

Al responder cite este número
MJD-DEF24-0000046-DOJ-20300

Bogotá D.C., 20 de marzo de 2024

Doctora
NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera Ponente-Sección Primera
Consejo de Estado
ces1secr@consejodeestado.gov.co
Bogotá, D.C.



Contraseña:N8Nak3AAGm

REFERENCIA: Expediente 11001-03-24-000-2023-00240-00
ACCIONANTE: Omar Eduardo Suárez
ASUNTO: Nulidad artículo 2.2.2.11.1.5 del Decreto 1074 del 2015, reformado
por artículo 8° del Decreto 65 del 2020
Contestación solicitud de medida cautelar

Honorable consejera ponente:

MIGUEL ÁNGEL GONZÁLEZ CHAVES, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Justicia y del Derecho, en calidad de Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, bajo lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 18 del Decreto 1427 del 2017 y en ejercicio de la delegación de representación judicial conferida, mediante la Resolución 0641 del 2012, contesto la solicitud de medida cautelar formulada en el proceso de la referencia.

1. NORMA DEMANDADA Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El demandante solicita la suspensión provisional de los efectos jurídicos del artículo 2.2.2.11.1.5. del Decreto Único Reglamentario 1074 del 2015, reformado por el artículo 8° del Decreto 65 del 2020, el cual, a su tenor, indica:

"ARTÍCULO 2.2.2.11.1.5. Patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales.

Los cargos de promotor y liquidador de patrimonios autónomos afectos a actividades

empresariales, sujetos al régimen de insolvencia empresarial de que trata el artículo 2.2.2.12.11 del Capítulo 12 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo 1074 de 2015, serán desempeñados por auxiliares de la justicia que sean personas naturales o jurídicas. Los auxiliares de la justicia mantendrán la naturaleza prevista en los artículos 2.2.2.11.1.1, 2.2.2.11.1.2 y 2.2.2.11.1.3 del presente Decreto, aun en aquellos casos en que sean receptores de los derechos y obligaciones que legal o convencionalmente se desprenden del contrato de fiducia."

En opinión del actor, la disposición acusada vulnera los artículos 150, numeral 19, literal b, y el artículo 335 de la Constitución Política de Colombia, enseñando que corresponde exclusivamente al estado autorizar el ejercicio de actividades dentro del mercado financiero y, en ese orden, el Decreto 1038 de 2009 y el Código de Comercio dan cuenta que la naturaleza que posee el negocio fiduciario comercial recae en la plena separación de patrimonios, de este modo, aquellos bienes, denominados patrimonios autónomos, deben ser administrados y representados por sociedades fiduciarias o establecimientos de crédito que estén autorizados para prestar dicho servicio y no por un particular, por cuanto es necesario una calidad especial que solo puede tener una sociedad fiduciaria, ya que, de otro modo, el carácter comercial pasaría a ser un mandato civil. Añadiendo el actor que, de esa forma, se desconocen los parámetros dictados por la Constitución Política con respecto a quienes pueden ejercer actividades financieras.

2. CONSIDERACIONES SOBRE LA IMPROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR

Se precisa que el accionante no explica por qué debe declararse la suspensión provisional solicitada, sino que se remite a los mismos argumentos expuestos en el escrito que solicita la nulidad. Pues bien, en opinión del Ministerio de Justicia y del Derecho, la solicitud de suspensión provisional no está llamada a prosperar, de conformidad con los siguientes presupuestos.

De un lado, se recuerda que el precepto acusado se basa en la facultad concedida al presidente de la República por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, que le permite ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarias para cumplir las leyes, y en particular con lo dispuesto en la Ley 1116 del 27 de diciembre del 2006, "Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones"

Por ende, este Ministerio anticipa, en esta oportunidad procesal, que el Gobierno se enmarcó en el ejercicio de su potestad reglamentaria, y, así, la disposición acusada no contraviene los artículos 150 y 335 superiores.

Ministerio de Justicia y del Derecho

Sede Principal: carrera 9 No. 12C - 10 Bogotá D.C.

Sede Chapinero y Correspondencia: calle 53 No. 13-27 Bogotá D.C.

Conmutador: +57 (601) 444 31 00

Línea Gratuita: 01 8000 911170

www.minjusticia.gov.co

2.1. Verificación de requisitos de procedencia de la suspensión provisional

Conviene ahora abordar los presupuestos contemplados en el artículo 231 de la Ley 1437 del 2011^[i] y el alcance dado a este por el Consejo de Estado^[ii], en el sentido que la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional de actos administrativos exige al juez verificar la concurrencia de tres elementos: la apariencia de buen derecho, el perjuicio de la mora y la ponderación de intereses.

Según el alto tribunal, la apariencia de buen derecho se configura, cuando luego de una apreciación provisional, basada en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, se evidencia la posible existencia de un derecho. Entretanto, el perjuicio de la mora se refiere a la demostración de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho^[iii], en otras palabras, la necesidad de urgencia de la medida cautelar o el peligro derivado de su no adopción. Adicionalmente, el juzgador debe realizar un estudio de ponderación, que incluya el análisis, en estricto sentido, de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, explica^[iv].

En ese sentido, el Consejo ha sostenido que el análisis o valoración inicial de legalidad del acto acusado comprende:

“[...] una confrontación de legalidad de aquel 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 apreciación 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 2° 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 [...]”^[v].

