

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA****Magistrado: LUIS NORBERTO CERMEÑO**

Arauca, Arauca, treinta y uno (31) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Radicado No. : 81 001 2339 000 2017 00070 00  
Demandante : Wilson Benítez Montoya  
Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público-  
Demandado : Inspector General de Tributos, Rentas y  
Contribuciones parafiscales -ITRC  
Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Providencia : Auto que decide solicitud de medida cautelar

Cumplidos los trámites previos y al recibirse en el Despacho el expediente del proceso, se decide la solicitud de la medida cautelar planteada.

**ANTECEDENTES**

**1.** Wilson Benítez Montoya presentó y reformó en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, demanda en contra de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones parafiscales -ITRC, a través de la cual solicita que se declare la nulidad de las decisiones que se adoptaron en el proceso disciplinario que se le adelantó y se ordene su reintegro, entre otras pretensiones (fl. 1-109, 139-218, c.01 y c.MC).

**2.** El demandante solicitó que se decretara la medida cautelar (fl. 182-183, c.01, 1-2, c.MC) del numeral 3 del artículo 230 del CPACA; esto es, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados.

**3.** Como fundamento de la petición, remite al concepto de la violación de la demanda donde se confrontan los actos administrativos demandados con las normas violadas, en el que se establece que la prueba testimonial del Sargento Mayor Gutiérrez Cárdenas era necesaria, que los argumentos para excluirla contradice de manera flagrante el ordenamiento jurídico lo que denotó la parcialidad y capricho de los juzgadores disciplinarios y que los fallos fueron contruidos bajo conjeturas y no con pruebas legal y oportunamente allegadas al plenario violando el principio de valoración en conjunto de la prueba; agrega que las decisiones demandadas le han ocasionado perjuicios en la modalidad de lucro cesante, en todos los salarios y prestaciones legales que deje de percibir por el término que permanezca por fuera del cargo.

**4.** Se ordenó proceder conforme lo establece el inciso segundo del artículo 233 del CPACA, con el traslado de la solicitud al demandado (fl. 5, c.MC).

**5.1.** La UAE-ITRC (fl. 10-32, c.MC) se opone a la medida cautelar pedida, y expresa que el demandante no solicitó medida alguna sobre la resolución de ejecución proferida por la DIAN; manifiesta que no se logró demostrar la



violación de las disposiciones invocadas, que frente a las supuestas normas violadas con los actos administrativos sancionatorios, la ausencia de explicación del concepto de la violación a aquellas hace que la premisa menor de la solicitud esté incompleta e imprecisa y no logra demostrar la ilegalidad de los fallos acusados y que no encuentra una demostración de existencia de los perjuicios, los que no son la pérdida de ingreso del sancionado pues es la consecuencia natural de la sanción.

**5.2.** El Ministerio de Hacienda y Crédito Público en su escrito (fl. 33-38, 40-42, c.MC), manifiesta que se advierte una nula argumentación que justifique la solicitud de suspensión, pues una cosa es que se realice una remisión al concepto de violación y algunas pruebas y otra es que fundamente la transgresión de las resoluciones demandadas respecto de las que considera han sido violadas; se refiere a la improcedencia de la medida cautelar, a que el demandante no señaló un posible perjuicio irremediable al no otorgarse la suspensión, no se puede identificar un juicio de ponderación y tampoco un análisis probatorio que permita establecer que sería más gravoso decretar la medida que no decretarla, lo que permite establecer que no existen motivos de vulneración que sirvan de fundamento a una medida cautelar de suspensión.

## CONSIDERACIONES

### 1. Problema jurídico

Consiste en: ¿Se accede a decretar la medida cautelar pedida sobre las providencias disciplinarias cuya nulidad se pide en la demanda, por las cuales se sancionó al demandante?

