**MEDIDAS CAUTELARES – Requisitos.**

El artículo 231 del CPACA señala los requisitos para determinar las medidas cautelares cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos, afirma, ella 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.(…). Esta norma contempla los requisitos que deben reunirse para decretar medidas cautelares, distinguiendo tres escenarios diferentes, a saber: (i) cuando solo se solicita la nulidad de un acto, (ii) cuando, además de la nulidad, el accionante reclama el restablecimiento de un derecho y una indemnización de perjuicios, y (iii)los demás eventos no comprendidos en las anteriores hipótesis. Teniendo en cuenta lo anterior, la sala observa que la demanda solo persigue la nulidad del acto acusado, sin el restablecimiento de algún derecho ni la acumulación de pretensiones de otra naturaleza. Por consiguiente, la petición cautelar en este caso solo debe acreditar la violación de las normas superiores. Además, vale la pena agregar que la argumentación que expone el recurso frente a los requisitos de los numerales 1.º a 4.º se limita a reiterar los mismos puntos que sustentan la supuesta apariencia de buen derecho y el presunto peligro de la mora.

**MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS EFECTOS DE ACUERDO MUNICIPAL – Negada por cuanto los argumentos que se dirigen a cuestionar la conveniencia del acto acusado no son acordes al juicio que adelanta esta jurisdicción, pues el control que realiza es de legalidad, esto es, de naturaleza eminentemente jurídica.**

Como recientemente lo explicó esta Corporación, el control que realiza la jurisdicción sobre los actos de la Administración es de legalidad, esto es, de naturaleza eminentemente jurídica. Esta aclaración, aunque parezca una obviedad, es necesaria para delimitar el alcance del examen que debe llevarse a cabo en esta etapa procesal. No corresponde al juez administrativo estudiar el acto acusado bajo la perspectiva de la conveniencia política, ideológica, económica, social, moral o de otra índole, ni con las características que identifican a otros controles institucionales o sociales. Bajo este entendido, el control jurídico o de legalidad supone constatar, en términos generales, el cumplimiento de los requisitos de existencia y validez del acto acusado. Por ende, en palabras del Consejo de Estado, “en esas demandas [de impugnación] se plantean acusaciones no tanto contra la administración, sino contra el propio acto administrativo”, de manera que “[l]as acusaciones vienen a ser una especie de tipo, esto es, la invocación de la conducta u omisión que genera la nulidad o invalidez del acto administrativo”. En esta línea de pensamiento, la jurisprudencia sostiene lo que sigue: “(…) Interesa destacar que la jurisdicción de lo contencioso administrativo ejerce un control judicial en el ámbito de lo jurídico para juzgar, entre otros: los contratos estatales, los reglamentos y los actos administrativos. Esto es, si todos los elementos que componen esas figuras están acordes con las normas a las que les deben sujeción. Lo dicho anteriormente sirve para decir que, por obvias razones, en este tipo de control no se juzgan digamos, políticamente o socialmente las ejecutorias a cargo de los distintos agentes del Estado, así esas ejecutorias estén contenidas en reglamentos o actos administrativos. Se ejerce un control estrictamente jurídico para verificar la conformidad del acto con el ordenamiento jurídico al que deben sujeción. (…)*”* Estas reflexiones son útiles para desatar los cargos de la apelación. Parte de los argumentos del recurso están referidos a la incongruencia que representa que el Municipio de Belén, a través de su alcalde, haga parte de dos empresas que prestan el mismo servicio público domiciliario, que la situación haría imposible el manejo y la actuación de ambas empresas, que el alcalde incurriría en un conflicto de intereses en ese escenario y que la verdadera finalidad de la administración municipal consiste en aumentar su burocracia. Ninguno de esos aspectos plantea un juicio de legalidad, toda vez que no se enfilan a desvirtuar los requisitos de existencia o validez del acuerdo demandado. Además, el recurso no indica qué disposiciones superiores quebranta el acto con la creación de la empresa de servicios públicos oficial, pese a la existencia previa de otra empresa, pero de naturaleza solidaria. Y, en el mismo sentido, el apoderado no expone el sustento jurídico de su alegación relativa a que, antes de crear la nueva empresa, era un requisito indispensable liquidar la que viene funcionando en el municipio. Adicionalmente, el presunto conflicto de intereses del alcalde, en principio, no conllevaría la ilegalidad del acuerdo municipal, sino una posible responsabilidad personal del funcionario (art. 44 CGD).

**SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS EFECTOS DE ACUERDO MUNICIPAL – Negada por cuanto en el caso concreto las pruebas son insuficientes para acreditar la apariencia de buen derecho y el perjuicio de la mora.**

Los demás cargos de la apelación se refieren a **(i)** la falsa motivación del acto, derivada de la alusión a la precaria situación de la empresa en sus consideraciones; **(ii)** la falta de realización de un estudio de prefactibilidad para la creación de la nueva empresa de servicios públicos oficial; **(iii)** la desviación de poder por el traslado de bienes a favor de la nueva empresa, pese a que supuestamente son de propiedad de los habitantes de la localidad; y **(iv)** el desconocimiento de “la existencia de un contrato de operación que se encuentra vigente”. Estos argumentos no cuentan con pruebas suficientes que permitan, desde esta etapa procesal, advertir la configuración de las irregularidades que esgrime la apelación. Al respecto, en el plenario reposan dos documentos que se refieren a la situación económica de la empresa. Uno es un estudio que adelantó el Municipio de Belén, el cual expone que Servibelén E.S.P. no es viable financieramente. El otro es una certificación que emitió el presidente del Consejo de Administración de la empresa demandante, que escuetamente señala que esta no está inmersa en trámites de disolución, liquidación o terminación y que los estados financieros del año 2020 exponen un superávit económico. Como lo afirmó el auto apelado, lo contradictorio de las conclusiones de estos elementos no permite determinar tempranamente si Servibelén E.S.P. cuenta o no, con dificultades financieras, por lo que es necesario profundizar en el recaudo probatorio al respecto. Esto sin mencionar que la relevancia de este aspecto de cara a la autorización que se juzga, es un asunto que deberá ventilarse dentro del expediente, ya que la motivación del acto no se sustenta en él (de hecho, se menciona en el estudio técnico anexo, no en las consideraciones del acuerdo), sino en la falta de un convenio o contrato de operación que legitime a Servibelén E.S.P. para prestar los servicios públicos domiciliarios en la localidad. Asimismo, el artículo 7.º del acuerdo señala la existencia del estudio de prefactibilidad que echa de menos la parte demandante, el cual parece ser el que acaba de mencionarse, de forma que el incumplimiento de este requisito no está acreditado. Por otra parte, si bien el artículo 4.º del Acuerdo 012 de 1986 refería que “[e]l Nuevo Acueducto seguirá siendo de propiedad exclusiva del Municipio y de los usuarios de este, ya que contribuyeron económica y materialmente en su Construcción”(artículo derogado expresamente por el acto acusado), lo cierto es que en el plenario no aparece identificada la infraestructura de propiedad de particulares, con las pruebas que acrediten esa connotación. En este sentido, dicha carencia probatoria y la redacción del artículo en cita no permiten establecer en este momento si la titularidad de todo el acueducto municipal es privada o, en su defecto, cuáles son las redes y demás elementos que no pertenecen al municipio y si dichos bienes hacen parte del objeto de la autorización que concedió el concejo al alcalde. Es más, en el evento en que la autorización recayera sobre bienes de carácter privado, el vicio comprendería únicamente el artículo 5.º del acuerdo acusado y exclusivamente respecto de los elementos correspondientes dentro de los ítems denominados “SERVICIO DE ACUEDUCTO” o “RED DE ALCANTARILLADO”, según el caso. Entonces, esa posible y eventual falencia no tendría la potencialidad de viciar en su totalidad la autorización para crear la empresa ni para entregarle otros bienes o infraestructuras que efectivamente sean de propiedad de la entidad. Finalmente, aun cuando la empresa accionante esgrimió que el acto acusado desconoció el contenido de un contrato de operación que se encuentra vigente, no lo allegó junto con la demanda, de manera que es imposible verificar la solidez de este cargo. En este orden de ideas, la Sala no encuentra configurado el principal requisito de las medidas cautelares para este tipo de medios de control, que es la apariencia de buen derecho, pues los argumentos que expone el accionante no son suficientes en este momento procesal para identificar una vulneración de normas superiores (art. 231 CPACA). Igualmente, la Sala resalta que el acto acusado no entrega la operación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo a la nueva empresa oficial, sino que, como lo menciona su motivación, el municipio llevará a cabo esta actuación a través de un contrato posterior, el cual será susceptible de control judicial. Por consiguiente, según las pruebas disponibles en este instante, dicha actuación no emana directamente del acto (es una etapa posterior), no se ha materializado y, además, escapa del objeto del presente litigio. Esta conclusión asimismo desdibuja el supuesto perjuicio de la mora. Por todo lo anterior, esta Corporación confirmará el auto apelado, sin perjuicio de agregar que el sentido de la sentencia puede o no guardar la línea argumentativa que se acaba de exponer. Esto dependerá de lo que se pruebe dentro del proceso, ya que la presente determinación no implica prejuzgamiento según lo establece el inciso 2.º del artículo 229 del CPACA y lo ha resaltado la jurisprudencia: (…).

