

**LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE
DERECHOS EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**JUAN PABLO HERNÁNDEZ ZAMBRANO
EDGAR FABIÁN CÁRDENAS PANTOJA**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO**

2013

**LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE
DERECHOS EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

JUAN PABLO HERNÁNDEZ ZAMBRANO

EDGAR FABIÁN CÁRDENAS PANTOJA

**Trabajo de Grado para optar el título de Especialistas en Derecho
Administrativo**

Dra. CRUZ ADRIANA CERVANTES ALOMIA

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

SAN JUAN DE PASTO

2013

**“Las ideas y conclusiones aportadas en la tesis de grado son de
responsabilidad exclusiva del autor”**

Artículo 1 Acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1966, emanado del Honorable
Consejo Directivo de la Universidad de Nariño

NOTA DE ACEPTACIÓN

PRESIDENTE DE JURADO

JURADO

JURADO

**Dra. CRUZ ADRIANA CERVANTES ALOMIA
ASESORA**

San Juan de Pasto, Marzo de 2013

A Dios, a mi hermosa madre Gloria, mi padre Eduardo, mis hermanos, al Honorable Tribunal Administrativo de Nariño, y a mi mejor amigo Mauricio, quien me ha enseñado que la palabra amistad es sinónimo de hermandad, y que la riqueza más profunda del ser humano es la humildad.

Juan Pablo Hernández Zambrano

*A Dios, a mi familia, y a quienes han creído
en mi esfuerzo y dedicación que hoy por hoy
se reflejan en el ejercicio cotidiano de mi
hermosa profesión.*

Edgar Fabián Cárdenas Pantoja

RESUMEN

El presente trabajo de investigación, busca a partir de un estudio de tipo descriptivo, ilustrar a los lectores sobre las particularidades que rodean la temática de las medidas cautelares adoptadas con la Ley 1437 de 2011 *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*, y especialmente en el campo procedimental y como mecanismo proteccionista de una tutela judicial efectiva, sin dejar de lado el problema de la prejudicialidad, y atendiendo al fenómeno de la constitucionalización del Derecho, como un acontecimiento que ha tomado gran arraigo en los últimos tiempos, máxime cuando se ve reflejado en la búsqueda de que el procedimiento administrativo sea entendido por la administración y por los particulares como un instrumento suficiente para asegurar la garantía de los derechos sin la necesidad de asistir ante los jueces para que los garanticen y se cumplan así los cometidos estatales bajo la óptica de que la Constitución es la ley fundamental que rige los designios del Estado social y democrático de derecho.

Palabras claves: Jurisdicción Contencioso Administrativo. Código Contencioso Administrativo. Procesos administrativos. Proceso Contencioso Administrativo.

ABSTRACT

The present study pretends from the results of the descriptive investigation, illustrate to the readers about the particularities that round the precautionary measures topic adopted with the law 1437 of 2011 "*By which issued the Code of Administrative Procedure and Administrative Disputes*", and especially on the procedural field and as protectionist mechanism of effective judicial protection without leaving aside the problem of prejudgment and attending to the phenomenon of constitutionalization of law as an event that has taken deep roots in recent times, especially when it is reflected in the finding that the administrative procedure is understood by management and by individuals as a sufficient instrument to ensure the security of rights without the need to attend to the judges for ensuring compliance and in this way, reach the government commitments under the view that the Constitution is the fundamental law that govern the designs of a social and democratic state of law.

Key words: Administrative Contentious Jurisdiction. Administrative Code. Administrative Processes. Administrative Contentious Processes.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	16
1. Breve abordaje sobre el Derecho Contencioso Administrativo en Colombia	18
1.1. Decreto 01 de 1984 “Antiguo Código Contencioso Administrativo”	19
1.2. De la Suspensión Provisional	20
1.2.1. Concepto y Naturaleza	20
1.2.2. Desarrollo Constitucional y Legal	22
1.3. Constitucionalización del Derecho Contencioso Administrativo en Colombia	29
1.4. Ley 1437 de 2011 “Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”	38
2. El Procedimiento Contencioso	
2.1. Los medios de control en la ley 1437 de 2011	42
2.2. Las medidas cautelares	43
2.3. Origen	46
2.4. Naturaleza jurídica	49
2.5. Las medidas cautelares como derivación de la tutela judicial efectiva	51
2.6. Perfiles generales	54
2.7. Definición	55
2.8. Antecedentes	56

2.9.	En el derecho comparado	58
2.9.1.	En el Sistema Jurídico Francés	58
2.9.2.	En el Sistema Jurídico Español	59
2.9.3.	En el Sistema Jurídico Anglosajón	60
2.9.4.	En el Sistema Jurídico Venezolano	60
2.9.5.	En el Sistema Jurídico Argentino	61
2.9.6.	En el Sistema Jurídico Mexicano	63
2.9.7.	En Colombia	65
2.10.	Efectos	65
3.	Características	
3.1.	Fumus boni iuris (apariencia de buen derecho) y periculum in mora (existencia del peligro)	68
3.2.	Jurisdiccionalidad	72
3.3.	Provisionalidad e Interinidad	74
3.4.	Variabilidad o Mutabilidad	76
3.5.	Preventividad	76
3.6.	Instrumentalidad	77
4.	Las medidas cautelares en la ley 1437 de 2011	
4.1.	Clasificación	81
4.2.	Ámbito procesal en los procesos declarativos	81
4.3.	En el medio de control de reparación directa	82
4.4.	En el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho	83
4.5.	En controversias contractuales	85
4.6.	Elementos de forma	88
4.7.	Finalidad y objetivos	88
4.8.	El dilema del prejuzgamiento	88

5.	Contenido y alcance de las medidas cautelares en el nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo	
5.1.	Conservativa	91
5.2.	Anticipativas	91
5.3.	Preventivas	91
5.4.	De suspensión	92
6.	Requisitos para el decreto de las medidas cautelares	
6.1.	Procedimiento para su adopción	99
6.2.	Medidas cautelares de urgencia	102
6.3.	Levantamiento, modificación y revocatoria de la medida	103
6.4.	Recursos	105
6.5.	Caución	105
6.6.	Responsabilidad	108
	CONCLUSIONES	110
	ANEXOS	113
	BIBLIOGRAFÍA	119
	CIBERGRAFIA	127

GLOSARIO

Estado de derecho: Es aquel en que los tres poderes del gobierno, interdependientes y coordinados, representan, conforme a la conocida frase de Lincoln, el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo; consiste en la sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca, que garantizan el funcionamiento responsable y controlado de los órganos del poder, el ejercicio de la autoridad conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas en términos perjudiciales, y la observancia de los derechos individuales, colectivos, culturales y políticos.

Estado social de derecho: *“El Estado social de derecho se erige sobre los valores tradicionales de la libertad, la igualdad y la seguridad, pero su propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social. A la luz de esta finalidad, no puede reducirse el Estado social de derecho a mera instancia prodigadora de bienes y servicios materiales. Por esta vía, el excesivo asistencialismo, corre el riesgo de anular la libertad y el sano y necesario desarrollo personal”¹.*

Acción: Derecho que se tiene a pedir una cosa en juicio, y modo legal de ejercitar el mismo derecho, pidiendo en justicia lo que es nuestro o se nos debe.

Pretensión: Petición de derecho real o ilusorio que se aduce para obtener algo o ejercer un título jurídico.

¹ **Corte Constitucional, Sala Plena - Sentencia C-566/95**, Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Medio de control: *“Había o hay acuerdo general en el sentido de que la acción es un derecho diferente a la pretensión, pero para facilitar la comprensión del fenómeno por el cual se reclama la intervención del Estado – Juez en la solución de controversias legales de todo orden, la pretensión le daba o le da un nombre a la acción: acción de nulidad, acción contractual, acción popular, acción reivindicatoria, acción posesoria, etc.*

El nuevo código de lo contencioso administrativo propone eliminar esa situación y pretende que de aquí en adelante se hable de la acción de lo contencioso administrativo como único mecanismo por el cual se habrían de reclamar tantas pretensiones estén autorizadas en lo que se conocerá como Medios de Control”².

Daño: Detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor, molestia.

Perjuicio Irremediable: Las altas Cortes de nuestro país han coincidido en afirmar que dentro del contexto del derecho, consiste en el riesgo inminente que se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental, que de ocurrir, no otorga forma alguna de reparar el daño³.

Urgencia: Apremiante. I. De necesidad impostergable. I. De tramitación inmediata y abreviada. 1. f. Cualidad de urgente. 2. f. Necesidad o falta apremiante de lo que es menester para algún negocio. Inmediata obligación de cumplir una ley o un precepto.

Emergencia: Situación de peligro o desastre que requiere una acción inmediata.

Medida de urgencia: Como toda otra providencia cautelar, halla su razón de ser en la urgencia de la decisión ante el peligro de daño que acarrea el retardo, daño referido más a la persona misma que a sus bienes.

² BASTIDAS BÁRCENAS, Hugo Fernando, Medios de Control, Ley 1437 del 18 de enero de 2011. Consultado en: www.cga.gov.co/.../...

³ Consultar, entre otras, las Sentencias T-225 de 1993, SU-086 de 1999 y SU-544 de 2001.

Medida: Resolución adoptada para remediar un mal o daño.

Cautelar: Prevenir, precaver.

Medida cautelar: Cualquiera de las adoptadas en un juicio o proceso, a instancia de parte o de oficio, para prevenir la causación de un perjuicio irremediable, y de que la resolución final sea nugatoria.

Prejuzgamiento: Es, en cierto sentido, lo mismo que perjuicio (v.), si bien se emplea más concretamente con relación al hecho reprochable de que el juez tenga ya formado su juicio en el momento de iniciarse un asunto sometido a su jurisdicción o antes de estar en posesión de todos los antecedentes que le permitan dictar una resolución justa.

Caución: Prevención, precaución o cautela, seguridad procesal de que se cumplirá el pacto prometido y garantiza el cumplimiento de una obligación.

Eficiencia: Proviene del latín *efficientia* que en español quiere decir: acción, fuerza, producción. Se define como la capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un objetivo determinado. Además es la capacidad de lograr el efecto en cuestión con el mínimo de recursos posibles.

Eficacia: Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera.

Efectividad: Capacidad de lograr un efecto deseado, esperado o anhelado. Es la combinación de eficacia y eficiencia; es realizar una tarea correctamente aprovechando los recursos disponibles.

Funcionalidad: Desempeño de empleo, cargo, facultad u oficio.

Protección: Ayuda, amparo, favorecimiento.

Garantía: Protección frente a peligro o riesgo.

Derecho fundamental: Son los derechos inherentes a la persona humana. Usualmente se les ha identificado con los derechos individuales, sin embargo en Colombia han sido reconocidos por la Corte Constitucional algunos derechos pertenecientes a la llamada segunda generación, es decir, ha reconocido como derechos fundamentales ciertos derechos sociales que son necesarios para que la persona humana cuente con una vida digna.

Derecho constitucional: Rama del público que tiene por objeto la organización del estado y sus poderes, la declaración de los derechos y deberes individuales, colectivos y las instituciones que las garantizan.

INTRODUCCIÓN

Diversos son los cambios legislativos introducidos en nuestro país en los últimos años, unos criticados por algunos por considerarse ir en contravía del interés de la sociedad, otros en cambio pareciese que han causado un efecto positivo por intervenir directamente en la consecución de los fines constitucionales del Estado, más concretamente al interior de la administración pública que es donde frecuentemente se originan las controversias que terminan siendo resueltas por los jueces, cual si fuera un ciclo normal de las gestiones que constantemente se adelantan en el sector público Colombiano.

Dicha circunstancia ha conllevado al órgano legislativo a reflexionar sobre la imperiosa necesidad de implementar ciertos cambios que de alguna u otra manera se ajusten a la realidad social contemporánea y en vigencia del nuevo ordenamiento constitucional de 1991; esto con el fin de lograr que las relaciones de la administración pública con los administrados se geste de manera armoniosa, impidiendo a toda costa que las diversas situaciones suscitadas entre estos, se conviertan en litigios que luego habrán de resolverse por acción de la justicia contencioso administrativa.

Así las cosas, y bajo el contexto de un estado social de derecho se promueve la prosperidad general, y se garantizan la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, se hizo necesario expedir el nuevo código administrativo y de lo contencioso administrativo, no solamente para actualizar la norma que se encontraba vigente, sino para que la recién promulgada este adecuada dentro del acontecer diario nacional; es decir, con la filosofía de arrasar con los obstáculos que en vez de garantizar el amparo de los derechos de los ciudadanos, estaba perjudicando las condiciones en que solían encontrarse las personas que clamaban por una expedita y organizada función de la administración pública en todos sus campos.

Para estos efectos, se introdujeron grandes cambios en lo que radica al derecho de petición; a la descongestión judicial; al tema de los recursos; a la adopción de los medios electrónicos; a la caducidad de las sanciones; a la consulta previa; entre otros, pero también uno que se ha denominado como “revolucionario” dentro en el nuevo código, y que no es otro que el atinente a las Medidas Cautelares dentro de los medios de control o antes llamadas acciones contenciosas, pues si de fortalecer los poderes de los jueces se trata, este es un claro ejemplo de lo que será la expansión de sus facultades, materializadas estas en la de poder decretar este tipo de disposiciones en litigios donde previamente y con la antigua normatividad resultaba completamente limitado, pues de la única medida de este tipo que podía decretarse era la de la suspensión provisional de ciertos actos administrativos en situaciones excepcionales.

En este orden de ideas, el enfoque de esta investigación, se dirige hacia la forma como este importante instrumento que ya había sido implementado décadas atrás por otros ordenamientos jurídicos en el derecho comparado, influye en el nuestro, como mecanismo de protección de derechos y como manifestación de garantía de la tutela judicial efectiva.

1. BREVE ABORDAJE SOBRE EL DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA

Sustanciales resultan las transformaciones que ha sufrido el derecho administrativo contemporáneo, dentro de un contexto muy variable de aspectos económicos, sociales, políticos y jurídicos de nuestro país, esto aunado al cambio en el papel del Estado, que de intervencionista pasa a regulador, debido a las tendencias provenientes de la Constitucionalización del derecho, y por ende de la globalización y la integración económicas, más que todo por la influencia del plano internacional. Esta metamorfosis se ve reflejada en el auge de la regionalización, y en el cambio del modelo de administración pública, que sin lugar a dudas afectan la forma como actualmente se concibe la organización administrativa y las relaciones con los ciudadanos como destinatarios de su actividad.

En el campo de Derecho Contencioso Administrativo, como jurisdicción que se encarga de controlar la correcta actuación de la Administración, con pleno sometimiento a la ley y al derecho; así como de la resolución de los posibles conflictos entre la Administración y los ciudadanos, podemos vislumbrar que las herramientas jurídicas que se habían otorgado mediante la legislación anterior y que se encontraba casi en su totalidad consignada en el Decreto 01 de 1984, se quedaron fuera de contexto e insuficientes para la materialización de los fines del Estado consagrados en el artículo 2 de la Carta Política. Es por eso que se hizo necesario un ajuste significativo, que desembocó en la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual lleva inmerso un mensaje exteriorizado en un cambio de filosofía en la concepción del Estado Social de Derecho, si se tiene en cuenta que para su creación, los esfuerzos se centraron en crear un instrumento suficiente para asegurar la garantía de los derechos sin la necesidad de asistir ante los jueces para que los garanticen y se cumplan así los cometidos estatales.

1.1. Decreto 01 de 1984 “Antiguo Código Contencioso Administrativo”

El Código Contencioso Administrativo con sus respectivas reformas, estuvo vigente veintiocho años, e incluso y curiosamente fue expedido con anterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991, que entre otras cosas, fue la que declaró al Estado Colombiano como un Estado Social de Derecho, estableciendo los derechos socioeconómicos y una serie de mecanismos judiciales e instituciones para su exigencia, tales como la Corte Constitucional, la Defensoría del Pueblo, la acción de tutela y las acciones populares; mecanismos que han sido considerados por algunos como eficaces para la exigencia de sus derechos frente a la administración pública.

Dentro del texto del Decreto 01 de 1984, se *“determinó reglamentar lo que se denominó como “Procedimientos Administrativos” ordinarios, para distinguirlos de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales, o de los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieren decisiones de aplicación inmediata para evitar o remediar una perturbación de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad y circulación de personas y cosas.*

En tales normas se regularon las diferentes etapas de la actuación administrativa a partir de la presentación y radicación de la petición o del cumplimiento del deber legal o de la iniciación oficiosa lo cual obliga a la formación del expediente administrativo; la necesidad de determinar la autoridad competente para tramitar la actuación y el funcionario imparcial que la sustancie, citando o emplazando a los terceros determinados e indeterminados, respectivamente, decretando y practicando las pruebas necesarias y adoptando

*la decisión correspondiente.*⁴ Así como también, se precisó la impugnación de las decisiones en sede administrativa, se determinó el régimen de responsabilidad de los servidores públicos, se previó demandar directamente al servidor o llamarlo en garantía y se especificaron particularidades relacionadas con la acción de repetición y de cumplimiento, se precisaron los medios de control judicial de la actividad administrativa, se consagró la posibilidad para que la administración ejercite ella misma las acciones contencioso administrativas. No obstante, también se creó la figura de la suspensión provisional en prevención y el recurso extraordinario de anulación, y se reguló más técnicamente el proceso contencioso administrativo ordinario.

En conclusión y a pesar de que esta normatividad se expidió con anterioridad a la concepción de un Estado Social de Derecho, lo cierto es que han acontecido ciertos cambios dentro de todo el contexto social e histórico, que se hizo necesario modernizar el código de cara a las actuaciones administrativas y contencioso administrativas de manera oportuna, eficaz y eficiente.

1.2. De la Suspensión Provisional

1.2.1. Concepto y Naturaleza

La Suspensión Provisional es una medida cautelar que tiene por objeto evitar de manera transitoria la aplicación o ejecución del acto acusado y/o demandado. Respecto de la naturaleza de esta figura el ex consejero de Estado ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, expresó:

“La suspensión provisional no es nada distinto a una medida cautelar, en tanto que, con el decreto de aquélla se suspenden los atributos de fuerza

⁴ 20 años de vigencia del código contencioso administrativo, www.usergioarboleda.edu.co/.../20_ANOS_DE_VIGENCIA_DEL_CODIGO_CONTENCIOSO...

ejecutoria y fuerza ejecutiva del acto administrativo, en procura de la protección de derechos subjetivos o colectivos que se pueden ver conculcados con la aplicación del acto administrativo cuya constitucionalidad o legalidad se cuestiona”⁵.

Dicha institución ha sido instaurada como límite al poder de la administración y sobre todo al carácter ejecutivo de sus actos; cuestión que ha sido expuesta de forma amplia en la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado de la siguiente manera:

“En efecto, este instituto precautorio consagrado en el artículo 238 Superior y desarrollado en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo (artículo 31 del decreto 2304 de 1989) está concebido para castigar los errores groseros de ilegalidad en que incurra la Administración cuando expida sus actos, siempre que aparezca a primera vista, en un proceso comparativo -a doble columna- la oposición flagrante con las disposiciones que se invocan como contrariadas, exigencia que debe configurarse sin que sea menester entrar a un análisis de fondo de la situación controvertida para advertir con el solo cotejo del acto acusado con la normatividad superior que se presenta -con claridad- su trasgresión y desconocimiento. Por manera que esta figura excepcional y restrictiva es corolario directo del principio de legalidad (preámbulo, artículos 1, 6, 121 y 122 Constitucionales) que tiene por thelos sancionar, como lo ha señalado esta Corporación, la rebeldía de la Administración ante mandatos superiores. De allí que el rasgo característico dominante de esta medida cautelar radica en que

⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de dos mil siete (2007). Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00076-00(32293). Actor: SILVIO SAÚL SUAREZ SANDOVAL Y OTROS. Demandado: GOBIERNO NACIONAL. Referencia: Acción de nulidad

de la sola confrontación se advierta la contradicción palmar entre la norma superior y el acto administrativo demandado.”⁶

1.2.2. Desarrollo Constitucional y Legal

La medida cautelar de Suspensión Provisional sin duda deriva su importancia del texto constitucional que la autoriza, el cual se transcribe a continuación:

“Artículo 238 Constitución Nacional. *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.”⁷*

Norma con base en la cual el Decreto 01 de 1984 en sus artículos 152 a 159, con las modificaciones introducidas por los artículos 31 a 35 del decreto 2304⁸ reguló las modalidades, efectos y alcances de dicha figura.

⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO . Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil siete (2007). Radicación número: 11001-03-26-000-2006-00040-00(33067). Actor: LUIS LOBO ORCASITAS Y OTRA. Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL - INCODER-. Referencia: ACCIÓN DE REVISIÓN -ASUNTOS AGRARIOS-.

⁷ “El dispositivo de la suspensión provisional corresponde a una figura jurídica con status constitucional, debido a que fue el propio constituyente quien la consagró en el artículo 238 superior, atribuyéndole la competencia a esta jurisdicción para despacharla. Su propósito no es otro que contribuir a la preservación del orden jurídico, no como ocurre con las acciones ordinarias previstas para juzgar la legalidad de las actuaciones administrativas, sino como una medida especial que puede decretarse desde la misma admisión de la demanda, rindiendo así tributo al principio de legalidad que de manera importante se erige en pilar fundamental del Estado de Derecho. Por las serias implicaciones que tiene esa medida cautelar ha dispuesto el legislador que su procedencia sea excepcional, sujetándola a ciertas exigencias que hacen de la medida un control de legalidad previo con carácter provisional sólo estimable ante la evidencia incontestable de que se ha incurrido en desacato al ordenamiento jurídico.” (CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Consejera ponente: MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN. Bogotá D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil ocho (2008). Radicación numero: 63001-23-31-000-2007-00159-01. Actor: JESÚS ANTONIO OBANDO ROA. Demandado: DIPUTADO ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL QUINDÍO.)

⁸ **ARTÍCULO 152.** Modificado por el art. 31, Decreto Nacional 2304 de 1989 El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.
2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.
3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor.

ARTÍCULO 153. Derogado por el art. 68, Decreto Nacional 2304 de 1989 Suspensión provisional en prevención.

Procedimiento ante el Consejo de Estado.

ARTÍCULO 154. Modificado por el art. 32, Decreto Nacional 2304 de 1989 En los procesos ante el Consejo de Estado, la solicitud de suspensión provisional será resuelta por la Sala o sección en el auto admisorio de la demanda.

Contra el auto que resuelve la solicitud de suspensión provisional, procede el recurso de reposición.

El auto que disponga la suspensión provisional se comunicará y cumplirá previa ejecutoria.

Procedimiento ante los tribunales.

ARTÍCULO 155. Modificado por el art. 33, Decreto Nacional 2304 de 1989 En los Tribunales Administrativos la solicitud de suspensión provisional debe resolverse por la correspondiente Sala, Sección o Subsección.

Contra el auto que resuelva la solicitud de suspensión provisional, en los procesos de que conoce el Tribunal en única instancia, procede el recurso de reposición. En los de primera instancia el auto que decida la petición de suspensión provisional es apelable en el efecto suspensivo para ante el Consejo de Estado y la orden de suspensión se comunicará y cumplirá, si fuere el caso, sólo cuando la decisión del superior quede ejecutoriada.

Este recurso no suspenderá la tramitación del proceso ante el inferior, el cual actuará con la copia de las piezas correspondientes, cuyos originales se enviarán al Consejo de Estado.

El Consejo de Estado decidirá de plano el recurso de apelación.

Extinción de la suspensión

ARTÍCULO 156. Derogado por el art. 68, Decreto Nacional 2304 de 1989 D.E. 2304 de 1989

Improcedencia de la suspensión

ARTÍCULO 157. Derogado por el art. 68, Decreto Nacional 2304 de 1989

Reproducción del acto suspendido.

ARTÍCULO 158. Modificado por el art. 34, Decreto Nacional 2304 de 1989 Ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido por quien los dictó si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas a menos que con posterioridad a la sentencia o al auto hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión.

Deberán suspenderse provisionalmente los efectos de todo acto proferido con violación de los anteriores preceptos. La orden de suspensión, en este caso, deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, a pesar de que contra ella se interponga el recurso de apelación.

Cuando estando pendiente un proceso se hubiere ordenado suspender provisionalmente un acto, y la misma corporación o funcionario lo reprodujere contra la prohibición que prescribe este artículo, bastará solicitar la suspensión acompañando copia del nuevo acto. Estas solicitudes se decidirán inmediatamente, cualquiera que sea el estado del proceso, y en la sentencia definitiva se resolverá si se declara o no la nulidad de estos actos.

La solicitud de suspensión provisional será resuelta por auto de la Sala, Sección o Subsección, contra el cual sólo procede, en los procesos de única instancia, el recurso de reposición y, en los de primera instancia, el de apelación. Este recurso se resolverá de plano; no impedirá el cumplimiento del auto ni suspenderá la tramitación del proceso ante el inferior, el cual actuará en copias y remitirá el original al superior.

Obligación de los gobernadores, alcaldes, intendentes y comisarios.

ARTÍCULO 159. Modificado por el art. 35, Decreto Nacional 2304 de 1989 Los gobernadores y alcaldes deberán dar estricto cumplimiento a los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 45 de 1931, respecto de los proyectos de ordenanzas y acuerdos municipales que reproduzcan disposiciones anuladas o suspendidas.

No obstante, dicha figura tiene sus antecedentes incluso antes de la entrada en vigencia de la actual Carta Política, y su naturaleza ha sido ampliamente desarrollada tanto por la doctrina con la jurisprudencia quienes coinciden en afirmar:

“La suspensión provisional: la medida cautelar por antonomasia del contencioso-administrativo colombiano La suspensión provisional, hoy prevista en el artículo 238 constitucional, no es una novedad en el constitucionalismo colombiano como que estaba consagrada en la anterior Constitución. El acto legislativo No. 3 de 1910 introdujo la figura, al disponer en el artículo 64 que los particulares agraviados por actos de los concejos municipales podrían concurrir al juez, y este, por pronta providencia, suspendería el acto denunciado por causa de inconstitucionalidad o ilegalidad.

El desarrollo del mandato constitucional tuvo lugar por cuenta de la Ley 130 de 1913 que estableció la facultad del juez de disponer la suspensión provisional del acto denunciado, cuando ello fuere necesario para evitar un perjuicio grave (artículo 59 d). En el mismo sentido la Ley 167 de 1941 en el artículo 94, facultó al Consejo de Estado y a los tribunales administrativos para suspender los efectos de un acto o providencia, siempre que fuera necesario para evitar un perjuicio notoriamente grave, y que existiera manifiesta violación de una norma positiva de derecho. El artículo 152 del Decreto 01 de 1984, actual Código Contencioso Administrativo, consagra la figura casi en los términos que hoy se conoce después de su modificación por el artículo 31 del decreto 2304 de 1989.

Para declarar infundadas las objeciones de los gobernadores y alcaldes, en los mencionados casos, se requerirá en las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales la mayoría prevista en los citados artículos.

Los intendentes y comisarios también deberán objetar los proyectos de Acuerdo Intendencial y Comisarial que reproduzcan actos anulados o suspendidos y las objeciones sólo se podrán declarar infundadas con la misma mayoría indicada.

Esta medida cautelar fue concebida en defensa del ordenamiento superior frente a las eventuales agresiones de actos administrativos, que amparados en su presunción de legalidad incurriesen en una ilegalidad manifiesta, que surgiese de la mera comparación del acto administrativo impugnado con textos normativos superiores que se adujeran como desconocidos por la Administración, requisito que en algunas oportunidades debe concurrir con el daño a un derecho subjetivo amparado en una norma, cuando se trata de acciones diversas de la de nulidad, es decir, al contencioso objetivo de legalidad.

Por virtud de esta medida, el juez de lo contencioso-administrativo, desde “el auto admisorio de la demanda”, puede disponer que se suspendan los efectos del acto administrativo objeto de enjuiciamiento, mediante decisión que se mantiene a lo largo del proceso hasta la sentencia, momento en el cual bien puede suceder que el acto sea anulado y entonces desaparece definitivamente del mundo jurídico, o que en cambio no se haya logrado desvirtuar la presunción de legalidad que lo ampara y entonces la sentencia desestimaré la pretensión anulatoria y su consecuencia natural y directa es que el acto administrativo recobre todos sus efectos.

Por tratarse de una medida excepcional, se precisa para su procedencia que de la sola confrontación de las normas –acusada y transgredida– salte a la vista una ilegalidad ostensible de la primera, de modo que para arribar a una conclusión de tal naturaleza, no sea menester realizar un mayor estudio al simple cotejo de sus contenidos. Así lo tiene establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado a partir de lo dispuesto por el numeral segundo del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, que prevé que tratándose de acciones de nulidad, si media una manifiesta u ostensible infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de ella, deducible por la simple

confrontación directa del acto, con la norma que se considera violada, es posible”⁹

La Suspensión Provisional podía solicitarse tanto en el contencioso de anulación como en el de nulidad y restablecimiento; pero los requisitos, si bien coinciden en algunos puntos, difieren en otros. Así, se requería en ambas acciones la “**manifiesta**” violación de la norma positiva superior (entiéndase, claro está, la jerarquización entre el acto infractor y la norma superior, sea de grado inmediato o mediato).¹⁰

Igualmente debía solicitarse la medida en la misma oportunidad, o sea con la demanda o en escrito separado antes de la admisión de ésta y siempre que la suspensión no estuviere prohibida por la ley, como sucedía, por ejemplo, con el acto que decretaba la expropiación agraria (art. 59 de la ley 135 de 1961, 25 de la ley 30 de 1988). La ley 160 de 1994 no contempló esta prohibición.¹¹

Lo enunciado correspondía por igual a las dos acciones y en la de anulación no requería ninguna formalidad adicional. En cambio, en la de restablecimiento **debía alegarse y demostrarse en forma sumaria** el perjuicio que la ejecución del acto demandado cause o pueda causar al actor.¹²

Pese a lo dicho, la suspensión podía solicitarse, en principio en cualquiera de las acciones de impugnación de actos administrativos.

En cuanto a la prueba sumaria exigida como prueba del perjuicio, cabe recordar que ésta debe ser plena, intrínsecamente, pero sin cumplir en torno a

⁹ Las medidas cautelares, Medidas cautelares ante la jurisdicción administrativa en Colombia Ruth Stella Correa Palacio, Consejera de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sitio Web: 190.24.134.67/pce/memorias/medidas%20cautelares.pdf:

¹⁰ BETANCOUR JARAMILLO Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Séptima Edición, 2009, pág. 325-335

¹¹ Cfr. Ibíd., p. 328

¹² Cfr. Ibíd., p. 328

ella, como lo dice la Corte, ciertas formalidades que son las que en definitiva le dan el carácter de controvertida. Es apenas obvio que si la suspensión se debía decidir de plano por parte del juzgador y antes de que se surtan las notificaciones y traslados de rigor, la prueba para el efecto tenía que valorarse antes de su publicidad y contradicción, con lo que se produce de paso, por voluntad del legislador, excepción a la regla general de que todo medio probatorio requiere para su validez, entre otros requisitos, los de ser público y controvertido.¹³ Por lo tanto, podrá demostrarse el perjuicio sufrido con el acto administrativo y su gravedad mediante declaraciones de testigos (art. 298 y 299 del c. de p.c.) o por una peritación o inspección judicial anticipada (art. 300); o bien mediante un documento privado desprovisto de autenticidad pero suscrito ante dos testigos (art. 279).¹⁴

En general respecto de la aplicación de esta medida bajo la regulación contemplada en el Decreto 01 de 1984 pueden destacarse los siguientes aspectos:¹⁵

a. Sólo eran susceptibles de tal medida los actos administrativos de carácter unilateral, sean creadores de situaciones generales o particulares. El contrato administrativo quedaba por fuera de la medida, no así los actos administrativos dictados por la administración con fundamento en este mismo contrato, que seguían las reglas generales.

b. Se requería como requisito sustancial que el acto acusado desconociera una de las disposiciones invocadas como fundamento de la suspensión; o sea, normas positivas superiores y no principios, como los generales de derecho, que no ostentan propiamente este carácter.

¹³ Tratamiento que hoy resulta atemperado con la nueva regulación sobre el trámite de la medida cautelar, en el cual previamente debe ordenarse correr traslado a la otra parte, de la solicitud de la medida.

¹⁴ Cfr. Ibíd., p. 329

¹⁵ Cfr. Ibíd., p. 325

c. Que la violación que produzca el acto infractor sea manifiesta, ostensible y directa; vale decir, que la infracción surja, de primer intento, de la confrontación entre el acto acusado y la norma o normas que le sirven de fundamento a la petición; o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud, sin que tengan que hacerse para el efecto complicados ejercicios de argumentación.

Además, debe partirse del supuesto de que la vigencia misma de la norma que se dice infringida no esté cuestionada (art. 152, nl. 2).

d. Que la medida impetrada no se funde en cuestiones de hecho cuya existencia sólo puede reconocerse dentro del proceso mediante la apreciación, en la sentencia, de las pruebas solicitadas en su oportunidad legal. No obstante esto, podían valorarse, de entrada, documentos públicos aducidos con la solicitud de suspensión y que muestren, por ejemplo, la expedición irregular del acto o falta de competencia.

e. Que el análisis de la suspensión no tenga en cuenta sino las normas que se señalan como infringidas y por el concepto alegado. Esto se entiende porque el juez administrativo no ejerce un control general de legalidad, sino que está supeditado a la cita que el demandante haga en su demanda de las normas violadas y del concepto de violación que exponga (art. 134 núm. 4 del C.C.A).

De lo expuesto, puede concluirse que esencialmente el Decreto 01 de 1984 contemplaba como requisitos para la procedencia de esta medida en el ámbito de las acciones de nulidad, los siguientes:

1. *Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.*

2. *Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud". Sin embargo,*

tratándose de la acción de nulidad y restablecimiento debía acreditarse como requisito adicional la prueba sumario del perjuicio ocasionado.

*Junto con los requisitos formales, relativos a la oportunidad en que debe solicitarse la medida y su sustentación expresa, se previó la acreditación de un presupuesto que puede calificarse de **sustancial**, atinente a la “**manifiesta infracción**” de cualquiera de las normas jurídicas invocadas con la petición. La estrictez con la que se diseñó el mecanismo de la suspensión provisional se explicaba en el peso que dentro del ordenamiento jurídico tiene el principio de legalidad (arts. 121 y 123 C.N.), que abriga a los actos de la administración pública en general con la presunción de que fueron expedidos con apego a las normas jurídicas pertinentes. Por ello, si la violación denunciada no ofrecía el grado de evidencia señalado en el artículo 152 lo propio era que la medida se denegaba para que sea en el fallo, luego de surtido el debate procesal y acopiadas las pruebas correspondientes, donde se juzgaba si el acto era ilegal o no.¹⁶*

1.3. Constitucionalización del Derecho Contencioso Administrativo en Colombia

Son más de veinte años ya desde la expedición de la última Constitución es decir la Constitución Política de Colombia de 1991, que es la carta de derechos fundamentales y de la estructura básica del Estado de los Colombianos y en la actualidad rige la convivencia de los mismos, ésta marcó la transición de un Estado de Derecho establecido en la anterior carta constitucional que data de 1886 a un Estado Social de Derecho tal como se expresa en la Carta Política de

¹⁶ Cfr. Consejo de estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Consejero ponente: Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de dos mil siete (2007). Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00076-00(32293). Actor: Silvio Saúl Suarez Sandoval y otros. Demandado: Gobierno Nacional. Referencia: acción de nulidad. Op. Cit.

1991 en su artículo 1º¹⁷, es decir que Colombia está regida por normas jurídicas y que toda la actividad estatal se realiza en el marco de la Constitución y las leyes con la finalidad de asegurar para los asociados una serie de derechos fundamentales que garanticen las condiciones para una vida digna, la igualdad, el debido proceso entre otros tantos derechos, y una serie de principios que permitan la materialización de los anteriores tales como el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general.

En ese sentido una de las finalidades del Estado Colombiano ha sido la materialización de los principios y de los Derechos constitucionales para lo cual ha confiado la protección de los mismos a los habitantes del territorio colombiano en general, y principalmente a sus funcionarios distribuidos en las distintas ramas del poder, es decir que con lo preceptuado por el art. 1 de la Constitución “ no solo se definieron los elementos configurativos de nuestro Estado social de derecho, sino que se fijó un exigente marco de acción para todas las autoridades públicas y en particular para la administración pública en cuanto al entendimiento de su relación con las personas.”¹⁸. Dichos principios asisten a un fenómeno de la modernidad que tratadistas, doctrinantes, profesores, jueces y demás, han denominado la Constitucionalización del Derecho que no es más que la primacía de la Carta Constitucional sobre las distintas formas de la ley ya sean (Decretos, Ley, Ordenanzas, etc.) con la finalidad de materializar los derechos fundamentales en la Constitución establecidos.

Para lograr la tutela efectiva de los derechos, en el artículo 2 de la carta¹⁹, se han consagrado los fines del Estado, entre los cuales se resaltan los relativos

¹⁷ Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

¹⁸ Seminario Internacional de presentación del nuevo código de procedimiento administrativo y contencioso administrativo Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado.

¹⁹ARTICULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida

a servir a la comunidad, y promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes, asegurando la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, entre otros; premisas que en contraste con el art. 4 ibídem²⁰, se subsumen en la importancia de la Constitución como norma de normas, y su influencia en todo el contexto social y normativo, incluso y con más razón en el ámbito del derecho público, en el cual hoy por hoy se vislumbran grandes cambios que interesan a todos los componentes de la sociedad.

En ese orden y para adentrarnos en la Constitucionalización del derecho administrativo, que en nuestro caso se traduce en la influencia de la Constitución de 1991 sobre la nueva ley 1437 de 2011 uno de los esfuerzos por materializar los preceptos de la carta superior y que es el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es del interés académico señalar un marco normativo acerca de la influencia actual de la Constitución dentro del Derecho Administrativo.

“El art. 5 de la C.P señala que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona; el Título II reguló ampliamente los derechos, las garantías y los deberes, y enunció detalladamente los derechos fundamentales, sociales, económicos y culturales, colectivos y del ambiente, así como los deberes y obligaciones de las personas, de los ciudadanos y de las autoridades al tiempo que precisó que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Así mismo señaló que los derechos y deberes

económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

²⁰ ARTICULO 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (art 93 C.P.) y precisó además que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos (art 94 C.P.).

Estableció la acción de tutela como mecanismo para protección de los derechos fundamentales (art 86 C.P.), y el acceso a las autoridades judiciales para hacer efectivo el cumplimiento de una ley (art. 87), las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza (art 88 C.P.) y que la ley establecerá los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas (art. 89 C.P.).

Para la función administrativa señaló que la misma estaría al servicio de los intereses generales y se desarrollaría con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Así mismo señaló que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. Igualmente que la administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley (art. 209 C.P.).Y que a estos deben sumarse otros que claramente orientan la función administrativa y que también enuncia la Constitución, como son el principio de buena fe el cual deberá presumirse en todas las gestiones que adelanten los particulares y las entidades públicas (art 83 C.P) y ligado a él se encuentra el principio

jurisprudencial de confianza legítima²¹., el principio de responsabilidad y el principio de participación.

Así mismo la Constitución señaló claramente que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Al tiempo que precisó que en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste (art. 90 C.P.). Previsión que resulta concordante con el énfasis que hace la Carta en el sentido de que servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad y deben ejercer sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento, así como con los mandatos de los artículos 91 y 92 superiores.

Encontramos con claridad como actualmente asistimos a ese fenómeno no solo jurídico sino sociológico y que resulta ser el título de este acápite conocido como la Constitucionalización del Derecho Administrativo. Es así que la relevancia de este acontecimiento, la cual se encuentra reflejada entre otros aspectos, en el influjo de la jurisprudencia que emana de las diferentes Cortes, tal como lo manifiesta el Dr. Álvaro Pío Guerrero Vinuesa en el libro “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico, casuística relevante en el derecho administrativo.”

