y ejercer la coordinación y control de las actividades de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva a que hace referencia el artículo 56 de la Ley 489 de 1998, se instruye sobre los siguientes asuntos en materia de la celebración de pactos arbitrales y designación de árbitros:*” proferida por la Presidencia de la República.

El aparte demandado establece: “*En todo caso, ninguna entidad u organismo de la Rama Ejecutiva del orden nacional podrá nombrar como árbitro a un abogado que sea contraparte en otro proceso de una entidad pública del orden nacional*”

En cuaderno separado pidió la suspensión provisional del precitado aparte, realizando un cuadro comparativo entre el acto acusado y el contenido normativo de los artículos 84, 116 inciso 3, 121, 150, 25 y 26 de la Constitución Política, 7 y 8 de la Ley 1563 de 2012, y 29 de la Ley 1123 de 2007.

Como argumentos de la solicitud, explicó que en una elemental confrontación entre las normas trasgredidas y la disposición acusada se evidencia que la directiva presidencial creó una prohibición adicional no prevista en las leyes que regulan la materia.

Aseguró que el artículo 231 del CPACA permite decretar la medida cautelar solamente con la confrontación de la disposición acusada y la norma superior invocada como violada.

* 1. **Proceso 11001-03-26-000-2015-00115-00**

El señor Samuel Urueta Rojas instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad establecido por el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la totalidad de la Directiva Presidencial 04 de 11 de novimebre de 2014 y del mismo aparte normativo acusado en el primer proceso 1001-03-26-000-2015-00087-00, por los siguientes motivos:

En relación con la totalidad del acto acusado, explicó que éste fue expedido sin el acompañamiento del Ministro del ramo respectivo, pues de conformidad con el artículo 115 de la Constitución Política, el acto administrativo debió ser suscrito por el Ministerio de Justicia y del Derecho por regular materias relacionadas con los métodos alternativos de solución de conflictos.

En relacion con el aparte “*a un abogado que sea contraparte en otro proceso de una entidad pública del orden nacional o*”, indicó que esta expresión crea, a través de un acto administrativo, una inhabilidad para ser nombrado como árbitro para resolver disputas derivadas de contratos estatales que no está contemplada en la ley, lo cual le corresponde exclusivamente al legislador.

**2. Traslado de la solicitud al demandado**

**2.1.** **Proceso 1001-03-26-000-2015-00087-00**

**2.1.1. El apoderado del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y del señor Presidente de la República** solicitó negar la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, con fundamento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, explicó que la parte actora incumple con la carga argumentativa, dado que la solicitud no tiene fundamento alguno, pues el demandande se limita a transcribir las normas acusadas y las compara con las normas superiores presuntamente vulneradas, pero no explica el concepto de la violación; incumpliendo así con el requisito contemplado en el artículo 229 del CPACA, según el cual, la solicitud de suspensión provisional procede a petición de parte “*debidamente sustentada*”.

Al referirse a los cargos de la demanda, explicó que se parte de un equívoco conceptual, toda vez que el actor parte del supuesto que es un derecho de todo abogado formar parte de un tribunal de arbitramento, de lo cual deriva la obligación de la Nación de nombrarlo árbitro en los tribunales en que llegue a ser parte. Al respecto, indicó que formar parte de un tribunal de arbitramento no es un derecho sino una mera expectativa, pues son las partes en contienda quienes tienen el derecho a habilitar a los árbitros según sus conveniencias y en el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Aseguró que el artículo 116 de la Constitución Política establece que los particulares pueden administrar justicia de manera transitoria en calidad de árbitros habilitados por las partes, lo que arroja luces sobre el carácter facultativo que tiene para las partes el poder de selección de los árbitros.

Explicó que el acto acusado es una regla mínima de autoprotección que busca garantizar que los árbitros nombrados en sus tribunales de arbitramento no defiendan simultáneamente intereses contrapuestos a los de las entidades nacionales.

Refirió que se violaría el derecho a la igualdad en caso de acceder a la solicitud de suspensión provisional, en tanto que, impedirle a los organismos del Estado establecer criterios de selección para designar a sus árbitros impondría una prohibición contraria al principio de igualdad procesal, pues ninguna norma podría válidamente restringir el mismo derecho en su contraparte, por ser contraria al principio de autonomía.

**2.1.2 La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado** solicitó negar la solicitud de suspensión provisional por los siguientes motivos:

Al hacer referencia a los cargos de la demanda, indicó que el Estatuto de Arbitraje contempla un régimen de conflicto de intereses, de impedimentos y de recusaciones, pues quien quiera desempeñarse como árbitro no podrá tener interés directo o indirecto en el proceso ni haber sido abogado de la contraparte. En consecuencia, la directiva demandada no está añadiendo algo a la regulación legal existente, la está precisando y concretando.

Explicó que la directiva demandada no añade restricción alguna al ejercicio del arbitraje, se limita a fortalecer los principios de imparcialidad e igualdad contenidos en el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, al extender el sentido del artículo 8 de la misma a orientar y formular instrucciones que no enervan competencias de origen legal.

**2.2. Proceso 11001-03-26-000-2015-00115-00**

**2.2.1. El apoderado del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y del señor Presidente de la República** solicitó negar la petición de suspensión provisional por los siguientes motivos:

En relación con la ausencia de firma del Ministro de Justicia y del Derecho, explicó que el acto acusado no es un decreto reglamentario respecto del cual sea exigible la firma de dicho ministro, pues las instrucciones del Jefe de Gobierno dirigidas a sus subalternos y dictadas en calidad de suprema autoridad administrativa no están condicionadas a formalidad alguna.

