



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ. ORALIDAD.
DESPACHO No. 1.

Tunja,

10 MAR 2015

Magistrado Ponente: ISRAEL SOLER PEDROZA

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Delfina Fonseca Salamanca y otro
Demandado: Municipio de Oicatá
Expediente: 15001233300020140067300
Asunto: Decisión de medidas cautelares

En virtud del informe secretarial que antecede, procede el Despacho a resolver la medida cautelar de suspensión provisional, presentada por los demandantes señores Delfina y Edwin Ignacio Fonseca Salamanca, respecto de las Resoluciones Nos. 128x de 26 de marzo de 2014 y 214 del 30 de abril de 2014 expedidas por el representante legal del Municipio de Oicatá, que ordenaron restituir una vía pública.

ANTECEDENTES

1. La demanda (fls. 1-26)

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho a través de mandataria judicial, los señores Edwin Fonseca Salamanca y Delfina Fonseca Salamanca, solicitaron la nulidad de las Resoluciones Nos. 128x de 26 de marzo de 2014 y 214 del 30 de abril de 2014 expedidas por el representante legal del Municipio de Oicatá, que ordenaron restituir la vía pública localizada al margen

oriental de los predios del señor Fonseca Salamanca, en la vereda de La Concepción, parte baja del sector La Esperanza, conocida con el nombre "*del Camino de Pamplona*"; también ordenó poner fin a los actos perturbatorios y conminó cesar cualquier otro acto, so pena de imposición de las sanciones previstas en el Reglamento de Convivencia Ciudadana.

Como consecuencia, la parte actora pidió que se ordene dejar las cosas en el estado en que se encontraban antes de proferirse los actos "*viciados de nulidad*"; que se les reconozca los perjuicios materiales y morales por ellos sufridos, con ocasión de la expedición de los mismos, consistentes en pagos de honorarios profesionales, daños en las cercas y los predios de su propiedad; gastos de seguridad para su integridad y la de su familia; arriendos dejados de percibir, y los demás daños traducidos en agresiones físicas, injurias y calumnias a través de los medios de comunicación, y los ocasionado por el hecho de haber cambiado de residencia para mitigar los abusos y el maltrato.

2. Solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional de los actos cuestionados (fl. 22-23).

En el mismo escrito del líbello demandatorio, la parte demandante solicitó la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos acusados, de conformidad con lo señalado en los artículos 229 y siguientes del CPACA, indicando como argumentos, los siguientes:

Que con la decisión adoptada por el municipio demandado, mediante los actos cuestionados, se les vulneró los derechos al debido proceso, de defensa, el acceso a la administración de justicia, la equidad, la paz y la igualdad.

Dijo, que con la medida busca evitar un perjuicio irremediable, "*pues están utilizando a los niños que estudian en la ESCUELA LA ESPERANZA, del Municipio de Combita*", para obligarlos a acatar la decisión contenida en la Resolución 128 del 26 de marzo de 2014; que además, se están lanzando injurias y calumnias indirectas en su contra en los medio de comunicación regionales como en el Diario Boyacá 7 días, afectando de forma pública su honra y buen nombre.

Como **hechos**, afirmó los que se sintetizan a continuación:

Que con ocasión de la queja que presentó el señor Uмба López y otros, el 21 de enero de 2010, en la que solicitaron a la Alcaldía del Municipio de Cómbita, la restitución de una vía pública denominada "*Camino de Pamplona*", indicando que, quien había usurpado una parte del predio, había sido Edwin Fonseca Salamanca, se adelantó el respectivo proceso administrativo, vinculando a Delfina y Franky Ariel Fonseca Salamanca.

Posteriormente, mediante la Resolución 0188 de 2012 el Alcalde Municipal de Combita se declaró impedido por haber rendido concepto cuando fungía como Personero Municipal, impedimento que fue aceptado por el señor Gobernador de Boyacá, a través de la Resolución No. 027 de 15 de mayo de 2012, y se designó al señor Alcalde Municipal de Oicatá como funcionario Ad-hoc para conocer del asunto.

Mediante la Resolución No. 001 del 17 de julio de 2013, la Secretaría de Gobierno de Oicatá, ordenó la restitución inmediata de la vía pública conocida con el nombre de "*camino de pamplona*", y el 15 de octubre siguiente, se declaró nulidad por falta de competencia, y negó el recurso de apelación invocado, por lo que, presentó recurso de reposición y pidió que se enviaran las diligencias al Alcalde Municipal de Oicatá, quien a través de la Resolución No. 661 del 27 de diciembre de 2014, declaró la nulidad de la Resolución 007 (sic) del 17 de julio de 2013 por falta de competencia y negó los recursos de apelación propuestos.

