

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, septiembre siete (07) de dos mil veinte (2020).

Auto Interlocutorio N° 197

MAGISTRADA PONENTE: ZORANNY CASTILLO OTALORA

MEDIO DE CONTROL	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
EXPEDIENTE:	76001-23-33-003-2017-01368-00
DEMANDANTE:	APVA S.A.
DEMANDADO:	INSTITUTO TÉCNICO NACIONAL DE COMERCIO DE CALI “SIMON RODRIGUEZ” – INTENALCO EDUCACIÓN SUPERIOR
ASUNTO	NIEGA MEDIDA CAUTELAR

I. OBJETO DE LA DECISION

Se decide la solicitud de medida cautelar¹ formulada por **APVA S.A.**, que pretende el embargo de dineros de que sea titular el INSTITUTO TÉCNICO NACIONAL DEL COMERCIO DE CALI “SIMÓN RODRIGUEZ” en las cuentas corrientes, de ahorro y CDT’S de las siguientes entidades financieras: 1. Banco AV Villas, 2. Banco de Bogotá, 3. Davivienda, 4. BBVA, 5. Banco Popular, 6. Colpatria, 7. Banco Agrario de Colombia, 8. Bancompartir, 9. Banco Mundo Mujer, 10. Banco Finandina, 11. Banco Corpbanca Colombia, 12. Bancolombia, 13. Banco de Occidente, 14. Bancoomeva, 15. Helm Bank, 16. Banco Caja Social, 17. Banco Citi Bank, 18. Banco Sudameris, 19. Banco Multibank y 20. Bancamía.

II. ARGUMENTOS DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

La sociedad APVA S.A., mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de controversias contractuales instituido en el artículo 141 del CPACA, presentó demanda contra el INSTITUTO TÉCNICO NACIONAL DE COMERCIO DE CALI, en adelante INTENALCO, solicitando²:

1. Declarar terminado el contrato de arrendamiento, celebrado el 25 de julio de 2012 sobre el bien inmueble ubicado en la carrera 22 No. 5ª 21 del barrio Alameda de la ciudad de Cali, entre el sr. Yimmy Alvaro Jaramillo Franco, representante legal de APVA S.A. su calidad de representante legal de CIDCA, en calidad de arrendador e INTENALCO, representado legalmente por Neyl Grisales Arana o por quien haga sus veces, como arrendatario, por incumplimiento y mora en el pago de los cánones de arrendamiento pactados.
2. Declarar terminado el contrato de arrendamiento, celebrado el 25 de julio de 2012 sobre el bien inmueble ubicado en la calle 5ª nro. 22-13 del barrio Alameda de la ciudad de Cali, entre el sr. Yimmy Alvaro Jaramillo Franco,

¹ Folios 266-267 cuaderno medidas cautelares
² Folio 3 reverso cuaderno 1

representante legal de APVA S.A. su calidad de representante legal de CIDCA, en calidad de arrendador e INTENALCO, representado legalmente por Neyl Grisales Arana o por quien haga sus veces, como arrendatario, por incumplimiento y mora en el pago de los cánones de arrendamiento pactados.

3. Que se condene al demandado (arrendatario), a restituir al demandante (arrendador), los siguientes viene inmuebles:
 - Bien inmueble ubicado en la calle 5ª nro. 22-13 del barrio Alameda de Cali.
 - Bien inmueble ubicado en la carrera 22 nro. 5ª-21 del barrio Alameda de Cali.
4. Que no sea oído el demandado, durante el transcurso del proceso mientras no consigne el valor de los cánones adeudados, y los que se causen a futuro mientras permanezca en los inmuebles.
5. Que se ordene la práctica de la diligencia de entrega de inmuebles arrendados a favor de la parte demandante (arrendador), comisionando al funcionario correspondiente para efectuarlo.
6. Se condene al demandado al pago de las costas del proceso y agencias en derecho que se causen, de conformidad con el acuerdo 1887 de 2003 del CS de la J.

