Tunja, nueve (09) de julio de dos mil veintiuno (2021)

|  |  |
| --- | --- |
| **DEMANDANTE:**  | **FIDUCIARIA CENTRAL S. A** |
| **DEMANDADO:** | CONTRALORIA GENERAL DE BOYACÁ |
| **REFERENCIA:** | 150012333000**202100057**-00 |
| **MEDIO DE CONTROL:** | NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| **ASUNTO:** | **RESUELVE- MEDIDA CAUTELAR**  |

Vencido el término de traslado, se encuentra el proceso para decidir sobre la solicitud de medida cautelar formulada por el demandante, sin que la entidad demanda descorriera la solicitud.

**ANTECEDENTES**

Revisado el expediente, el despacho advierte que la parte actora solicitó en escrito separado[[1]](#footnote-1), el decretó de medida cautelar, con el fin que se ordene a la **CONTRALORIA GENERAL DE BOYACÁ, abstenerse de continuar con el proceso de cobro coactivo Nº 009-2020,** arguyendo lo siguiente:

“(…)

*2.4.- Que de no decretarse la medida cautelar se causaría un perjuicio irremediable:*

 *Teniendo en cuenta que un perjuicio se juzga irremediable porque una vez se causa las cosas no pueden volver al estado anterior, la eventualidad de que se concrete en este caso, de no se proferirse la medida cautelar, resulta latente,* ***habida cuenta de que es clara la posición de la entidad en cuanto a que va a ejecutar coactivamente la condena****.*

*En este caso, además de no haber logrado probar el daño que dio origen al fallo de responsabilidad fiscal, el elemento subjetivo de responsabilidad y haber fallado con ausencia de nexo causal, se ejerció la acción fiscal habían prescrito el termino previsto en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000. Todo lo anterior generó como consecuencia que a mi representada se le ordenara responder por la suma de* ***MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL OCHENTA Y OCHO PESOS MCTE ($1.551.238.888).***

*2.5.- Que existen serios motivos para considerar que de no decretarse la medida cautelar los efectos de la sentencia serían nugatorios.*

*Si bien es cierto esta condición es disyuntiva con la vista en líneas anteriores conforme lo consagra el numeral 4 del artículo 231 del CPACA, en este caso se advierte que se encuentra estructurada, teniendo en cuenta que si no se decreta la medida cautelar y la CONTRALORÍA hace efectiva la condena, es un dinero que saldrá definitivamente del patrimonio de mi mandante y en el caso de que las pretensiones de la demandan prosperen, puede ser posible que incluso sea necesario adelantar un proceso ejecutivo para recuperar dicho dinero. Es de público conocimiento que un proceso ejecutivo de esas características puede durar más de 5 años.*

*(…)*

A partir de lo dispuesto en el artículo 234 del CPACA, se considera que una medida cautelar es de carácter urgente cuando la decisión de decretarla o no amerita que no se corra traslado de la solicitud a la parte demandada.

Dicha omisión se explica por la necesidad de que la petición se resuelva de manera ágil y expedita so pena que, en el entretanto, se concrete un hecho que haga inútil la protección cautelar deprecada.

El carácter urgente de la medida entraña entonces la necesidad de que haya un pronunciamiento sin dilaciones y demoras, habida cuenta que se pretende una intervención judicial que haga efectiva la medida y garantice el objeto del proceso y los efectos de la sentencia.

**En este caso se hace urgente la medida cautelar toda vez que ya existe mandamiento de pago dentro de un proceso coactivo para procurar el cobro de la suma de MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL OCHENTA Y OCHO PESOS MCTE ($1.551.238.888).** (…)” (Negrilla fuera del texto original)

**TRÁSLADO Y PRONUNCIAMIENTOS**

 Mediante auto de 4 de junio de 2021[[2]](#footnote-2), de conformidad con el artículo 233 del CPACA, se corrió traslado a la demandada, decisión debidamente notificada el 08/06/2021 como se acredita del registro Samai, sin que la parte pasiva emitiera pronunciamiento alguno.

**CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 125-h del CPACA, la decisión sobre medidas cautelares compete al magistrado ponente.

Las medidas cautelares dentro del proceso contencioso administrativo se encuentran previstas y reguladas en los artículos 229 y siguientes del C.P.A.C.A., y se constituyen en un instrumento 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]](#footnote-3).

Una de tales medidas cautelares es la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, que se reconoce como una excepción a la presunción de legalidad que ampara las decisiones de la administración, en los eventos de infringir las normas superiores en que deben fundarse. En efecto, la suspensión provisional, es una medida cautelar en virtud de la cual, pueden suspenderse transitoriamente los efectos de un acto administrativo.