### 2. Las medidas cautelares en el CPACA

Respecto de la consagración normativa que tiene la figura jurídica de las medidas cautelares en el CPACA, el Consejo de Estado (M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, 1 de septiembre de 2014, rad. 11001-03-24-000-2013-00509-00, 21047) ha establecido:

“El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- CPACA regula las medidas cautelares en los artículos 229 a 241. El artículo 229 le da una amplia facultad al juez para que decrete las medidas cautelares que estime necesarias para proteger y garantizar, temporalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

En esa misma disposición se indica que las medidas cautelares proceden: (i) en cualquier momento, (ii) a petición de parte -debidamente sustentada- y (iii) en todos los procesos declarativos promovidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Solo se le permite al juez de oficio decretar medidas cautelares en procesos de tutela o en aquellos que busquen la defensa de los derechos e intereses colectivos.

El artículo 230 ib. clasifica las medidas cautelares en preventivas [num. 4], conservativas [num. 1 primera parte], anticipativas o de suspensión [nums. 1 segunda parte, 2 y 3].



Los artículos 231 a 233 ib. determinan los requisitos, la caución y el procedimiento para decretar las medidas cautelares, normas aplicables cuando se solicita la adopción de alguna de las enunciadas en el artículo 230.

Como requisitos para que proceda una medida cautelar se resaltan, los siguientes [art. 231]:

- Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
- Que el demandante haya demostrado, aunque sea sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
- 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.
- 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.

La norma en su parte inicial [art. 231] señala que cuando se pide la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procede por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se presente en escrito separado. Cuando además se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, deben probarse la existencia de los mismos.

El artículo 232 le impone al solicitante de la medida cautelar que preste una caución para garantizar los perjuicios que se puedan producir con la medida cautelar. No se requiere caución cuando: (i) se solicita suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo; (ii) se trate de procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos; (iii) sean procesos de tutela y (iv) la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.

El trámite que debe dársele a la solicitud de medida cautelar, según el artículo 233, es el siguiente: (...)

El artículo 234 del CPACA permite al juez omitir el trámite previsto en el artículo 233 ib. y decretar una medida cautelar, siempre que estén cumplidos los requisitos del artículo 231 y sea evidente la urgencia de ordenarla. En ese evento en particular no se notifica previamente al demandado de la solicitud de medida cautelar.

La diferencia concreta entre las medidas cautelares a las que hace referencia el artículo 230 del C.P.A.C.A. y la medida cautelar de urgencia del 234 ib. es el traslado que debe hacerse a la parte contraria de la solicitud de tales medidas [art. 233], pues en las primeras es obligatorio pero en la segunda, dada la urgencia de adoptarla no es posible agotar ese trámite.

### 3. El caso concreto

En el proceso se cuestiona la legalidad de actos administrativos de carácter disciplinario, se pretende que se declare la nulidad de las decisiones sancionatorias demandadas y como restablecimiento del derecho, se condene al demandado al reintegro al cargo que se venía desempeñando, entre otras; se trata entonces, de un proceso declarativo que se adelanta ante esta



Jurisdicción, por lo cual es procedente analizar el tema planteado (Artículo 229, CPACA).

**3.1.** El demandante pide aplicar la medida cautelar prescrita en el numeral 3 del artículo 230 del CPACA, norma jurídica que establece:

"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: (...)

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo. . (...)"

**3.2.** Cuando se solicita la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, el CPACA en su artículo 231 consagra de manera expresa y taxativa los requisitos que deben concurrir para acceder a la petición, los cuales fueron relacionados en la sentencia del Consejo de Estado transcrita atrás y cuyo texto es el siguiente:

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

**3.3.** De la revisión del expediente, se encuentra probado que el demandante fue destituido del cargo que desempeñaba en la DIAN, y se le impuso una inhabilidad general de 10 años para ocupar cargos y ejercer funciones públicas (fl. 15-99, c.01).

**3.3.1.** El Consejo de Estado (M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 22 de octubre de 2013, rad. 1100132500020130011700, 02632013) ha precisado sobre la figura jurídica que se pide aplicar:

"La nueva norma precisa entonces a partir de que haya petición expresa al respecto que:  
**1°)** la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si la **violación de las disposiciones invocadas, surge**, es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal - cuando el proceso apenas comienza-, como conclusión del: **i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.** **2°)** Además, señala que esta medida cautelar se debe solicitar, ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado.