En el mismo documento, se hace énfasis a que el área del Derecho Administrativo y Procesal Administrativo, obviamente también han sufrido el

²¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III, C.P. Julio Cesar Uribe Acosta, diecisiete (17) de julio (07) de mil novecientos ochenta y seis (1986), Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta, C.P. Delio Gómez Leiva, diez y ocho (18) de febrero de dos mil (2000).Radicación AC-9502, Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección V, C.P. María Nohemí Hernández Pinzón, dos (2) de septiembre de dos mil cuatro (2004)Radicación numero: 44001-23-31-000-2004-0030-01 3461. Corte Constitucional Ver entre otras las sentencias C-608/10 M.P. Humberto Sierra Porto, Sentencia, T-715/09 Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-545/09 María Victoria Calle Correa, T-048/08 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, SU-250/98 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

impacto del derecho constitucional, ora mediante decisiones de constitucionalidad de disposiciones que con carácter de leyes han sido sometidas al estudio de la Corte Constitucional y que constituyen precedente de obligatoria aplicación y cumplimiento, de conformidad con la ley estatutaria de administración de la justicia y S.C- 131 de 1993 y C- 037 de 1996²² ; ora en virtud de la doctrina constitucional vigente sobre el valor de las sentencias de tutela y finalmente por decisiones del mismo Consejo de Estado y Tribunales Contencioso Administrativos y es que puede afirmarse que la ley 1427 de 2011 es un esfuerzo más por la materialización de los derechos constitucionales lo que indudablemente hace de nuestro derecho un derecho constitucionalizado.

Es así como distintos doctrinantes y estudiosos del Derecho sostienen que este es un fenómeno de tiempo en la cultura de occidente en general así; “Durante los últimos cuarenta o cincuenta años ha obrado en la cultura jurídica de occidente, bajo el impulso de fuertes cambios constitucionales, un gradual cambio de perspectiva que obliga a concebir la entera construcción del derecho a partir de la Constitución, pues sus preceptos obligan de manera irresistible y permean, con sus valores, principios y reglas, la totalidad de la legislación. Al contrario de lo que antiguamente se entendió, ahora las leyes deben cabalgar sobre la Constitución. Todas las disciplinas jurídicas han sido objeto de un proceso de Constitucionalización, y ello se aprecia de manera singular respecto del derecho administrativo, cuya estrecha relación con el derecho constitucional ya se percibía con claridad en la doctrina desde el siglo XIX. De allí que la ya clásica expresión de Fritz Werner, presidente del Tribunal Supremo Administrativo de Alemania entre 1958 y 1969, según la cual “el derecho administrativo es derecho constitucional concretizado”, sea una buena síntesis de lo que viene ocurriendo con el derecho en general.”²³

²² Mediante esta sentencia la Corte Constitucional estudió de forma previa la ley Estatutaria de la Administración de Justicia, hoy ley 270/96. El artículo 48 establece que únicamente hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de las sentencias de la Corte.

²³ Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Aproximación al derecho administrativo constitucional. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009. Citado por Augusto Hernández Becerra EL NUEVO

Es decir que el derecho en general y principalmente tratándose en nuestro caso del derecho administrativo tiene la tendencia a transformarse en un derecho de principios basados en la voluntad constitucional como máxima manifestación de la voluntad del pueblo a través de la democracia, y más aún al ser un derecho público en relación directa con los bienes y servicios públicos administrados por la mano estatal.

La Ley 1437 de 2011 es una clara manifestación de la intención de materializar las finalidades estatales y de la Constitución, puesto que tiene en cuenta derechos, principios, deberes y obligaciones que son el esqueleto y la estructura de la norma política, al igual que pilares estructurales y fundamentales del Estado Social de Derecho contenido en la epístola de derechos, tanto en su contenido sustancial, como en el procesal.

“Para el caso del derecho administrativo colombiano el texto de la Carta de 1991 ha sido además un vector indudable de enriquecimiento y de mutación, al elevarse a rango constitucional numerosos principios y categorías tradicionales de la disciplina”²⁴ y al fijarse para varios de ellos directamente en la Constitución no solo nuevos contenidos sino una ambiciosa agenda de acción para todas las autoridades públicas y en primer lugar para la administración encaminada a la realización del Estado Social de Derecho.

Por su parte la Ley 1437 de 2011 introdujo algunos cambios al ordenamiento jurídico, entre los cuales se destacan aquellos tendientes a proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, y el cumplimiento

CÓDIGO ADMINISTRATIVO DE COLOMBIA, CARTA DE DERECHOS CIUDADANOS en el portal web http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci_vmda/ponencias/AugustoHernandezBecerra.pdf

²⁴ Para una autorizada síntesis de la incidencia de la Constitución en la organización y funcionamiento de la administración pública en Colombia ver Álvaro Tafur Galvis. Constitución Política y potestad organizatoria. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá 2011. Citado en Seminario Internacional de presentación del nuevo código de procedimiento administrativo y contencioso administrativo Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado. Citado por Seminario Internacional de presentación del nuevo código de procedimiento administrativo y contencioso administrativo Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado.

de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares, atribuyéndole a todas las autoridades el deber de interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, siendo éstos, el debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad para lo cual utilizó algunas herramientas jurídicas como “el fortalecimiento del derecho de petición, la obligación para la autoridad administrativa de hacer extensivos los efectos de sentencias de unificación, y que el servidor público tenga la obligación de decidir lo ya resuelto por la justicia con la finalidad de que en ciertos temas en que ya existe una decisión por parte de las altas cortes estos casos no tengan que llegar hasta los jueces dando así eficiencia y celeridad a la función administrativa.”²⁵

En el código, se establecen las formas de iniciar las actuaciones administrativas; los derechos, deberes, prohibiciones, conflictos de interés, impedimentos y recusaciones de las autoridades, los derechos y deberes de las personas ante las autoridades; el procedimiento administrativo sancionatorio, la utilización de medios electrónicos, y la posibilidad de solicitar medidas cautelares, entre otras innovaciones como la implementación de la oralidad; es decir, se ha tratado de buscar una actualización no solo a nivel jurídico constitucional, sino práctico y real, para que la administración pública y la administración de justicia, sean una manifestación de paz, si se tiene en cuenta que un conflicto suscitado con ocasión de una gestión mal atendida, un trámite demorado, un proceso o un litigio no solucionado, contribuyen a generar más violencia en nuestro país.

La ley 1437 de 2011, es en si misma, una muestra notable de la constitucionalización del Derecho Administrativo, cuyo compendio normativo

²⁵ Ibídem.

viene impregnado de principios cuyos objetivos se concretan con el fin de materializar los derechos consignados en la Carta Superior; uno de esos objetivos es reducir las causas de los conflictos que comúnmente prevalecían en vigencia de la anterior normatividad, y por ende sustraer las necesidades de los ciudadanos de acudir a los escenarios judiciales. para ello obliga a los funcionarios a dar aplicación a los preceptos jurisprudenciales y aplicar las líneas ya esbozadas por las altas corte, esperando así reducir la cantidad de demandas que congestionan los despachos judiciales, con asuntos que en un Estado Social y Democrático de Derecho deben ser resueltos o prevenidos únicamente en sede administrativa.

Por otra parte, otro de los grandes objetivos que busca la ley en mención en su primera parte, es propender por una buena gestión al interior de la administración por medio de una eficiente y oportuna intervención, esto es buscando la adopción y actualización de algunas herramientas tales como el derecho de petición, los procedimientos administrativos, la utilización de medios electrónicos, y la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado entre otras, lo cual ha propendido por integrar una serie de innovaciones que encuentran estrecha relación con la organización de la jurisdicción con orientación moderna y con redefinición de su objeto, hoy mucho más constitucionalizado.

Los anteriores objetivos planteados por el C.P.A.C.A., son resultado del antiguo imperio del formalismo y de la ley, ya que en la actualidad presenciamos un cambio de filosofía en el Estado, puesto que antes el Estado fue entendido como una especie de ente abstracto y despótico que creaba leyes para sujetos abstractos y no para seres humanos, por lo cual la modernidad asiste a una nueva crisis del Derecho Administrativo en palabras de Jaques Chevallier y Daniele Loschak y que se traduce en la Constitucionalización de éste, misma que ha venido evolucionando, es decir una pretensión fundamental de la ley 1437 es cambiar la mentalidad de la administración desde sus autoridades hasta sus

administrados en tanto que doctrinantes como el Profesor Libardo Rodríguez han expuesto y han sostenido que como costumbre del Derecho Administrativo se ha ignorado a los particulares olvidando que este es creado precisamente para estos, es decir una posición filosófica en la cual el Estado es un ente todopoderoso que impone su voluntad a los administrados , “una posición de autoridad jerárquica” en palabras de Augusto Hernández Becerra

Es decir que en la actualidad asistimos a un cambio en la filosofía del derecho administrativo puesto que “se busca que el procedimiento administrativo sea entendido por la administración y por los particulares como un instrumento suficiente para asegurar la garantía de los derechos sin la necesidad de asistir ante los jueces para que los garanticen y se cumplan así los cometidos estatales lo cual debemos a la Constitucionalización, puesto que se trata de mirar la Constitución como la ley fundamental que rige y guía el camino del Estado; Esta filosofía ha tomado un imparable impulso a raíz de la Constitución Política de 1991, en donde el “ Estado social de derecho se traduce en primacía del interés general, principio democrático y de libertad, democracia participativa, pluralismo, igualdad, dignidad, buena fe, descentralización con autonomía de las entidades territoriales.”²⁶

1.4. Ley 1437 de 2011 “Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, como todas las disposiciones normativas posteriores a la promulgación de la Constitución de 1991, es una ley adoptada en consonancia con el Estado Social y Democrático de Derecho; es decir ajustada a los principios constitucionales y a los fines mismos de la función administrativa.

²⁶ HERNÁNDEZ BECERRA Augusto. El nuevo código administrativo de Colombia, carta de derechos ciudadanos en el portal web: http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci_vmda/ponencias/AugustoHernandezBecerra.pdf

La Ley 1437 de 2011, consagra ciertas reglamentaciones, donde los administrados, podrán encontrar de manera clara y comprensible, un instructivo para proceder ante las actuaciones erradas, o que vulneran los derechos allí consagrados o cuando los funcionarios incumplan con sus deberes, y por ende evitando que la administración de justicia se congestione con asuntos que bien podrían ser solucionados o evitados al interior de la administración.

Desde el título del Código en el “procedimiento administrativo”, busca entre otras cosas eliminar la percepción que pudiere tenerse según la cual la parte primera del Código y en particular los recursos ante la administración son una mera etapa para acudir indefectiblemente a la jurisdicción. El procedimiento administrativo regulado en ese libro I debe convertirse, en la medida de lo posible, en respuesta suficiente y completa para quien reclama ante la administración el reconocimiento de un derecho, de manera que no se vea forzado, sin que ello sea realmente necesario, a acudir al juez para que obligue a la administración a hacer lo que desde el principio ésta ha debido hacer.

Se busca llamar la atención de los servidores públicos para que se aferren al principio de legalidad, en el real sentido que tiene en nuestro ordenamiento constitucional, como elemento esencial del funcionamiento de la administración y del entendimiento de los deberes de esos servidores (art. 6 C.P.), pero también del cumplimiento de los fines del Estado (art 2 C.P.) y de realización del Estado Social de Derecho (art. 1 C.P.).

En este orden de ideas el Código establece una serie de herramientas para que la administración pueda proteger directamente en sede administrativa los derechos de acuerdo con la Constitución y la ley, al tiempo que se asegure la eficacia de los principios constitucionales de la función administrativa y en general todos los elementos del “modelo” de gestión establecido en la Constitución. Lo que comporta necesaria mente un esfuerzo por aumentar las garantías en el procedimiento y por asegurar la transparencia

en la toma de decisiones. A lo que debe sumarse que el Código busca cumplir una labor pedagógica en relación con los ciudadanos y los propios servidores públicos sobre el conocimiento de sus respectivos derechos y deberes en función de la eficacia de esos mismos principios.

Así, en cuanto a otorgar herramientas a la administración para que sea ella directamente la que proteja en sede administrativa los derechos sin necesidad de la intervención del juez, cinco herramientas claramente identificables se establecen para el efecto, a saber: **i)** se afianza el derecho de petición como eje de toda actuación iniciada por un particular, **ii)** se otorgan instrumentos a la administración para atender situaciones de emergencia en los que estén en juego los derechos fundamentales del peticionario, **EL CASO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES iii)** se fortalecen los recursos administrativos para que dejen de entenderse como un simple requisito de procedibilidad, **iv)** se establece, para garantizar el principio de igualdad, el deber de aplicar de manera uniforme las normas y para el efecto de tomar en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas, al tiempo que, **v)** se establece un mecanismo para extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos, El ciudadano se convierte entonces en el centro y núcleo de la actuación administrativa y esta es la razón por la cual se establece con toda claridad que el nuevo Código regula, no sólo los procedimientos contenciosos administrativos, sino que se hace especial énfasis, desde el título mismo del texto, a regular los procedimientos administrativos, es decir, aquellos que se desarrollan en la relación directa entre la autoridad y la persona.

El propósito de modernizar y facilitar el acceso de los ciudadanos a una justicia oportuna y efectiva, la filosofía del nuevo código se centra en *“la conexidad estrecha entre la Administración Pública y el juez que controla su*

actividad, quienes de consuno deben contribuir al logro de los fines del Estado Social de Derecho. Por eso existe una relación inescindible entre la parte primera y la parte Segunda del Código, ya que lo que se busca es que, en lo posible, los asuntos se resuelvan en sede administrativa y únicamente en caso extremo sea necesario acudir al juez. Si esto ocurre, las partes comparecerán ante un nuevo juez, quien no sólo controla o revisa la legalidad de las actuaciones administrativas, sino que debe garantizar la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos cuando la Administración no cumpla con las funciones y misión que le son propias.

De otra parte, para dar una solución efectiva a la congestión judicial y, de contera, garantizar la debida implementación y puesta en marcha de la reforma sin traumatismos, se establece un ambicioso Plan Especial de Descongestión. El Consejo Superior de la Judicatura, con la participación del Consejo de Estado, deberá elaborar este Plan dentro del año siguiente a la expedición de la ley, cuyo objetivo será la terminación de todos los procesos judiciales promovidos antes de la entrada en vigencia de la reforma, en un plazo máximo de cuatro años.”²⁷

En conclusión veinte años de constitucionalismo ha colocado en primer plano de atención la defensa de los derechos y ha inspirado en la sociedad un sentimiento constitucional, basado en confianza hacia los jueces y mayor conciencia de la propia dignidad.(...) Al concebir y organizar los procedimientos administrativos en función de los derechos de toda persona, el nuevo código admite ser leído como una especie de carta de derechos ciudadanos ante la administración. Las autoridades no tienen prerrogativas sino deberes ante quienes concurren a su presencia, pues no en vano la Constitución les da la denominación genérica de servidores públicos. El código diseña un nuevo tipo de institucionalidad en virtud de la cual los funcionarios públicos, antes que el juez,

²⁷ Estudios sobre el Código, ANTECEDENTES, FINES Y PRINCIPALES REFORMAS AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Por: Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Magistrado del Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.

están llamados a proveer, en sede administrativa, la tutela efectiva de los derechos constitucionales.”²⁸

2. EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO

2.1. Los medios de control en la ley 1437 de 2011

Ahora bien, una vez mencionado tan solo uno de los aspectos novedosos de la nueva normatividad, que más que un cambio de denominación ante las anteriormente llamadas “acciones”, debe de tenerse en cuenta que para llevar a cabo el contexto de la reforma se tuvieron en cuenta varios factores como el nuevo entorno social e institucional adaptado a diferentes y modernos contextos de globalización; un nuevo esquema constitucional, pues el antiguo código fue expedido en vigencia de una anterior constitución a la que declaro al Estado Colombiano como un Estado Social de Derecho, a cambios en la concepción del juez, ampliando el campo de acción respecto de sus poderes; a cambios en la estructura organizacional de la jurisdicción contencioso administrativa, como son la implantación de mayor cobertura de acceso a la administración de justicia en más lugares del país; y a combatir la congestión judicial que tantos dolores de cabeza ha causado no solo a los operadores judiciales sino y por obvias razones a los administrados quienes claman por una justicia eficiente y pronta. En este orden de ideas, se buscó rediseñar el Código, buscando otras alternativas y exportando ideas del derecho comparado, con el único fin de que los procesos judiciales sean resueltos de manera más rápida pero sin disminuir la calidad de las correspondientes decisiones.

Con todo, y como ya se ha mencionado, la filosofía de la nueva normatividad se destaca en la búsqueda de reducción de las causas de las

²⁸Ibidem. EL NUEVO CÓDIGO ADMINISTRATIVO DE COLOMBIA, CARTA DE DERECHOS CIUDADANOS Por: Augusto Hernández Becerra.
https://www.google.com.co/url?sa=f&rct=j&url=http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci_vmda/ponencias/AugustoHernandezBecerra.pdf&q=&esrc=s&ei=yYkBUd-rOlrW9QTBxICYDA&usg=AFQjCNESRhRTWn0_3yOD-yUCkzLD0zLdqA

controversias al interior de la administración, esto con el fin de que no exista congestión judicial, toda vez que de esta forma se le evitaría al ciudadano tener que poner su caso en manos de un Juez de la Republica. Adicionalmente, otras de las innovaciones más relevantes que pertinente es mencionar, es la unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado, el precedente jurisprudencial, la implementación de la oralidad, y sin lugar a dudas el tema de las Medidas Cautelares, como garantías para las dos partes, pues con estas se busca proteger y garantizar los derechos de las partes y principalmente de la demandante, en el sentido de que se pretende garantizar el cumplimiento efectivo y no ilusorio de la sentencia. Dichas medidas desde luego también garantizan los derechos de la entidad estatal cuando actúa como demandante, especialmente en casos contractuales en los que el patrimonio del contratista incumplido puede ser inexistente al momento de proferirse una sentencia.

Bajo este entendido, se introduce el juicio de ponderación como elemento para que el juez defina si se justifica o no decretar cualquier medida cautelar.

2.2. Las medidas cautelares

Para la fecha en que se expide el nuevo Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el juez encargado del juzgamiento de todas las actuaciones del Estado, excepción hecha de la judicial y la legislativa, dada su competencia edificada en el factor subjetivo u orgánico, ostentaba diferentes poderes, según el proceso que estuviera tramitando. Los más amplios para ordenar medidas cautelares en el trámite de las acciones populares y de tutela, donde los derechos a proteger ostentan una especial categoría (fundamentales y colectivos), al punto de que incluso están concebidas medidas innominadas y que le permiten al juez dar a la administración las órdenes que considere necesarias para lograr la protección inmediata de esos derechos, cuando a ello haya lugar, , en consonancia con las órdenes que a su vez puede dar en la sentencia y que son de la más amplia gama.

Los medios procesales para la protección de derechos de especial categoría también comportan radical importancia en la actividad de la administración, en tanto que hoy en día cabe la posibilidad de que la presunta conducta vulnerante de los derechos fundamentales o colectivos, resulta contingible por medio de las medidas cautelares. No obstante hasta hace algunos meses, resultaba incomprensible que en los procesos ordinarios, esto es aquellos adelantados con ocasión del ejercicio de los distintos medios de control tradicionales consagrados en el nuevo Código, pues siempre se entendido como que este tipo de controversias se surten ante una jurisdicción cultural y tradicionalmente mal llamada “rogada”.

Estos medios destinados al control de la actividad de la administración en sus más diversas manifestaciones, pueden intervenir en todas y cada una de las actuaciones de la administración, pues su filosofía es la de prevenir la consumación de conductas que puedan llegar a conculcar ciertos derechos de los administrados.

Esta situación incide directamente en la congestión que afecta a esta jurisdicción, dado que con seguridad se disminuirá el número de eventualidades donde el administrado haga uso de las acciones denominadas constitucionales, toda vez que con la reforma se pretenden varios propósitos: (i) lograr la tutela judicial efectiva, distorsionada por la demora de que adolece esta jurisdicción en el trámite de sus procesos, dada la inmanejable congestión que en ella existe, derivada de la gran demanda de los usuarios de justicia, frente al sistemático desconocimiento, por parte de la administración, de los derechos que los administrados reclaman ante ella; (ii) unificar los poderes que puede ejercer el juez de lo contencioso administrativo, tanto cuando actúa en busca de la protección de derechos de especial categoría, como cuando actúa en el trámite de un proceso en el cual se han formulado pretensiones que tienden a controlar la actuación del Estado, en tanto vulnerante de derechos subjetivos amparados

en las leyes; (iii) regular los requisitos para decretar medidas cautelares en los juicios destinados a la protección de derechos de especial categoría y (iv) regular, de manera precisa, los poderes del juez en relación con las medidas cautelares, en lo que concierne a su determinación, descripción, proceso y responsabilidad tanto de quien las solicita como de su destinatario.

