



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO SUCRE

Sincelejo, veintiocho (28) de junio de dos mil diecisiete (2017).

Radicado N°: 70001-33-33-001-2017-00004-00
Demandante: ALAIN BOSSQUET NIÑO RIANO
Demandado: MUNICIPIO DE SINCELEJO (SUCRE)
Medio de Control: SIMPLE NULIDAD

SUSPENSION PROVISIONAL

ANTECEDENTES

El señor ALAIN BOSSQUET NIÑO RIANO, interpone demanda en ejercicio del medio de control de simple nulidad, contra el Municipio de Sincelejo - Sucre, en la que pretende se declare la nulidad de los Arts. 1º, 2º, 4º, 5º y 7º del Acuerdo N° 149 de 28 de diciembre de 2015 *“Por medio del cual se establece el impuesto sobre telégrafos, y teléfonos urbanos, sobre empresas de luz eléctrica y de gas y otras rentas con destino al Deporte, la Recreación y el aprovechamiento del tiempo libre”*.

Con el escrito de la demanda, y atendiendo lo preceptuado en el artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la parte demandante solicita que se decrete como medida cautelar la suspensión provisional de las normas acusadas, haciendo alusión a los cargos de nulidad invocados, y señalando expresamente que la misma *“se hace necesaria y es además procedente en el presente caso, por cuanto la violación de las disposiciones invocadas en la demanda surge de la verificación hecha en cada cargo formulado, máxime si las normas demandadas le están sirviendo actualmente y dese casi 12 meses de sustento normativo a esa municipalidad para cobrar un tributo ilegal, que de no ser suspendido mientras se saca definitivamente del ordenamiento jurídico, tendrá que seguir pagándose a los contribuyentes, generándose en el futuro un detrimento patrimonial al Municipio, cuando se vea obligado a devolver esas sumas con intereses, con ocasión de las acciones de grupo que eventualmente*

instauren para tal fin, como ha sucedido en otras ciudades del país, como la del municipio de Santiago de Cali.

TRAMITE

Mediante auto que obra a folio 96 del expediente, de fecha 19 de abril de 2017, fue admitida la demanda.

Así mismo, verificado el asunto, a través de auto de fecha 22 de mayo de 2017 (fl. 100), se corre traslado de la solicitud de medida cautelar, sin que exista pronunciamiento alguno del ente demandado.

CONSIDERACIONES

La suspensión provisional es una de las medidas cautelares previstas en el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Aunque su aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano es de vieja data, el CPACA le dio una connotación un tanto diferente a la concebida por el anterior CCA, pero con el mismo propósito de suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

De rango constitucional, esta medida está consagrada en el artículo 238 de la Carta Política, de la siguiente manera:

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”.

Así mismo, de conformidad con el numeral 3 del artículo 230 del C.P.A.C.A, el juez podrá decretar medidas de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo y el artículo 231 íbidem, estableció los siguientes requisitos para decretar las medidas cautelares y en particular lo que tiene que ver con la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo así:

“Art. 231.- Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos, procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con 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...”

El H. Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos en relación a la medida cautelar de suspensión provisional:

“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”¹.

Tenemos entonces que con la ley 1437 de 2011, se le otorgó al juez la facultad y el deber de hacer los estudios necesarios si es el caso para llegar a la conclusión de acceder a la suspensión provisional del acto, esto es, que el juez debe hacer la valoración probatoria que le permita llegar a la deducción de la contradicción de la norma, salvo que tal contradicción surja directamente de la confrontación del texto del acto con la norma superior invocada.

Sobre el alcance del análisis de la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas como violadas, en pronunciamiento de la Sección Quinta del Consejo de Estado² se señaló:

“Como en todo juicio de inconstitucionalidad o legalidad de un acto administrativo, tanto en el estatuto anterior como en el actual la suspensión provisional supone la confrontación del acto administrativo demandado con las normas que el actor dice infringidas e incluso con documentos aducidos como prueba de la infracción. La verdadera variación entre una regla y otra es la forma de llevar a cabo esa confrontación, pues, se insiste, en el CCA la infracción de normas debía mostrarse al juez del solo cotejo y ahora en el CPACA el juez puede con igual propósito emprender un análisis que exceda los textos normativos propuestos, para revisar incluso si el acto administrativo objeto de la medida se aviene a la finalidad, los valores o los principios involucrados en las disposiciones que sustentan la solicitud.”

Así las cosas, la suspensión del acto ya no sólo puede ser decretada por el juez porque directamente aprecie esa contradicción, sino porque en forma indirecta llega a ella

¹ Sentencia Radicación número: 11001-03-28-000-2012-00042-00 de fecha 13 de septiembre de 2012. Consejero Ponente: Susana Buitrago Palencia

² Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de fecha ocho (8) de noviembre de 2012, proceso N° 11001-03-28-000-2012-00055-00, con ponencia del C.E. Alberto Yepes Barreiro.

mediante valoración probatoria de los medios de convicción que se le haya aportado, medios que pueden ser cualquiera de los que autoriza el procedimiento civil.³

De acuerdo a lo arriba anotado, para el estudio de la procedencia o no de la suspensión provisional del acto atacado en el presente medio de control, el Despacho debe confrontar el acto enjuiciado con las normas superiores consideradas como infringidas en la demanda y el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, además de los requisitos establecidos en el art 231 del CPACA para el decreto de la medida solicitada.

