



13001-33-31-000-2016-00785-00

Cartagena de Indias D.T. y C., dieciocho (18) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

Medio de control	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Radicado	13001-33-31-000-2016-00785-00
Demandante	ESCUELA TALLER CARTAGENA DE INDIAS
Demandado	PETRONA VILLALOBOS JIMENEZ
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Auto	RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de reposición contra auto No. 359 de 28 de junio de 2017, por medio del cual, negó la medida cautelar solicitada por la parte demandante.

I. ARGUMENTOS DEL RECURSO

La parte demandante fundamenta el recurso de reposición contra la providencia de 28 de junio de 2017, de la siguiente manera:

"como se explicó anteriormente, la medida cautelar que solicité en la demanda corresponde a una medida cautelar innominada consistente en la creación del folio de matrícula inmobiliaria de la Bóveda No. 09 del Cuartel de las Bóvedas sobre la que recae el contrato de arrendamiento, para que en él se inscriba la demanda de la referencia. Esta medida cautelar –contrario a lo argumentado por el H. Tribunal– si cumple con todos los requisitos formales que el artículo 231 de la ley 1437 de 2011 exige para que sea procedente su decreto, toda vez que –como lo expondré a continuación – la medida cautelar solicitada resulta absolutamente necesaria y pertinente no solo para garantizar la protección del derecho objeto de litigio, sino además, para asegurar la efectividad de la pretensión y para precaver un perjuicio irremediable que puede hacer nugatorio un eventual fallo.

Con relación a los requisitos formales para que proceda el decreto de una medida cautelar, el artículo 231 ya mencionado establece que el juez debe verificar que la medida cautelar solicitada resulte necesaria y funcional para precaver un perjuicio que pueda hacer nugatorio un eventual fallo. Para mayor claridad cito la norma en comento:

"artículo 231. Requisitos para decretar una medida cautelar (...)

Como se observa, las medidas cautelares tienen como finalidad –como el mismo Honorable Tribunal lo indica – evitar que se consume un perjuicio irremediable o que hayan fallos nugatorios frente al derecho que se discute, razón por la cual la medida cautelar debe cumplir con una función precautoria que haga que la sentencia que profiera el Tribunal tenga efectos reales sobre el derecho discutido.

En el caso que nos ocupa, el objeto de la demanda se basa en buena parte en la declaratoria de incumplimiento por parte de la señora Petrona Villalobos al contrato de arrendamiento vigente y vinculante para las partes sobre la bóveda No. 09 del Cuartel de las Bóvedas. Como es natural, esta declaración no sería procedente y el





13001-33-31-000-2016-00785-00

proceso sufriría un agravio importante, si la demandada –Petrona Villalobos- hicieran una Compraventa o cesión de su establecimiento de comercio a un tercero o cedieran su posición contractual en el mencionado contrato de arrendamiento.

De esta manera, el propósito de la medida cautelar consiste en prevenir la cesión del contrato por parte de la arrendataria, en la medida en que de llegarse a perfeccionar una cesión del contrato o una compraventa del establecimiento de comercio, las pretensiones no podrían prosperar y la demanda no podría ser oponible al ocupante del Bien de Interés Cultural, no pudiéndose garantizar la protección del derecho objeto del litigio.

En ese sentido, la medida cautelar solicita al H. Tribunal busca dar publicidad a la existencia del proceso en contra de la señora Petrona Villalobos, para que este pueda hacerse oponible a los eventuales compradores o cesionarios-que en todo caso sería ilegítimos – del establecimiento de comercio, dicho lo cual la medida cautelar solicitada cumple con la función de precaver un perjuicio que pudiese hacer nugatoria la sentencia.

(...)

II. ARGUMENTOS DE INCONFORMIDAD

A la parte demandada se le corrió traslado por el término de (3) días hábiles del recurso de reposición interpuesto, sin embargo, no se pronunció sobre el mismo.

