

RV: RECURSO DE REPOSICIÓN PROCESO 19001-23-33-003-2017-00258-00

Secretaria Tribunal Administrativo - Cauca - Seccional Popayan

<stadmcauca@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 02/08/2023 16:27

Para:Fernando Javier Portilla Florez <fportilf@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (375 KB)

RECURSO DE REPOSICION PROCESO 2017-00258.pdf;

De: estudio asesorias s.a.s <estudioasesorias@gmail.com>**Enviado:** miércoles, 2 de agosto de 2023 16:10**Para:** Secretaria Tribunal Administrativo - Cauca - Seccional Popayan <stadmcauca@cendoj.ramajudicial.gov.co>; gerencia@cedelca.com.co <gerencia@cedelca.com.co>; notificacionesjudiciales@cedelca.com.co <notificacionesjudiciales@cedelca.com.co>; juancarlos.espinal@espinalabogados.com <juancarlos.espinal@espinalabogados.com>; juridico1@espinalabogados.com <juridico1@espinalabogados.com>; notificaciones@gha.com.co <notificaciones@gha.com.co>; claudia tejada <cptejada@gmail.com>; jonathan.rondon@defensajuridica.gov.co <jonathan.rondon@defensajuridica.gov.co>; procesosnacionales@defensajuridica.gov.co <procesosnacionales@defensajuridica.gov.co>; jriveros@riverosabogados.com <jriveros@riverosabogados.com>; Despacho 03 Tribunal Administrativo - Cauca - Popayan <des03tadmppn@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Carlos Hernando Jaramillo Delgado <cjaramid@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretaria General Tribunal Administrativo - Cauca - Popayan <sgtadmincau@notificacionesrj.gov.co>**Asunto:** RECURSO DE REPOSICIÓN PROCESO 19001-23-33-003-2017-00258-00

Bogotá D.C., agosto de 2023.

Señor Magistrado:

CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

E. S. D.

RADICACIÓN No.: 19001-23-33-003-2017-00258-00**DEMANDANTE:** COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA S.A. E.S.P.**DEMANDADO:** CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. - CEDELCA**REF.:** RECURSO DE REPOSICIÓN.

PAOLA ESMITH SOLANO GUALDRÓN, abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional No. 225.910 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderada especial de la **COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA S.A.S E.S.P. –CEC-**, dentro de la oportunidad debida presentó **RECURSO DE REPOSICIÓN** contra el auto del 27 de julio, notificado el 28 de julio de 2023, para lo cual se adjunta memorial.

Cordialmente,

Paola E. Solano G.

Apoderada

Recibiere notificaciones al correo electrónico: estudioasesorias@gmail.com

Favor confirmar lo recibido.

Bogotá D.C., agosto de 2023.

Señor Magistrado:

CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA
E. S. D.

RADICACIÓN No.: 19001-23-33-003-2017-00258-00
DEMANDANTE: COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA S.A. E.S.P.
DEMANDADO: CENTRALES ELECTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. - CEDELCA
REF.: RECURSO DE REPOSICIÓN.

PAOLA ESMITH SOLANO GUALDRÓN, abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional No. 225.910 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderada especial de la **COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA S.A.S E.S.P. -CEC-**, dentro de la oportunidad debida presentó **RECURSO DE REPOSICIÓN** contra el auto del 27 de julio, notificado el 28 de julio de 2023, en los siguientes términos:

I. DEL AUTO RECURRIDO:

Mediante providencia de fecha 27 de julio de 2023, el Despacho no decretó la solicitud de medida de embargo presentada por la parte ejecutante manifestando:

“La medida cautelar de embargo, como se dijo, es accesoria a la ejecución que se hace de un crédito, por lo cual, el embargo de los dineros de CEDELCA SA ESP está condicionado a la posibilidad de éxito en la ejecución de la obligación que le cobra CEC; y en este sentido, dicha medida no será decretada, porque, tal como lo refirieron CEDELCA SA ESP y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se avizora la configuración de la compensación como forma de extinción de la obligación, de suerte que no habría lugar a seguir adelante con la ejecución, tornándose el embargo en innecesario.”