2.2.1. Las medidas cautelares en la ley 1437 de 2011

Las medidas cautelares han sido ideadas a través de la historia, como una garantía puesta al servicio de la justicia, para evitar que durante el tiempo que cierta controversia tome para resuelta, se ocasione algún tipo de perjuicio, en este caso con connotación de irremediable; ello es, como una justicia mediata e instrumental, como una garantía de la garantía, en síntesis, como una justicia provisional que busca dotar de eficacia y fuerza a la tutela judicial efectiva y definitiva.

Adicionalmente a esto se busca una aproximación a un modelo jurisdiccional ideal dentro de un estado social de derecho, donde los estrados judiciales administren justicia de forma casi inmediata. De otra parte, tenemos que el derecho a la justicia se garantiza, en los términos de la Constitución Política de 1991 y de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, únicamente cuando se suministran herramientas judiciales efectivas que tengan la potencialidad de producir resultados prácticos; es decir bajo el imperio de una justicia material, reflejada en la eficacia y en la disminución de decisiones nugatorias.

Dentro de este contexto, y al no existir impedimentos de índole constitucional, que puedan torpedear la protección cautelar como elemento del derecho fundamental a la justicia y a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos, acertada es la reforma incorporada en el nuevo Código Contencioso, que propende por el reconocimiento y garantía de un amparo judicial suficiente para

hacer realidad el ilustrativo postulado enunciado por el Tribunal de Luxemburgo en el sentido de que *“la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón”*^{29,30}

Al menos de esta manera lo conciben los integrantes de la máxima autoridad en lo Contencioso de nuestro país, al pronunciarse sobre esta institución del derecho, cuando sostienen que *“La aludida corriente encaminada a incluir como elemento integrante del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia –o, en otros términos, del derecho a una tutela o a un amparo judicial efectivo- el derecho a una protección cautelar eficaz para garantizar el apropiado cumplimiento, así como la utilidad práctica y real de las decisiones judiciales definitivas, ha conducido, como lo recoge el plexo normativo contenido entre los artículos 229 a 241 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –en adelante, CPA y CCA-, a que ahora el juez no solamente tendrá a su alcance ordenar la clásica cautela negativa consistente en la suspensión provisional del acto administrativo, sino que igualmente cuenta a su haber con un vasto elenco de medidas cautelares positivas –preventivas, conservativas o anticipativas- que comprende todas “las medidas cautelares que considere necesitarías para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y a la efectividad de la sentencia”, en los términos del inciso primero in fine del artículo 229 CPA y CCA.”*³¹

2.3. Origen

El origen de las cautelas se remonta al derecho romano, en donde si bien no se concebían como en la actualidad, contaba con ciertas instituciones parecidas y que cumplían con similares objetivos a las de hoy en día. Ejemplo de ellas era la *Pignoris capio*, que consistía en un procedimiento por el cual el

²⁹ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto Factortame, auto del 19 de junio de 1990.

³⁰ Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo – Memorias. Pág. 327-328.

³¹ Ibídem.

acreedor tomaba a título de garantía ciertos bienes del deudor para obligarle a pagar su deuda. Era un camino excepcional del que sólo se podía usar en pequeño número de casos, determinados algunos por la costumbre, y otros por la ley . Por la costumbre tal derecho correspondía al soldado contra quien debía entregar el dinero para adquirir su caballo o debía pagar el forraje o alimento del mismo, y en otros supuestos, en favor de los publicanos y del que hubiese entregado un animal para un sacrificio y no recibiese el precio.³²

Muchos siglos han transcurrido desde entonces y las cautelas han sido objeto de numerosos análisis de la doctrina nacional y extranjera. En Colombia y en la generalidad de las legislaciones del mundo, la medida cautelar más arraigada es la que dentro del proceso ejecutivo permite el embargo y secuestro de los bienes muebles e inmuebles de propiedad del demandado, siguiendo los lineamientos del Art. 513 del C.P.C. Pero en este momento llama la atención el tema en punto de las reformas producidas durante los dos últimos años, en las que el hacedor de leyes ha señalado cambios en torno a las medidas cautelares, unas veces para darles fuerza, otras para reducir su ámbito de ampliación, dentro de los denominados procesos declarativos, denotando ausencia de una verdadera política legislativa en esta materia, predominando más los intereses de los grupos de poder económico que el análisis sistemático de la institución.

Así las cosas, a modo de símil y según la interpretación de algunos autores, podemos remontarnos a las "Siete Partidas", sancionadas por el Rey Alfonso "El Sabio", específicamente en la Tercera; norma sobre materia procesal en donde se establecía que si el demandado enajenaba la cosa después del emplazamiento, la enajenación era nula, en consecuencia el comprador debía perder el precio que había pagado por ésta, siempre y cuando hubiera tenido conocimiento previo de la demanda; es así que se nos asemeja al secuestro de

³²http://www.wikilearning.com/articulo/medidas_cautelares_en_el_derecho_procesal_civil_colombiano-medidas_cautelares_desmedidas/23794-2

la cosa litigiosa –derecho civil-, prohibiendo al demandado disponer de la cosa sobre la cual versa la litis.

En España, la medida cautelar es el fiel reflejo del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 de la Constitución española de 1978³³.

La medida cautelar por excelencia en el Derecho Administrativo ha sido la Suspensión de los efectos del Acto o Resolución administrativos³⁴.

En el Derecho Comunitario ha tenido su origen las medidas positivas, tendientes a que ciertas autorizaciones administrativas sean ordenadas por orden judicial a pesar de la denegación del órgano administrativo competente³⁵.

³³ <http://www.valencianet.com/constitucion/constt1.htm#a24> - La **Constitución española de 1978** es la norma suprema del ordenamiento jurídico del Reino de España, a la que están sujetos los poderes públicos y los ciudadanos de España en vigor desde el 29 de diciembre de 1978.

³⁴ **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, Bogotá, D.C., primero (1) de marzo de dos mil doce (2012). Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00046-00(0171-11), **Actor: CLAUDIA PATRICIA RUIZ EUSSE**, Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

“... la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, tratándose de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es una medida cautelar inherente a las funciones de control preventivo de constitucionalidad y legalidad de dichos actos, prevista para velar por la integridad del ordenamiento jurídico, evitando de esta manera que las decisiones manifiestamente contrarias al orden superior y generadoras de un perjuicio para sus destinatarios, sigan produciendo efectos mientras se toma una decisión de fondo. Descendiendo al caso concreto, la accionante alegó para sustentar la petición de suspensión provisional, que con la expedición de los actos enjuiciados no se atendieron los términos procesales, se desconoció el principio de presunción de inocencia, se le condenó por una conducta atípica y no se respetó su derecho de contradicción. Ahora bien, el Despacho no advierte la violación de las normas del orden superior alegadas como infringidas de su comparación inicial con las decisiones administrativas impugnadas. Lo anterior, por cuanto para poder establecer si la investigación disciplinaria se adelantó fuera de términos y si esta situación constituyó una irregularidad de tal entidad que el derecho al debido proceso de la demandante se vio afectado, o si tampoco se garantizó su derecho de contradicción, es necesario realizar un examen minucioso de los antecedentes administrativos que dieron lugar a su expedición, análisis que es propio de la sentencia con la cual se resuelve en forma definitiva la controversia. Aunado a esto último, sólo después de que se surtan las etapas del proceso, en especial la probatoria, es posible determinar si a la luz de la ley disciplinaria vigente y los principios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, se configuraba la conducta considerada como delictiva por la Procuraduría General de la Nación, y por ende, si ésta podía ejercer la facultad disciplinaria e imponer la sanción en los términos que lo hizo.”

En el Ecuador, por su parte, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional³⁶, norma cuya finalidad es garantizar los derechos reconocidos en la Constitución, indica que la finalidad de las garantías es la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Carta Magna y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Ahora bien dejando de lado la proveniencia de las medidas cautelares, pertinente es mencionar que su concepto surge inicialmente en el ámbito del derecho procesal privado, y se refiere precisamente a las medidas que está facultado para decretar un órgano jurisdiccional, a solicitud de las partes o inclusive de oficio, con el fin de conservar la materia objeto del proceso y garantizar la eficacia de la eventual decisión de fondo³⁷; más sin embargo en aplicación de este tipo de disposiciones en la modalidad “de oficio”, muy seguramente recaería el problema de ponderar a quien le corresponde la caución, y ¿sobre quien la responsabilidad en caso de causar algún tipo de perjuicio?

2.4. Naturaleza jurídica

Desde el ángulo de las partes, la utilidad de este tipo de medidas, se gesta bajo la filosofía de evitar la consumación de posibles daños graves, irreparables o de difícil reparación, hasta en tanto es dictada la sentencia definitiva. Así las cosas, tanto la doctrina como la jurisprudencia utilizan las nociones de proceso, medida, acción, pretensión, providencia o sentencia para referirse al instituto cautelar. No existe, en tal sentido, un criterio uniforme respecto a su naturaleza jurídica. En primer lugar, se comparte la postura señalada por varios autores que excluye la calificación de acción, dado que desde una concepción moderna, la

³⁵ http://ec.europa.eu/civiljustice/interim_measures/interim_measures_ec_es.htm

³⁶ www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org2.pdf

³⁷ Fix-Zamudio, Héctor y Ovalle Favela, José, “Medidas Cautelares”, Diccionario Jurídico Mexicano, México, Porrúa-UNAM, 2001, t. I-O, p. 2484.

acción impide su fraccionamiento, más sin embargo, a efectos de determinar la naturaleza jurídica de las medidas cautelares, se debe precisar, en efecto, si se trata de pretensiones procesales dentro de un proceso, o si estamos en presencia de un proceso judicial autónomo, aunque accesorio de un proceso principal y definitivo.

Así entonces, la polémica se centra en determinar, sí la medida cautelar es autónoma o independiente, o comporta una actuación procesal vinculada a un proceso principal.

La primera de las corrientes reconoce su influencia en CALAMANDREI, autor que entiende que no se debe hablar de proceso cautelar sino de providencias cautelares, dado que el instituto cautelar no tiene una estructura exterior constante que permita considerarlo formalmente como un tipo separado. Desde esta perspectiva, el proceso cautelar exhibe una peculiar estructura que lo distingue de otros procesos, y su caracterización no resulta superficial, aunque este último criterio no se opone a la existencia de un verdadero proceso cautelar independiente; es decir, si bien el trámite procesal de este tipo de disposiciones, se surte de forma independiente, también lo es que su análisis de fondo y sus garantías, están sujetas según el principio de congruencia, a una litis principal, que es entre otras cosas, donde se plantean todas las particularidades que rodean el caso concreto.

Para Calamandrei, la providencia cautelar es la anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma. Son un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho. Esto es, son, con relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, “instrumento del instrumento”.³⁸

³⁸ Ídem.

*“Las medidas cautelares tienen por objeto que el tiempo transcurrido en el proceso no afecte intereses que son de mayor valía para la comunidad, o no causen un agravio a un interés subjetivo, en este último evento a partir del buen derecho del demandante y el peligro de la mora (fumus boni iuris e periculum in mora). En el diseño legislativo actual en Colombia, estas medidas varían según la pretensión formulada para el enjuiciamiento de las actuaciones de la administración y a partir de la mayor o menor certeza sobre la existencia del derecho pretendido.”*³⁹

En tal sentido, se entiende que a efectos de determinar la naturaleza jurídica de las medidas cautelares, se debe precisar, en efecto, si se trata de pretensiones procesales dentro de un proceso, o si estamos en presencia de un proceso judicial autónomo, aunque accesorio de un proceso principal y definitivo.

2.5. Las medidas cautelares como derivación de la tutela judicial efectiva

El objetivo de la modificación a parte Contenciosa Administrativa, conduce indefectiblemente a la búsqueda de la tutela judicial efectiva; es decir, a aquel derecho con rango de constitucional y fundamental conforme lo han reconocido las altas Cortes de nuestro país, bajo el entendido y la noción del derecho que toda persona tiene, para acudir ante la Administración de Justicia y obtener de ella una respuesta de fondo motivada y adecuada a las fuentes del derecho y a las pretensiones formuladas, de manera autónoma, independiente e imparcial y dentro de un plazo razonable y de otro lado, como el deber del Estado de prestar un servicio público continuo, eficiente y eficaz en este ámbito.

³⁹ Las medidas cautelares, Medidas cautelares ante la jurisdicción administrativa en Colombia Ruth Stella Correa Palacio, Consejera de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.

Dentro de esta nueva concepción de un derecho administrativo y contencioso administrativo constitucionalizado, hoy en día podemos hablar de un actor que media por garantizar los presupuestos del imperio de la ley: división de poderes, principio de legalidad y rol de la juridicidad de la actividad de la administración (Preámbulo, arts. 1, 2, 6, 113, 121, 122 y 230 CP), todos los cuales informan al **Estado Social de Derecho**, justifica y es la razón de ser de la jurisdicción, la cual acusa un carácter pretoriano en amplios campos de su jurisprudencia lo que supone que es un pilar básico en la aplicación del principio de legalidad, dado que privilegia su vigencia y orienta su aplicación en las decisiones judiciales (230 CP), en procura de la efectividad de los derechos y garantías de los asociados.

De ahí que, la existencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en Colombia se haga cada vez más notable como órgano especializado de la Rama Judicial encargado del control de legalidad y garantía de acceso a la justicia de los administrados eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo, lo cual entre otras cosas, es una de las manifestaciones de la tutela judicial efectiva, además de obtener una sentencia de fondo; es decir motivada y en un tiempo razonable.

La tutela judicial efectiva se vincula al Estado Social de Derecho, mismo que se caracteriza por el sometimiento de todos sus actores, llámense administración o administrados, al imperio de la ley, entendiéndose que de parte y parte ha de realizarse el mejor esfuerzo por alcanzar los propósitos constitucionales. En el caso de la administración de justicia, la garantía de estos principios puede reflejarse en la seguridad jurídica, o en otras palabras cuando el sistema institucional funciona en términos iguales para todos a través de normas claras y susceptibles de ser conocidas por todos, y con una cobertura jurisdiccional con suficiente celeridad para que la pretensión concedida, no se torne nugatoria o incumplible.

En dicho contexto, si bien esta jurisdicción ejerce, entonces, de manera especial y continua el juzgamiento de las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas y con otras excepciones, también lo es que el derecho de acceso a la justicia tiene sus impedimentos para ser garantizado, estos son la existencia de obstáculos tales como la desigual distribución geográfica de los despachos judiciales; la complejidad de interpretación o desactualización de la legislación procesal; el desconocimiento por parte de algunas autoridades, de los derechos de los administrados, de la ley y de las interpretaciones jurisprudenciales; la deficiente asistencia técnico jurídica, especialmente para los sectores menos favorecidos; la carencia de una cultura ciudadana básica y los altos costos implícitos en la operación del sistema, entre otros.

Corolario de todo lo anterior, y dentro de este plano jurídico moderno donde prima la esencia de los principios más que de los derechos, no estaría fuera de tono sostener que estamos frente al rompimiento del mito de la jurisdicción rogada, pues con la nueva concepción del derecho como herramienta para una justa y tranquila convivencia ciudadana, la tutela judicial efectiva también se ha visto reflejada a través de la eficacia de los procesos judiciales, evitando fallos inhibitorios y consiguiendo un trámite célere, pronto y razonable al interior de la Jurisdicción Contenciosa, máxime en estos tiempos, cuando se cuenta con nuevas herramientas que propenden por el adecuado acceso a la administración de justicia en términos de eficiencia, celeridad y equidad; pues fue de esta manera como el legislador exteriorizó la voluntad de actualizar la normatividad anterior, expidiendo la ley 1437 de 2011, en la cual ya se avistan grandes pasos estratégicos, que conllevan a reflexionar sobre una nueva cultura y un nuevo lenguaje garantista de derechos fundamentales y más aun cuando se cuenta de instrumentos para su materialización, como con son las medidas cautelares.

2.6. Perfiles generales

Las medidas cautelares en el nuevo ordenamiento jurídico contencioso administrativo, tienen amplias similitudes con las que han venido siendo estudiadas dentro de las llamadas acciones constitucionales, ya sea por los *sujetos* de la relación procesal, o por su objeto de buscar la no configuración de un perjuicio irremediable, o al menos atenuar uno que ya se esté causando.

Estas herramientas, originalmente fueron concebidas para la protección de bienes patrimoniales, pero actualmente y con la innovadora tendencia constitucionalista del derecho, su campo de aplicación y de efectos se extiende hacia la preservación de los derechos humanos garantizados tanto en la Constitución como en instrumentos internacionales de protección de los mismos, donde se han venido conociendo bajo la denominación de medidas “*urgentes y provisionales*”, principalmente en los casos en que la vida de los administrados corre peligro o sus derechos están frente a situaciones que los amenazan con ser gravemente lesionados.

Dentro de las innovaciones que consigo trae la ley 1437 de 2011, si bien se destaca la implementación de la oralidad, también la inclusión de las medidas cautelares como instrumentos para lograr la tutela judicial efectiva. Son pocos los antecedentes que se tiene sobre este particular en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, más sin embargo fue solamente hasta el 2 de julio del presente año cuando entró en vigencia la norma referida, otorgando a jueces y magistrados la facultad de utilizar esta importante herramienta, de cuya instrumentalidad solamente se conocía dentro de las llamadas “acciones constitucionales”.

Así las cosas, y debido a que se trata de una temática de amplio espectro de aplicación sustancial y procesalmente hablando, se hace necesario examinar cuales son los perfiles generales de esta novedosa herramienta con la que

contará el administrador de justicia, y cuya implementación sin duda obedece a la constitucionalización del derecho contencioso administrativo, sin dejar de lado, que dentro de la nueva normatividad se incluye otros cambios trascendentales, mismos que reflejan la voluntad exteriorizada del legislador, para que el cumplimiento de los fines del Estado respecto de los administrados, se traduzca como una tutela efectiva de los derechos fundamentales que suelen resultar involucrados como potencialmente afectados dentro los determinados litigios que se suscitan comúnmente dentro de la relación pública y privada y viceversa.

Se parte de la convicción que el Estado se encuentra en la necesidad de procurar justicia al perseguir el reembolso y/o la indemnización del daño que padece por pagar la obligación de otro⁴⁰. En este sentido, el Llamamiento en Garantía y la Acción de Repetición, en materia administrativa, son un derecho y a la vez un deber del Estado para lograr el reembolso de lo pagado como consecuencia de un reconocimiento indemnizatorio ante una situación causada por un agente público que de manera previa se haya demandado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y que esta lo haya declarado por medio de sentencia, e inclusive mediante conciliación extrajudicial.

2.7. Definición

Cautelar (del latín *cautela*) es un verbo transitivo, que significa “prevenir”, “precaver”. Y *cautela* (del latín *cautela*, de *catus*, *cauto*) “precaución y reserva con que se procede” (...). Cautelar, adjetivo derivado de preventivo, precautorio. “Dícese de las medidas o reglas para prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo”⁴¹. A su vez el término “*precaver*, prevenir un riesgo, daño o peligro, para guardarse de él y evitarlo”⁴².

⁴⁰ En el caso de esta monografía el “otro” que causa el daño que repara injustamente el Estado es cualquier funcionario del ente territorial municipio

⁴¹ Diccionario de la Lengua Española, 21ª ed., t. I, Real Academia Española, 2ª ed., España, Editorial Espasa-Calpe, S.A., 1992, p. 444.

⁴² Diccionario de la Lengua Española, ob. Cit., t.v, Pág. 1095.

RAFAEL ORTIZ ORTIZ, citando a CASTAGNET Y BARLUENGA, comenta que el término “cautelar, también da la idea de anticipación de lo “por venir” y de “interinidad”, es el mismo sentido de la palabra “precautoria”⁴³.

Medida (de medir). “Acción y efecto de medir. *Proporción* o correspondencia de una cosa con otra”. GUILLERMO CABANELLAS se refiere a la expresión “*Tomar medidas*” diciendo que es “adoptar las disposiciones o dar las órdenes que las circunstancias impongan; de modo singular, para restablecer el orden, corar el abuso, restablecer la confianza o la disciplina”⁴⁴.

Como corolario puede decirse que por medidas cautelares se entiende “adoptar las disposiciones para prevenir un daño o peligro cuando las circunstancias lo impongan”; es en el escenario del derecho procesal en el que se conceptualizan otras instituciones jurídicas.

2.8. Antecedentes

Las medidas cautelares se desenvuelven en el Derecho Romano a partir de las órdenes del pretor, principalmente en los denominados interdictos posesorios⁴⁵, que resultan ser las figuras paradigmáticas de la medida cautelar.