III. CONSIDERACIONES

Procede la Sala al estudio del recurso de reposición interpuesto por el apoderado judicial de la parte accionante; el art 242 de la ley 1437 del 2011 comúnmente llamado, C.P.A.C.A, establece la procedencia del recurso de reposición, el cual dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 242. REPOSICIÓN. Salvo norma legal en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica."

Así mismo el art. 243 del C.P.A.C.A, contiene los autos susceptibles de apelación, los cuales son los siguientes:

"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.



13001-33-31-000-2016-00785-00

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.

NOTA: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-329 de 2015.

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." **(Negrillas del juzgado).**

De lo anterior se concluye que el recurso de reposición presentado por el apoderado de la parte demandante, contra la providencia que niega la medida cautelar, es procedente; por sustracción de materia, debido a que como lo establece el art. 242 del CPACA; son reponibles los autos no susceptibles de apelación, y al no estar numerado el auto que niega la medida cautelar dentro del art. 243 del CPACA como apelable, se debe entender que es reponible.

De este modo, procede esta Sala a resolver sobre la oportunidad de la interposición del recurso:

El art. 318 de la ley 1564 de 2012 -C.G.P.-, aplicado por remisión expresa del art. 306 del C.P.A.C.A, dispone la procedencia y trámite del recurso de reposición.

"Artículo 318. Procedencia y oportunidades.

Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se reformen o revoquen.

El recurso de reposición no procede contra los autos que resuelvan un recurso de apelación, una súplica o una queja.

El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. Cuando el auto se pronuncie





13001-33-31-000-2016-00785-00

fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto.

El auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos no decididos en el anterior, caso en el cual podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de los puntos nuevos.

Los autos que dicten las salas de decisión no tienen reposición; podrá pedirse su aclaración o complementación, dentro del término de su ejecutoria.

Parágrafo.

*Cuando el recurrente impugne una providencia judicial mediante un recurso improcedente, el juez deberá tramitar la impugnación por las reglas del recurso que resultare procedente, siempre que haya sido interpuesto oportunamente" **(negritas del despacho)***

Ahora bien, en lo que concierne a la oportunidad para interponer el recurso de reposición contra una providencia judicial el Código General del Proceso, en el referido artículo 318 *Ibíd*em, prescribe que ésta debe presentarse

"Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia, el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto."

En el caso sub júdice, se tiene que el recurso fue presentado dentro del término, teniendo en cuenta que la providencia fue notificada por estado el día 05 de julio de 2017, y el término de ejecutoria empezó a correr el día 06 hasta el 10 de julio de 2017. El recurso en comento se presentó el día 10 de julio del mismo año. Esto quiere decir que fue interpuesto dentro del término legal, debido que como se manifestó, fue presentado dentro de los tres (03) días hábiles que establece la norma.

De esa manera, esta Corporación Judicial procede al estudio del fondo del asunto:

El artículo 231 del CPACA, establece como requisitos para que proceda el decreto de medidas cautelares los siguientes:

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

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



13001-33-31-000-2016-00785-00

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios".

Para esgrimir este punto, la Sala considera citar los pronunciamientos del Honorable consejo de estado tendiente a las medidas cautelares en la ley 1437 de 2011.

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

"Los artículos 229 y siguientes del CPACA instituyen un amplio y novedoso sistema de medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo que son aplicables en aquellos casos en que se consideren **"necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia"**, conforme a las notas del mismo artículo, de donde se infiere que la institución cautelar es una manifestación legislativa concreta de la garantía de efectividad del derecho al acceso a la administración de justicia; como quiera que se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien que acude a la jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido. **(Negrillas del despacho)**.

Lo anterior se sustenta en que a través de la tutela cautelar se protege de manera provisional e inmediata una posición jurídica en concreto (bien sea particular o general) que es objeto de litigio ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y que encuentra en entredicho su ejercicio a plenitud, en razón a la amenaza que supone, en general, la acción de la administración pública, bien sea a partir de una decisión administrativa, una acción u omisión, etc.; por citar algunas manifestaciones particulares del accionar de la administración.