Por añadidura, la corporación ha aseverado que la prosperidad de la suspensión provisional exige precisar concretamente las disposiciones que se consideran infringidas y el concepto de su violación *“sin que sea suficiente solicitar simplemente el decreto de la medida [...], sin explicar a profundidad en que consiste el reproche normativo en que fundamenta su solicitud”*^[vi]. Al respecto añade:

“[...] Es importante tener en cuenta que la sustentación de las pretensiones propuestas en la demanda no subsume, automáticamente, el concepto de violación de la medida cautelar, pues el **legislador expresamente exige en ambos escenarios desarrollar la respectiva carga argumentativa para garantizar con ello el derecho a la contradicción y al debido proceso de los sujetos en contienda.**”^[viii] (Negrilla fuera de texto).

Descendiendo al caso concreto, se reitera y de ello da cuenta el libelo de la demanda que el accionante no presentó argumentos específicos para fundamentar la solicitud de suspensión provisional, en tanto se limitó a indicar el por qué considera nula la disposición demandada, desde su particular apreciación, sin que haya logrado desvirtuar la presunción de constitucionalidad y de legalidad de la que goza la primera. Por lo anterior, y en atención a que el demandante en modo alguno demostró la necesidad de suspender los efectos jurídicos de la disposición examinada, no amerita ordenar esa medida cautelar.

En síntesis, la parte actora no demostró la existencia de incompatibilidad o contradicción manifiesta entre las disposiciones demandadas y las supuestamente lesionadas, ni tampoco acreditó la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la suspensión provisional solicitada.

3. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Atendiendo al párrafo 1° del artículo 175 de la Ley 1437 del 2011, se informa que no reposan en el Ministerio de Justicia los antecedentes administrativos del decreto estudiado, de acuerdo con lo informado por la Secretaría General de la entidad.

4. PETICIÓN

Por lo expuesto, se solicita respetuosamente al Consejo de Estado **NEGAR LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL** de los efectos del artículo 2.2.2.11.1.5. del Decreto Único Reglamentario 1074 del 2015, reformado por el artículo 8° del Decreto 65 del 2020.

5. ANEXOS

Adjunto al presente escrito los siguientes documentos:

- Copia del apartado pertinente del Decreto 1427 del 2017, cuyo numeral 6° del artículo 18 asigna a la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del

Ministerio de Justicia y del Derecho la función de ejercer la defensa del ordenamiento jurídico en las materias de competencia de este Ministerio.

- Copia de la Resolución N° 0641 del 4 de octubre del 2012, por la cual se delega en el Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho la representación judicial de la entidad, para intervenir en defensa del ordenamiento jurídico en los procesos de nulidad ante el Consejo de Estado.
- Copia de la Resolución 1834 del 2022, por la cual se nombra al suscrito en el cargo de Director Técnico en la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Copia del Acta de Posesión 0095 del 2022 del suscrito en el cargo de Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho.

6. NOTIFICACIONES

Las recibiré en el buzón de correo electrónico del Ministerio:
notificaciones.judiciales@minjusticia.gov.co.

Del señor consejero,



MIGUEL ÁNGEL GONZÁLEZ CHAVES
Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico

MIGUEL ÁNGEL GONZÁLEZ CHAVES
Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico
C. C. 1.020.747.269

T. P. 244.728 del C. S. de la J.

Anexos: Lo anunciado.

Elaboró: Nabil Eduardo Quijano Guevara

Revisó: Andrea del Pilar Cubides Torres, Profesional Especializada.

Aprobó: Miguel Ángel González Chaves, Director.

Radicados de entrada: MJD-EXT24-0014591/ MJD-EXT24-0014607

[i] “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.”

[ii] Consejo de Estado, Sección Primera. Auto 11001032400020140044700 y 11001032400020130065000, abr. 24/19, y, Auto 11001032400020200034200, ago. 13/21, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

[iii] Consejo de Estado, Sala Plena. Auto 11001031500020140379900, mar. 17/15, C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

[iv] Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto 11001032600020150002200 (53057), mayo. 13/15, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Este fallo indica que, en la determinación de una medida cautelar, el juez debe tener en cuenta valoraciones fácticas referentes a los medios de acción a ser seleccionados, lo que implica analizar que aquella sea adecuada para afrontar la amenaza al derecho afectado (idoneidad), y sea la menos lesiva de la competencia propia de la administración pública (necesidad), además, de determinar, de manera doble, el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos (ponderación).

[v] Consejo de Estado. Auto 11001031500020140379900. *Op. Cit.*

[vi] Consejo de Estado, Sección Primera. Auto 11001032400020200034200, ago. 13/21, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

[vii] *Ibíd.*

<https://vuv.minjusticia.gov.co/Publico/FindIndexWeb?rad=7v48v4GYfY%2FJDRCzionYJ3XkbNm8gXYrB12%2BCvvBOgA%3D&cod=%2B9gGq1vCzhIOmBFm2pzsOQ%3D%3D>

Ministerio de Justicia y del Derecho

Sede Principal: carrera 9 No. 12C - 10 Bogotá D.C.

Sede Chapinero y Correspondencia: calle 53 No. 13-27 Bogotá D.C.

Conmutador: +57 (601) 444 31 00

Línea Gratuita: 01 8000 911170

www.minjusticia.gov.co