⁴³ ORTIZ ORTIZ Rafael, El poder cautelar general y las medidas innominadas, 2ª ed., Caracas, Editorial Fronesis S.A., 2002, Pág. 123.

⁴⁴ CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico del Derecho Usual, t.v, 16ª ed., Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1991, Pág. 368.

⁴⁵ Diccionario enciclopédico popular ilustrado Salvat (1906-1914)

Interdictos Posesorios, se refieren a Inmuebles, exclusivamente, son cuatro:

Interdicto de retener la posesión e Interdicto de recuperar la posesión. El que procede cuando el que se halle en la posesión o en la tenencia de una cosa haya sido perturbado en ella por actos que manifiesten la intención de inquietarle o despojarle o cuando haya sido despojado de dicha posesión o tenencia.

Interdicto de obra nueva. Es aquél en virtud del cual el juez dicta providencia acordando que se requiere al dueño de la obra para que la suspenda en el estado en que se halle bajo apercibimiento de demolición de lo que edifique.

Estos interdictos u órdenes del magistrado popular disponen principalmente la prohibición romano, básicamente como medidas urgentes destinadas a impedir que se consumen daños de difícil reparación.

Estos procedimientos se conjugan con una extensa variedad de acciones populares, que autorizan una legitimación procesal ampliada. Algunas de estas acciones populares persisten en nuestro derecho civil, como la contemplada en las acciones posesorias, especialmente la denuncia “de obra nueva”⁴⁶ cualquier persona puede solicitar estas medidas para prevenir un daño inminente. En Colombia, esta disposición se aprovechó exitosamente para impedir la ocurrencia de daños ambientales.

Las medidas cautelares concedidas en las acciones populares del Derecho Romano se refieren a contextos de bienes que se podrían denominar impropriamente como atinentes al Derecho Público, incluyendo los llamados bienes sacros, lugares funerarios, entre otros.

Interdicto de obra peligrosa. El que se propone la adopción de medidas urgentes de precaución a fin de evitar los riesgos que pueda ocasionar el mal estado de algún edificio o cualquier otro objeto análogo cuya caída pueda ocasionar daño a las personas o a las cosas o bien que se propone la dominación total o parcial de una obra ruinosa.

⁴⁶ **CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO**, Ley 57 de 1887, art. 4o. Con arreglo al artículo 52 de la Constitución de la República, declárase incorporado en el Código Civil el Título III (arts. 19-52) de la misma Constitución. Sancionado el 26 de mayo de 1873 TITULO XIV. - DE ALGUNAS ACCIONES POSESORIAS ESPECIALES

“ARTICULO 986. DENUNCIA DE OBRA NUEVA. *El poseedor tiene derecho para pedir que se prohíba toda obra nueva que se trate de construir sobre el suelo de que está en posesión. Pero no tendrá el derecho de denunciar con este fin las obras necesarias para precaver la ruina de un edificio, acueducto, canal, puente, acequia, etc., con tal que en lo que puedan incomodarle se reduzcan a lo estrictamente necesario, y que, terminadas, se restituyan las cosas al estado anterior a costa del dueño de las obras.*

Tampoco tendrá derecho para embarazar los trabajos conducentes a mantener la debida limpieza en los caminos, cañerías, acequias, etc.”

2.9. En el derecho comparado

Así como las medidas cautelares han brillado por su presencia en algunas de las jurisdicciones en el ordenamiento legal de Colombia; en Francia, en España, en algunos países latinoamericanos, y en el sistema anglosajón, han sido también de gran importancia. Por tal razón, y teniendo en cuenta que Colombia acogió totalmente el sistema francés de derecho administrativo, creando una jurisdicción contencioso administrativa, raro era que esta figura no haya sido adoptada sino hasta ahora cuando se ha dado la reforma que terminó con la promulgación de la ley 1437 de 2011.

2.9.1. En el sistema jurídico Francés:

Antes de tratar el tema específico es importante recordar, que en el régimen francés se carece de un código contencioso administrativo general en el cual se contengan las reglas sobre el procedimiento administrativo, y de figuras jurídicas como la suspensión provisional. Ello sin duda obedece a la característica esencial de ser un régimen jurisprudencial, por oposición al régimen legislado de derecho administrativo que rige en nuestro País.

Evidentemente uno de los rasgos esenciales del denominado "*droit administratif*", es la figura la de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos que pueden decretar los Tribunales Administrativos Franceses. Como todas las grandes instituciones del derecho administrativo, tal figura fue de creación del Consejo de Estado Francés y se denominó "*Sursis a execution*", que equivale a obtener un aplazamiento de la ejecución del acto cuando el accionante plantea en forma seria que se le causarán graves perjuicios, y la ejecución del acto puede generar consecuencias difícilmente reparables.

Jean Rivero⁴⁷ exponía que “El procedimiento de suspensión. Tiende a obtener del juez que ordene a la administración suspender la ejecución hasta que haya decidido el fondo, sin embargo El Consejo de Estado, Exige, para pronunciar la suspensión, que la ejecución deba causar un daño difícilmente reparable. Sobre todo, subordina su decisión a un primer examen del fondo, acordando la suspensión solo en caso de que las razones invocadas parezcan serias”.

2.9.2. En el sistema jurídico Español⁴⁸:

El tema de las medidas cautelares resulta muy actual en el régimen español, dado que a partir de la expedición de la Ley 29 del 13 de julio de 1998, reguladora de los procedimientos en la justicia contencioso administrativa española, se estableció la posibilidad de que las partes soliciten en cualquier etapa, y el Juez así lo decreta, la aplicación de cualquier medida cautelar para asegurar la efectividad de la eventual sentencia. Dentro de tales medidas se encuentra contenida la posibilidad de solicitar la suspensión de los efectos jurídicos.

Igualmente, los interesados pueden solicitar, sin necesidad de presentar demanda, se ordene la suspensión de los efectos de un acto administrativo si se considera que su ejecución lesiona derechos fundamentales de los accionantes.

⁴⁷ robiadministrativo.blogspot.com/.../la-medida-cautelar-de-suspension..

⁴⁸ Chinchilla Marín, Carmen, “Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo en España”, en Damsky, Isaac Augusto (h), López Olvera, Miguel Alejandro y Pérez Cruz, Xóchitl Raquel G. (coords.), Las medidas cautelares en el proceso administrativo en Iberoamérica, México, Asociación de Magistrados de Tribunales de lo Contencioso Administrativo de los Estados Unidos Mexicanos A. C., 2009, <http://www.amtcaeum.com.mx/archivos/Libros/medidascautelarias/4.pdf>

2.9.3. En el sistema Anglosajón⁴⁹:

Como se sabe, en términos generales el sistema jurídico anglosajón, conocido como el “common law”, se ha presentado como un modelo opuesto al sistema jurídico francés de derecho legislado, que ha sido seguido por la mayoría de países europeos y latinoamericanos. En este sentido se tiene que en el régimen jurídico inglés y norteamericano se establecen dos premisas:

1. No existe un sistema de normas especiales para regular la actividad de la Administración,

2. Los conflictos judiciales con la Administración Pública se someten al conocimiento del mismo juez común de los particulares.

Lo anterior, evidencia que en el sistema anglosajón la posibilidad de solicitar la suspensión de los efectos de los actos administrativos, se somete a las mismas acciones judiciales y recursos procesales que se pueden utilizar entre particulares, y es el juez común el que puede decretar la medida cautelar de suspensión.

Así se tiene que los medios de control judicial de los efectos de los actos administrativos:

a.-) *Writ of mandamus*. Este medio, muy similar a la acción de cumplimiento contenida en el artículo 88 de la Constitución de 1991, permite que un Tribunal le ordene a un funcionario administrativo que realice una función propia de sus competencias.

b.-) *Injunction*. A través de este mecanismo el Juez le ordena o prohíbe a una autoridad administrativa que continúe con un procedimiento o que termine un

⁴⁹ <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v15/art09.pdf>

estado de cosas ostensiblemente injusto. Es a través de este mecanismo que se puede obtener la suspensión provisional de actos o actuaciones administrativas.

c.-) *Declaration o Declaratory Judgment*. Es un medio muy amplio que sirve para solicitar al Juez una declaración anticipada sobre los derechos en conflicto. Se puede utilizar contra funcionarios, corporaciones o autoridades.

2.9.4. En el sistema legal de la república de Venezuela:

En el modelo de derecho administrativo venezolano, el cual carece de jurisdicción contencioso administrativa especializada como la Colombiana, pero sí cuenta con jueces administrativos incluidos en la jurisdicción ordinaria, se tiene que en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1977⁵⁰, se consagró la posibilidad de que se decrete la suspensión temporal de los efectos del acto administrativo que es objeto de demanda. Resta señalar que esta acción de amparo resulta similar a nuestra acción de tutela, ya reseñada en este escrito, y por tratarse de un instrumento excepcional para proteger derechos constitucionales fundamentales, permite al juez suspender actos administrativos sin entrar en las mismas consideraciones del juez administrativo sobre la presunción de legalidad del acto administrativo.

2.9.5. En el sistema legal de la república de Argentina:

Si bien en el derecho procesal argentino desde mucho antes se acepta la posibilidad de dictar medidas cautelares contra la administración pública,⁵¹ en los últimos años, las decisiones cautelares adquirieron una gravitación inusitada en el proceso administrativo. Además, se amplió su espectro, puesto que hoy no se limitan a la suspensión de los efectos del acto, sino que también son admisibles,

⁵⁰ <http://www.badellgrau.com/?pag=27&ct=1169>

⁵¹ BIELSA, Rafael, *Sobre lo contencioso administrativo*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1954, p. 98; Spota, Alberto G., "La concesión de servicios públicos y la orden de no innovar", JA, 1942-IV, 786, entre otros.

sin mayores cortapisas, las medidas cautelares positivas. Ello sucedió básicamente por tres motivos: a) la irrazonable lentitud de los procesos — administrativos y judiciales—; b) los daños que puede causar la ejecución del acto administrativo antes de su revisión, y c) el estado de desprotección, hasta de indigencia, en que se encuentra gran parte de la población.

Al resultar un medio idóneo para remediar estas situaciones de conflicto, las medidas cautelares se alzan como una herramienta imprescindible ante la necesidad de hacer justicia en tiempo oportuno, preservando el derecho sustantivo. Es decir, van más allá del derecho a la tutela judicial efectiva: tienen la virtualidad de resguardar -y hacer respetar- los derechos esenciales de las personas.

Pero, a la vez y por las mismas razones, requieren del juez -además de inmediatez y diligencia- la prudencia que otorga el oficio, ya que de ordinario se encuentran en juego valores que son difíciles de compatibilizar.⁵²

⁵² Este no es el único problema que debe enfrentar el juez; también debe lidiar contra la carencia de los recursos necesarios para poder cumplir su labor normalmente. En efecto, la República Argentina tiene un serio déficit de justicia administrativa en el orden federal. Para que el lector se haga una idea de la situación, basta con mencionar que en la ciudad de Buenos Aires, que tiene una población que supera los 2.776.138 de habitantes y es la sede del gobierno federal, sólo existen doce juzgados con competencia procesal administrativa y la cámara de apelaciones de ese fuero se integra con cinco salas de tres jueces cada una. Es decir, en primera instancia —que es donde generalmente se despachan las medidas cautelares—, hay aproximadamente un juez cada 231.345 habitantes. Pero estos datos se agravan si se tiene en cuenta que el área metropolitana de Buenos Aires tiene un total de 12,8 millones de habitantes, y existe una altísima tasa de afluencia diaria de la periferia hacia el centro: una situación francamente preocupante. Es cierto que en el resto del país también hay juzgados federales, pero en esos casos el nivel de litigiosidad que se registra contra el Estado es claramente inferior. Además, en dichos tribunales, ante un mismo magistrado se concentran las competencias penal, civil, comercial y administrativa; siendo evidente que la primera de ellas es la que insume mayor atención. Por otro lado, sería injusto no reconocer que en el fuero civil y comercial federal de la Capital Federal pueden encontrarse causas en las que se juzga el ejercicio de la función de administrativa, pero ello no es lo común. Esta realidad ha llevado a los abogados a optar por herramientas procesales más expeditas que el juicio ordinario, como la acción de amparo o el proceso sumarísimo. Pero no está de más aclarar que siguen siendo los mismos doce juzgados a los que nos referimos los que deben decidir estas causas, aunque ahora sujetos a brevísimos plazos procesales que muchas veces es imposible cumplir.

Por eso, sin perder de vista que los hechos de cada caso concreto determinarán la solución puntual, creo que este escenario nos impone la necesidad de reflexionar acerca de la concepción tradicional del instituto, en lo que se refiere a aquellas medidas cautelares que se dictan contra la administración pública.⁵³ No obstante, cabe advertirle al lector que aquí no encontrará conclusiones técnicas con vocación de eternidad, sino simplemente un esbozo, aunque en términos jurídicos, de la experiencia personal adquirida en los años de función en un juzgado federal con competencia en esta materia.

2.9.6. En el sistema legal de la república de México:

Debido a la infraestructura de la justicia administrativa federal en México, es para la comunidad jurídica un hecho notorio la lentitud con la que se resuelven en definitiva las controversias, lo que se traduce en el posible cambio de situación jurídica existente en el momento en que se ejerce la acción de nulidad y en el momento en que se dirime la controversia, incluso en el momento en que es jurídicamente factible la ejecución de la sentencia misma. La incorporación de las medidas cautelares forma parte de la evolución que ha tenido el contencioso administrativo federal en México, pues de ser un juicio de simple anulación, en la actualidad es un juicio de plena jurisdicción, lo que se advierte al dotar al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa de facultades para ejecutar sus sentencias y a fin de que ello sea factible, además como parte de la justicia provisional se incorporan las medidas cautelares.⁵⁴

⁵³ Esta situación tan disvaliosa ha producido un notable incremento y desarrollo de las medidas cautelares, como una alternativa a las exigencias formales que habilitan los procesos abreviados o a la inoperancia manifiesta del proceso ordinario. Es decir, todo abogado, en su sano juicio, trata de conseguir una medida cautelar porque "la justicia cuando llega tarde no es justicia," y en las condiciones que expusimos es totalmente imposible suponer que los jueces puedan llegar en tiempo propio al dictado de una sentencia que satisfaga el derecho de quien está peticionando, Gallegos Fedriani, Pablo O., "Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo", AA.VV., *Control de la administración pública*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2003, p. 345.

⁵⁴ Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 1o. de diciembre de 2005, a través del cual se expide la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, capítulo III "De las medidas cautelares", artículos 24 a 28.

La inclusión de mecanismos de ejecución de la sentencia al juicio contencioso administrativo implicó la necesidad de adoptar las medidas cautelares como complemento para hacer jurídicamente factible el cumplimiento de la sentencia, en tanto que la función jurisdiccional cumple su fin cuando la sentencia se ejecuta, y para ello resulta necesario adoptar medidas cautelares.

El artículo 17, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos refiere la garantía que tiene todo gobernado de tener derecho a una justicia expedita, completa e imparcial; esto es, constituye el sustento constitucional de la tutela judicial efectiva a la que tienen derecho todos los administrados.

En tal virtud, la satisfacción plena de las pretensiones que aduzca un particular ante los órganos encargados de la administración de justicia se alcanzará si la justicia está pronta a obrar y libre de todo estorbo, impartida en los plazos y términos que imponga la ley, esto es, cuando las decisiones jurisdiccionales estén listas en los plazos que establece la ley, agotando los puntos sujetos a debate y construyendo verdaderos monumentos a la justicia, tal y como lo considera Daniel Márquez Gómez, al analizar la naturaleza jurídica de la tutela judicial efectiva.⁵⁵

Por lo que la medida cautelar es concebida como parte del contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, atendiendo a la finalidad que persigue de asegurar la efectividad de la sentencia definitiva, para lograr así la eficacia de la justicia administrativa, incluso ha sido reconocida como parte de los derechos fundamentales del hombre. Por esa razón es que se le ha denominado “la constitucionalización de la tutela cautelar”.⁵⁶

⁵⁵ MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel, “Algunas reflexiones sobre la administración pública y la justicia administrativa. La tutela judicial efectiva”, en López Olvera, Miguel Alejandro (coord.), *Estudios en homenaje a don Alfonso Nava Negrete en sus 45 años de docencia*, México, UNAM, 2006, pp. 121-142.

⁵⁶ GONZÁLEZ CHÁVEZ, Héctor, *La suspensión del acto reclamado en amparo, desde la perspectiva de los principios de las medidas cautelares*, México, Porrúa, 2006.

2.9.7. En Colombia:

La suspensión provisional: la medida cautelar por antonomasia del contencioso-administrativo colombiano⁵⁷.

Es así, Como desde la vigencia del Código Contencioso Administrativo de 1984, se previó en el título XVII, artículo 152, la facultad para que el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos puedan suspender los efectos de los actos administrativos y la Constitución de 1991 trajo para el ordenamiento jurídico colombiano un sin número de cambios tanto sustanciales como procesales . En materia de la Administración Pública y del Derecho Administrativo se generaron unas transformaciones sustanciales, hasta el punto de considerarse que el fin esencial de la Administración Pública es la protección y eficacia de los derechos fundamentales y de los derechos económicos sociales y culturales, y por tanto el nuevo criterio que identifica a la Administración Pública y al Derecho Administrativo es la protección y efectividad de tales derechos.

Posteriormente y con la reforma que dio lugar a la expedición del nuevo código administrativo y de lo contencioso administrativo, en el Capítulo XI, se consagra un compendio de artículos que desarrollan procesalmente la institución de las medidas cautelares en los distintos medios de control que se consagran en la ley 1437 de 2011.

2.10. Efectos

Estos se desprenden dependiendo de su tipología o clasificación, es decir, si devienen de su naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa o de suspensión. Mas sin embargo, el legislador ha consagrado en el artículo 230 de la plurimencionada ley 1437 de 2011, que esta adaptación deberá tener relación

⁵⁷ CORREA, Ruth Stella, Medidas cautelares ante la jurisdicción administrativa en Colombia.

directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, 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.

E incluso el marco normativo incluye un párrafo que versa en los siguientes términos: *“Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y*

siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.”

3. CARACTERÍSTICAS

En el establecimiento de las medidas cautelares, deben observarse criterios de Instrumentalidad, variabilidad, idoneidad y proporcionalidad, pues la imposición de dichas medidas, deben conllevar al juez a la ponderación de intereses públicos del *fumus boni iuris* (apariencia de buen derecho) y *periculum in mora*⁵⁸ (peligro de un daño jurídico urgente y marginal derivado del retraso de la resolución definitiva).

El proceso cautelar cumple con los siguientes principios procesales:

- **Jurisdiccionalidad:** Todo proceso cautelar debe estar controlado o legitimado por un juez (Juez de Control).
- **Igualdad (equidad procesal):** Las partes procesales tienen las mismas oportunidades de solicitar o contra-argumentar la procedencia de cualquier medida cautelar.
- **Buena fe y lealtad de las partes:** Toda parte procesal se conduce con probidad en sus actuaciones, con manifestaciones de verdad; salvo prueba en contrario. Para la procedencia de una medida cautelar, el sujeto se legitima con la asistencia de la razón.⁵⁹
- **Congruencia:** Externa: Toda medida cautelar debe coincidir con las pretensiones del demandante.

⁵⁸ CORREA, Ruth Stella. Medidas Cautelares ante la Jurisdicción Administrativa en Colombia. Consultado en: 190.24.134.67/pce/memorias/medidas%20cautelares.pdf

⁵⁹ Por ejemplo, en un asunto de violación, la víctima dice la verdad, para someter al indiciado a una investigación judicial con medida cautelar consistente en prisión preventiva oficiosa.

- **Inmediación:** En el otorgamiento o en la revisión de las medidas cautelares, el Juez de Control debe interactuar con las partes procesales.
- **Disposición procesal:** Las medidas cautelares están a disposición de ser imploradas por cualquiera de las partes que tengan interés jurídico de que se asegure un determinado bien, servicio, derecho o persona. Esta disposición debe estar facultada de manera expresa por ley procesal.