Avanzando en la tipología desarrollada por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se diferencia entre medidas cautelares *preventivas*, tendientes a operar como una suerte de acción impeditiva para que no se pueda consolidar una afectación a un derecho; *conservativas* que buscan mantener o salvaguardar un statu quo ante; *anticipativas*, en donde se pretende satisfacer por adelantado



13001-33-31-000-2016-00785-00

la pretensión perseguida por el demandante, mediante una decisión que propiamente correspondería al fallo que ponga fin al proceso y que se justifica en tanto que de no adoptarse se incurriría en un perjuicio irremediable para el actor, y de suspensión que corresponde a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.

Es preciso resaltar que el Código no establece un *numerus clausus* de medidas cautelares, por el contrario, se trata de un sistema innominado de medidas con el que se persigue adoptar unas decisiones inmediatas de cualquier tipo con el fin de responder a las necesidades que demande una situación específica; lo que se corrobora con una revisión al artículo 230 que establece que se puede: "*ordenar que se mantenga la situación...*", "*suspender un procedimiento o actuación administrativa...*", "*suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo*"; hasta llegar a aquellas en las cuales se permite "*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*", y por último, "*impartir ordenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer*".

Finalmente, esta Sala pone de presente el carácter decididamente autónomo de la tutela cautelar a través de las denominadas "*medidas cautelares de urgencia*", establecidas en el artículo 234 del Código y con las que se procura la adopción de una medida provisional de manera inmediata, en donde – *dada la situación de inminente riesgo de afectación de los derechos del interesado* – se prescinde del trámite de notificación a la contraparte y puede ordenarse la misma, inclusive, de manera previa a la notificación del auto admisorio de la demanda (conforme al artículo 229 del Código).

Esta disposición constituye una protección reforzada al derecho convencional de toda persona de contar con un recurso judicial efectivo en caso de graves violaciones de derechos humanos, dejando la medida de ser accesoria y subordinada al proceso contencioso administrativo principal y adquiriendo unas características y particularidades diferenciadas, pues en sí misma constituye, a la luz del procedimiento contencioso, un recurso judicial *sui generis* de urgencia para la protección de los derechos de los asociados. Es en estos términos, como una medida autónoma garante de los Derechos Humanos, que se debe interpretar y aplicar, por parte de los Jueces Administrativos, la tutela cautelar de urgencia.





13001-33-31-000-2016-00785-00

Esta interpretación ha sido acogida favorablemente por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que en reciente providencia fijó este alcance avanzado de las medidas cautelares, específicamente, de las denominadas de urgencia, señalando que este tipo de medidas pueden ser solicitadas con anterioridad a la presentación del escrito de demanda y de solicitud de conciliación prejudicial, cuando se exija tal requisito. La Sala Plena manifestó lo anterior en los siguientes términos:

"Huelga manifestar que casos como el presente, el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto con la medida cautelar.

En ese orden, no escapa el hecho de que una cosa es que la conciliación extrajudicial constituye requisito de procedibilidad de la demanda, mas no de la solicitud de la medida cautelar. De suerte que, estamos en presencia de dos figuras diferentes y que se pueden estructurar en momentos distintos, sin que esto implique su incompatibilidad procesal.

Tal precisión conduce a que efectivamente es posible solicitar el decreto y práctica de la medida cautelar, aun sin haber agotado previamente el requisito de procedibilidad. De ahí que, esta alternativa materializa la prevalencia del derecho sustancial frente al formal, toda vez que implica la adecuación e interpretación de la norma procesal con miras a la efectividad de los derechos sustanciales de los ciudadanos"

Con base en la anterior jurisprudencia, cabe comprender y reconocer a la institución cautelar como un procedimiento autónomo al proceso contencioso administrativo, de ahí, entonces, que se conciba como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia.