(...)

Con esto se cumplen el segundo y tercer requisito de la compensación, consistentes en que se trate de dar sumas de dinero y que estén determinadas o sean líquidas, como en efecto lo son y lo están.

Y dichas obligaciones **son actualmente exigibles, por cuanto ambas están contenidas en pronunciamientos jurisdiccionales:** i) el laudo arbitral que aquí se ejecuta y ii) **el auto No. 689 de 31 de julio de 2018 del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Popayán, confirmado en segunda instancia en auto de 29 de julio de 2019;** los dos prestan mérito ejecutivo, y con base en ellos, efectivamente, se han librado mandamientos de pago:

i) el que dio origen a este proceso y ii) el que se emitió por auto No. 689 de 31 de julio de 2018 luego confirmado en segunda instancia.

Tales obligaciones **son entonces puras y simples, ya que no estaban sometidas a plazo ni a condición alguna, al punto que sirvieron de título ejecutivo con base en el que CEC persiguió su pago en este proceso en el que se libró el mandamiento de pago a su favor, a la vez que CEDELCA reclamó el pago ante la jurisdicción civil, en la que también se libró el mandamiento de pago a su favor.**

Conclusión

Lo anterior significa, **en principio, que la obligación ejecutada habría sido compensada, por lo que no hay lugar al decreto del embargo de recursos para su pago.**

Por lo anterior, **se dispone:**

PRIMERO.- No decretar la medida de embargo solicitada en este proceso, según lo expuesto. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

II. DEL FUNDAMENTO LEGAL DEL NO DECRETO DE LA MEDIDA DE EMBARGO:

Ahora bien, al analizar el fundamento legal de la decisión tomada por el Despacho de no decretar la medida de embargo, se observa que esta se encuentra fundada en lo siguiente:

“La medida cautelar de embargo, como se dijo, es accesoria a la ejecución que se hace de un crédito, por lo cual, el embargo de los dineros de CEDELCA SA ESP está condicionado a la posibilidad de éxito en la ejecución de la obligación que le cobra CEC; y en este sentido, dicha medida no será decretada, porque, tal como lo refirieron CEDELCA SA ESP y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se avizora la configuración de la compensación como forma de extinción de la obligación, de suerte que no habría lugar a seguir adelante con la ejecución, tornándose el embargo en innecesario.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Así las cosas, el fundamento que utilizó el Despacho para negar la solicitud de medida cautelar de embargo fue porque **“tal como lo refirieron CEDELCA SA ESP y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se avizora la configuración de la compensación como forma de extinción de la obligación”**, por lo tanto es claro que el Despacho se basó en lo argumentado por la parte ejecutada en sus excepciones y en el escrito radicado por la Agencia donde se afirma que presuntamente en el presente caso se cumple con los requisitos para que opere la compensación.

2.1. Del NO Traslado de la Solicitud de Medida Cautelar.

Conforme se ha señalado en varios memoriales¹ la solicitud de medida cautelar fue radicada de manera física en el Tribunal el **21 de mayo de 2018** (que a mayo de 2023 son 5 años, de los cuales se omitió dar trámite), como se puede observar:

2018-08-27	Recepción de memorial	CEDELCA FORMULA EXCEPCIONES				2018-08-27
2018-08-23	Recepción de memorial	SOLICITUD RESPECTO A MEDIDAS CAUTELARES				2018-08-23
2018-08-17	A despacho	A DESPACHO PARA CONTINUAR TRAMITE. SANDRA				2018-08-17
2018-08-09	Fijación estado	Actuación registrada el 09/08/2018 a las 16:51:22.	2018-08-13	2018-08-13		2018-08-09
2018-08-09	Auto resuelve recurso de reposición	Se modifica el auto objeto de reposición.				2018-08-09
2018-05-21	Recepción de memorial	DRA. PAOLA SMITH SOLANO -APODERADA PARTE ACTORA- ALLEGA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES. SE PASA A DESPACHO SANDRA				2018-05-21

Como se ha venido argumentando el Juez como director del proceso tenía el deber de **dar trámite y correr traslado a las partes de TODAS las solicitudes elevadas por los sujetos procesales** de acuerdo con el artículo 110 del C.G.P.