**NOTA DE RELATORÍA:** La providencia que se presenta al público ha sido modificada solo para incluir sus anteriores descriptores y restrictores, mas no para variar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la original. No obstante, puede ocurrir que en la conversión del documento PDF a Word puede quedar con algunas imperfecciones en el texto. Para validar la integridad de la providencia los interesados pueden consultarla y descargarla a través de la plataforma SAMAI siguiendo este link:

|  |
| --- |
| <https://samai.azurewebsites.net/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=152383333002202100092011500123> |



***REPÚBLICA DE COLOMBIA***

***TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ***

***SALA DE DECISIÓN 4***

***MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO***

Tunja, veintidós (22) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

|  |  |
| --- | --- |
| **DEMANDANTE:**  | SERVIBELÉN E.S.P.  |
| **DEMANDADO:**  | MUNICIPIO DE BELÉN  |
| **REFERENCIA:**  | 15238-33-33-002-**2021**-**00092**-01  |
| **MEDIO DE CONTROL:**  | NULIDAD  |
| **ASUNTO:**  | **APELACIÓN CONTRA AUTO QUE NIEGA MEDIDA CAUTELAR – FALTA DE APARIENCIA** **DE BUEN DERECHO**  |

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra el auto proferido el 5 de septiembre de 2022, mediante el cual el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama negó el decreto de la medida cautelar pedida junto con la demanda.

1. **ANTECEDENTES**

La empresa Servibelén E.S.P., a través de apoderado, presentó demanda de nulidad (simple) con el fin de que se declare la nulidad del Acuerdo 012 del 31 de mayo de 2021, expedido por el Concejo Municipal de Belén. Asimismo, solicitó el decreto de la suspensión provisional de los efectos del acto en mención.

Luego de correr traslado de esta petición a la entidad accionada, la jueza de primera instancia emitió el auto apelado.

1. **DECISIÓN RECURRIDA**

# 1. Auto recurrido[[1]](#footnote-1)

El juzgado de primera instancia negó el decreto de la medida cautelar pedida junto con la demanda, con fundamento en lo siguiente:

Explicó el marco normativo de las medidas cautelares y relacionó las pruebas que hasta el momento obran en el expediente, para abordar los cargos de la petición cautelar.

Sostuvo que las facultades *pro tempore* cumplieron los requisitos legales, pues determinaron el objeto de la autorización y el plazo máximo que tenía el alcalde para actuar conforme a ella.

Agregó que en este momento procesal no era posible establecer la existencia de los vicios de falsa motivación y desviación de poder, ya que antes era necesario surtir el debate probatorio. Además, adujo que los elementos de convicción actualmente eran insuficientes para demostrar las supuestas irregularidades que alega la parte demandante.