En el presente caso, se tiene que si bien existen elementos para dar cabida a la infracción normativa advertida por el actor, cumpliéndose con ello la exigencia de la apariencia del buen derecho *-el fumus boni iuris-*, para la situación en particular no se aportan elementos y argumentos razonables y suficientes para detentar el acaecimiento del peligro por la moral procesal *-periculum in mora-*, bajo un ejercicio de proporcionalidad, a instancias del litigio planteado.⁴

Al respecto, es de anotarse que los fundamentos que son expuestos por la parte actora para el decreto de la medida, radica en supuestos facticos eventuales, como sería el ejercicio de acciones populares, de las cuales no se podría tener un marco de probabilidad y certeza en su ejercicio, y una alegación general de detrimento patrimonial, cuando tales circunstancias son ajenas al juicio de legalidad predicable en este caso, máxime cuando el argumento de recaudos tributarios data desde el año 2015, y tratándose de justificar la inoperatividad para con la norma tributaria, lo que se advierte es un argumento que desde parámetros de razonabilidad, detenta la ausencia de un contexto jurídico-procesal, del cual se pueda verificar, ante la especial urgencia, que la decisión se pueda tornar *inauditia parte debitoris*, y que a su vez exige una motivación expresa del porque se acude a la suspensión provisional⁵.

De allí que observa el Despacho, que de las razones anteriormente expuestas, no se encuentran fundamentos suficientes que lleven a declarar la suspensión provisional del acto administrativo demandado, pese a que el actor manifieste cuales son las normas que contradice dicho acto, no presenta argumentos válidos que indiquen la

³ PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo, Octava Edición. Grupo Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 2012. Pág.855-856

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección A. Expediente 0740-2015. Auto del 15 de marzo de 2017. C.P Dr. Gabriel Valbuena Hernández.

⁵ BENAVIDES, José Luis. Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011). Comentado y concordado, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, 2016, p. 591.

supuesta exigibilidad del peligro en la mora procesal, pues no obra en el expediente documentos, informes y justificaciones que permitan acreditar, mediante un juicio de ponderación de interés que resultaría más gravoso negar la medida que concederla.

De lo anterior el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ha estipulado lo siguiente:

“II.2. Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo.

Las medidas cautelares son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento jurídico protege, de manera provisional y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso⁶.

Con la expedición de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se instituyó un amplio y novedoso sistema de medidas cautelares, aplicables en aquellos casos en que se consideren «necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia» (artículo 229).

Los artículos 229 y siguientes del nuevo Estatuto presentan el régimen cautelar del procedimiento contencioso administrativo como un instrumento concreto de la garantía efectiva y material de acceso a la Administración de Justicia que busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción en procura de solucionar una determinada controversia.⁷

...

*En cuanto a los criterios de aplicación que debe seguir el Juez para la adopción de la medida, merece destacarse que aquel cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma «podrá decretar las que considere necesarias»⁸. No obstante, a voces del artículo 229 del C.P.A.C.A., su decisión estará sujeta a lo «regulado» en dicho Estatuto, previsión que apunta a un criterio de proporcionalidad, si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 ídem, según el cual para que la medida sea procedente debe el demandante presentar «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» (Resaltado fuera del texto).*

Sobre este asunto en particular, la Sala Plena de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:

⁶ Ver ampliación de esta definición en la sentencia C- 379 de 2004, de la Corte Constitucional.

⁷ Sobre la finalidad de las medidas cautelares, consultar providencia de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), en la que se aseveró: “...se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda ‘la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón.’”

⁸ Artículo 229 del C.P.A.C.A.

«La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en **el fumus boni iuris y periculum in mora. El primero**, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la **posible existencia de un derecho. El segundo**, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de **un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho.**»⁹ (Negrillas fuera del texto).

Y en providencia de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo:

«Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que **en el escenario de las medidas cautelares**, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, **además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el fumus boni iuris y el periculum in mora, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu**, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad.»¹⁰(Negrillas no son del texto).

Así pues, conforme a la Jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación, en el examen de procedibilidad de la medida solicitada, deberá verificarse la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la imposición de la cautela, a saber: (i)

⁹ Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁰ Sobre la aplicación de la proporcionalidad, la misma providencia indicó: “(...) Se ha sostenido en anteriores ocasiones:

(...)

Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad’

En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos ... El propio artículo 231 del C.P.A.C.A. da lugar a estar consideración imperativa en el numeral 4, literales a) y b), cuando prescribe como exigencia: ‘Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes condiciones:

a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o

b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.”

fumus boni iuris, o apariencia de buen derecho, (ii) periculum in mora, o perjuicio de la mora, y, (iii) la ponderación de intereses”.

En consecuencia, del análisis anteriormente expuesto, y aplicado al caso sub examine, se reitera, que este Despacho no encuentran razón alguna para acceder a la petición presentada por la parte demandante, como es la suspensión provisional del acto demandado como medida cautelar, toda vez, que el actor no demostró mediante argumentos sólidos la especial urgencia que se predica del peligro en la mora procesal, para las instancias del caso puesto en consideración.

Así las cosas, al no existir argumentos constitucionales y legales que den cabida a acceder a la solicitud anterior, el Despacho NO decretará la suspensión provisional deprecada por la parte demandante.

Por lo anteriormente expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo,

RESUELVE

1°.- Negar la medida cautelar de suspensión provisional solicitada por la parte demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

2°.- Continúese con el trámite normal del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

YONATAN SALCEDO BARRETO
JUEZ