Conforme a ello, para la procedencia de las medidas cautelares debe tenerse en cuenta presupuestos constitucionales, convencionales y legales, lo que lleva a decir que al Juez Administrativo le corresponde remover los obstáculos eminentemente formales que llegaren a impedir la adopción de estas medidas en los casos en que exista una seria y verdadera amenaza de vulneración de derechos, bienes o intereses jurídicos.





13001-33-31-000-2016-00785-00

Este argumento encuentra mayor peso, aún, en el caso de las denominadas medidas cautelares de urgencia, las cuales, conforme a la lectura dada por la Sala Plena, así como por la finalidad que están llamadas a satisfacer, implica que se concreten como verdaderas medidas preliminares cautelares de eficacia inmediata para la protección de los derechos.

Criterio de aplicación. Por otro lado, en cuanto a los criterios que debe seguir el Juez Contencioso Administrativo para determinar la procedencia de una medida cautelar, es preciso reconocer que éste cuenta con un espacio de discrecionalidad para adoptarla así como para modular sus efectos en el caso concreto. En este contexto, el Juez debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad como, de hecho, se desprende, además de las exigencias constitucionales y convencionales, de la normativa sobre las medidas cautelares al establecer como uno de los requisitos para el decreto de la cautela que "el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla" (artículo 231 CPACA).

Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual, le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleja la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que en el escenario de las medidas cautelares, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el *Fumus boni iuris* y el *Periculum in mora*, debe proceder a un estudio de ponderación y sus subprincipios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad. Sobre la aplicación de la proporcionalidad en escenarios de discrecionalidad, se ha sostenido en anteriores ocasiones:

"La discrecionalidad, en cuanto fenómeno con trascendencia jurídica, se concibe como un margen permitido de acción a las autoridades de cualquiera de los poderes públicos, en los eventos en que debiendo adoptar una decisión, el marco de sujeción a su actuación establecido por el ordenamiento jurídico resulta a todas luces indeterminado, correspondiéndole construir la decisión y, por lo tanto, las consecuencias jurídicas de la misma, bajo consideraciones objetivas de acatamiento y respeto al orden jurídico y a sus principios estructurantes"





13001-33-31-000-2016-00785-00

Conforme a este entendimiento de la discrecionalidad, sobra advertir, entonces, que en cualquier ordenamiento jurídico sustentado en la cláusula del Estado social y democrático de derecho, se debe partir de un concepto de discrecionalidad sustentado en la idea de una simple "habilitación" normativa a la autoridad para la concreción del derecho bajo escenarios de indeterminación, sustrayendo, por lo tanto, cualquier explicación del fenómeno de la artificial y peligrosa argumentación de estar vinculada su existencia a un ámbito de "libertad de selección", arbitraria, subjetiva o pasional del servidor público.

(...)

Se trata, entonces, de una concepción realmente material, sustancial y positiva de la discrecionalidad en cuanto norma habilitante del juez administrativo para adoptar decisiones acordes con los preceptos del Estado social y democrático de derecho, en contra de posturas estrictamente formales o negativas, desconocedoras de parámetros de racionalidad y justificación para la decisión discrecional, fundadas por fuera de la racionalidad.

El asunto resulta elemental: allí donde el juez administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la Jurisdicción Contencioso Administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del Juez Administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial.

Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez Administrativo a las reglas de la ponderación, *"como expresión más depurada del principio de proporcionalidad."*

En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que





13001-33-31-000-2016-00785-00

exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos (pasos a y b) y, luego de ello, se procede a c) que ordena analizar si se encuentra justificado que la satisfacción de uno de los principios afecte al otro; aplicando las consideraciones vertidas en iv) en la materia que se está tratando, hay que decir que ello implica valorar si está justificada la adopción de la medida cautelar para la protección de un derecho en circunstancias de amenaza, en desmedro de la administración. El propio artículo 231 del CPACA da lugar a esta consideración imperativa en el numeral 4. literales a) y b) cuando prescribe como exigencia

"Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes condiciones:

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

Es en los anteriores términos que se impone analizar el contenido y alcance, en general, de las medidas cautelares en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo."