3.1. Fumus boni iuris y periculum in mora

La H. Corte Constitucional en Sentencia C-490/00⁶⁰ sostuvo que: “... La Constitución pretende asegurar una administración de justicia diligente y eficaz (CP art. 228). Y no podía ser de otra forma pues el Estado de derecho supone una pronta y cumplida justicia. Esto significa no sólo que los jueces deben adoptar sus decisiones en los términos establecidos por la ley, sino que, además, sus decisiones deben ser ejecutadas y cumplidas, ya que poco sentido tendría que los jueces resolvieran las controversias, pero sus decisiones resultarían inoportunas en la práctica, al no poder ser materialmente ejecutadas. Ahora bien, el inevitable tiempo que dura un proceso puede a veces provocar daños irreversibles, o difícilmente reparables, en el derecho pretendido por un demandante. Es entonces necesario que el ordenamiento establezca dispositivos para prevenir esas afectaciones al bien o derecho controvertido, a fin de evitar que la decisión judicial sea vana. Y tales son precisamente las medidas cautelares, que son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento

⁶⁰ Sala Plena de la Corte Constitucional, Sentencia C-490/00 - Referencia: expediente D-2650. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 327 y 513 del Código de Procedimiento Civil (parciales), modificados por el decreto 2282 de 1989, artículo 1º numerales 153 y 272. Actor: Rodrigo Ocampo Ossa. Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO - Santa Fe de Bogotá, cuatro (4) de mayo de dos mil (2000).

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

De otro lado, la Carta busca asegurar un acceso efectivo e igual a todas las personas a la justicia (CP art. 229), y es obvio que ese acceso no debe ser puramente formal. Las personas tienen entonces derecho a que el ordenamiento establezca mecanismos para asegurar la efectividad de las decisiones judiciales que les son favorables. La tutela cautelar constituye entonces una parte integrante del contenido constitucionalmente protegido del derecho a acceder a la justicia, no sólo porque garantiza la efectividad de las sentencias, sino además porque contribuye a un mayor equilibrio procesal, en la medida en que asegura que quien acuda a la justicia mantenga, en el desarrollo del proceso, un estado de cosas semejante al que existía cuando recurrió a los jueces.

5- Conforme a lo anterior, 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 (CP arts 13, 228 y 229). Sin embargo, el Legislador, aunque goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos modos obrar cuidadosamente, por cuanto estas medidas, por su propia naturaleza, se imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio. Por ende, el actor tiene razón en que los instrumentos cautelares, por su naturaleza

preventiva, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en un juicio. Existe pues una tensión entre la necesidad de que existan mecanismos cautelares, que aseguren la efectividad de las decisiones judiciales, y el hecho de que esos mecanismos pueden llegar a afectar el debido proceso, en la medida en que se imponen preventivamente, antes de que el demandado sea derrotado en el proceso. Precisamente por esa tensión es que, como bien lo señala uno de los intervinientes, **la doctrina y los distintos ordenamientos jurídicos han establecido requisitos que deben ser cumplidos para que se pueda decretar una medidas cautelar, con lo cual, la ley busca que esos instrumentos cautelares sean razonables y proporcionados. Por ejemplo, en algunos ordenamientos, como el español, la ley establece tres exigencia: para que pueda decretarse la medida cautelar, a saber, que (i) haya la apariencia de un buen derecho ("fumus boni iuris"), esto es, que el demandante aporte un principio de prueba de que su pretensión se encuentra fundada, al menos en apariencia; (ii) que haya un peligro en la demora ("periculum in mora"), esto es que exista riesgo de que el derecho pretendido pueda verse afectado por el tiempo transcurrido en el proceso; y, finalmente, que el demandante preste garantías o "contracautelas", las cuales están destinadas a cubrir los eventuales daños y perjuicios ocasionados al demandado por la práctica de las medidas cautelares, si con posterioridad a su adopción, se demuestra que éstas eran infundadas.**

Con base en lo anterior, el interrogante obvio que surge es si la regulación impugnada, al señalar que las medidas cautelares pueden ser practicadas antes de notificar al demandando, afecta desproporcionadamente el debido proceso, o por el contrario constituye una regulación razonable de estos instrumentos."

Negrilla y Cursiva fuera del texto original

Como puede apreciarse, la doctrina ha sido reiterativa en acoger algunos de los criterios a tener en cuenta a la hora de decretar este tipo de medidas, independientemente de cuál sea la jurisdicción que haya sido habilitada por el legislador mediante normas, para aplicarlas; es decir, son aspectos de generalidad que deben observarse para efectuar concienzuda y detenidamente el análisis para su concesión o negación.

Referido lo anterior, se tiene que el *fumus boni iuris* “verosimilitud del derecho” es un presupuesto que a bien debe ser alegado y justificado a través de los argumentos y justificaciones, así como también de medios de prueba existentes y consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, so pena de que en ausencia de estos requisitos muy probable sería entonces el acceso a la tutela cautelar.

En cuanto al *Periculum in mora*, se entiende como la posibilidad o probabilidad de que un daño pueda presentarse como consecuencia de un hecho natural o humano en contra de los intereses sustanciales o procesales del solicitante; riesgo que proviene de la demora propia de la tramitación del proceso.⁶¹, y su análisis deviene de importante y relevante a la hora de ponderar la necesidad de conjugar los riesgos que amenazan la duración del proceso principal; es decir debe de observarse excesiva previsión en la existencia del peligro de inejecución o de ineffectividad de la posible sentencia estimatoria, y dicha ineffectividad puede derivarse de la concurrencia de dos tipos de peligro: el retraso y el daño que se puede producir por la demora. Así las cosas, al igual que la apariencia de buen derecho, el peligro por causa de la demora en el trámite del proceso también exige una actividad probatoria por parte del solicitante para que la medida cautelar se decrete, en este caso dirigida a demostrar que los daños son realmente irreparables o de difícil reparación, lo cual no significa que no sean resarcibles sino irreversibles⁶².

⁶¹ RESTREPO MEDIDA, Manuel Alberto. *Perspectiva Constitucional Sobre la Tutela Cautelar judicial*. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2006, pp. 41 y 42.

⁶² *Ibíd.*

3.2. Jurisdiccionalidad

Concretamente se refiere a que las medidas cautelares deben ser dictadas por el órgano jurisdiccional que está conociendo del proceso; es decir, aquel que se desempeñe como el competente –jueces y magistrados integrantes de la jurisdicción- para asegurar el cumplimiento de la decisión judicial.

Son llamadas también medidas procesales o judiciales, y dentro de su ámbito de aplicación, se ha querido incluir la participación de otros actores como por ejemplo de los árbitros, pues sobre este particular la H. Corte Constitucional ha sostenido que: *“Dada la facultad constitucional en cabeza del legislador para limitar o ampliar el ámbito de competencia de los árbitros, señalando para el efecto el procedimiento y requisitos que se exigen para el efecto. Si el juez en su tarea de administrar justicia goza de la facultad de decretar medidas cautelares, lo puede hacer también el árbitro al ser investido del poder de administrar justicia. Al decretar el árbitro medidas cautelares, lo único que está haciendo es uso del poder de coerción con miras a lograr la efectividad de su decisión; al hacerlo, en ningún momento está usurpando una competencia que no le corresponda en forma privativa y excluyente a la justicia ordinaria”*⁶³.

3.3. Provisionalidad e Interinidad

Siendo la medida cautelar un instrumento del instrumento (proceso), sus efectos se prolongarán, en el mejor de los casos, hasta la decisión final de éste, o hasta el dictado de la resolución que disponga su levantamiento (de la medida cautelar) o cuando se produzca una circunstancia que la deje sin efecto⁶⁴.

⁶³ Corte Constitucional, Actor: LUIS ENRIQUE LADINO ROMERO, MAGISTRADO SUSTANCIADOR: HERNANDO HERRERA VERGARA - Santa Fé de Bogotá, D.C., Septiembre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cinco (1995). Sentencia No. C-431/95 - REF.: PROCESO No. D – 870 - Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 32 del Decreto 2279 de 1989, 110 de la Ley 23 de 1991 y el inciso 2o. del artículo 2o. del Decreto 2651 de 1991.

⁶⁴ <http://www.justiciayderecho.org/revista6/articulos/Apuntes%20s...pdf>

En efecto, las medidas cautelares tienen una vida limitada en el tiempo, que culminará cuando sobrevenga un evento jurisdiccional sucesivo, que consiste en la tutela definitiva, por lo que puede concluirse que la provisionalidad de las medidas cautelares es una consecuencia del carácter instrumental de las mismas.

Dentro de este contexto, la provisionalidad de este tipo de medidas subsiste mientras la jurisdicción protege definitivamente el derecho sustancial o la situación jurídica. *“si estos son reconocidos o constituidos, la medida dejará de ser provisional para convertirse en definitiva o deja de ser necesaria. Si se declara su inexistencia, se deniega su reconocimiento o se rechaza la defensa, la medida se extingue. Esto es, la vida de la medida pende en cierta forma de la vida del derecho cautelado, sin ser siempre anexo ni efecto suyos.”*⁶⁵

La provisionalidad de la medida cautelar se explica con las anotaciones que ya se han transcrito, pero importa definir el significado de su finitud; es decir, como la duración máxima de la medida, equivalente a la del proceso principal en el que se decretan⁶⁶. Porque al pasar la sentencia de lo principal del pleito en autoridad de cosa juzgada, dicese que ya la medida cumplió su propósito, y no es así. Es entonces cuando la concretización se inicia en un proceso ejecutivo⁶⁷.

La provisionalidad no puede confundirse con la temporalidad, ya que esta característica significa duración limitada con prescindencia de cualquier otro evento, y aquella alude a interinidad mientras sobreviene un evento sucesivo, a cuya espera el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio.⁶⁸

Por otra parte, puede suceder que el efecto de una medida cautelar otorgada se convierta en definitivo por ser irreversible, en cuyo caso la

⁶⁵ GARCÍA SARMIENTO, Eduardo y GARCÍA OLAYA Jeannette M. Medidas Cautelares. Editorial Temis S.A. 2005 pp 16.

⁶⁶ RESTREPO MEDIDA, Manuel Alberto. Perspectiva Constitucional Sobre la Tutela Cautelar judicial. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2006, pp. 41 y 42.

⁶⁷ Ibídem.

⁶⁸ Ibídem.

característica de la provisionalidad se relativiza, lo que obliga al juez a extremar la ponderación en su adopción, entre la irreversibilidad ocasionable al demandado y la dificultad en la reparación del daño para el demandante, o lo que es igual, habiéndose decretado, sea cual sea la decisión definitiva consignada en la respectiva sentencia, ya no podría retrotraer las cosas al estado en que se encontraban.

3.4. Variabilidad o Mutabilidad

Respecto a este particular, ha de considerarse que para conceder o denegar una medida cautelar, el Juez debe haber evaluado determinadas circunstancias que en aquel momento constituían según su sana crítica, la apariencia de fundabilidad de la pretensión, el peligro de la demora y la razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión, más sin embargo no debe descartarse que durante el transcurso procesal, dichas circunstancias podrían variar, lo cual se encuentra previsto por el ordenamiento jurídico al proveer a la tutela cautelar de la característica de variabilidad, por lo que se dice que es de implícita aplicación la cláusula *rebus sic stantibus*⁶⁹.⁷⁰

En el ordenamiento legal vigente⁷¹, podemos encontrar que el legislador al prever la existencia de esta característica, optó por regular de forma precisa el procedimiento a seguir en caso de presentarse algunos de los supuestos que se consagran en la disposición normativa transcrita:

ARTÍCULO 235. LEVANTAMIENTO, MODIFICACIÓN Y REVOCATORIA DE LA MEDIDA CAUTELAR. *El demandado o el afectado con la medida podrá*

⁶⁹ "Estando así las cosas", expresión latina que hace referencia a un principio de Derecho por el que las estipulaciones establecidas en el contrato son válidas y vinculan a las partes, en tanto se mantengan las circunstancias iniciales en que se sustentó dicho contrato, por lo que cualquier alteración sustancial de las mismas puede dar lugar a la modificación de tales estipulaciones (*contractus qui habent tractum succesivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelligitur*.)

⁷⁰ <http://www.justiciayderecho.org/revista6/articulos/Apuntes%20s...pdf>

⁷¹ Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

solicitar el levantamiento de la medida cautelar prestando caución a satisfacción del Juez o Magistrado Ponente en los casos en que ello sea compatible con la naturaleza de la medida, para garantizar la reparación de los daños y perjuicios que se llegaren a causar.

La medida cautelar también podrá ser modificada o revocada en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, cuando el Juez o Magistrado advierta que no se cumplieron los requisitos para su otorgamiento o que estos ya no se presentan o fueron superados, o que es necesario variarla para que se cumpla, según el caso; en estos eventos no se requerirá la caución de que trata el inciso anterior.

La parte a favor de quien se otorga una medida está obligada a informar, dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento, todo cambio sustancial que se produzca en las circunstancias que permitieron su decreto y que pueda dar lugar a su modificación o revocatoria. La omisión del cumplimiento de este deber, cuando la otra parte hubiere estado en imposibilidad de conocer dicha modificación, será sancionada con las multas o demás medidas que de acuerdo con las normas vigentes puede imponer el juez en ejercicio de sus poderes correccionales.

De esta manera, la variabilidad de la medida cautelar consiste en que ésta puede ser modificada durante el decurso del proceso, a pedido de parte (a través de un pedido de revocación de la medida cautelar, o la reproposición de ella, o un pedido de modificación) en atención a la alteración de las circunstancias o de los supuestos de hecho.

En síntesis, se dirá que las medidas cautelares no son inalterables, pues carecen de la fuerza de la cosa juzgada, lo cual se traduce en que son susceptibles tanto de renovación como de modificación, transformación o alteración. Así, la variación procede por el cambio de las circunstancias que

propiciaron su decreto, mientras que su extinción puede corresponder al no cumplimiento oportuno de las cargas procesales, a la voluntad de las partes, a la decisión de mérito desestimatoria de la pretensión, al a solicitud de un tercero o a la finalización del proceso en la cual obran, causal que corresponde a la provisionalidad de la medida.⁷²

Las cautelas no necesariamente deben ser conservadas en su integridad hasta la terminación del proceso, ya que el demandante puede solicitar su levantamiento o ampliación y el demandado su reducción; sin embargo, para que la mutabilidad se pueda presentar se requiere un cambio sustancial de la situación tomada en cuenta inicialmente para decretarla, de acuerdo con el principio del derecho antes enunciado.

3.5. Preventividad

Es la protección de un derecho sustancial o de una situación jurídica del daño que pueda sobrevenir por el retardo en el cumplimiento eficaz de la justicia⁷³. Consiste en eliminar la posibilidad de un daño sufriendo el ejercicio de las facultades que conciernen al sujeto sobre la cosa o impidiendo que por acción u omisión se produzca el daño temido; de esta manera, el peligro se previene con el ejercicio oportuno del remedio y con la providencia que decida el mérito del asunto.

En este sentido, si bien en nuestro ordenamiento jurídico la H. Corte Constitucional ha sostenido que: *“las medidas cautelares están concebidas como un instrumento jurídico que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido, impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación*

⁷² RESTREPO MEDIDA, Manuel Alberto. Perspectiva Constitucional Sobre la Tutela Cautelar judicial. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2006, pp. 47 y 48.

⁷³ Ibídem, pp. 48 y 49.

*respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado. Las medidas cautelares no tienen ni pueden tener el sentido o alcance de una sanción, porque aun cuando afectan o pueden afectar los intereses de los sujetos contra quienes se promueven, su razón de ser es la de garantizar un derecho actual o futuro, y no la de imponer un castigo*⁷⁴; Esta característica que a la vez hace parte de la naturaleza propia de esta institución jurídica, y que se considera como un tipo de tutela procesal que se concede durante la tramitación de un proceso principal, no tiene una funcionalidad diferente que la de asegurar el cumplimiento de la sentencia que se dictará en un proceso. En este orden de ideas se requiere que exista una situación jurídica protegible o cautelable, y que además tenga apariencia de buen derecho (*Fumus boni iuris*). Sin embargo no es necesario que el juez esté plenamente convencido de la necesidad de la medida cautelar sino que le basta con la simple creencia o probabilidad de dicha necesidad. Para ello se exige un principio de prueba que se logra a través de cualquiera de los medios de prueba ratificados en nuestro ordenamiento jurídico.

3.6. Instrumentalidad

Si bien las medidas cautelares se configuran como una posible solución al problema de la duración de un proceso judicial; necesaria es esta reflexión para enfocar el estudio de esta característica, si se tiene en cuenta que esta institución se constituye como un remedio transitorio avalado por el Derecho, para conjurar los riesgos que la eventual tardanza pueda suponer para la eficacia de los eventuales pronunciamientos que se dicten al final del mismo.

Así las cosas y en consideración a que el trámite de un proceso que se surte ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa no es inmediato –cuando se

⁷⁴ Corte Constitucional, Referencia: Expediente D-1384 - Normas acusadas: Artículos 75 (parcial); 79 (parcial); 101 (parcial) de la Ley 42 de 1993. Actor: Gustavo Escalante Sánchez Magistrado Ponente : Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL - Santafé de Bogotá D.C., seis (6) de febrero de mil novecientos noventa y siete (1997).

trata de un proceso ordinario o en ejercicio de los medios de control de que trata el Capítulo VII - Título III de la ley 1437 de 2011-, y que se requiere un cierto tiempo más o menos largo, para poder dictar una sentencia que respete todas las garantías constitucionales, la adopción de este tipo de medidas obtiene una connotación de preventiva, y su finalidad entonces no es otra que la de conjurar la producción de un daño, ya sea por la resolución de determinado caso sea ineficaz al momento de la sentencia, o porque la situación de riesgo este por configurarse en corto tiempo al momento de la interposición de la respectiva demanda.

En este orden de ideas, desde un punto de vista descriptivo, podemos considerar que sobre este aspecto de la Instrumentalidad, la doctrina la refiere como la característica primordial de las medidas cautelares, a partir de la cual, incluso se podrían derivar otras más como la temporalidad y la provisionalidad. En tal sentido así como el proceso es un instrumento para hacer **efectivos** los derechos sustanciales, la tutela cautelar es un instrumento para garantizar la **eficacia** del proceso, por lo que las medidas cautelares son un *instrumento del instrumento* (Calamandrei) o, visto de otro ángulo, son una *garantía de la garantía* (garantizan la eficacia del proceso que a su vez garantiza la efectividad de los derechos sustanciales).

Sobre el carácter instrumental de las medidas cautelares, Calamandrei ha explicado de forma muy clara que:

“Hay, pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar del derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una

instrumentalizada cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son en efecto de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento."⁷⁵

Así pues, sobre esta propiedad de la Instrumentalidad de la medida cautelar, se asimila al servicio del proceso principal, subordinada siempre a las resultas de éste. Si se declara fundada la pretensión (en fallo definitivo), la medida cautelar deja de serlo y se convierte en medida para la ejecución; si el proceso termina con sentencia desestimatoria, se cancela de inmediato la medida cautelar; es decir, no solo la Instrumentalidad se constituye como un límite temporal de toda medida cautelar, sino que debe recordarse que al nacer la medida cautelar para asegurar la efectividad práctica de la decisión final (definitiva), siempre debe existir una relación estrecha entre la medida y el posible contenido del fallo.

Por lo expuesto, es válido concluir que la Instrumentalidad de la medida cautelar determina que la tutela cautelar garantice la eficacia de la tutela jurisdiccional que se está solicitando para la situación sustancial en el proceso⁷⁶.

En conclusión de lo anteriormente expuesto, se diría que la Instrumentalidad define a la medida cautelar como un medio al servicio de la función jurisdiccional⁷⁷: *"es un instrumento del instrumento que es el proceso, dada su relación de dependencia o subordinación respecto a la resolución definitiva sobre el fondo; determina que la vida de la medida cautelar siga la suerte de la pretensión principal, desde el principio hasta el final, y en tal virtud*

⁷⁵ CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares. Buenos Aires, El oro, 1996, p. 45.

⁷⁶ ARIANO DEHO, Eugenia. La Instrumentalidad de la tutela cautelar. En: Problemas del proceso civil. Lima, Jurista Editores, 2003, pp. 614 y ss.

⁷⁷ RESTREPO MEDIDA, Manuel Alberto. Perspectiva Constitucional Sobre la Tutela Cautelar jurisdiccional. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2006, pp. 38 y ss.

aquella puede y debe modificarse al ritmo de las modificaciones de las circunstancias que justificaron su otorgamiento, pues es claro que la cautela está destinada a facilitar el proceso principal porque de este se nutre y a este sirve.