Coligió que, por lo anterior, *“hasta este momento no es posible establecer la apariencia de buen derecho fundada en criterios objetivos y razonables”*, así como tampoco la necesidad de la medida, *“habida cuenta que no se verifican en el expediente circunstancias cuya ocurrencia hagan nugatorios los efectos de la sentencia”*.

# 2. Recursos de reposición y apelación[[2]](#footnote-2)

La parte demandante interpuso recurso de reposición y, en subsidio, de apelación, pidiendo que se revoque la decisión por las siguientes razones:

Indicó que la solicitud reunió los requisitos de procedibilidad que prevé el artículo 229 del CPACA, toda vez que es urgente la suspensión de los efectos del acto acusado para garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Reseñó que *“existe una contravención clara entre la empresa previamente mencionada* [Ecoservicios Belén S.A.S. E.S.P.]*, propiedad exclusiva del municipio, y la empresa SERVIBELEN* (sic) *propiedad del municipio y las juntas de acción comunal, quien* (sic) *dentro de la junta directiva de la empresa servibelen* (sic)*, sigue ejerciendo las funciones el alcalde municipal, encontrando entonces un grave conflicto de intereses y por tanto una imposibilidad de manejo y actuación de ambas empresas, que tienen el mismo objeto social, en el mismo territorio, siendo competencia comercial la una con la otra, pero siendo administradas ambas por la Alcaldía del municipio de Belén”*.

Señaló que tanto la actuación de las empresas como la prestación de servicios públicos esenciales estaban comprometidos, lo cual generaba un grave riesgo a la población del municipio.

Esgrimió que el acto acusado autorizó el traslado de la titularidad de la infraestructura del acueducto y alcantarillado que no solo era propiedad de la alcaldía, sino también de los usuarios y habitantes del casco urbano, lo cual mostraba la necesidad de la medida cautelar.

Agregó que el Acuerdo 012 de 1986 reconoció la propiedad de la red de acueducto y alcantarillado a los habitantes del municipio que colaboraron en su construcción y puesta en marcha, *“es decir que este es propiedad tanto del municipio como de los usuarios”*, de manera que su disposición desconoce el derecho a la propiedad privada.

Citó el artículo 231 del CPACA y consideró que:

* La demanda está razonablemente fundada en derecho, debido a que *“con la somera verificación del acuerdo municipal presentado”* era posible advertir una desviación de poder, porque la motivación del acto menciona que la situación jurídica y financiera de Servibelén E.S.P. no es idónea. Además, esgrimió que el acto no contó con el estudio de prefactibilidad que prevé el artículo 69 de la Ley 489 de 1998.

Por otra parte, afirmó que *“más evidente aún resulta la DESVIACIÓN DE PODER”* (sic), *en razón a la entrega de bienes de propiedad de los usuarios del alcantarillado y la pretensión de exclusión de la comunidad en la prestación de los servicios público*s.

* La demanda demuestra la titularidad de los derechos invocados con los anteriores argumentos.

* Sería más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla, en virtud de la duplicidad y conflicto de intereses que produce el acto, las consecuencias que ello puede producir en la prestación del servicio y el desconocimiento de la propiedad privada.

* Se está ante un perjuicio irremediable para la población general, debido al carácter esencial y fundamental de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, y el riesgo relacionado con el suministro de agua potable a la comunidad. Asimismo, adujo que, en virtud del acuerdo acusado, Servibelén E.S.P. no podrá suministrar agua a través de la red de alcantarillado, lo cual dará lugar a que lo haga a través de tanquetas u otros mecanismos menos eficaces.

Manifestó que *“la única manera de crear una empresa sin que el administrador, es decir, el alcalde municipal tuviera conflictos de intereses, es la de liquidar y terminar la empresa del que ya es participe* (sic) *para iniciar una nueva”* y añadió que la finalidad del acto acusado es *“aumentar la burocracia del municipio”*. Además, dijo que el acto desconoce *“la existencia de un contrato de operación que se encuentra vigente, pues el mismo no ha dejado de existir de manera legal, no ha sido declarado judicialmente terminado, por lo cual se entiende que el mismo esta* (sic) *vigente”*.