La suspensión provisional de los actos administrativos, como medida cautelar en el proceso contencioso administrativo¹.

En el marco de las diversas medidas cautelares instauradas en el nuevo procedimiento contencioso administrativo se encuentra la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Nacional y desarrollada por los artículos 231 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. La suspensión provisional constituye un importante instrumento de naturaleza cautelar, temporal y accesoria, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso donde se hubiere decretado la medida, como producto de una solicitud fundamentada que en consideración del juzgador sea procedente en razón de la

¹Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera-Subsección c. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 11001-03-26-000-2015-00174-00 (55953) actor: cerro matoso s.a. demandado: Agencia Nacional de Minería – anm. medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.





13001-33-31-000-2016-00785-00

claridad de la infracción. En consecuencia, es presupuesto básico de la medida que el acto esté produciendo sus efectos jurídicos. En este sentido, su finalidad no puede ser otra que la de evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho.

De acuerdo con los anteriores argumentos, cabe afirmar que la suspensión provisional como medida cautelar diseñada para el procedimiento contencioso administrativo procede, a petición de parte, "cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de pruebas allegadas con la solicitud", figura que ha sido ampliamente definida en cuanto a su contenido y procedencia por la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación³⁰, precedente vigente para entender el alcance de la Ley 1437 de 2011 en esta materia, en los siguientes términos:

"... En efecto, la figura de la suspensión provisional es una medida cautelar de raigambre constitucional, de estricto carácter provisional, objetivo y accesorio, inherente a las funciones de control preventivo de la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos, atribuida a la jurisdicción de lo contencioso administrativa que impide, previa decisión motivada de la autoridad judicial competente, que los actos de esta naturaleza que sean manifiestamente contrarios al orden jurídico continúen produciendo efectos mientras se decide de fondo en el proceso correspondiente sobre su constitucionalidad o legalidad, previniendo de esta manera el peligro que tal situación implica para el interés general de las instituciones y en particular para los asociados,³¹ por lo tanto, instrumento vital de carácter material consolidado de los presupuestos de la cláusula constitucional del Estado social de derecho (...)"

Es provisional porque su existencia es precaria toda vez que el pronunciamiento de la decisión final normalmente la extingue, sin olvidar que puede ser modificada o levantada en presencia de las circunstancias previstas por la ley; objetiva porque la decisión que la adopte debe fundarse en estrictas consideraciones de clara y evidente contradicción entre el acto administrativo y el ordenamiento jurídico superior, y no en consideraciones personales o subjetivas del juzgador; accesoria porque no constituye el centro del debate procesal y está sujeta a lo que disponga el fallo que ponga fin al proceso; y, finalmente, motivada porque siendo una decisión judicial, la garantía del debido proceso y el deber del sometimiento del juez al imperio de la ley, exigen una adecuada y suficiente exposición, argumentación y reflexión de las razones en que se fundamenta la manifiesta y ostensible infracción del ordenamiento jurídico por el acto administrativo impugnado.





13001-33-31-000-2016-00785-00

En consecuencia, tal como lo ha sostenido esta Corporación, el hecho de exigirse una violación manifiesta para la procedencia de la suspensión provisional, no excluye en manera alguna la interpretación de la ley ni la debida y suficiente motivación por parte del juez de lo contencioso administrativo.

Ahora, la realización de esta actividad garantista de motivación no implica romper las fronteras de una medida cautelar para incursionar en la decisión de fondo.

De otro lado, esa manifiesta infracción debe establecerse a partir de la aplicación de alguna, o de ambas, de las metodologías indicadas en el inciso 2 del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, esto es, de la confrontación directa del acto administrativo impugnado con el ordenamiento jurídico superior invocado como infringido, o también, mediante la confrontación del acto administrativo impugnado con el texto de los documentos aducidos con la solicitud que por sus características o contenidos normativos permitan establecer lo manifiesto de la infracción al ordenamiento jurídico.