La Resolución No. 661 del 27 de diciembre de 2014 (sic), también fue objeto de recurso de reposición, para que se adecuara las decisiones de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 214 de la Ordenanza 0049 de 2002, decisión que fue confirmada por la Resolución No. 055 del 11 de febrero de 2014 (sic).

Finalmente, mediante la **Resolución No. 128x (sic) del 26 de marzo de 2014**, el Alcalde de Oicatá, ordenó la restitución inmediatamente de la vía pública localizada al margen oriental de los predios del doctor Edwin Fonseca Salamanca y quienes resulten dueños, en la vereda de la Concepción parte baja, sector la

Esperanza conocida con el nombre de camino de Pamplona; ordenó además, retirar los obstáculos y conminó a quienes resultaren dueños de los predios colindantes a cesar cualquier hecho perturbatorio, acto confirmado por la **Resolución No. 214 del 30 de abril de 2014.**

Señaló, que con la aplicación de los actos cuestionados, se ha generado graves perjuicios como la intervención de su propiedad privada, han sido objeto de agresiones por la comunidad de Combita, y de injurias y calumnias por medios de comunicación regional afectando la honra y buen nombre, aunado a que debieron cambiar de residencia para evitar las continuas ofensas y agresiones de la comunidad.

Por último, que interpusieron acción de tutela, cuyo conocimiento acaeció en el Juzgado Segundo Administrativo Oral de esta ciudad, con radicado 2014-00115 y el 8 de julio de 2014, se declaró improcedente, confirmada por esta Corporación el 29 de agosto de 2014.

3. Trámite de la cautela solicitada

Por auto del 15 de enero de 2015 (fls. 28 C- medida cautelar), el Despacho ordenó correr traslado por el término de cinco (5) días al representante legal del Municipio de Oicatá, de la solicitud de suspensión provisional de los actos acusados propuesta por la parte actora, de conformidad con lo señalado por el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011.

El 11 de febrero de 2015, la entidad demandada fue notificada por correo electrónico tanto de la admisión de la demanda como de la solicitud de la medida cautelar, (fl.30 C-cautela), y el 19 de febrero siguiente, el representante legal del Municipio de Oicatá allegó poder y escrito de contestación de la solicitud de la cautela, de manera extemporánea, en razón a que el término de traslado feneció el 18 de febrero de 2015 y el escrito se presentó el día 19 del mismo mes y año (fl.31 y 31 vto), por lo que no se tiene en cuenta la contestación.

CONSIDERACIONES

Procede el Despacho a resolver lo que en derecho corresponda, respecto de la solicitud de suspensión provisional de las Resoluciones Nos. 128x de 26 de marzo de 2014 y 214 del 30 de abril del mismo año, expedidas por el representante legal del Municipio de Oicatá, que ordenaron restituir una vía pública.

1. Las medidas cautelares. Requisitos para su procedencia.

De conformidad con el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 - CPACA, es posible decretar las medidas cautelares en todos los procesos declarativos adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, solicitud que puede pedirse en cualquier estado del proceso, aún en el trámite de la segunda instancia.

En cuanto a la forma, la misma debe ser pedida expresamente por la parte demandante, solicitud que debe estar motivada y el auto que la resuelva debidamente sustentado, sin que ello implique prejuzgamiento, lo anterior se fundamenta en el hecho de que, al resolver la solicitud de medidas cautelares, el asunto se centra en analizar si son o no procedentes con base en el material fáctico, probatorio y normativo aportado hasta el momento, sin perjuicio de lo que pueda suceder en todo el desarrollo del proceso.