Así como lo indicado, en el artículo 233 del CPACA (norma especial en materia de medidas cautelares):

“ARTÍCULO 233. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. *La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.*

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

*Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. **De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil. (...)**” (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

¹ Oficios radicados: el 23 de agosto de 2018, 9 de abril de 2019 y 18, 28 y 29 de abril de 2022.
Calle 80 No. 7-24 Apto 802. Bogotá D.C

Paola Solano Gualdrón
Abogada

Por lo tanto, de la solicitud de medida cautelar presentada el Despacho debía correr traslado a las demás partes procesales, para que se pronunciaran conforme a la norma especial y a la ley procesal, garantizando el Debido Proceso. Sin embargo, al analizar las actuaciones procesales desarrolladas por el Despacho se observa, lo siguiente:

2022-04-22	Fijacion estado	Actuación registrada el 22/04/2022 a las 15:54:12.	2022-04-26	2022-04-26	2022-04-22
2022-04-22	Auto resuelve desistimiento	Se acepta el desistimiento del recurso de reposición, al igual de las pruebas pedidas por CEDELCA. Se deja sin efectos el auto que fijó fecha y hora para realizar la audiencia inicial, para dictar sentencia anticipada.			2022-04-22
2022-04-19	Recepción de memorial	DR.JUAN CARLOS ESPINAL LOPEZ SOLICITA LINK AUDIENCIA			2022-04-20
2022-04-18	Recepción de memorial	DR.PAOLA ESMITH SOLANO GUALDRÓN PRESENTA MEMORIAL REITERANDO MEDIDA CAUTELAR			2022-04-19
2022-04-19	Recepción de memorial	DRAPAOLA ESMITH SOLANO GUALDRÓN DESCORRE TRASLADO A EXCEPCIONES			2022-04-19
2022-04-08	Recepción de memorial	DR. JUAN PABLO RIVEROS LARA PRESENTA DESISTIMIENTO DE PRUEBAS			2022-04-18
2022-04-01	Recepción de memorial	MEMORIAL GUSTAVO ALBERTO HERRERA			2022-04-06
2023-07-28	Fijacion estado	EMR-	2023-07-28	2023-07-28	2023-07-27
2023-07-27	ALA SECRETARIA	Para comunicar:Sentencia 1a. instancia Notif Elec, consecutivo:128			2023-07-27
2023-07-27	ALA SECRETARIA	Para comunicar:Auto acepta impedimento, consecutivo:126			2023-07-27
2023-07-27	ALA SECRETARIA	Para notificar:Auto niega medidas cautelares, consecutivo:127			2023-07-27
2023-07-27	Sentencia 1a. instancia Notif Elec	CRHDeclara probada excepción y terminado el proceso. . Documento firmado electrónicamente por:CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO, NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ fecha firma: Jul 27 2023 2:29PM			2023-07-27
2023-07-27	Auto niega medidas cautelares	CRH . Documento firmado electrónicamente por:CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO fecha firma:Jul 27 2023 1:54PM			2023-07-27
2023-07-27	Auto acepta impedimento	CRHSe acepta el impedimento del Magistrado David Ramírez. Documento firmado electrónicamente por:CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO, NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ fecha firma:Jul 27 2023 2:29PM			2023-07-27

Así las cosas, llama la atención que el Despacho omitió dar el correspondiente trámite y traslado a una solicitud de medida cautelar que fue presentada con el lleno de los requisitos legales desde el año 2018 (5 años), vulnerando lo señalado por el CPACA como por el CGP, respecto de los traslados.

Por lo tanto, se concluye que al analizar la conducta procesal, adelantada por el Tribunal es evidente que contrario a lo indicado en las normas el Despacho vulnerando todas las garantías procesales se limitó a resolver a través del auto del 27 de julio notificado el 28 de julio de 2023, sin dar el correspondiente trámite y correr traslado a las partes de la solicitud presentada de manera presencial en

mayo de 2018, dicho requerimiento omitiendo que era su deber correr traslado a las demás partes procesales .