* Insistió en que, de no accederse a la cautela, la sentencia tendría efectos nugatorios, por las razones que ya se reiteraron.

**3. Traslado de los recursos**

La parte demandada se pronunció de forma extemporánea.

# 4. Decisión del recurso de reposición

La jueza de primer grado se pronunció respecto del recurso de reposición, en el sentido de confirmar la decisión.

Adujo que no era necesario verificar los requisitos del inciso 2.º del artículo 231 del CPACA, *pues estos se exigen respecto de las medidas que no tienen que ver con la suspensión de actos administrativos*.

Aseguró que el análisis de la medida tomó como punto de partida los vicios de legalidad que alega la demanda, que la parte demandante reitera en el recurso y corresponden a las causales de expedición irregular, falsa motivación y desviación de poder.

Resaltó que el auto impugnado analizó los argumentos que podrían ser procedentes de pleno derecho, que se relacionan con las facultades *pro tempore*. Frente a los demás, explicó que era necesario adelantar el debate probatorio, ya que los elementos que actualmente obran en el expediente (algunos emanados de la misma empresa demandante) son insuficientes para tal fin.

 **III. CONSIDERACIONES**

# 1. Procedencia y oportunidad del recurso de apelación

El artículo 243-5 del CPACA, modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021, establece lo siguiente:

*“(…)* ***ARTÍCULO 243. APELACIÓN.*** *Son apelables las sentencias de primera instancia y los siguientes* ***autos proferidos en la misma instancia****:*

***5.*** *El que decrete,* ***deniegue*** *o modifique* ***una medida cautelar.*** *(…)”* (Negrilla fuera del texto original)

En concordancia con lo anterior, el artículo 244-1 del mismo código, modificado por el artículo 64 de la Ley 2080 de 2021, señala que *“*[l]*a apelación podrá interponerse directamente o en subsidio de la reposición”*.

En este caso, el despacho de primera instancia negó el decreto de una medida cautelar, así que procedía el recurso de apelación directamente o en subsidio de la reposición. Al optar la parte demandante por la primera hipótesis, resulta clara la viabilidad de la alzada.

Asimismo, la decisión fue notificada por estado electrónico el 6 de septiembre de 2022[[3]](#footnote-3) y el recurso fue interpuesto el 9 de septiembre del presente año4, esto es, dentro de su término de ejecutoria, conforme a lo establecido en el artículo 2443 del CPACA, modificado por el artículo 64 de la Ley 2080 de 2021.

# 2. Análisis de la Sala

El artículo 231 del CPACA señala los requisitos para determinar las medidas cautelares cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos, afirma, ella 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 concurran los siguientes requisitos:*

1. *Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*

1. *Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*

1. *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.*

1. *Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*

1. *Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*

1. *Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios. (…)”* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Esta norma contempla los requisitos que deben reunirse para decretar medidas cautelares, distinguiendo tres escenarios diferentes, a saber: **(i)** cuando solo se solicita la nulidad de un acto, **(ii)** cuando, además de la nulidad, el accionante reclama el restablecimiento de un derecho y una indemnización de perjuicios, y **(iii)** los demás eventos no comprendidos en las anteriores hipótesis.

Teniendo en cuenta lo anterior, la sala observa que la demanda solo persigue la nulidad del acto acusado, sin el restablecimiento de algún derecho ni la acumulación de pretensiones de otra naturaleza. Por consiguiente, la petición cautelar en este caso solo debe acreditar la violación de las normas superiores*[[4]](#footnote-4)* Además, vale la pena agregar que la argumentación que expone el recurso frente a los requisitos de los numerales 1.º a 4.º se limita a reiterar los mismos puntos que sustentan la supuesta apariencia de buen derecho y el presunto peligro de la mora.

A partir de esta premisa, la Sala abordará la viabilidad de la cautela.

