



**JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SINCELEJO -SUCRE**

Carrera 16 N° 22-51, Sexto Piso, Edificio Gentium, Tel. 2754780 Ext.:
2076

Sincelejo, trece (13) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control: NULIDAD
Radicación N° 70001-33-33-009-**2016-00266**-00
Demandante: Eriberto Manuel Flórez Beltrán
Demandado: Municipio de Sincelejo

1. ANTECEDENTES

El demandante señor ERIBERTO MANUEL FLÓREZ BELTRÁN, presentó solicitud de medida cautelar, obrante a folio 7 del libelo introductorio, consistente en la suspensión provisional de los efectos del Decreto No. 729 de 2016 expedida por el Alcalde Municipal de Sincelejo, *"por medio de la cual se adopta una medida transitorias tendientes a garantizar la seguridad, el orden público y la sana convivencia en el Municipio de Sincelejo"*.

Mediante providencia de fecha 13 de diciembre de 2016, se ordena correr traslado por secretaría de la medida; la admisión de la demanda fue realizada el día 23 de enero de 2017, (Fol. 29 a 32), teniendo la parte accionada el término de cinco días para pronunciarse sobre la misma, término que venció el día 30 de enero de la presente anualidad en silencio.

2. CONSIDERACIONES

El nuevo sistema procesal contencioso administrativo, atendiendo los estándares internacionales de justicia y con el fin de materializar el derecho fundamental al acceso efectivo a la administración de justicia, ha consagrado una serie de medidas cautelares amplias y ha modificado

los requisitos para el decreto de la tradicional medida de la suspensión provisional.

El C.P.A.C.A. en dos importantes normas, establece la procedencia y requisitos de las medidas en general y de la suspensión provisional en particular, así:

"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."

...

"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 concurran los siguientes requisitos: ..."

Así pues, de las anteriores normas se puede extractar los siguientes requisitos o condiciones para el decreto de la medida:

1. La medida debe buscar proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, es decir, de este aparte se desprende lo discutido en el proceso debe estar en juego o poner en peligro el derecho, no de forma hipotética, sino con fundamentos razonables de donde se puedan inferir.

2. En tratándose de suspensión provisional, la confrontación entre el acto y la norma superior, debe realizarse de una forma amplia, eliminándose en este punto el requisito consagrado en las normas anteriores de la violación flagrante o evidente, por lo que el juez en este punto, cuenta con un mayor margen de interpretación y valoración de la violación pretendida.
3. Igualmente, cuando se pida la suspensión provisional y en el proceso se introduzcan pretensiones de restablecimiento o indemnización, el aparte final del inciso 1 del artículo 231 es claro en imponer una carga a quien solicita la medida, de probar sumariamente la existencia del perjuicio o del derecho vulnerado que se pretende restablecer.

Las diferentes clases de medidas cautelares, han sido clasificadas por el Consejo de Estado, así:

- (i) Preventivas, destinadas a impedir que se consolide una afectación al derecho del cual se busca su protección*
- (ii) Conservativas, este tipo de medidas buscan mantener o resguardar un statu quo ante*
- (iii) Anticipativas, en donde se procura satisfacer por adelantado la pretensión perseguida por el actor, y que encuentra su justificación en tanto que de no adoptarse se incurriría en un perjuicio irremediable para el demandante,*
- (iv) Suspensión que consiste en una cesación temporal de los efectos de una decisión administrativa¹.*

Analizado y determinado lo anterior, pasa el Despacho a estudiar el:

3. CASO CONCRETO.

Suspensión provisional del Decreto N° 729 de 2016.

En el *sub examine*, la medida cautelar solicitada es de suspensión de los efectos de la decisión administrativa contenida en el Decreto N° 729 de 2016, expedido por el alcalde municipal de Sincelejo.

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, Bogotá, D.C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00081-00
Ver al respecto artículo 230 de la ley 1437 de 2011

Tenemos que la medida cautelar contra el decreto en mención se soporta en que *“las disposiciones contenidas en el mismo afectan inminentemente, directa e indiscutiblemente a los acompañantes hombre y la sociedad en general que usa la motocicleta como medio de transporte alternativo, específicamente a estos últimos, los días 15 y 30 de cada mes, lo anterior para evitar enfrentamiento entre la comunidad y la fuerza pública”* (Fol. 7), no obstante, lo anterior no es de recibo para esta Célula Judicial y no constituyen razones suficientes para suspender el acto administrativo demandado en esta etapa del proceso, por cuanto, el actor no indica las normas que han de confrontarse con el acto administrativo demandado, ni en qué consiste la flagrante violación en la cual incurre el mismo, pues no obra prueba en el expediente que permita acreditar que negar la medida es más gravoso para el interés público, en virtud de los supuestos enfrentamientos entre la comunidad y la fuerza pública que se evitarían de concederse la medida.

Sobre el punto anterior, huelga necesario este dispensador de justicia, citar *in extenso* lo enseñado por nuestro Tribunal Rector, veamos:

“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 proceso².

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.³

² Ver ampliación de esta definición en la sentencia C- 379 de 2004, de la Corte Constitucional.

³ 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*

...

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»⁴. 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:

«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**.⁵» (Negritillas 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**

decir de Chiovenda 'la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón.'»

⁴ Artículo 229 del C.P.A.C.A.

⁵ Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad.»⁶(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) fumus boni iuris, o apariencia de buen derecho, (ii) periculum in mora, o perjuicio de la mora, y, (iii) la ponderación de intereses”.

Vertiendo lo anterior al caso concreto, encontramos que al hacer un examen de legalidad y confrontación de las normas invocadas como vulneradas artículos 1, 2, 24 y 28 de la Constitución Política, con el acto administrativo demandado, no se encuentra una vulneración flagrante de tal normatividad pues si bien el acto demandado establece la prohibición del parrillero hombre en las motocicletas y limita el uso de este vehículo los días 15 y 30 de cada mes, esto *per se* no limita de forma absoluta la libertad de locomoción, ya que existen otros medios de transporte en los cuales las personas pueden desplazarse.

Teniendo en cuenta lo expuesto, para este Juzgador, no existen argumentos constitucionales y legales para acceder a la solicitud de suspensión provisional presentada por el demandante, por lo que la misma será DENEGADA.

⁶ 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.”*

RESUELVE:

PRIMERO: DENIÉGUESE la **SUSPENSIÓN PROVISIONAL** solicitada por el accionante, conforme a los argumentos presentados en esta providencia.

SEGUNDO: Téngase al abogado DAIRO COVO MÉNDEZ, portador de la T.P N° 268.699 del C.S. de la J como apoderado de la parte demandante, en los términos y extensiones del poder conferido.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDUARDO NAME GARAY TULENA
Juez

JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SINCELEJO-SUCRE

Por anotación en ESTADO No____, notifico a las partes de la providencia anterior, hoy ___ de _____de 2016, a las 8:00 a.m.

LA SECRETARIA