La solicitud de decretar la medida cautelar, se sustentó en que existen pruebas en el plenario, como la certificación detallada de pagos recibidos por INTENALCO, durante el curso de los contratos de arrendamiento de los inmuebles ubicados en la calle 22 nro. 5ª-21 y la calle 5ª nro. 22-13 de Cali, con corte al 11 de febrero de 2019, que pone de presente cada uno de los pagos percibidos por la demandante en virtud de los contratos de arrendamiento, pagos incompletos y tardíos en su totalidad, que generan a la fecha la suma total adeudada de \$903.803.997.91 pesos.

Manifestó que INTENALCO en el escrito de contestación de la demanda, reconoció adeudar a la fecha, cánones de arrendamiento en favor de APVA S.A., lo que es suficiente para declarar el incumplimiento de los contratos de arrendamiento objeto de estudio, la respectiva restitución de los bienes inmuebles y la condena al pago del valor adeudado.

Finalmente, adujo que los dineros adeudados son propios del erario público, ya que la sociedad demandante esta intervenida por la Sociedad de Activos Especiales, así mismo, la demandada (entidad de educación pública) maneja y gestiona dineros del Estado, por ello solicita se compulsen copias ante los entes de control, Fiscalía General de la Nación y Ministerio de Educación, para que estudien, auditen, fiscalicen, vigilen y controlen la gestión financiera de INTENALCO.

III. TRÁMITE

Surtido en debida forma el traslado de la solicitud de la medida cautelar presentada por la parte demandante, en los términos del inciso 2º del artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, la parte demandada guardó silencio.

IV. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

- ¿Es procedente decretar la medida cautelar de embargo de dineros en cuentas de ahorro, corriente y CD'T que posea en los bancos la entidad demandada, dentro de un proceso declarativo?

3.2. TESIS:

Se negará la medida cautelar solicitada, porque el embargo de dineros sólo es procedente en procesos ejecutivos seguidos ante esta jurisdicción por remisión expresa del artículo 299 de la Ley 1437 de 2011 a la norma adjetiva civil (hoy CGP) y en procesos declarativos tramitados ante la jurisdicción ordinaria civil conforme lo prevé el artículo 590 del C.G.P. y en el presente no se reúnen los presupuestos necesarios para su procedencia.

Para arribar a la anterior decisión, se realizará un recuento normativo y jurisprudencial acerca de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, las medidas preventivas y luego el caso concreto.

3.3. RECuento NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL ACERCA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LAS MEDIDAS PREVENTIVAS – REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL:

- **LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL:**

Las medidas cautelares constituyen un instrumento jurídico – procesal previsto en el ordenamiento para proteger y garantizar de forma temporal, el objeto del proceso y la efectividad de la eventual sentencia favorable a las pretensiones de la demanda, sin que implique un prejuzgamiento del asunto a decidir de fondo. La Corte Constitucional, en sentencia C-834 de 2013 se pronunció respecto a la finalidad de las medidas cautelares, de la siguiente manera:

“(…) Las medidas cautelares, son aquellos mecanismos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la

*decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la Ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido (...)*³.

Por su parte, el CPACA, creó un moderno y amplio régimen de medidas cautelares, y en su artículo 229 le da 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*”. Además, indicó 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.

El CPACA en su artículo 230 clasificó las medidas cautelares como: **i) preventivas** (numeral. 4), cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho; **ii) conservativas** (numeral 1 primera parte), si buscan mantener o salvaguardar un *statu quo*; **iii) anticipativas** (numerales 1 segunda parte, 2 y 3), de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del demandante; y **iv) de suspensión** (numerales 2 y 3), que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.

