



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

San José de Cúcuta, Once (11) de Diciembre de Dos Mil Doce (2012)

Magistrado Sustanciador: Dr. Edgar Enrique Bernal Jáuregui

RADICADO: No. 54001-23-33-000-2012-00141-00
ACCIONANTE: MARTÍN LEAL MONSALVE
DEMANDADO: CRISTIAN ADRIÁN RESTREPO BONET
MEDIO DE CONTROL: PERDIDA DE INVESTIDURA

Surtido el trámite previsto en el artículo 233 inciso 2º de la Ley 1437 de 2011, procede el Despacho a resolver la solicitud de medidas cautelares elevado por la parte actora.

I. DE LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES

En acápite inicial de la demanda, el accionante solicita como medida cautelar que se declare la suspensión provisional de los efectos del acta de posesión del señor CRISTIAN ADRIÁN RESTREPO BONET como concejal del Municipio de Chinácota, al encontrarse acreditado que dicha persona trasgredió el régimen de inhabilidades para ser elegido Concejal, específicamente en lo que al numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 respecta, ya que es hijo de la compañera permanente de quien se desempeñó hasta el pasado 31 de enero de 2011, como Alcalde Municipal de dicha localidad.

Refiere que dicha medida tiene sustento en el artículo 238 constitucional, y que la misma resulta necesaria a efectos de proteger y garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, arguyendo ser el titular del derecho reclamado por cuanto conforme al acta de escrutinio E-26, le corresponde en orden consecutivo y descendiente por número de votos, posesionarse como Concejal del Municipio de Chinácota.

II. OPOSICIÓN A LAS MEDIDAS CAUTELARES

Dentro del término de traslado consagrado en el artículo 233 inciso 2º de la Ley 1437 de 2011, el señor CRISTIAN ADRIÁN RESTREPO BONET a través de apoderado debidamente acreditado, presenta escrito de oposición a las medidas cautelares planteadas, arguyendo que tal como lo manifestó en la contestación de la demanda, no se configura la inhabilidad deprecada por cuanto los señores OSCAR ANDRÉS DELGADO GIL –Alcalde del Municipio de Chinácota para el periodo 2008-2011- y la señora ADRIANA MARÍA BONET BEDOYA –madre del aquí demandado-, extinguieron su vida marital en diligencia celebrada en las oficinas de la Comisaria de Familia de dicho Municipio, desde el mes de enero del año 2010.

III. DE LA PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES EN ESTE PROCESO

En vigencia del Código Contencioso Administrativo, la única medida cautelar que resultaba aplicable a los procesos declarativos que se tramitaban ante esta jurisdicción, era la suspensión provisional de los actos administrativos. Por tal

razón, en los procesos con pretensiones distintas a las de nulidad –como por ejemplo la pérdida de inversión que nos ocupa- no era procedente la aplicación de medida cautelar alguna.

No obstante, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, dicha concepción varía radicalmente, tal como se denota del artículo 229 de dicho texto normativo que reza:

ARTÍCULO 229. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

(...)”

Por tanto, al ser la pérdida de inversión un proceso de tipo declarativo que se adelanta ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y al quedar expresamente consagrado como un medio de control en el artículo 143 de la Ley 1437 de 2011, resulta suficientemente claro la procedencia de las mismas en este tipo de procesos, debiéndose entrar a analizar por tanto si la solicitud planteada por el accionante resulta o no de recibo para este Despacho.

IV. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER LA MEDIDA CAUTELAR PLANTEADA

Como se indicó anteriormente, la Ley 1437 de 2011 varió ostensiblemente las normas procedimentales en relación con el tema de las medidas cautelares dentro del proceso contencioso administrativo, dejando a un lado aquella univocidad de la suspensión provisional, para ampliar el espectro de medidas que se pueden solicitar, decretar y practicar en este tipo de litigios. De tal manera encontramos que el artículo 230 ídem enuncia el contenido y alcance de las medidas cautelares, así:

“ARTÍCULO 230. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

- 1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.*
- 2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.*
- 3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.*

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

PARÁGRAFO. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.”

Nótese que dichas medidas han sido clasificadas en la Ley 1437 de 2011 como preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y se señala como requisito lógico y fundamental para la procedencia de las mismas, que estas guarden relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Con respecto a la clasificación referida, la doctrina¹ ha expuesto lo siguiente:

“Esta clasificación se realiza en consideración a la situación jurídica que se busca modificar con las pretensiones de la demanda, en especial a la posición privilegiada de la Administración, advirtiendo que las clases de medidas consideradas en la ley no son excluyentes entre sí, de manera que es viable dictar medidas de suspensión y conservativas, o anticipativas del derecho, etc.