Entonces, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que ahora, la norma da apertura y autoriza al juez administrativo para que, a fin de que desde este momento procesal obtenga la percepción de que hay la violación normativa alegada, pueda: **1°)**



realizar análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2º) que también pueda estudiar las pruebas allegadas con la solicitud.

Ahora bien, según la Real Academia de la Lengua Española el término "surgir" - (del latín surgere)- significa aparecer, manifestarse, brotar.

En este punto esencial es donde radica la innovación de la regulación en el CPACA de esta institución de la suspensión provisional, pues la Sala recuerda que en el anterior CCA -Decreto 01 de 1984-, artículo 152, la procedencia de esta medida excepcional solicitada y sustentada de modo expreso en la demanda o en escrito separado, estaba sujeta o dependía de que la oposición o la contradicción del acto con las disposiciones invocadas como fundamento de la suspensión provisional fuera manifiesta, apreciada por confrontación directa con el acto o con documentos públicos aducidos con la solicitud.

De las expresiones "manifiesta" y "confrontación directa" contenidas en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo anterior, tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia dedujeron que la procedencia de esta figura excluyó que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudio, pues la transgresión por el acto de las normas en que debería fundarse, alegadas como sustento de la procedencia de la suspensión, debía aparecer "prima facie", esto es, sin implicar estudio ni esfuerzo analítico alguno.

Ahora bien, no obstante que la nueva regulación como ya se dijo permite que el juez previo a pronunciarse sobre la suspensión provisional lleve a cabo análisis de la sustentación de la medida y estudie pruebas, ocurre que ante el perentorio señalamiento del 2º inciso del artículo 229 del CPACA (Capítulo XI Medidas Cautelares- procedencia), conforme al cual: "La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento", es preciso entonces que el juez sea muy cauteloso y guarde moderación a fin que el decreto de esta medida cautelar no signifique tomar partido definitivo en el juzgamiento del acto ni prive a la autoridad pública que lo produjo o al demandado (en el caso el elegido o el nombrado cuya designación se acusa), de que ejerzan su derecho de defensa y que para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba."

### 3.3.2. La petición de la medida cautelar se fundamenta en tres aspectos:

- a. La prueba testimonial del Sargento Mayor Gutiérrez Cárdenas era necesaria, y los argumentos para excluirla contradice de manera flagrante el ordenamiento jurídico lo que denotó la parcialidad y capricho de los juzgadores disciplinarios.
- b. Los fallos fueron construidos bajo conjeturas y no con pruebas legal y oportunamente allegadas al plenario violando el principio de valoración en conjunto de la prueba.
- c. Las decisiones demandadas le han ocasionado perjuicios en la modalidad de lucro cesante, en todos los salarios y prestaciones legales que deje de percibir por el término que permanezca por fuera del cargo.

**3.3.3.** Respecto de la primera circunstancia con la que se respalda la solicitud, se establece que en el proceso disciplinario se recibió el testimonio y su ampliación, del Sargento Mayor Gabriel Arturo Gutiérrez Cárdenas, el 4 de febrero y el 30 de junio de 2016 (fl. 100-108, C.01), diligencias de declaración cuya práctica y existencia en el expediente fueron mencionadas en las decisiones que se demandan (fl. 25, 27, 80).



Así mismo, se observa que el testimonio de Gutiérrez Cárdenas y su ampliación, fueron declaraciones valoradas en las dos instancias del proceso disciplinario (fl. 28-30, 31, 91-93, c.01).

Por lo tanto, se encuentra que la prueba testimonial del Sargento Mayor Gutiérrez Cárdenas, que en criterio del demandante era necesaria, sí se practicó dentro del proceso disciplinario, y distinto a lo planteado en el escrito de solicitud de la medida cautelar (fl. 2, c.MC) y en el capítulo de concepto de la violación de la demanda (fl. 146-182, c.01), la misma no fue excluida como prueba; al contrario y como se acreditó, fue valorada en las dos instancias.