Dicha medida cautelar encuentra soporte constitucional en el artículo 238, que establece que 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*”.

Concordante con lo anterior, el artículo 231, se refiere a los requisitos de procedencia y el artículo 234 del CPACA preceptúa los siguientes:

“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:***

*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”.*

**ARTÍCULO 234. MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA.** Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, **cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior**. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar.

La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decrete. (…)” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En tal sentido, la doctrina[[4]](#footnote-4) al analizar el artículo 231 en cita ha establecido como requisitos para la suspensión de los actos administrativos, señaló los siguientes:

1. Que sea solicitada en la demanda, o en escrito separado de los actos administrativos,
2. Que sea solicitada en proceso contra actos administrativos definitivos, pues se está en presencia de pretensiones de nulidad o de nulidad con restablecimiento del derecho,
3. Que la causal sea la de violación de las normas invocadas por el demandante,
4. Que la procedencia de la medida surja de la confrontación del acto acusado con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud,
5. Que sea demostrada al menos sumariamente la existencia del daño cuando a la nulidad se acumule la pretensión de restablecimiento del derecho.

Ahora bien, sobre la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, el Consejo de Estado[[5]](#footnote-5), precisó:

*“(…) 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***

*(…)*

*“Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una* ***valoración del acto acusado*** *que comúnmente se ha llamado* ***valoración inicial****, y que implica* ***una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud****. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda,* ***pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa****. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,* ***no constituye prejuzgamiento****, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final (…)” (Destacado por el Despacho).*

*(…)*

*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, si tal violación surge 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; (…).*

*La contradicción y el análisis entre las normas invocadas y el acto administrativo exige, entonces, que luego de un estudio de legalidad inicial, juicioso y serio, se pueda arribar a la conclusión de que el acto contradice la norma superior invocada, exigiendo, se insiste, la rigurosidad del Juez en su estudio, con fundamento en el acto o las pruebas allegadas con la solicitud.*

De lo anterior, es dable colegir que frente a la solicitud de esta clase de medida debe el Juez efectuar un análisis **inicial de legalidad del acto acusado de cara a las normas que se señala como infringidas y a la luz de las pruebas allegadas**. Adicionalmente, como toda medida cautelar, debe estar sustentada en la concurrencia de elementos que acrediten el peligro que representa el no adoptar la medida, y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo.

**Caso concreto:**

Ahora bien, el objeto de la medida solicitada, **consiste en suspender el procedimiento administrativo sancionatorio iniciado** contra la parte actora en virtud del fallo de responsabilidad fiscal, ya que en su criterio la CONTRALORÍA procedería hacer efectiva la condena y el dinero por el cual se condenó en juicio de responsabilidad saldrá definitivamente del patrimonio de la parte demandante y en el caso de que las pretensiones de la demandan prosperen, puede ser posible que incluso sea necesario adelantar un proceso ejecutivo para recuperar dicho dinero y al ser de público conocimiento que un proceso ejecutivo de esas características puede durar más de 5 años, se genera un perjuicios irremediable.

De acuerdo a lo expuesto, considera el Despacho que, en primer lugar deberá analizarse si en el presente asunto se cumple con los requisitos previstos en el inciso primero del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, particularmente en cuanto a si la parte **demandante demostró, al menos, sumariamente la existencia del daño,** ello teniendo en cuenta que a la demanda de nulidad se acumula la pretensión de restablecimiento del derecho.

Sobre este aspecto, debe indicarse que el perjuicio irremediable que determina la procedencia de la medida cautelar, es aquel que genera un daño de imposible reparación, lo cual justifica la intervención del juez en el orden a evitar la configuración del menoscabo en los derechos y garantías fundamentales.

En ese orden, quien solicita la suspensión provisional de un acto administrativo con el fin de evitar un perjuicio irremediable, deberá demostrar indiscutiblemente, que de no decretarse la medida se le causaría una grave e inminente afectación a sus derechos constitucionales y legales.