## 2.1. Los argumentos que se dirigen a cuestionar la conveniencia del acto acusado no son acordes al juicio que adelanta esta jurisdicción

Como recientemente lo explicó esta Corporación[[5]](#footnote-5), el control que realiza la jurisdicción sobre los actos de la Administración es de legalidad, esto es, de naturaleza eminentemente jurídica. Esta aclaración, aunque parezca una obviedad, es necesaria para delimitar el alcance del examen que debe llevarse a cabo en esta etapa procesal.

No corresponde al juez administrativo estudiar el acto acusado bajo la perspectiva de la conveniencia política, ideológica, económica, social, moral o de otra índole, ni con las características que identifican a otros controles institucionales o sociales.

Bajo este entendido, el control jurídico o de legalidad supone constatar, en términos generales, el cumplimiento de los requisitos de existencia y validez del acto acusado. Por ende, en palabras del Consejo de Estado, *“en esas demandas* [de impugnación] *se plantean acusaciones no tanto contra la administración, sino contra el propio acto administrativo”7*, de manera que *“[l]as acusaciones vienen a ser una especie de tipo, esto es, la invocación de la conducta u omisión que genera la nulidad o invalidez del acto administrativo”[[6]](#footnote-6)*. En esta línea de pensamiento, la jurisprudencia sostiene lo que sigue:

*“(…) Interesa destacar que la jurisdicción de lo contencioso administrativo ejerce un control judicial en el ámbito de lo jurídico para juzgar, entre otros: los contratos estatales, los reglamentos y los actos administrativos. Esto es, si todos los elementos que componen esas figuras están acordes con las normas a las que les deben sujeción.*

*Lo dicho anteriormente sirve para decir que, por obvias razones,* ***en este tipo de control no se juzgan digamos, políticamente o socialmente las ejecutorias a cargo de los distintos agentes del Estado, así esas ejecutorias estén contenidas en reglamentos o actos administrativos****. Se ejerce un control estrictamente jurídico para verificar la conformidad del acto con el ordenamiento jurídico al que deben sujeción. (…)”[[7]](#footnote-7)* (Negrilla fuera del texto original)

Estas reflexiones son útiles para desatar los cargos de la apelación. Parte de los argumentos del recurso están referidos a la incongruencia que representa que el Municipio de Belén, a través de su alcalde, haga parte de dos empresas que prestan el mismo servicio público domiciliario, que la situación haría imposible el manejo y la actuación de ambas empresas, que el alcalde incurriría en un conflicto de intereses en ese escenario y que la verdadera finalidad de la administración municipal consiste en aumentar su burocracia.

Ninguno de esos aspectos plantea un juicio de legalidad, toda vez que no se enfilan a desvirtuar los requisitos de existencia o validez del acuerdo demandado. Además, el recurso no indica qué disposiciones superiores quebranta el acto con la creación de la empresa de servicios públicos oficial, pese a la existencia previa de otra empresa, pero de naturaleza solidaria. Y, en el mismo sentido, el apoderado no expone el sustento jurídico de su alegación relativa a que, antes de crear la nueva empresa, era un requisito indispensable liquidar la que viene funcionando en el municipio.

Adicionalmente, el presunto conflicto de intereses del alcalde, en principio, no conllevaría la ilegalidad del acuerdo municipal, sino una posible responsabilidad personal del funcionario (art. 44 CGD).

Por lo tanto, estos cargos no prosperan.

**2.2. Las pruebas son insuficientes para acreditar la apariencia de buen derecho en el marco de los demás cargos de la apelación.**

Los demás cargos de la apelación se refieren a **(i)** la falsa motivación del acto, derivada de la alusión a la precaria situación de la empresa en sus consideraciones; **(ii)** la falta de realización de un estudio de prefactibilidad para la creación de la nueva empresa de servicios públicos oficial; **(iii)** la desviación de poder por el traslado de bienes a favor de la nueva empresa, pese a que supuestamente son de propiedad de los habitantes de la localidad; y **(iv)** el desconocimiento de *“la existencia de un contrato de operación que se encuentra vigente”*.

Estos argumentos no cuentan con pruebas suficientes que permitan, desde esta etapa procesal, advertir la configuración de las irregularidades que esgrime la apelación.