Otra cosa distinta a la inexistente exclusión que se aduce, es el análisis probatorio y el resultado que sobre el testimonio y su ampliación efectuaron y obtuvieron los servidores públicos disciplinantes, de lo cual discrepa el demandante.

Las providencias demandadas, con el respaldo que mencionan de otras pruebas como videograbaciones, testimonios y correos electrónicos (fl. 28-31, 91-93, c.01), efectuaron una amplia valoración de la declaración de Gutiérrez Cárdenas, y decidieron no darle credibilidad en lo que considera el demandante lo podía favorecer para una decisión absoluta.

De manera que en este momento procesal, se encuentra que la prueba testimonial de Gutiérrez Cárdenas fue confrontada e interpretada con las videograbaciones de los hechos y sirvió su análisis para decidir el caso disciplinario que involucró al entonces servidor público de la DIAN, y de las valoraciones y conclusiones probatorias que se plasman en los actos administrativos disciplinarios demandados, no surge una violación de las disposiciones invocadas en la demanda, como tampoco emana del análisis de tales decisiones sancionatorias con las normas superiores invocadas como violadas en la parte del concepto de la violación de la demanda, toda vez que se observa por ahora, que el respaldo en las prescripciones del procedimiento penal que se invocan, es decir, la aducida falta de valor probatorio de entrevistas e interrogatorios y otras diligencias trasladadas del expediente que analizó conductas punibles, no fueron las únicas razones sobre las que se erigió, ni la valoración probatoria del testimonio del entonces Sargento Mayor de la Armada Nacional, ni la sanción disciplinaria que se impuso.

En consecuencia, al haber sido practicada la prueba *"necesaria para la interpretación de las videograbaciones sin audio para efectos de resolver la situación disciplinaria del accionante"*, no haber sido excluida de valoración, y por el contrario fue objeto de análisis junto con otros elementos de demostración probatoria, de lo que no se deduce por ahora *"parcialidad y capricho"* en los actos demandados, no se acoge la solicitud de medida cautelar que se radicó el demandante.

Sobre el segundo aspecto que plantea la solicitud de medida cautelar, referido a que los fallos fueron construidos bajo conjeturas y no con pruebas legal y oportunamente allegadas al plenario violando el principio de valoración en



conjunto de la prueba, se encuentra que en el capítulo de concepto de la violación de la demanda, con el cual se sustenta la petición de la suspensión provisional de los actos demandados, no aparece cuestionamiento alguno sobre una sola que hubiera sido allegada de manera ilegal o extemporánea al proceso disciplinario y sobre la que se haya erigido la sanción, crítica que tampoco aparece en el recurso de apelación que en ese expediente instauró contra la decisión de primera instancia (fl. 37-56, c.01).

Por el contrario, lo que se observa es la discrepancia del demandante con la valoración probatoria, circunstancia apenas natural ante una decisión en contra; tanto es así, que a pesar de la crítica que formula por el análisis efectuado sobre el testimonio del entonces Sargento Mayor Gutiérrez Cárdenas por parte de los servidores públicos disciplinantes, reconoce que otras piezas como entrevista e interrogatorio que rindió aquél en el proceso penal y que son mencionadas en las providencias sancionatorias que cuestiona, *"fueron trasladados válidamente a la investigación disciplinaria"* (fl. 149, c.01).

Así mismo, se establece que las decisiones que aquí se demandan fueron respaldadas con las pruebas que se practicaron en el proceso disciplinario (fl. 18-27, c.01), y así se fundamentan las distintas consideraciones con las que se encontró responsable al demandante, lo cual descarta que las sanciones estén sustentadas en meras conjeturas, o sin apoyo en las pruebas practicadas en forma legal y oportuna, de manera que tampoco la violación exigida para que prospere la petición de medida cautelar surge del análisis de los actos demandados y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, lo que a su vez, también impide acceder a la petición formulada.