Teniendo en cuenta lo anterior, el despacho no encuentra **ninguna prueba que demuestre** que la decisión administrativa de ejecución del fallo de responsabilidad **para el cobro de lo determinado en dicha decisión, va a expedirse de manera inminente, o que el curso del proceso de cobro coactivo genere un perjuicio irremediable**. Sobre este aspecto, en la petición la parte demandante manifestó que “*CONTRALORÍA hace efectiva la condena, es un dinero que saldrá definitivamente del patrimonio de mi mandante y en el caso de que las pretensiones de la demanda prosperen, puede ser posible que incluso sea necesario adelantar un proceso ejecutivo”*, sin **embargo, es un dicho que no está probado y mucho menos, si de ella se derivó una consecuencia negativa en su contra que requiera una actuación judicial apremiante.**

Así las cosas, advierte el Despacho, que el solo hecho que la empresa demandante esté inmersa en un proceso de cobro coactivo, como consecuencia del fallo con responsabilidad fiscal, no es suficiente para acreditar la existencia de un perjuicio irremediable, **pues tal situación no abarca el ejercicio del objeto social en el sector privado, ni le impide seguir ejerciendo la actividad comercial.**

Aunado a lo anterior, es importante recordar que el proceso de responsabilidad fiscal, es un proceso de **naturaleza administrativa, a través del cual se obtiene el resarcimiento del daño causado por la gestión fiscal irregular**, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal[[6]](#footnote-6) y hasta tanto no se desvirtúe la legalidad del juicio de responsabilidad fiscal, las decisiones por la entidad demandada, deben acatarse en procura de proteger el patrimonio público.

De igual manera, no encuentra el despacho prueba directa y concreta en este momento procesal que permita considerar la suspensión del acto administrativo en judice, **por violación de las disposiciones invocadas en la demanda**, pues la parte demandante, no realizó una confrontación con las normas superiores invocadas, con pruebas contundentes y específicas, que validen la procedencia de la suspensión.

Así pues, concluye el Despacho que no se encuentra cumplida la condición que el legislador prevé a efecto de viabilizar la suspensión de los efectos del acto administrativo demandado, ya que la solicitud no ofrece el sustento jurídico necesario para deducir su contrariedad con las normas invocadas como transgredidas.

Lo visto anteriormente resulta suficiente, a efectos de concluir que, en el presente asunto no se cumple con uno de los requisitos previstos en el inciso primero del artículo 231 del CPACA, toda vez que no se encuentra acreditado que los actos administrativos demandados le estén ocasionando al demandante un daño, que haga necesaria la adopción de la medida cautelar.

Igualmente, el Despacho, no encuentra acreditadas las presuntas vulneraciones legales y constitucionales alegadas en la solicitud de suspensión provisional, pues las mismas solamente pueden ser estudiadas, en tanto se evidencie la existencia de un perjuicio irremediable, que como fue plasmado previamente en el auto del 4 de junio de 2021, en este caso no se probó.

Así las cosas, y dado que, hasta este momento procesal, la violación alegada para fundamentar la medida cautelar solicitada no surge del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, aunado al hecho de que los medios de convicción obrantes allegados con la solicitud son escasos[[7]](#footnote-7) y no permiten tener un panorama diferente de lo ya explicado en acápites previos, el Despacho denegará la petición y no suspenderá **los efectos del proceso de cobro coactivo Nº 009-2020.**

En mérito de lo expuesto, se

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Negar la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional solicitada por el demandante.

**SEGUNDO:** Notifíquese esta providencia en los términos del artículo 201 del CPACA, modificado por el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021, esto es, por medio de **anotación en el estado electrónico y envío de mensaje de datos al canal digital de los sujetos procesales y sus apoderados**.

Esta decisión se toma de ponente y se firma de manera digital.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

*Firmado electrónicamente*

**JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO**

**Magistrado.**

1. *l 11 de febrero de 2021(registro samai)* [↑](#footnote-ref-1)
2. *http://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list\_procesos.aspx?guid=150012333000202100057001500123* [↑](#footnote-ref-2)
3. *Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente No. 2015-00022, providencia de 13 de mayo de 2015*  [↑](#footnote-ref-3)
4. *Arboleda Perdomo Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 2012. Pág. 360.* [↑](#footnote-ref-4)
5. *Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del proceso radicado bajo el número 11001-03-15-000-2014-03799- 00, promovido por Gustavo Francisco Petro Urrego contra la Nación, en auto proferido el 17 de marzo de 2015.* [↑](#footnote-ref-5)
6. *Sentencia de la Corte Constitucional, T 1031 de 2003, Referencia: expediente T-654265, MP: Dr. Eduardo Montealegre Lynett, Bogotá, D. C. treinta (30) de octubre de dos mil tres (2003)* [↑](#footnote-ref-6)
7. *No previendo el legislador, en el artículo 233 del CPACA, una etapa para decretar pruebas con el fin de resolver la medida cautelar solicitada.* [↑](#footnote-ref-7)