Ahora bien, en relación con la clase de medidas que se pueden solicitar, de conformidad con lo señalado por el artículo 230 del CPACA, el Juez podrá decretar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar de manera provisional el objeto del proceso, medidas que pueden ser de cuatro clases¹: preventivas, conservativas, anticipativas y de suspensión.

a). Medidas preventivas: Buscan evitar que se produzca o aumente el daño causado por la Administración. Ahora bien, cuando el perjuicio es causado por un acto administrativo, la medida preventiva por excelencia resulta ser la suspensión de sus efectos, y en los casos en que el perjuicio

¹ Tribunal Administrativo de Boyacá Oralidad. Despacho No. 3. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Iván Afanador García. Auto de once (11) de abril de dos mil trece (2013). Expediente No. 2012-0173-00. Demandante: Emiliano Vargas Mesa. Demandada: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

es causado por el hecho de la Administración, se ordenará que se interrumpa la respectiva actuación.

b). Medidas conservativas: Persiguen mantener la situación previa a la acción u omisión de la Administración, es decir, volver las cosas a su estado anterior.

c). Medidas anticipativas: Pretenden que el Juez anticipe el derecho pedido, en forma cautelar y provisional, sin que sea de manera definitiva, pues el mismo queda facultado para revocar la medida.

d). Medidas de suspensión: Puede consistir en la suspensión provisional de los efectos del respectivo acto administrativo, así como la suspensión de cualquier tipo de procedimiento o actuación de carácter administrativo.

Entre tanto, el artículo 231 del CPACA indica los requisitos para decretar las medidas cautelares y señala por separado los requeridos para la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, de las demás medidas enumeradas en el referido artículo 230 ibídem, así:

a). Requisitos para la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo:

- 1.- Que la medida cautelar sea solicitada en la demanda, o por escrito separado en cualquier tiempo.
- 2.- Que la causa para solicitar la medida cautelar sea la violación de normas invocadas en la demanda o en la solicitud que se haga por escrito separado.
- 3.- Que la 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; además, que se encuentre probado siquiera sumariamente la existencia de los perjuicios que eventualmente se pretenden sean restablecidos.

b). Requisitos para decretar las demás medidas cautelares:

- 1.- Que las pretensiones de la demanda estén debidamente fundadas en derecho.
- 2.- Que el demandante aporte los documentos necesarios para demostrar sumariamente el derecho reclamado.
- 3.- La exigencia para el juez, de realizar un juicio de ponderación entre el interés de la medida y los documentos, informaciones y justificaciones que permitan concluir que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
- 4.- Finalmente, que se cumpla con las condiciones de determinar, que por el no decreto de la medida cautelar, se produzca un perjuicio irremediable, o que los efectos de la sentencia resulten nugatorios.

2. Caso Concreto.

La parte actora pretende la suspensión provisional de las Resoluciones Nos. 128x de 26 de marzo de 2014 y 214 del 30 de abril del mismo año, expedidas por el representante legal del Municipio de Oicatá, que ordenaron restituir la vía pública localizada en el margen oriental de sus predios; ordenó el retiro de la cerca y demás obstáculos que impidieran el libre tránsito de vehículos y personas; además conminó cesar todo acto perturbatorio, so pena de las sanciones previstas en el Código Nacional de Policía y el Reglamento de Convivencia Ciudadana de Boyacá.

Teniendo en cuenta que la medida cautelar solicitada, atañe a aquella que se enlista en las medidas **conservativas**, pues la parte actora pidió, que se ordene dejar las cosas en el estado en que se encontraban antes de proferirse los actos cuestionados, con fundamento en normas Legales y Constitucionales atientes a proteger derechos fundamentales a los derechos al debido proceso, igualdad, defensa y contradicción, el Despacho se detendrá en determinar, si se cumple con lo señalado en el inciso primero del artículo 231 del CPACA, y con los demás requisitos allí exigidos, como quiera que la medida implicaría no solo la suspensión de los efectos de los actos acusados sino la suspensión de un procedimiento administrativo.

Ahora bien, frente a los requisitos para la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados, se advierte que, efectivamente la parte actora solicitó como medida cautelar dentro del escrito de demanda, la suspensión

provisional de los actos administrativos demandados (fl.22), cuya causa obedeció a que, con la expedición de los actos demandados, se vulneró el artículo **132 del Decreto 1355 de 1970**; los artículos 793, 879, 888, 897 del Código Civil; el artículo 214 de la Ordenanza 49 de 2002; y los postulados Constitucionales fundamentales al debido proceso, derecho de defensa, igualdad y contradicción; por lo que, con la cautela solicitada pretende evitar un perjuicio inminente e irremediable; determinándose así, cumplidos los dos primeros requisitos. En cuanto, al tercer requisito, el Despacho analizará las normas que dice la parte demandante fueron trasgredidas con ocasión de la expedición de los actos demandados; y si se prueba al menos sumariamente la existencia de los eventuales perjuicios endilgados a la administración, como quiera que solicitó el restablecimiento del derecho e indemnización de perjuicios.