2.2. De la NO valoración de la solicitud de medida cautelar:

Al estudiar, el auto objeto de recurso es evidente que el Despacho NO analizó: i) el objeto que tienen las medidas cautelares, ii) y si la solicitud presentada reunía el lleno de los requisitos señalados en la norma, puesto simplemente se limitó a indicar, lo siguiente:

“2. De la solicitud de embargo en el caso concreto

En este asunto, la parte ejecutante solicitó el embargo de las sumas de dinero que CEDELCA SA ESP posea en cuentas en entidades bancarias o financieras, o que reciba por la ejecución de dos contratos: uno de producción y otro de distribución o comercialización de energía eléctrica.

La medida cautelar de embargo, como se dijo, es accesoria a la ejecución que se hace de un crédito, por lo cual, el embargo de los dineros de CEDELCA SA ESP está condicionado a la posibilidad de éxito en la ejecución de la obligación que le cobra CEC; y en este sentido, dicha medida no será decretada, porque, tal como lo refirieron CEDELCA SA ESP y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se avizora la configuración de la compensación como forma de extinción de la obligación, de suerte que no habría lugar a seguir adelante con la ejecución, tornándose el embargo en innecesario.
(Subrayado y negrilla fuera de texto).

En este orden de ideas, es claro que contrario a lo afirmado por el Despacho las medidas cautelares NO se encuentran condicionadas a la posibilidad de éxito en la ejecución de la obligación, dado que estas buscan proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, recordando que esta solicitud se presentó en el año 2018 y que SOLAMENTE hasta el año 2023 (5 años y 2 meses después), el Tribunal decidió no decretarla.

Por lo tanto, es necesario recordar que la Honorable Corte Constitucional, respecto de las medidas cautelares ha indicado:

“Así, si las medidas cautelares están destinadas a salvaguardar los derechos subjetivos en disputa y, principalmente a garantizar la efectividad y eficiencia de la administración de justicia, (...)²

² Corte Constitucional, Sentencia C925 de 1999.

Para la Corte, las medidas cautelares, **son aquellos instrumentos 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.**

Las medidas cautelares tienen amplio sustento constitucional, **puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal. (...)**³ (Subrayado y negrilla fuera de texto).

La Doctrina⁴, respecto de las medidas cautelares ha indicado:

“La apariencia de buen derecho es, pues, el principio cardinal de las medidas cautelares, porque de una u otra manera legítima institucionalmente la decisión. Una cautela adoptada para respaldar o asegurar un derecho que se ofrece débil resulta arbitraria y, desde luego, constituye una notoria injusticia.

Esa apariencia, como se anticipó, usualmente emerge de las pruebas aportadas por el interesado en la medida. Un arquetípico ejemplo de ello son las cautelas fuertes y robustas habilitadas en el proceso ejecutivo: si el demandante presenta el título de ejecución, podrá obtener un decreto de embargo y secuestro sobre bienes del deudor. Aquí el título da la apariencia de buen derecho (CGP, art. 599).

(...)

En el derecho colombiano suele pasar inadvertido este principio porque el legislador, **sin decirlo expresamente, lo presume de manera general. Todo ejecutado es sospechoso de eludir el pago;** todo demandado en un proceso de responsabilidad civil contractual o extracontractual es sospechoso de evadir la reparación del daño. **Por eso las normas sobre medidas cautelares han sido diseñadas de modo tal que los jueces no tengan que hacer ese escrutinio.** (Subrayado y negrilla fuera de texto).

³ Corte Constitucional, Sentencia C 379 de 2004.

⁴ Módulo de Aprendizaje Autodirigido Plan de Formación de la Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, Marco Antonio Álvarez Gómez, Colombia, 2014, página 20.