En relación con el aparte “*a un abogado que sea contraparte en otro proceso de una entidad pública del orden nacional o”* expuso los mismos argumentos del proceso 1001-03-26-000-2015-00087-00.

1. **CONSIDERACIONES**

**I.1 Las medidas cautelares:**

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

La Ley 1437 de 2011 definió un conjunto de requisitos para la procedencia de la medida de suspensión provisional –tanto en el medio de control de nulidad como de nulidad y restablecimiento del derecho-, indicando en el inciso primero del artículo 231 lo siguiente:

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

En este sentido, la medida de suspensión provisional pretende evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos mientras se decide su constitucionalidad y legalidad y para su procedencia resulta necesario que, del análisis efectuado por el juez, se concluya que existe violación a las normas invocadas en la demanda o en el escrito contentivo de la solicitud.

**I.2. Caso concreto**

El Despacho no dará prosperidad a la solicitud de suspensión provisional por las siguientes razones:

Esta Sección ha señalado[[1]](#footnote-1) que la finalidad de la suspensión provisional del acto administrativo no es otra que la de evitar que éste siga produciendo efectos mientras se expide la providencia que ponga fin al proceso, por lo que es presupuesto que el acto esté produciendo efectos jurídicos.

En el caso bajo examen, se demandó la Directiva Presidencial núm. 04 de 11 de novimebre de 2014 y la primera proposición del inciso 1 del numeral 3 de la misma, expedida “*con el fin de asegurar la protección jurídica de los intereses del Estado y ejercer la coordinación y control de las actividades de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva a que hace referencia el artículo 56 de la Ley 489 de 1998, se instruye sobre los siguientes asuntos en materia de la celebración de pactos arbitrales y designación de árbitros*”, proferida por la Presidencia de la República.

Sin embargo, la Directiva Presidencial núm. 3 de 23 de diciembre de 2015[[2]](#footnote-2), proferida con el fin de “*asegurar la protección jurídica de los intereses del Estado y ejercer la coordinación y control de las actividades de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva a que hace referencia el artículo 56 de la Ley 489 de 1998, se instruye sobre los siguientes asuntos en materia de la celebración de pactos arbitrales y designación de árbitros*” expedida por el Presidente de la República, dispuso al final: “*La presente Directiva* ***deroga la Directiva Presidencial No. 04 del 11 de noviembre de 2014***.”

Conforme a la norma transcrita, la Directiva Presidencial acusada desapareció del ordenamiento jurídico y dejó de producir sus efectos.

Al respecto resulta necesario precisar que la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Política y desarrollada por los artículos 229 y siguientes del CPACA se caracteriza por su naturaleza cautelar, temporal y accesoria, que pretende evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso en el que se hubiere decretado la medida, con el fin de proteger los intereses generales dentro de un Estado Social de Derecho[[3]](#footnote-3).

Por ello, aunque la norma no lo prevé, la jurisprudencia ha señalado que es presupuesto básico de la medida que el acto esté produciendo efectos jurídicos[[4]](#footnote-4), pues ello es propio de la naturaleza misma de la medida cautelar.

En ese orden, el juez contencioso, al analizar la procedencia de la medida cautelar, debe verificar previamente que el acto demandado éste produciendo efectos dentro del ordenamiento jurídico, toda vez que, si se decreta la medida, su finalidad se concreta a evitar transitoriamente que dichos efectos se sigan generando, lo que evidentemente no ocurriría si el acto ya se encuentra derogado.

En el caso concreto, como el acto acusado ya fue derogado, por sustracción de materia, hace improcedente el análisis de la medida cautelar.

Lo dicho no es óbice para continuar el trámite del proceso, y se decida de fondo sobre la legalidad del acto, por los efectos jurídicos que haya producido.

Por último, se reconocerá personería adjetiva al apoderado del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y de Presidencia de la República quien contestó la demanda y se pronunció sobre la medida cautelar, en los términos del poder obrante a folio 33 del cuaderno de medida cautelar.

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: NEGAR** la medida cautelar solicitada por la parte actora.

**Segundo:** Reconocer al profesional del derecho Andrés Tapias Torres, como apoderado judicial de la Nación- Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y Presidencia de la República.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

**OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**

 **Consejero de Estado**

1. Consejo de Estado, Sección Primera, Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala, Auto del 18 de julio de 2016, Radicación número: 11001-03-24-000-2016-00111-00. [↑](#footnote-ref-1)
2. Disponible en: http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/directivas/Documents/DIRECTIVA%20PRECIDENCIAL%20N%C2%B0%2003%20DEL%2023%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202015.pdf [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado, Sección Primera, Consejero Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés, Auto de 15 de diciembre de 2017, Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00163-00, Actor: Lina Marcela Muñoz Ávila y Otros. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado, Sección Tercera subsección “C”, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Auto de 29 de mayo de 2014, Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00034-00 (50221), Actor: Colgems Ltda. CI. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia de 18 de julio de 2002, Exp. 22477, en la que se precisó que: *“La jurisprudencia ha precisado que, por tratarse de una medida cautelar, su procedencia quedará obstaculizada cuando el acto se ha cumplido y sus efectos - y por consiguiente el perjuicio - se ha consumado.”* [↑](#footnote-ref-4)