Al respecto, en el plenario reposan dos documentos que se refieren a la situación económica de la empresa. Uno es un estudio que adelantó el Municipio de Belén, el cual expone que Servibelén E.S.P. no es viable financieramente[[8]](#footnote-8). El otro es una certificación que emitió el presidente del Consejo de Administración de la empresa demandante, que escuetamente señala que esta no está inmersa en trámites de disolución, liquidación o terminación y que los estados financieros del año 2020 exponen un superávit económico11.

Como lo afirmó el auto apelado, lo contradictorio de las conclusiones de estos elementos no permite determinar tempranamente si Servibelén E.S.P. cuenta o no, con dificultades financieras, por lo que es necesario profundizar en el recaudo probatorio al respecto. Esto sin mencionar que la relevancia de este aspecto de cara a la autorización que se juzga, es un asunto que deberá ventilarse dentro del expediente, ya que la motivación del acto no se sustenta en él (de hecho, se menciona en el estudio técnico anexo, no en las consideraciones del acuerdo), sino en la falta de un convenio o contrato de operación que legitime a Servibelén E.S.P. para prestar los servicios públicos domiciliarios en la localidad.

Asimismo, el artículo 7.º del acuerdo señala la existencia del estudio de prefactibilidad que echa de menos la parte demandante, el cual parece ser el que acaba de mencionarse, de forma que el incumplimiento de este requisito no está acreditado.

Por otra parte, si bien el artículo 4.º del Acuerdo 012 de 1986 refería que *“[e]l Nuevo Acueducto seguirá siendo de propiedad exclusiva del Municipio y de los usuarios de este, ya que contribuyeron económica y materialmente en su Construcción”* (artículo derogado expresamente por el acto acusado), lo cierto es que en el plenario no aparece identificada la infraestructura de propiedad de particulares, con las pruebas que acrediten esa connotación.

En este sentido, dicha carencia probatoria y la redacción del artículo en cita no permiten establecer en este momento si la titularidad de todo el acueducto municipal es privada o, en su defecto, cuáles son las redes y demás elementos que no pertenecen al municipio y si dichos bienes hacen parte del objeto de la autorización que concedió el concejo al alcalde.

Es más, en el evento en que la autorización recayera sobre bienes de carácter privado, el vicio comprendería únicamente el artículo 5.º del acuerdo acusado y exclusivamente respecto de los elementos correspondientes dentro de los ítems denominados *“SERVICIO DE ACUEDUCTO”* o *“RED DE ALCANTARILLADO”*, según el caso. Entonces, esa posible y eventual falencia no tendría la potencialidad de viciar en su totalidad la autorización para crear la empresa ni para entregarle otros bienes o infraestructuras que efectivamente sean de propiedad de la entidad.

Finalmente, aun cuando la empresa accionante esgrimió que el acto acusado desconoció el contenido de un contrato de operación que se encuentra vigente, no lo allegó junto con la demanda, de manera que es imposible verificar la solidez de este cargo.

En este orden de ideas, la Sala no encuentra configurado el principal requisito de las medidas cautelares para este tipo de medios de control, que es la apariencia de buen derecho, pues los argumentos que expone el accionante no son suficientes en este momento procesal para identificar una vulneración de normas superiores (art. 231 CPACA).

Igualmente, la Sala resalta que el acto acusado no entrega la operación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo a la nueva empresa oficial, sino que, como lo menciona su motivación, el municipio llevará a cabo esta actuación a través de un contrato posterior, el cual será susceptible de control judicial.

Por consiguiente, según las pruebas disponibles en este instante, dicha actuación no emana directamente del acto (es una etapa posterior), no se ha materializado y, además, escapa del objeto del presente litigio. Esta conclusión asimismo desdibuja el supuesto perjuicio de la mora.