Así las cosas, al analizar la solicitud de medida cautelar radicada el **21 de mayo de 2018**, es claro que al tratarse de un proceso ejecutivo se estaba en presencia de la apariencia de buen derecho puesto el título de ejecución obrante en el expediente ES UN LAUDO ARBITRAL (una decisión judicial), que daba fe de la existencia de una obligación clara, expresa y actualmente exigible, haciendo que la solicitud de embargo de los bienes del deudor fuera decretada por el Despacho.

Sin embargo, contrario a toda garantía procesal el Tribunal omitiendo dar trámite y correr traslado a la solicitud por más de 5 AÑOS Y DOS MESES se limita a negarla afirmando que **“dicha medida no será decretada, porque, tal como lo refirieron CEDELCA SA ESP y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se avizora la configuración de la compensación como forma de extinción de la obligación, de suerte que no habría lugar a seguir adelante con la ejecución, tornándose el embargo en innecesario.”**

En este orden de ideas, es necesario recordar que para que sean decretadas las medidas cautelares el juzgador debe tener en cuenta los criterios de “*fumus boni iuris y periculum in mora*”, que han sido definidos como:

*«[...] 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*
(Subrayado y negrilla fuera de texto).

Por lo tanto, al momento de decretarse medidas cautelares deben tenerse en cuenta dichos criterios y ser analizados, por el juez, circunstancia que claramente en el presente caso NO hizo el Tribunal.

Al respecto el Honorable Consejo de Estado ha indicado:

“[...] la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada en los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del periculum in mora y del fumus boni iuris, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se

⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, Consejero Ponente Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés, Radicado: 11001-03-24-000-2017-00079-00, del 29 de noviembre de 2019.

persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio [...]». (Subrayado y resaltado fuera de texto)

*[...] 2380. Lo anterior quiere significar que **el marco de discrecionalidad del juez no debe entenderse como de arbitrariedad**, razón por la cual le es exigible la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo con 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, por lo que es sabido entender que en el escenario de las medidas cautelares el juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, además 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 subprincipios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad [...]»[37] (Subrayado y resaltado fuera de texto).⁶*

Sin embargo, se reitera que al analizar el auto objeto de recurso se observa que el despacho no tiene en cuenta estos criterios, no los analizó, sino que simplemente se limitó tener por cierto lo afirmado presuntamente por el ejecutado y la Agencia, omitiendo que este proceso tenía como título ejecutivo un laudo arbitral una decisión judicial, y lo argumentado ampliamente por CEC (los requisitos para que opere la figura de la compensación), y vulnerando todas las garantías procesales al NO dar trámite ni traslado a las partes de la solicitud por más de **5 AÑOS Y DOS MESES**.

Desde cuando una medida cautelar, que busca proteger el patrimonio de quien debe a favor del acreedor, dentro de un proceso ejecutivo cuyo título judicial es una decisión judicial (laudo arbitral), ¿se toma 5 AÑOS Y 2 MESES para ser resuelta?, ahora podrán alegar que es inocua, pero ¿Qué transcurrió en el Despacho que le impidió: 1) correr traslado y 2) resolver sobre la solicitud de medida cautelar?

Concluyendo, que para el caso en concreto el Tribunal omite que en el presente caso existe la apariencia de buen derecho puesto que el título ejecutivo es UNA DECISIÓN JUDICIAL – LAUDO ARBITRAL, y el perjuicio de la mora se configuró con la negativa de CEDELCA de dar trámite y proceder al pago de dicha decisión judicial.

⁶ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, Consejero Ponente Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés, Radicado: 11001-03-24-000-2017-00079-00, del 29 de noviembre de 2019.

Paola Solano Gualdrón
Abogada

III. PETICIÓN:

De acuerdo con lo antes expuesto se solicita se **REPONGA**, el auto del 27 de julio, notificado el 28 de julio de 2023 y en su defecto se **DECRETE** la medida cautelar de embargo conforme a lo solicitado en el memorial del 21 de mayo de 2018.

Cordialmente,



PAOLA ESMITH SOLANO GUALDRÓN
C.C. 1.010.164.819 de Bogotá
T.P. 225.910 del C. S. de la J.