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

En providencia del 31 de mayo de 2019, el Consejo de Estado – Sección Primera, C.P: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, radicación número: 11001-03-24-000-2014-00682-00, señaló:

*“ En cuanto a los **critérios de aplicación** que debe seguir el juez para la adopción de una medida cautelar, como ya se anunció, éste cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma que señala que “podrá decretar las que considere necesarias”⁴. No obstante lo anterior, a voces del artículo 229 del CPACA, 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 el demandante debe 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).*

³ Corte Constitucional, Sentencia C-834/13. Referencia: Expediente D -9509. Demandante: Martín Bermúdez Muñoz. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 613 (parcial) de la Ley 1564 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso”. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil trece (2013).

⁴ Artículo 229 del CPACA

Sobre este asunto, en particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo 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 (Negrillas fuera del texto).*

Por su parte, la Sección Tercera, mediante auto 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 [...]”⁶ (Negrillas no son del texto).*

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

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 CPACA, da lugar a esta 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.’

• LA MEDIDA CAUTELAR PREVENTIVA

Tal como se señaló en precedencia, conforme al artículo 230 del CPACA las medidas cautelares son de naturaleza preventivas (num. 4), conservativas (num. 1 primera parte) anticipativas o de suspensión (nums. 1 segunda parte, 2 y 3). En este orden de ideas, la norma *ibídem* enumera las posibles medidas que pueden adoptarse, entre las que se encuentran cautelas negativas y positivas.

Respecto de las medidas preventivas, tienen por finalidad evitar que se configure un perjuicio o se vulneren los derechos del demandante⁷. La Ley 1437 consagró, dentro de los procesos contencioso administrativos, un procedimiento que tiene por finalidad evitar la inejecución de la sentencia, esto es, diseñó un proceso cautelar que se torna en instrumental del proceso principal⁸, que corresponde no solo a lo previsto en el artículo 238 de la Constitución Política sino también busca realizar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia⁹.

Así, las medidas cautelares preventivas buscan proteger la realización de las decisiones judiciales, ya que permiten que el objeto del juicio permanezca inalterado durante el trámite del proceso, pues de lo contrario el restablecimiento del ordenamiento jurídico por medio de la sentencia sería puramente formal y no material.

Para su decreto se requiere que: (i) exista la apariencia de buen derecho, esto es, que las pretensiones del proceso aparezcan debidamente fundadas; que el demandante haya demostrado, así sea sumariamente, la titularidad del derecho o derechos invocados; (ii) que se efectúe un juicio de ponderación de intereses que permita determinar si resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla, y (iii) que exista peligro para la efectividad de la sentencia, esto es, que se produzca un perjuicio irremediable o que los efectos de la sentencia serían nugatorios¹⁰.

3.4. CASO CONCRETO:

En el caso sub examine, la medida cautelar solicitada por el apoderado de la parte demandante, relativa al embargo de los dineros que INTENALCO pudiera llegar a tener en cuentas de ahorro, corriente y CDT de las entidades financieras enunciadas

⁷ Consejo de Estado Sección Cuarta, sentencia de 21 de mayo de 2015, radicación 11001-03-24-000-2013-00534-00

⁸ Gómez Aranguren, Gustavo. El régimen de medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011. En: Briceño de Valencia y Zambrano Cetina (Coord.) *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*. Banco de la República. Bogotá.

⁹ Constitución Política de Colombia:

Artículo 238. 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.

Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

¹⁰ *Ibíd.*

inicialmente, la justifica argumentando que existen pruebas que demuestran que la entidad demandada incumplió los contratos de arrendamiento de los inmuebles ubicados en la calle 22 nro. 5ª-21 y la calle 5ª nro. 22-13 de Cali, realizando pagos incompletos y tardíos en su totalidad, adeudando a la fecha la suma de \$903.803.997.91. Arguyó también, que INTENALCO reconoció adeudar a la fecha, cánones de arrendamiento, motivo suficiente para declarar el incumplimiento de los contratos de arrendamiento objeto de estudio, la respectiva restitución de los bienes inmuebles y la condena al pago del valor adeudado.