Por todo lo anterior, esta Corporación confirmará el auto apelado, sin perjuicio de agregar que el sentido de la sentencia puede o no guardar la línea argumentativa que se acaba de exponer. Esto dependerá de lo que se pruebe dentro del proceso, ya que la presente determinación no implica prejuzgamiento según lo establece el inciso 2.º del artículo 229 del CPACA y lo ha resaltado la jurisprudencia:

*“(…) es importante indicar que como se trata de una solicitud que está llamada a resolverse cuando las partes no han ejercido su derecho de defensa a cabalidad es claro que las disquisiciones que se realicen en la providencia que la desate son apenas valoraciones iniciales que en nada condicionan o influyen en la decisión final del fondo del asunto, es por ello que el legislador dispuso expresamente que la resolución de* ***la medida cautelar no supone prejuzgamiento.***

*En tales condiciones, resulta diáfano que la precoz determinación que se adopte a la hora de dirimir la medida cautelar, en ningún caso, será concluyente de la sentencia, última que corresponde dictar al juez una vez agotadas las respectivas etapas procesales, de manera que cuente con todos los elementos de juicio que le permitan asumir una determinación que desate de fondo y en forma definitiva la controversia suscitada.*

*En consecuencia, el artículo 229 del CPACA no admite duda en cuanto a la oportunidad que le otorga al juez de ratificar, ajustar, corregir e incluso contradecir en la sentencia lo consignado en la decisión de la medida cautelar. (…)”[[9]](#footnote-9)* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En virtud de lo expuesto, la Sala de Decisión 4 del Tribunal Administrativo de

Boyacá,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el auto proferido el 5 de septiembre de 2022, mediante el cual el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama negó el decreto de la medida cautelar pedida junto con la demanda, por las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO:** Comuníquese inmediatamente esta decisión al juzgado de primera instancia, de acuerdo con el artículo 326 del CGP.

**TERCERO:** Notifíquese esta providencia en los términos del artículo 201 del CPACA, modificado por el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021, esto es, por medio de **anotación en el estado electrónico y envío de mensaje de datos a los canales digitales de las partes y de sus apoderados**.

**CUARTO:** En firme esta decisión, devuélvase el expediente al despacho de origen, para lo de su cargo.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión virtual de la Sala de Decisión, según acta de la fecha.

# NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

*Firmado electrónicamente*

**JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO**

**Magistrado**

*Firmado electrónicamente*

**FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**

**Magistrado**

*Ausente con permiso*

**BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS**

**Magistrada**

**Constancia:** La presente providencia fue firmada electrónicamente en la plataforma Samai por los magistrados que integran la Sala de Decisión. En consecuencia, se garantiza su autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.

1. Archivo 28 del expediente electrónico. [↑](#footnote-ref-1)
2. Archivo 30 del expediente electrónico. [↑](#footnote-ref-2)
3. Anotaciones 43 y 45 Samai (primera instancia). 4 Archivo 18 del expediente electrónico. [↑](#footnote-ref-3)
4. C.E., Sec. Primera, Auto 2020-00754, nov. 19/2021. M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés: *“(…) cuando se trata de medidas cautelares de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo y se acredita prima facie que el acto acusado contraviene el ordenamiento jurídico superior, de manera implícita se satisfacen los requisitos del perjuicio por la mora periculum in mora, y apariencia de buen derecho fumus boni iuris; pues en un Estado Social de Derecho esos elementos siempre concurren cuando se trata de la efectiva transgresión del ordenamiento jurídico por parte de las autoridades públicas. (…)”* [↑](#footnote-ref-4)
5. TAB, Sala de Decisión 4, Auto 2022-00207, oct. 25/2022. M.P. José Fernández Osorio. 7 C.E., Sec. Cuarta, Sent. 2014-00054 (21025), sep. 10/2015. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. [↑](#footnote-ref-5)
6. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-6)
7. *Ibidem*. [↑](#footnote-ref-7)
8. Archivo 1 del expediente electrónico, pp. 72-73. 11 *Ibid*., p. 108. [↑](#footnote-ref-8)
9. C.E., Sec. Segunda, Auto 2018-01428 (4708-2018), oct. 18/2019, M.P. William Hernández Gómez. [↑](#footnote-ref-9)