En síntesis, para la procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo resulta imprescindible que la vulneración del ordenamiento jurídico sea evidente, ostensible o notoria, vulneración que se pone en evidencia por medio de cualquiera de las dos metodologías antes mencionadas, esto es, el juez debe llegar a esa conclusión realizando un cotejo directo entre el acto administrativo demandado y las normas que se invocan como transgredidas o mediante el análisis de los documentos presentados con la solicitud.

Finalmente, entre la norma que se dice vulnerada y el acto administrativo acusado debe existir una situación de subordinación jurídica, pues de no existir, la medida cautelar se tornaría improcedente ya que no se configuraría la manifiesta infracción a la que se refiere expresamente el artículo 152.2 el C. C. A."

En relación con este aspecto de la necesaria motivación de toda providencia que resuelva la solicitud de suspensión provisional debidamente solicitada dentro de un proceso contencioso administrativo en esta misma providencia se hace énfasis en lo siguiente:

"La Sala considera que la interpretación y la argumentación son imprescindibles e inescindibles en la actividad judicial.

En efecto, los jueces están conminados de manera permanente y continúa a interpretar las normas, incluso cuando se considera que una determinada disposición jurídica es clara y unívoca, pues en estos eventos el Juez,



13001-33-31-000-2016-00785-00

previamente, ha desarrollado un ejercicio hermenéutico para arribar a tal conclusión.

Afortunadamente, ya hace mucho tiempo que se superaron las concepciones formalistas y deductivistas de la interpretación, según las cuales la actividad judicial se limitaba a la simple verificación del derecho y a su aplicación automática a unos determinados hechos y, en consecuencia, el Juez sería simplemente "la boca que pronuncia las palabras de la ley; unos seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza, ni el rigor de aquella."

Pretender que el Juez no desarrolle ningún ejercicio hermenéutico ni argumentativo ante una expresión legal (Como por ejemplo la incluida en el artículo 152 del C. C. A:

"manifiesta infracción de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma"), sino que aplique sin consideración alguna la disposición, es desconocer abiertamente la necesaria relación entre interpretación, argumentación, actividad judicial y el deber de los jueces de motivar sus decisiones, postulado propio de toda sociedad enmarcada en los preceptos del Estado social y democrático de derecho."

Su procedencia está determinada por la violación al ordenamiento jurídico mediante la subsunción de un acto administrativo con el universo normativo de principios y valores al cual está sujeto, y la necesidad de proteger provisionalmente la legalidad en sentido amplio mientras se profiere la decisión definitiva respecto del acto administrativo demandado.

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

Ahora bien, para arribar a la conclusión de que la norma demandada atenta contra el orden jurídico debe el juez necesariamente hacer un proceso de interpretación del derecho y materializarlo en una debida y suficiente motivación, sin romper las fronteras que implica la medida cautelar para incursionar en la decisión de fondo.

También debe el juez establecer que entre la norma que se dice vulnerada y el acto administrativo acusado exista una situación de subordinación jurídica, pues de no existir la medida cautelar se tornaría improcedente, ya que no se configuraría la subsunción que se exige para configurar la infracción que demanda la medida de suspensión provisional."





13001-33-31-000-2016-00785-00

REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos, en los siguientes términos:

"Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 231. 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.

(...)"

Ahora bien, bajo los supuestos legales referidos y para determinar sobre la procedencia de la medida cautelar, se procederá a efectuar el respectivo análisis de cada uno de los cargos invocados por el actor, para así determinar si en el presente asunto se cumplen los requisitos legales mínimos para decretar la medida cautelar de carácter preventivo que pretende el actor.

CASO CONCRETO.