- *Medidas preventivas. Las medidas cautelares preventivas buscan evitar que se produzca o aumente el daño causado por la Administración. Cuando éste es consecuencia de un acto administrativo, la suspensión de los efectos es la medida preventiva por antonomasia. En los procesos contencioso administrativos en los que no exista un acto administrativo para demandar, bien porque un hecho de la Administración esté causando un perjuicio, o porque la inacción de la Administración lo realice, puede el juez ordenar a la Administración que interrumpa la acción o, por el contrario, que realice el hecho omitido, de manera cautelar, mientras la sentencia decide el fondo del asunto, con el fin de evitar el perjuicio o agravar la situación.*

- *Medidas conservativas. Las medidas conservativas buscan mantener el statu quo previo a la decisión administrativa o a la acción u omisión de la Administración, para evitar que se vuelva irreversible la situación, o que no sea posible volver las cosas al estado anterior y por tanto lo único viable sea la indemnización de perjuicios.*

- *Medidas anticipativas. Quizás esta es la mayor novedad, pues este tipo de medidas cautelares le permiten al juez anticipar el derecho pretendido como pretensión principal, en forma cautelar antes de la sentencia de fondo. Es claro que esa anticipación no puede ser de tal naturaleza que la situación en la que quede el demandante se convierta en irreversible en caso de perder el proceso.*

- *Medidas de suspensión. Se trata de la suspensión de los actos administrativos, que como se expuso es fundamentalmente preventiva. Sin embargo, el numeral 2 permite suspender todo tipo de procedimiento o actuación administrativa, debiendo el juez, además, ordenar corregir los defectos de que adolezca la actuación para que pueda continuar.”*

De igual manera cabe destacar, que se dejó atrás aquel requerimiento *sine qua non* de acreditar una ostensible contradicción entre el ordenamiento jurídico y el acto administrativo respecto del cual se perseguía la suspensión provisional, para

¹ COMENTARIOS AL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Enrique José Arboleda Perdomo, Ediciones LEGIS, Bogotá D.C., 2012, Pág. 357.

en su lugar establecer una serie de requisitos que deben encontrarse acreditados necesariamente para tomar la decisión de decretar una medida cautelar. Dichos requisitos son:

“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:

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.”

Bajo dicho marco normativo y conceptual debemos entrar a analizar si en el sub judice resulta procedente decretar las medidas cautelares solicitadas por el accionante, teniendo en cuenta que los requisitos a cumplir son los enunciados en la segunda parte del artículo anteriormente transcrito, por cuanto en este proceso no se persigue la nulidad de ningún acto administrativo que es lo que hace relación el primer inciso referido en precedencia.

Considera entonces el Despacho, que es claro que la medida solicitada guarda relación directa con las pretensiones de la demanda –tal como lo exige el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011-, por cuanto conllevaría la separación temporal de su investidura como concejal, mientras se decide en el fondo de la Litis la pérdida de dicha investidura. Ahora en cuanto al cumplimiento de los requisitos estipulados en el artículo 231 ídem, encontramos que la demanda de la referencia se encuentra debidamente sustentada en derecho, y que si bien, se trata de una acción pública en la cual la titularidad del derecho invocado estaría en cabeza de toda la ciudadanía, si le asiste un interés directo al accionante por ser quien tendría el derecho a ocupar la curul en dicho Concejo Municipal.

Contrario sensu, en lo que al tercer requisito atañe, considera el Despacho que aunque el actor allegó los documentos que sustentan sus alegaciones y que en su entender darían lugar a tener por cierto prima facie una posible vulneración del régimen de inhabilidades por parte del Concejal demandado, era necesario que el libelista justificase el por qué resultaría más gravoso para el interés público no decretar la medida cautelar solicitada.

En efecto, los intereses que se superponen en dicho juicio de ponderación, están individualizados por un lado en la necesidad de preservar la probidad y transparencia del sistema político, en el cual rige la máxima que los ciudadanos

elegidos popularmente no deben estar incurso en causal alguna de inhabilidad e incompatibilidad (argumento que sirve de sustento a la demanda), enfrentado al derecho a elegir y ser elegido de que es depositario el aquí demandado, así como el derecho a la representación política que dicho ciudadano ejerce a nombre de sus votantes y los miembros de su partido o movimiento político.

Al sopesar dichos derechos, encuentra el Despacho que el **medio** que se pretende emplear (suspensión de la calidad de concejal del demandado) para alcanzar la **finalidad** perseguida (garantizar la transparencia de la conformación del cabildo municipal de Chinácota), no se encuentra debidamente justificado para que se tomé la decisión de restringir de tal manera los derechos del demandado, puesto que la oposición que este realiza a dichas medidas, resulta lo suficientemente razonable para irrumpir la pretensión cautelar, en el entendido que se debe esperar el debate probatorio para demostrar la acreditación de la configuración de la inhabilidad deprecada, puesto que de lo contrario se estaría trasgrediendo un derecho fundamental del demandado, esto es, el derecho a elegir y ser elegido consagrado en el artículo 40 constitucional.

Finalmente cabe señalar que tampoco se puede inferir que la decisión de no otorgar la medida conlleva la causación de un perjuicio irremediable, ni se encuentran motivos para considerar que de no otorgarse la misma los efectos de la sentencia serían nugatorios, puesto que en el proceso de pérdida de investidura es expedito en sus términos procesales, aunado al hecho que la decisión del mismo en caso de ser favorable conlleva una sanción permanente hacia el futuro, que no se agota con el mero cumplimiento del periodo para el cual resultó elegido como se infiere del interés expuesto por el demandante.

En mérito de lo anteriormente expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las medidas cautelares solicitadas por la parte actora, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Original Firmado

EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado.-