En cuanto al tercer aspecto planteado en la petición de la medida cautelar, si bien es cierto que al demandante con la ejecución de las decisiones disciplinarias se le ha privado del ingreso que obtenía como servidor público de la DIAN, no es menos cierto que esa sola circunstancia no constituye un perjuicio que amerite la adopción de suspensión provisional solicitada, pues como lo estableció el Consejo de Estado en la sentencia transcrita en el acápite 2 de estas consideraciones, se requiere que se cumpla al menos 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.

El demandante solo menciona como perjuicio, *"los salarios y prestaciones sociales que deje de recibir por el término que permanezca espuriamente por fuera de su cargo"* (fl. 2, c.MC), que constituye la consecuencia jurídica de los actos administrativos disciplinarios que gozan del principio de presunción de legalidad y que por lo mismo, es un efecto que se debe soportar mientras se decide de fondo el proceso, máxime cuando ni siquiera se plantea dificultad de obtener alguna otra remuneración, o la imposibilidad de ejercer una actividad económica, o la amenaza contra el mínimo vital, o la salud, entre otros derechos fundamentales.

05:27 pm  
01 FEB 2018  
Pineda



8  
Proceso: 81 001 2339 000 2017 00070 00  
Demandante: Wilson Benítez Montoya

Y de otro lado, no aparece, pero ni siquiera fue planteado, un solo motivo que impida en el futuro la ejecución o el cumplimiento de una sentencia en caso de resultarle favorable al demandante en este proceso; por el contrario, la DIAN es una entidad estatal, sin posibilidades de no responder por decisiones judiciales en contra, y que si se llegare a ordenar su supresión, se le asignará a otro órgano público la carga de las obligaciones que se le impongan.

Estas situaciones también ratifican la decisión de no acoger la petición de medida cautelar.

A todo lo expuesto, se suma la necesidad de verificar al final del proceso, cuando se emita la sentencia que lo decida, con el respaldo fáctico y jurídico que se allegue al expediente contencioso administrativo, si como lo plantea el demandante, los actos acusados se expidieron con las causales de ilegalidad que se le endilgan.

Por lo tanto, los requisitos que exige el artículo 231 del CPACA consistentes en que procede la suspensión provisional *"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"*, y *"Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos"*, no se aparecen, ni concurren en este caso, para acceder a la medida cautelar solicitada.

**3.4.** Conforme con lo expuesto y ante el problema jurídico planteado, se responde que no se accede a decretar la medida cautelar pedida sobre los actos administrativos disciplinarios demandados.

**3.5.** Se le ordena a la Secretaría del Tribunal, tener en cuenta lo planteado por la UAE-ITRC a folio 11 de este cuaderno.

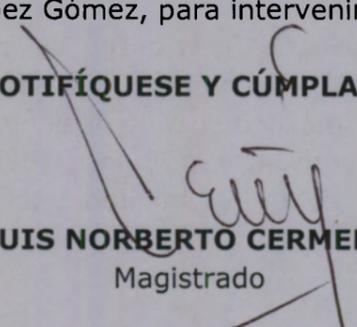
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca,

#### RESUELVE

**PRIMERO: NEGAR** la medida cautelar solicitada por la demandante.

**SEGUNDO: RECONOCER** personería a los Abogados Juan Carlos Urrutia Ramírez y Juan Carlos López Gómez, para intervenir en el proceso.

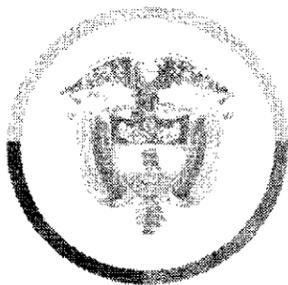
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**LUIS NORBERTO CERMEÑO**  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA**

Por anotación en estado N° 16 notifico a las partes, la presente providencia, hoy 2 de febrero de 2018 a las 8:00 a.m.

**MARÍA ELIZABETH MOGOLLÓN MÉNDEZ**  
Secretaria General



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  

---

República de Colombia