Encuentra la Sala, que la solicitud de medida cautelar de carácter preventiva presentada por la parte demandante mediante recurso de reposición con el que pretende que se revoque el auto de 28 de junio de 2017, se ajusta a lo preceptuado en la norma en comento y a los lineamientos jurisprudenciales proferidos por el Consejo de Estado, como quiera que acreditó los cuatro (4) presupuestos previstos en el inciso 2 del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Esta Corporación Judicial expresa la procedencia de la medida cautelar con base en lo siguiente:

En primer lugar, es importante analizar que la solicitud de medida cautelar formulada por la parte demandante, no se ajusta a una suspensión provisional tal como también el actor lo subraya en el recurso de reposición, en consecuencia, la medida cautelar no debe estudiarse desde el contenido del inciso 1 del artículo 231 de la ley 1437 de 2011: "**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". (Primer inciso).





13001-33-31-000-2016-00785-00

Lo anterior en virtud de que el medio de control ejercido no es el de Nulidad simple como tampoco el de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, como se coteja en el libelo de la demanda.

En vista de aquellos datos, se señala que el marco jurídico aplicable para examinar la procedencia de la medida cautelar del caso *sub examine* es el contemplado en el inciso (2) del artículo 231 de la ley 1437 de 2011:

Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. (...)

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

1. *Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
2. *Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
3. *Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
4. *Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
 - a) *Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
 - b) *Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios. (Segundo inciso).*

En esa línea, el actor acreditó cada uno de los requisitos precitados para el decreto de su medida cautelar, es así como: i.) Se evidencia que la demanda está razonablemente fundada en derecho, pues hay apariencia de buen derecho "*fumus bonis juris*", porque se cumplieron los requisitos de admisibilidad de la demanda tal como obra en el folio 51 del cuaderno de medida cautelar ii.) El demandante demostró sumariamente la titularidad de su derecho, dado que, le fueron cedidos los contratos de arrendamiento originalmente celebrados por la Sociedad de Mejoras Públicas, entre esos, el del bien objeto de litigio iii.) Presentó un documento² y justificaciones que permitieron concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida, en razón a que se trata de un bien público y patrimonio cultural, el cual está en riesgo de un probable contrato de cesión o de compraventa ya que el demandante probó que se han celebrado antes estos actos jurídicos con bienes similares al del objeto del litigio.

En ese sentido, es necesario que se adopte una medida cautelar que represente efectividad de la futura sentencia adoptada en el proceso, en la que evite que terceros adquieran la tenencia o dominio mediante contratos de cesión o compraventa, porque de ocurrir lo anterior, se debería vincular al

² Folio 8 y 9 del cuaderno de medidas cautelares



13001-33-31-000-2016-00785-00

proceso de referencia o adelantarse un nuevo proceso en contra del tercero de buena fe, significando un desgaste en la administración de justicia.

Es por eso que la Sala considera que la medida cautelar de inscripción de la demanda no permite satisfacer el fin que se busca con la misma, porque en términos del artículo 590 del Código general del Proceso, se requiere la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida, y la inscripción de la demanda no resulta efectiva, es decir, no es capaz de producir el resultado que se pretende, porque la naturaleza de bien público y de patrimonio cultural, hace innecesaria la inscripción de la demanda, por ser la Bóveda número 09, imprescriptible, inalienable e inembargable.

De igual manera, no resulta necesaria la medida cautelar de inscripción de la demanda, dado que la misma no pone los bienes fuera del comercio y porque tiene cabida exclusivamente en los procesos de pertenencia o en los que deba resolverse sobre un derecho real principal como el usufructo y la propiedad, y en el *sub iudice* la controversia no se centra en lo anterior, sino en la declaración de incumplimiento de un contrato de arrendamiento con la consecuente petición de restitución de la tenencia del bien.

Pese a lo anterior, resulta indispensable adoptar una medida cautelar en el presente proceso, dado que es deber del Juez Contencioso Administrativo, garantizar en un Estado Social de Derecho, la defensa y protección de los derechos colectivos como el bien objeto de litigio. De tal modo, que en la presente controversia jurídica se discute sobre un bien que su estado de peligro "*periculum in mora*", representa una afectación directa no solo al demandante sino que además, afecta a la comunidad como titulares de ese derecho colectivo.