De las normas que regulan los procesos policivos de restitución de bienes de uso público – Decisión de la medida.

Precisa el Despacho, que como quiera que los procesos de restitución de bienes de uso público son administrativos en los términos del artículo 132 del Decreto 1335 de 1970², norma que la parte demandante consideró vulnerada con ocasión de la expedición de los actos administrativos que demanda, motivo por el cual, pidió la suspensión provisional de los efectos de los mismos, por haberse vulnerado además normas Constitucionales y, Legales del Código Civil, principalmente atinente al debido proceso; se habrá de aclarar entonces, si el bien que se ordenó restituir era o no de uso o dominio público, lo que requiere un estudio de fondo del proceso, en el que se determinará además, si existe o no la titularidad del derecho sustancial o en calidad de poseedor, respecto de quien lo reclama, lo que de entrada impide que en vía de cautela se decida al respecto.

De otra parte, el restablecimiento que se pretende, es más propio de un examen en la sentencia y para ello resulta también indispensable realizar un análisis jurídico en torno a las disposiciones señaladas como vulneradas, circunstancia que resulta ajena en este momento procesal, en razón de que se estaría poniendo en

² "ARTICULO 132.- Cuando se trate de la restitución de bienes de uso público, como vías públicas urbanas o rurales o zona para el paso de trenes, los alcaldes, una vez establecido, por los medios que estén a su alcance, el carácter de uso público de la zona o vía ocupada, procederán a dictar la correspondiente resolución de restitución que deberá cumplirse en un plazo no mayor de treinta días. Contra esta resolución procede recurso de reposición y también de apelación para ante el respectivo gobernador".

juego el debido proceso y el derecho de defensa de la entidad demandada, y máxime si la parte actora busca que se le restablezca el derecho que ha sido vulnerado, lo cual, es más apropiado hacer en un pronunciamiento de fondo, lo que por ahora excede el fin de la medida cautelar. Se repite, que necesariamente se tiene que demostrar durante el curso del debate probatorio, si los actos administrativos demandados vulneran o no las normas legales y constitucionales invocadas, porque no surge de una forma ostensible en este momento.

Ahora bien, en cuanto al cumplimiento de los demás requisitos estipulados en el artículo 231 del CPACA, para decretar las medidas cautelares, observa el Despacho que la demanda de la referencia se encuentra debidamente sustentada en derecho, y que le asiste un interés directo a la parte demandante por ser eventualmente la afectada con la decisión cuestionada; sin embargo, no se acreditó siquiera sumariamente, ni se puede inferir que la decisión de no otorgar la medida conlleve la causación de un perjuicio irremediable, así como tampoco se encuentran motivos para considerar que de no otorgarse la cautela, los efectos de la sentencia serían nugatorios. En consecuencia, se negará la solicitud de suspensión de los actos administrativos demandados.

Como a folio 31 del C-de la cautela, obra memorial poder suscrito por el representante legal del municipio demandado, otorgado al abogado Fredy Villareal Ramírez Pérez para que represente los intereses de la entidad en este proceso, y como el mismo se ajusta a derecho (fls. 36-40), se reconocerá personería para tal fin.

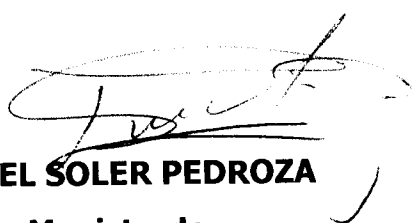
En mérito de lo expuesto, el Despacho,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la medida cautelar solicitada.

SEGUNDO: RECONOCER personería al abogado Fredy Villareal Ramírez Pérez, identificado con C .C. No. 9.636.059 expedida en Pesca y T.P.No. 160.981 del C. S. de la J., para actuar en este proceso como apoderado judicial de la entidad demandada, en los términos y para los efectos del poder que le fue otorgado (fl.31).

Notifíquese y cúmplase


ISRAEL SOLER PEDROZA
Magistrado

 Tribunal Administrativo De Boyacá CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA EL AUTO QUE ANTECEDE, SE NOTIFICÓ POR ESTADO ELECTRÓNICO N° <u>37</u> PUBLICADO EN EL PORTAL WEB DE LA RAMA JUDICIAL, HOY, SIENDO LAS 08:00 AM. 06 MAR 2015 LAURA CABARCAS CASTILLO SECRETARIA

CM/..