Esta característica se pone de presente porque el peligro de daño, como supuesto para decretar la medida, no proviene de la estructura jurídica o fáctica del derecho sustantivo, sino de la propia existencia de proceso declarativo en el cual aquella se profiere y cuya duración es la que pone en riesgo la efectividad del derecho de quien pretende su protección por parte de la jurisdicción ante la negativa del obligado a cumplirlo o respetarlo.

De esta manera, la medida cautelar aparece configurada siempre en función de un juicio pendiente y, en un sentido más estricto, dependiente del objeto litigioso que se ventila en él. En tal sentido, la cautela se instrumentaliza en función de la pretensión hecha valer, anticipando o asegurando la continuación de la ejecución en el caso de éxito de la demanda”.

Con todo, las siguientes son algunas de las manifestaciones⁷⁸ de esta importante característica:

“1. Sólo pueden adoptarse cuando esté pendiente un proceso principal, y en el caso de que puedan obtenerse previamente a éste, la no incoación del proceso dentro de cierto plazo opera como condición resolutoria de la medida acordada.

2. Deben extinguirse cuando el proceso principal termine. Si la pretensión estimada en ese proceso no es estimada, la medida deberá extinguirse porque ya no hay efectos que requieran ser asegurados. Si la pretensión ha sido estimada, la medida también debe extinguirse, porque entonces ya pueden desplegarse los efectos propios de la sentencia principal.

⁷⁸ <http://www.derecho.com/articulos/2001/07/15/las-medidas-cautelares-su-instrumentalidad/>

3. Consisten en un conjunto de efectos jurídicos diferentes según las medidas que por regla general, coinciden parcialmente con los efectos propios de la sentencia principal, si bien en algún supuesto pueden llegar a coincidir en algún resultado con estos en su resultado práctico, pero siempre con el carácter de provisional.”

4. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY 1437 DE 2011

4.1. Clasificación

De acuerdo con lo establecido en el artículo 230 del nuevo Código, son cuatro los tipos de medidas cautelares que pueden ser decretadas en un proceso contencioso administrativo; es decir aquellas de índole preventiva, conservativa, anticipativa o de suspensión.

4.2. Ámbito procesal en los procesos declarativos

Los procesos declarativos o de conocimiento, son aquellos en los que el órgano judicial conoce o juzga un conflicto concreto, dictando una providencia que debe responder a la causa petendi invocada, mediante la aplicación del Derecho. Así las cosas, y una vez se ha dado el respectivo pronunciamiento, se espera que los destinatarios de la resolución la cumplan voluntariamente, más sin embargo no siempre ocurre de esta manera, y es ahí donde aflora otro tipo de proceso, denominado ejecutivo.

Con anterioridad, y en este supuesto, la parte afectada por el incumplimiento de la resolución del caso, consignada en una sentencia, emprendía la ejecución, con la libertad de elegir si solicitaba o no una medida cautelar, pero en la actualidad y como ya se ha anotado en precedencia, el legislador ha habilitado la posibilidad de requerirlas dentro del proceso

declarativo, como efectivamente se está dando en los distintos medios de control que se surten al anterior de la jurisdicción Contenciosa Administrativa.

4.3. En el medio de control de reparación directa

La finalidad de este medio de control de reclamación, es la de buscar la declaratoria de la responsabilidad del Estado o del autor del daño, y por consiguiente su reparación, al menos de esta manera se encuentra previsto en el artículo 140 del C.P.A.C.A., que ha sido redactado en el siguiente tenor: *“En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.*

*De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.”*⁷⁹

Así las cosas, y bajo el entendido que múltiples pueden ser los casos derivados de una posible acción, omisión u operación administrativa, o de la ocupación temporal o permanente de un inmueble, lo cierto es que con la entrada en vigencia del nuevo código, el juez de lo contencioso-administrativo, es competente para decretar las medidas cautelares a las cuales se ha venido haciendo referencia, es decir, este operador judicial tendrá que entrar a evaluar la solicitud impetrada, ponderando los elementos que lleven a su invencible convencimiento que de no acceder se podría causar un perjuicio irremediable, y en consecuencia entrar a concederla o viceversa en caso de llegar a otra conclusión. Por ejemplo, la situación de inminente peligro en que se encontrasen los habitantes de un bien inmueble que ha sido deteriorado por acción de una

⁷⁹ Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

obra civil en cabeza de la administración, y que amenaza con colapsar, podría dar lugar a ordenar su evacuación y reubicación, mientras tanto se discute el tema de fondo que sería la reparación directa por ocasión de una causa determinante del daño, que bien podría ser lo obra alterna ejecutada sin estudios previos.

4.4. En el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

Por su parte, en el artículo 138 *Ibídem*, se establece la forma como opera el medio de control de Nulidad y restablecimiento del derecho “*medio de control de impugnación*”, en los siguientes términos: “*Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.*

*Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.”*⁸⁰

De esta manera, y al igual que el medio de control de naturaleza indemnizatoria antes mencionado, son varias las circunstancias donde con anuencia del factor temporal, sea necesaria la intervención de la justicia mediante el decreto de una medida cautelar, para evitar la configuración de un posible daño.

⁸⁰ *Ibídem*.

Así las cosas, si bien con el ordenamiento legal Contencioso Administrativo anteriormente vigente, era posible la suspensión provisional de los actos administrativos, buscando la protección del ordenamiento jurídico en forma inmediata cuando se cumplían los requisitos previstos en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo. En la actualidad con la Ley 1437 de 2011, no solamente es posible este tipo de medida, sino que según la interpretación de algunos autores, la posibilidad se amplía hacia otras de índole preventivo, conservativo, o anticipativo, según la adaptación que se haga para la protección de los derechos que resulten involucrados. Bajo este entendido, también hay quienes afirman que independientemente del tipo de medida, por excelencia la única probable cuando exista un acto administrativo de por medio, será la suspensión provisional, pues de la cesación temporal de los efectos de los actos, es que depende la efectiva traducida en detener la situación que pueda ocasionar la vulneración que se fundamente como motivo para invocar la correspondiente medida.

No obstante de lo anterior, atendiendo a lo preceptuado en el nuevo CPA y CCA, cuando el juez encuentre que evidentemente hay una violación de ley, podrá directa e inmediatamente hacer efectiva la tutela judicial tomando la decisión de la suspensión provisional sin necesidad de esperar hasta la finalización del proceso para decirlo así en la sentencia mediante la cual se anule el acto correspondiente⁸¹. Por otra parte, en la actualidad existe una limitante más que afronta la aplicabilidad de la figura de la suspensión provisional y que surge de los desarrollos jurisprudenciales que de la misma se han llevado a cabo, desarrollos por cuya virtud, a modo de ejemplo, si en la demanda se invocan como fundamentos de la violación cinco normas superiores -tres artículos de la Constitución Política y dos artículos de una Ley- mientras que en

⁸¹ **CONSEJO DE ESTADO**, Memorias – Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Bogotá D.C.: Contraloría General de la Republica y Consejo de Estado. 2012. Imprenta Nacional de Colombia.

el escrito mediante el cual se solicita la suspensión provisional se expresa que la suspensión provisional debe proceder porque la decisión administrativa cuestionada resulta violatoria de forma evidente solo respecto de una de esas disposiciones, se ha entendido que el juez de lo contencioso administrativo actualmente tiene que circunscribirse en su análisis a la confrontación entre el acto demandado y esa única disposición que el peticionario invoca como infringida de manera manifiesta en el escrito contentivo de la solicitud de amparo cautelar. El nuevo CPA y CCA, *contrario sensu*, cambia completamente el itinerario analítico al juez en la medida en que le posibilita adoptar la medida en cuanto verifique que el acto reprochado resulta violatorio bien de aquellas normas que aparezcan en el escrito de la solicitud o bien de las que, sin haber sido invocadas expresamente en éste acápite, se sustenten durante otro momento procesal como por ejemplo en las audiencias de que tratan los artículos 180 y ss., del C.P.A.C.A.

Lo anterior aunado a la circunstancia consistente en que el artículo 231 de la Ley 1437 agrega, adicionalmente, que la suspensión provisional podrá ser adoptada cuando la violación surja del análisis del acto demandado y de su confrontación con aquellas normas invocadas como desconocidas o del estudio de las pruebas allegadas para formular la petición. Como se ve, si bien es verdad que se mantiene en el numeral tercero del artículo 230 la medida cautelar de la suspensión de los efectos del acto administrativo, no es menos cierto que a partir de estas puntuales anotaciones resulta posible advertir la existencia de diferencias significativas entre la regulación hoy vigente y la del nuevo Código en relación con esta medida en particular.

4.5. En controversias contractuales

En un país como el nuestro, donde existe un importante volumen de contratación, y donde es evidente la participación de la administración pública, acertadamente el legislador se ha procurado extender las normas, para proteger

el patrimonio público, y evitar defraudaciones que a la postre, terminan por afectar la hacienda pública.

Así las cosas, y debido a que por buena que sea la gestión del Estado en cuanto a este tema, y que determinados hechos terminan por causar conflictos entre las partes que conforman los contratos, en la reforma del nuevo código, podemos observar que en su artículo 141⁸², se consagra lo referente a las Controversias contractuales, al siguiente tenor: *“Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir 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. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.*

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.”

En este orden de ideas, en relación con las pretensiones derivadas directamente del contrato, si bien es posible pedirle al juez, el reconocimiento de la pretensión que mejor se adapte a la situación del demandante, también lo es

⁸² Ibídem.

que dependiendo de la argumentación que se esboce, y a título de medida cautelar, es procedente solicitar la suspensión provisional de los actos administrativos que se expidan con ocasión de la actividad contractual, toda vez que es evidente que dichos actos son también actos administrativos y tienen igualmente la aptitud de producir efectos en la esfera jurídica del administrado. Mas sin embargo, habrá circunstancias donde sea posible invocar como medida cautelar, la suspensión de una obra que este atentando contra los derechos de determinada persona, al punto de causar un daño antijurídico.

Con todo, no está por demás traer a colación una reflexión que llama la atención respecto de este particular, y no es otra que la “peligrosidad del decreto de medidas cautelares en aspectos contractuales o en acciones populares”; esto habida cuenta que si bien el juzgador podría ejercitar la correspondiente ponderación y análisis de características que se sugieren en el presente trabajo, y que estime debidamente demostrados los requisitos a que hace relación la norma, existen y existirán algunas situaciones dentro de la cuales el ámbito de aplicación y los efectos de las medidas, puedan causar perjuicios a terceros, e incluso a la misma administración. Para enfatizar sobre esta observación, se invoca como ejemplo, un caso donde haciendo uso de mala fe de esta figura, cualquier tercero con intereses viciados, podría incoar la petición de suspender determinada obra, con el argumento de que se está causando un daño al medio ambiente u algún otro pretexto que se valga demostrar, pero en el fondo su intención pudiese ser la de frenar la ejecución de un contrato. De esta manera, se estimaría necesario, que los operadores judiciales cuando de ponderar intereses y derechos en riesgo se trate, maximicen sus hipótesis hasta el punto de considerar situaciones probables que puedan ser modificadas por los efectos del decreto de la medida, pues es en este punto, cuando cobra mayor importancia el tema de la responsabilidad.

4.6. Elementos de forma

De conformidad con el primer inciso del art. 229 de la ley 1437 de 2011, las medidas cautelares pueden pedirse en cualquier estado del proceso, incluyendo la segunda instancia. Esta es otra innovación frente al derecho procesal tradicional, que ha considerado que las medidas cautelares, y dentro de ellas la suspensión provisional, solo pueden decretarse antes de trabar la relación jurídico procesal. En cuanto a la forma, deberán ser pedidas expresamente por la parte demandante, y la petición debe estar debidamente sustentada de acuerdo con el artículo 231. El auto que decida la petición deberá ser motivado, teniendo en consideración la regulación de este capítulo.⁸³

4.7. Finalidad y objetivos

Tienen como objetivo proteger y garantizar, provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, buscando con ello la materialización de la tutela judicial efectiva.

4.8. El dilema del prejuzgamiento

En el Capítulo XI⁸⁴ que trata el tema de las Medidas cautelares, en su artículo 229. Establece la procedencia de medidas cautelares, consignando en su último inciso la siguiente disposición: “*La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento*”. Frase esta que tomaría mayor eco en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando al decretarse una suspensión provisional, podría ser interpretada como un prejuzgamiento.

Así las cosas, cuando el operador judicial al enfrentarse ante el análisis para proceder a conceder o denegar una medida cautelar, una vez cotejados

⁸³ ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2da ed. Actualizada. Bogotá D.C.: Legis, 2012. Pág. 353.

⁸⁴ Ley 1437 de 2011 “Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo”

todos y cada uno de los elementos característicos ya mencionados, y que sirven como parámetro para el juicio de ponderación, bien haría en enfatizar sobre el aspecto de la verosimilitud del derecho invocado; el *“fumus bonis iuris”* y el *“periculum in mora”* (peligro en la demora), que constituyen, las condiciones o presupuestos requeridos para la obtención y amparo de una medida cautelar, pues el razonamiento que se imprima respecto de estos, con seguridad podrán ser interpretados como un indicio de que aun no existiendo un pronunciamiento definitivo de fondo sobre la Litis, se vislumbra la altísima vocación de prosperidad de las pretensiones, pues esta valoración subjetiva y en gran parte, discrecional, genera la apariencia de que existe una probabilidad de éxito de la parte sobre la cual recaiga el beneficio.

Este tipo de actos procesales que tienen por objeto asegurar los resultados de la acción deducida, o que se va a deducir si la medida precautoria, si bien se solicita alternamente con la demanda y en cualquier momento del proceso una vez haya sido admitida, con frecuencia suele interpretarse como prejudicialidad; entendida esta como todos aquellos trámites, diligencias y gestiones que se desenvuelven ante los juzgados o tribunales, para dar posteriormente lugar al inicio de un proceso jurisdiccional, es decir que se materializan como requisitos de probabilidad o presupuestos para que la cuestión de fondo pueda decidirse como ultima ratio.

Al abordar el tema, la H. Corte Constitucional, ha sostenido que: *“La prejudicialidad se presenta cuando se trata de una cuestión sustancial, diferente pero conexa, que sea indispensable resolver por sentencia en proceso separado, bien ante el mismo despacho judicial o en otro distinto, para que sea posible decidir sobre la que es materia del litigio o de la declaración voluntaria en el*

respectivo proceso, que debe ser suspendido hasta cuando aquella decisión se produzca”⁸⁵

Con lo anteriormente anotado, llegamos a la discusión que doctrinariamente y que por durante un largo tiempo se ha venido sorteando, y que no es otra que la de diferenciar, sí efectivamente el proceso cautelar, es independiente del proceso principal, o accesorio y dependiente del mismo, situación esta que compromete en gran parte la predisposición que el operador judicial tendrá para pronunciarse sobre un respectivo proceso, pues hay quienes manifiestan que la concesión de una medida cautelar, beneficia e inclina la balanza hacia la parte beneficiada, argumento que no genera eco dentro de la administración de justicia, pues uno sus puntos de referencia para intervenir como juzgador, son principios que emanan del ordenamiento constitucional, como el de imparcialidad y valoración probatoria.

5. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Cada norma en nuestro ordenamiento debe estar sometida a la Constitución y a las diferentes disposiciones internacionales ratificadas por esta, con el único fin de lograr la materialización de los derechos de los administrados. Así las cosas, toda normatividad que emana del órgano legislativo, se expide con esta filosofía, y la ley 1437 de 2011 no es la excepción, pues en esta se pretende ampliar las facultades del juez, otorgándole nuevas herramientas, en este caso precautelativas en comparación al antiguo código, evidenciándose un norte mas garantista a la hora de dar cumplimiento a las sentencias proferidas y a la

⁸⁵ **Sala Plena de la Corte Constitucional, Auto 278/09** - Referencia: expediente CRF-003, Solicitud de suspensión de la revisión de constitucionalidad de la Ley 1354 de 2009 formulada por los ciudadanos Andrés Gómez Roldán, Elson Rafael Rodríguez y Álvaro Augusto Sanabria Rangel. Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil nueve (2009).

protección a los derechos sobre los cuales, la parte solicita la medida cautelar, sin que el actuar de este se constituya en un prejuzgamiento.

El listado de medidas que maneja el C.P.A.C.A. abre la posibilidad de que el juez, no se limite a la suspensión de un acto administrativo, sino que obre frente a las solicitudes sobre el ajuste a la ley, de la inactividad o actuaciones materiales de la administración, otorgando otros tipos de medidas.

El artículo 230 del C.P.A.C.A. nos muestra cuatro tipos de medidas cautelares y realiza un catálogo de situaciones en las que estas podrán solicitarse, los tipos de medida son:

5.1. Medidas conservativas: estas buscan mantener la situación previa al acto o a la acción u omisión de la administración, para evitar que esta se vuelva irresistible, o que no se logre regresar las cosas a su estado anterior y por esto la única solución sea la indemnización de perjuicios.

5.2. Medidas anticipativas: le permiten al juez anticipar el derecho pedido como pretensión principal, en forma de cautelar antes de la sentencia de fondo. Es claro que esa anticipación no puede ser de tal naturaleza que la situación en la que quede el demandante se convierta en irresistible en caso de perder el proceso.⁸⁶

5.3. Las medidas preventivas: que apuntan a evitar que se consume o aumente el daño causado por la administración a los derechos legítimos del demandante sea través de un acto administrativo o por su accionar u omisión. En estos casos el juez puede ordenar a la administración la suspensión de los efectos del acto, que interrumpa la acción o que realice el hecho omitido, de manera cautelar, mientras se decide el asunto de fondo.

⁸⁶ **ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José.** Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2da ed. Actualizada. Bogotá D.C.: Legis, 2012.

5.4. Medidas de suspensión: se trata de decretar la suspensión de los actos administrativos y todo tipo de procedimiento o actuación administrativa, y además de esto el juez, debe ordenar corregir los defectos de que adolezca la actuación para que esta proceda.⁸⁷

Esta medida, constituyó por excelencia la cautela de la jurisdicción Contencioso Administrativa en especial en cuanto a los medios de impugnación de actos administrativos se tratase y en general respecto de los demás en los cuales no existió medida cautelar alguna, razón por la cual precisamente la nueva regulación en la materia representa una verdadera novedad en el Derecho Público.

Por otro lado, con la nueva regulación sobre la materia la medida de Suspensión no aplica únicamente para actos administrativos, sino también para procedimiento y actuaciones administrativas, inclusive de orden contractual, razón por la cual habrá de analizarse dicha figura en esos dos ámbitos, en los cuales se presentan diferencias relevantes.

En el nuevo Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la figura de la Suspensión Provisional de los Efectos del Acto administrativo se encuentra regulada en los artículos 230-3 y 231, los cuales se citan a continuación para mayor ilustración:

“Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

⁸⁷ Ibídem.

...

3. Suspende provisionalmente los efectos de un acto administrativo.”

En apariencia los requisitos para el decreto de la Suspensión Provisional de los efectos del acto administrativo no sufrieron grandes modificaciones, requiriéndose para su actual procedencia solicitud de parte debidamente motivada y la verificación de la transgresión de las normas superiores invocadas como violadas en la solicitud de suspensión y/o en la demanda, sin embargo, la novedad en relación a esta cautela es importante en el sentido de que puede solicitarse en cualquier etapa o curso del proceso; es decir, no como ocurría con anteriormente cuando procedía su solicitud únicamente antes de la admisión de la demanda, incluso puede ser solicitada en Segunda Instancia y quizá lo que resulta más interesante es que no se requiere para su procedencia que de la confrontación del acto administrativo con las normas señaladas como vulneradas surja “evidente” la infracción insinuada, permitiendo al juzgador efectuar un estudio más detenido y amplio incluso con apoyo en las pruebas que obran en el plenario, es decir, se podría decir que se amplió el campo de análisis sobre la factibilidad de verificar la procedencia de la medida.

De otro lado, se mantuvo el requisito adicional para el decreto de la medida solicitada en el curso de un proceso con pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, caso en el cual deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los perjuicios ocasionados, exigencia que se mantiene similar a como venía regulada en el Decreto 01 de 1984.

El Doctor Mauricio Fajardo Gómez, presidente del Consejo de Estado en el Seminario Internacional del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011 sobre el tema expuso:

“(…) En tercer lugar, el artículo 230-3 contempla como una de las posibles decisiones en materia de medidas cautelares el que se suspendan los

efectos de un acto administrativo, especie de amparo provisional en relación con el cual, en principio, podría pensarse que no se ha introducido mayor novedad si se tiene en cuenta que actualmente la legislación vigente consagra como única medida precautelativa posible la suspensión de los efectos de los actos administrativos. Empero, ésa sería una conclusión algo apresurada, pues si bien resulta cierto que como modalidad de medida cautelar la suspensión provisional no es en manera alguna innovadora en nuestro sistema jurídico, no es menos cierto que en la nueva codificación la clásica cautela de índole negativo es objeto de varios e importantes cambios en su regulación.