Siendo así las cosas, para proteger provisionalmente este tipo de derecho y asegurar la tutela judicial efectiva, se debe concebir una medida esencialmente innominada, atípica y efectiva, por lo cual es pertinente que se decrete una medida cautelar diferente a la solicitada por el accionante de conformidad con el artículo 590 del Código General del Proceso. Por esa razón, la medida cautelar diferente que se decretará es la publicación de la *Litis* por solo una vez en dos medios escritos de amplia circulación local y nacional (*El Universal* y *el Tiempo*, para efectos de poner en conocimiento a la comunidad del presente proceso donde se encuentra inmerso la controversia jurídica sobre el bien público y de patrimonio cultural que representa la bóveda número 09 y así se abstengan de hacer negociaciones o celebrar contratos con la parte demandada.



13001-33-31-000-2016-00785-00

De igual forma, se ordenará publicar la medida en la página web de la Rama Judicial y se mantendrá la publicación hasta tanto finalice el presente proceso.

En suma, en el presente proceso es indispensable que se adopte la medida cautelar precitada, porque hay antecedentes que determinan que se encuentran personas que han suscrito contratos de cesión o de naturaleza diferentes con bienes similares al debatido, sin autorización del arrendador quien es el demandante, constituyéndose como una práctica de irregularidad cometida por particulares a los bienes públicos como el del litigio, las cuales debe prevenirse mediante la adopción de la medida cautelar que se decretará. Por lo que debe precaverse la alta posibilidad que se constituyan posteriores contratos o negocios jurídicos sin autorización de la administración, de manera que la sentencia que se llegue a proferir en el *sub examine*, se torne inefectiva.

En ese sentido, la parte demandante adicionalmente acreditó el presupuesto consagrado en el numeral 4, inciso 2 del artículo 231 *ibídem*, en razón a que demostró que al no otorgarse una medida cautelar, los efectos de la sentencia serían nugatorios, por no haberse prevenido a un tercero de buena fe que se encuentra en curso el presente proceso, para que así, no adquieran a título de tenencia o dominio el bien Bóveda número 09 por parte de la demandada.

En consecuencia, considera esta Sala que la decisión que optará esta Agencia judicial, no es otra más que, la de acceder al recurso de reposición presentado por el demandante, contra el auto de 28 de junio de 2017, por medio del cual, se niega medida cautelar, tal como se hará constar más adelante.

Ahora bien, como la parte demandante es una entidad pública, no se fijará caución de conformidad con el artículo 232 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. No obstante, tendrá que asumir los gastos que ameritará la medida cautelar que se decretará.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: SE REPONE el auto de veintiocho (28) de junio de 2017, por medio del cual, se niega la medida cautelar, por las razones expuestas en la parte motiva.





13001-33-31-000-2016-00785-00

SEGUNDO: En consecuencia de lo anterior, **DECRÉTESE** como medida cautelar la publicación del presente proceso que cursa contra Petrona Villalobos Jiménez por una vez en dos medios escritos de amplia circulación local y nacional (*El Universal* y *El Tiempo*) y de igual forma, se ordena a la Secretaría del Tribunal Administrativo de Bolívar la publicación de la medida en la página web de la Rama Judicial y se mantendrá la publicación hasta tanto finalice el presente proceso.

En ambas publicaciones deberá advertirse a la comunidad que terceros interesados deben abstenerse de hacer negociaciones o celebrar contratos con la demandada en el que el objeto recaiga en la Bóveda número 09, ubicada en la calle San Diego, entre las murallas de Santa Clara y Santa Catalina del Centro de la ciudad de Cartagena.

TERCERO: ORDENAR al solicitante de la medida cautelar asumir los gastos de las publicaciones del presente proceso en los dos medios escritos de amplia circulación local y nacional, precitados en el numeral segundo de este proveído.

CUARTO: Una vez ejecutoriado el presente auto, continúese con el trámite correspondiente

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en Sesión de Sala de la fecha

LOS MAGISTRADOS

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE
Salvo voto

ARTURO MATSON CARBALLO