De los argumentos expuestos por APVA S.A. para sustentar la medida cautelar de embargo de dineros que posea en las entidades bancarias INTENALCO, observa el despacho lo siguiente:

El art. 230 del CPACA dispone que el juez o magistrado ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.
2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.
3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.
4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos
5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

Si bien el Consejo de Estado ha señalado que las medidas cautelares que se pueden decretar en los procesos declarativos de la jurisdicción administrativa, no son taxativas sino enunciativas¹¹, revisada la medida solicitada por la parte demandante se encuentra que esta no tendría dilación en un proceso ejecutivo

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "B", Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, seis (6) de abril dos mil quince (2015), radicación número: 11001-03-25-000-2014-00942-00(2905-14).

regulado en el Código General del Proceso, sin embargo, en el presente, no se considera procedente pues como se señaló en el cuadro normativo y jurisprudencial, debe verificarse la concurrencia de los elementos 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**.

1. En relación a la apariencia del buen derecho, dicho requisito consiste en que las pretensiones del proceso aparezcan debidamente fundadas, que el demandante haya demostrado así sea sumariamente y 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.

Aunque en principio se podría avizorar la existencia del derecho reclamado por la demandante, dichas circunstancias están por acreditarse en el proceso y ello no ocurrirá sino surtido el debate probatorio, como quiera que, en esta clase de medio de control (controversias contractuales), se contraponen alegatos de incumplimiento o inejecución de ambas partes que deben esclarecerse y en consecuencia determinar la responsabilidad que compete a cada una de ellas.

A través del medio de control de controversias contractuales, las partes pueden solicitar que “*se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, **que se declare su incumplimiento**, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, **que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios**, y que se hagan otras declaraciones y condenas*” y precisamente, en el caso objeto de estudio se discute el cumplimiento o no del contrato, y por lo tanto, hasta que no existe una decisión en firme que atribuya la responsabilidad del demandando en el incumplimiento contractual y que ello genera una compensación o indemnización pecuniaria para el demandante no es posible ordenar la medida de embargo.

La procedencia del embargo para garantizar el eventual pago de un fallo, en un proceso declarativo, cuyo desenlace es incierto, no hay título ejecutivo para forzar su recaudo y existen otros mecanismos para procurar que la sentencia condenatoria (en caso de proferirse) sea cumplida, resultaría desproporcionado en la medida en que congela los recursos de la entidad demandada.

2. Respecto al perjuicio de la mora o daño por la mora, en la solicitud de la medida cautelar, el demandante no acreditó, ni aun sumariamente, la existencia de los perjuicios que se le pueden ocasionar, tampoco se demuestra la urgencia de la medida, siendo un requisito sustancial para su decreto.



RADICACIÓN : 2017-01368-00
Medio de control : CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Demandante : APVA S.A.
Demandado : INTENALCO
Asunto : NIEGA MEDIDA CAUTELAR

9

En definitiva y hasta tanto no se esclarezca la posibilidad de éxito de las pretensiones declarativas del demandante, resulta desproporcionado a criterio del despacho, restringir de manera intensa el rango de acción del demandado, sustrayendo de su administración el capital con el que se presume desarrolla su objeto social. Tampoco, en esta etapa inicial del proceso, es posible hacer una ponderación de derechos, con la que se pueda concluir que resulta más gravoso para la sociedad demandante negar la medida que concederla.

Por lo anterior, el Despacho negará la medida cautelar solicitada porque no se satisfacen los requisitos para decretarla.

En consecuencia, se;

R E S U E L V E

NEGAR la medida cautelar solicitada por la parte demandante, consistente en el embargo de los dineros que pudiera llegar a tener la entidad demandada en cuentas de ahorros, corrientes y CD'T en las entidades financieras, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


ZORANNY CASTILLO OTALORA
Magistrada