En ese orden de ideas, tómesese en consideración que, de acuerdo con el régimen hoy vigente, cuando se solicita la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, la decisión de suspensión provisional sólo podrá examinarse a la luz de las normas cuya violación se invoca en la petición misma de la medida cautelar en referencia; pues bien, en líneas anteriores se ha señalado que de acuerdo con lo normado en el artículo 229 CPA Y CCA, **la solicitud de la medida cautelar se puede elevar en cualquier tiempo, lo cual supone que la petición de suspensión provisional también puede formularse en cualquier momento del proceso**, de suerte que cobra pleno significado la referencia que la Ley hace – inciso primero del artículo 231 ídem- al establecer que la suspensión provisional de un acto administrativo puede tener cabida por la violación de las disposiciones invocadas en la demanda o por la de aquellas que se invoquen en el escrito que se presente separado de la demanda, cosa ésta que podrá ocurrir durante el curso de la primera o de la segunda audiencia, durante el trámite de la segunda instancia, en fin, en cualquier momento procesal.

Adicionalmente, tanto la jurisprudencia como la doctrina deberán ir realizando precisiones alrededor de la correcta aplicación de estas normas porque todo indica que en la nueva normatividad se confiere al juez una mayor flexibilidad para decretar la suspensión provisional, pues en la actualidad el

artículo 152 C.C.A. formula la exigencia consistente en que para que la suspensión provisional se abra paso resulta menester la existencia de una manifiesta infracción de normas legales o constitucionales, por parte de la decisión censurada; esa exigencia de una infracción calificada, de una infracción manifiesta que el juez la pueda advertir con facilidad del simple cotejo entre el acto demandado y las normas superiores, no aparece ya en la Ley 1437 de 2011 y fue deliberadamente eliminada de la nueva codificación para evitar que la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos quede absolutamente restringida a casos excepcionales.

En un reciente pronunciamiento el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta⁸⁸, destacó la significativa variación en la regulación de esta figura jurídico – procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, para destacar que la nueva normatividad da apertura y autoriza al juez administrativo para que a fin de obtener la percepción de que existe la violación normativa alegada, pueda: 1) realizar **análisis** entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2) que también pueda **estudiar** las pruebas allegada con la solicitud. Precisamente esta dialéctica de “análisis” y “estudio” conforman la mayor variación en relación con la normatividad anterior por cuyo efecto habrá de realizarse mejor esfuerzo analítico a la hora de decretar la medida cautelar, sin embargo, advierte dicha Corporación, que ante la procedencia de la medida el Juez debe ser cauteloso a fin de que su decreto no signifique prejuzgamiento, ni despoje a la parte demandada la posibilidad de ejercer su derecho de defensa.

⁸⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 13 de septiembre de 2012. Radicación 11001-03-28-000-2012-00042-00. Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia).

Sobre este particular la misma autoridad⁸⁹ ha referido que: *“Esta medida constituye una excepción a la eficacia del acto administrativo, a su ejecutoriedad y tiene como finalidad, a pesar de la presunción de legalidad que lo ampara y del derecho de la administración para hacerlo cumplir, evitar su aplicación, mientras se decide sobre su legalidad. **Al ser esta medida de carácter excepcional y muy especial, su procedencia está condicionada a que la violación que produzca el acto infractor sea manifiesta, ostensible y directa. En efecto, la característica fundamental de la suspensión provisional, radica en que el juez no tenga que efectuar silogismos para llegar a la conclusión de que un acto infringe una norma superior, sino que mediante los elementos que se le aportan, surja de golpe el quebrantamiento, aprecie la infracción de la mera confrontación entre el acto acusado y la norma o normas que le sirven de fundamento o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud. Por ello, si el juez tiene que hacer estudios e interpretaciones sistemáticas de las normas para llegar a formarse el concepto de la infracción de la norma, o de igual forma, si la disposición cuyo quebrantamiento se acusa, admite diversas interpretaciones, no puede decretarse la suspensión provisional, pues en tal evento, se estaría frente a un prejuzgamiento del juez.”*** Negrilla, cursiva y subraya fuera del texto original

En otras palabras, para evitar este tipo de prejuzgamientos, sería precisamente no someter la cuestión litigiosa a interpretaciones subjetivas y sin fundamento legal alguno, sino que por el contrario, el análisis a impartir, este sujeto a un juicio de ponderación que no admita interpretación alguna.

⁸⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ, Bogotá, D.C., cuatro (4) de abril de dos mil tres (2003), Radicación número: 44001-23-31-000-2002-00112-01(13662), Actor: PROMIGAS S.A. E.S.P., Demandado: MUNICIPIO DE RIOHACHA, Referencia: APELACION INTERLOCUTORIOS.

Finalmente precisó la Alta Corporación, sobre la figura en comento, al tenor literal, lo siguiente:

*“De las expresiones “manifiesta” y “confrontación directa” contenidas en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo anterior, tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia dedujeron que la procedencia de esta figura excluía que el operador judicial pudiera incursionar en **análisis** o **estudio**, pues la transgresión por el acto de las normas en que debería fundarse, alegadas como sustento de la procedencia de la suspensión, debía aparecer “prima facie”, esto es, sin implicar estudio ni esfuerzo analítico alguno.*

*Ahora bien, no obstante que la nueva regulación como ya se dijo permite que el juez previo a pronunciarse sobre la suspensión provisional lleve a cabo análisis de la sustentación de la medida y estudie pruebas, ocurre que ante el perentorio señalamiento del 2º inciso del artículo 229 del CPACA (capítulo XI Medidas cautelares – procedencia), conforme al cual: **“La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”**, es preciso entonces que el juez sea muy cauteloso y guarde moderación a fin de que el decreto de esta medida cautelar no signifique tomar partido definitivo en el juzgamiento del acto ni prive a la autoridad pública que lo produjo o al demandado (en el caso el elegido o el nombrado cuya designación se acusa), de que ejerzan su derecho de defensa y que para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba.”⁹⁰*

6. REQUISITOS PARA EL DECRETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Con el contexto que se han venido manejando a lo largo del presente estudio, y teniendo claridad sobre las características y las particularidades que rodean el tema de las medidas cautelares como institución jurídica, podemos

⁹⁰ Revista Jurisprudencia y Doctrina. Revista Mensual. Noviembre de 2012. Tomo XLI No. 491. Editorial Legis. Bogotá. Pág. 2058 – 2059.

entrar a dilucidar la forma en que se consagra su operancia en el ordenamiento legal contencioso administrativo de nuestro país, luego de la reforma introducida con la ley 1437 de 2011.

Así las cosas, y para continuar con un orden sistemático de estudio, importante es destacar que el Artículo 231 Ibídem, refiere taxativamente a los requisitos y el procedimiento para decretar las medidas cautelares, en el siguiente tenor: *“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 concurren 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:*

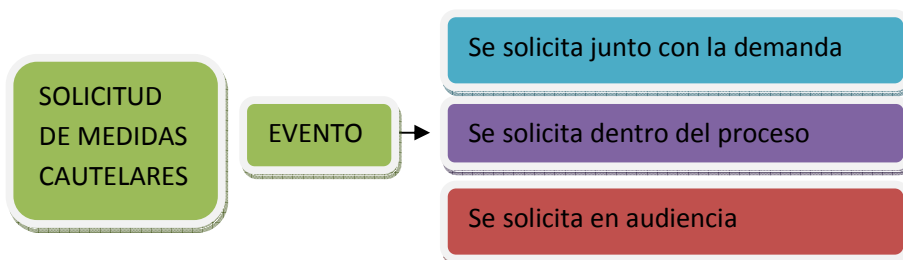
a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o

b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.”

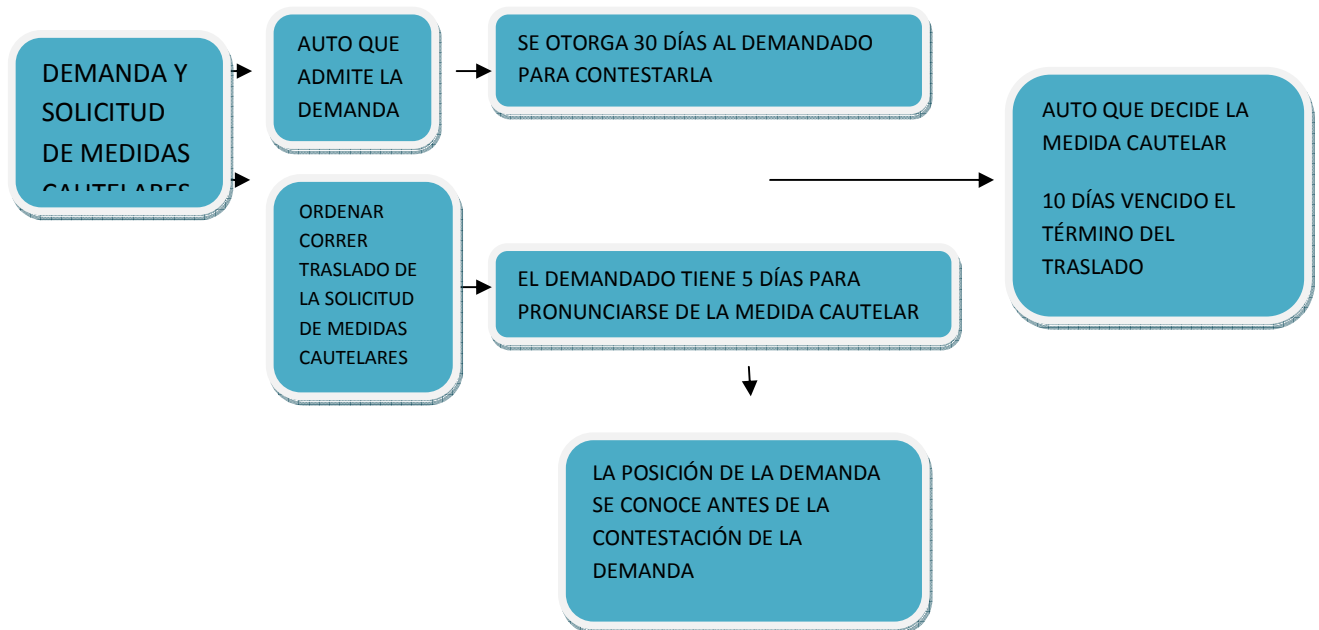
En este orden de ideas, y una vez verificada la concurrencia de los anteriores presupuestos, el funcionario judicial entrará a pronunciarse sobre la concesión o negación de la medida, teniendo en cuenta el trámite especificado en el siguiente esquema:

6.1. Procedimiento para su adopción

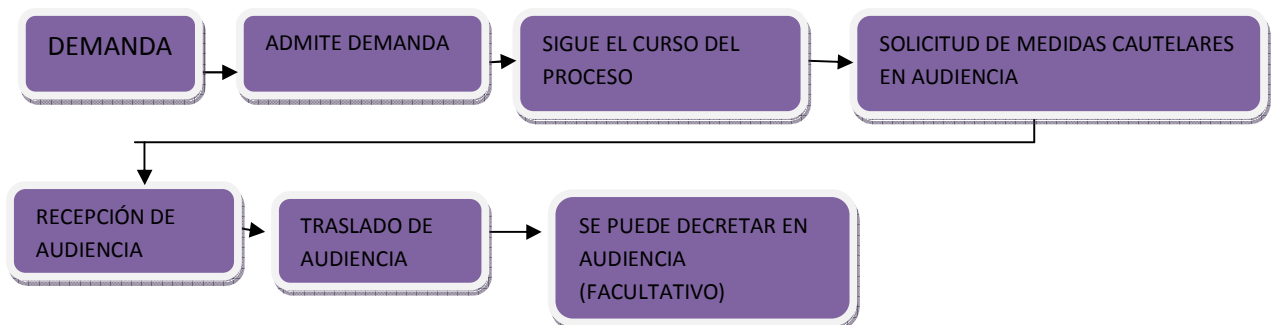
- **SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES**



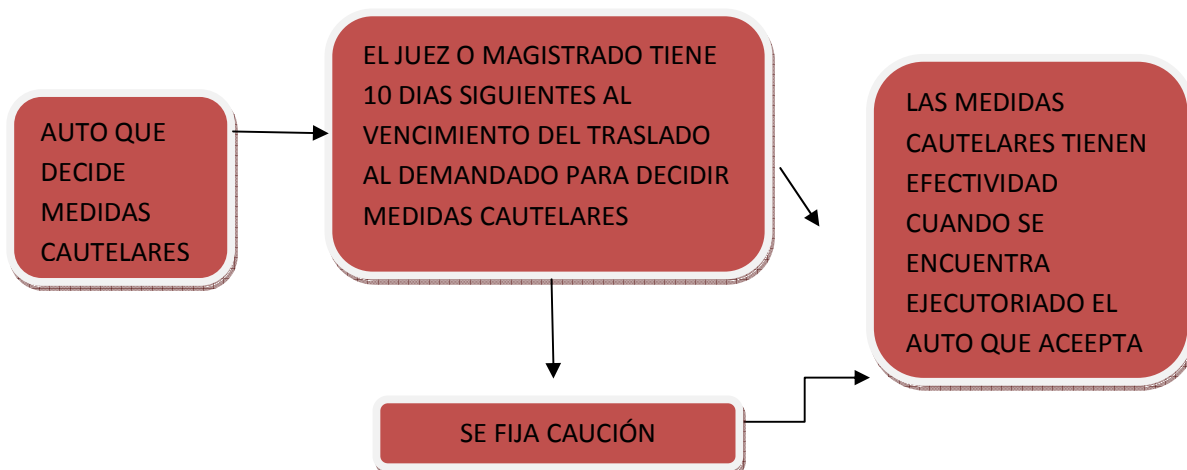
- **PRESENTACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES JUNTO CON LA DEMANDA**



- **PRESENTACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES DENTRO DE LA AUDIENCIA**



AUTO QUE DECIDE MEDIDAS CAUTELARES



Ahora bien, teniendo de presente que el objetivo de las medidas cautelares es garantizar la efectividad y el cumplimiento de las sentencias, el C.P.A.C.A., ha establecido un trámite especial, con términos independientes al los de la demanda, razón por la cual exige que el auto para decidir sobre la solicitud de la medida deberá proferirse dentro de los 10 días siguientes al vencimiento del traslado, en dicha providencia el operador judicial deberá pronunciarse sobre la solicitud, haciendo la aclaración de que en el caso de concederla, deberá fijar la caución estableciendo las condiciones, modalidad y cuantía, pues la efectividad de la medida cautelar depende de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.

Es importante mencionar que en el inciso final del artículo mencionado, se avista la oportunidad que la disposición normativa otorga a la parte a quien se le ha negado la medida, cuando permite presentar una nueva solicitud siempre y cuando se hayan presentado nuevos hechos que cumplan con las condiciones requeridas para que la medida sea decretada, aclarando que contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso.

6.2. Medidas cautelares de urgencia

Se encuentran previstas en el artículo 234. En el siguiente sentido: *“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.”

La parte actora podrá solicitar una medida cautelar de urgencia y será el juez o magistrado el encargado de realiza un juicio de ponderación para determinar si es procedente su adopción, en todo caso dicha medida no se regulara por el tramite establecido para las demás medidas cautelares, toda vez que dada la situación.

Las medidas urgentes devienen imprescindibles entonces en el típico proceso de urgencia amparista. No solo por la habitual dilatación del resultado final sino en esencia por la necesidad casi siempre imperiosa, de anticipar, siquiera a título interino y provisional, el bien de la vida tutelado por un derecho fundamental, que se exhibe flagrantemente vulnerado cuando de aquella situación de insatisfacción del derecho se deriva inevitablemente un daño irreparable para su titular, por el peligro inminente de que la providencia de mérito llegue tardíamente, y con ello se torne inútil el resultado de la intervención del juez.

Las medidas de urgencia se tornan procedentes, cuando de los supuestos fácticos que se planteen, se vislumbre la posible conculcación irremediable de derechos fundamentales como a la salud, debido a una situación de

vulnerabilidad, del trabajo “mínimo vital” y la seguridad social y a la vida, máxime cuando sus destinatarios sean menores o personas minusválidas o de la tercera edad.

6.3. Levantamiento, modificación y revocatoria de la medida cautelar

En el artículo 235 que trata sobre el levantamiento, modificación y revocatoria de la medida cautelar, se establece: *“El demandado o el afectado con la medida podrá solicitar el levantamiento de la medida cautelar prestando caución a satisfacción del Juez o Magistrado Ponente en los casos en que ello sea compatible con la naturaleza de la medida, para garantizar la reparación de los daños y perjuicios que se llegaren a causar.*

La medida cautelar también podrá ser modificada o revocada en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, cuando el Juez o Magistrado advierta que no se cumplieron los requisitos para su otorgamiento o que estos ya no se presentan o fueron superados, o que es necesario variarla para que se cumpla, según el caso; en estos eventos no se requerirá la caución de que trata el inciso anterior.

*La parte a favor de quien se otorga una medida está obligada a informar, dentro de los tres (3) días siguientes a su **conocimiento**, todo cambio sustancial que se produzca en las circunstancias que permitieron su decreto y que pueda dar lugar a su modificación o revocatoria. La omisión del cumplimiento de este deber, cuando la otra parte hubiere estado en imposibilidad de conocer dicha modificación, será sancionada con las multas o demás medidas que de acuerdo con las normas vigentes puede imponer el juez en ejercicio de sus poderes correccionales.”*

En este sentido explica el artículo 235 ibídem, que la parte demandada tendrá la oportunidad de ofrecer caución para que la medida decretada se

levante y de esta manera evitar los daños que se pueden ocasionar. Esta garantía será a satisfacción del juez quien deberá valorarla y establecer si dicha caución asegura el cumplimiento integral del fallo.

En la misma norma se insta a la parte beneficiada la obligación de informar cualquier cambio sustancial en las circunstancias que admitieron el decreto de la medida, para que sea el juez a petición de parte o de oficio sea quien revoque o modifique la medida cautelar y así impedir que la parte demanda se vea obligada a soportar perjuicios irremediables.

Del artículo anterior debe resaltarse que cuando el juez advierta ciertos eventos no se requerirá de caución.

Respecto al tema se ha manifestado lo siguiente:

“la experiencia de la acción de tutela enseña que es procesalmente posible adoptar medidas como esta, pues en múltiples casos el solo decreto de una medida cautelar en estos proceso tiene como resultado que la Administración, por ejemplo, adopte la decisión omitida o entregue el servicio social solicitado, por lo cual la sentencia es inhibitoria ante la actitud de la autoridad demandada. También puede suceder lo contrario, que la actitud de la entidad pública o el particular demandados pueda ser la de eludir el cumplimiento de la medida cautelar y, por lo tanto, el demandante beneficiario de la misma deba informar al juez para que la reforme o adopte las providencias necesarias a fin de garantizar la efectividad de la sentencia”⁹¹

⁹¹ ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2da ed. Actualizada. Bogotá D.C.: Legis, 2012. Pág. 369, 2012

6.4. Recursos

Por su parte en el artículo 236 que trata el tema de los recursos, se consagra que: *“El auto que decreta una medida cautelar será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso. Los recursos se concederán en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en un término máximo de veinte (20) días.*

Las decisiones relacionadas con el levantamiento, la modificación o revocatoria de las medidas cautelares no serán susceptibles de recurso alguno.

Del artículo transcrito se puede determinar que el recurso de apelación será procedente cuando la providencia sea expedida por el juez o magistrado ponente en primera instancia, y el recurso de súplica procederá en los procesos de única instancia, es decir, cuando la decisión sea adoptada por jueces colegiados.

No serán objeto de ningún recurso, los autos dictados respecto del levantamiento, modificación y revocatoria de las medidas cautelares.

6.5. Caución

La ley 1437 de 2011 en su artículo 232 consagra lo relativo al tema de la Caución en los siguientes términos: *“El solicitante deberá prestar caución con el fin de garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar con la medida cautelar. El Juez o Magistrado Ponente determinará la modalidad, cuantía y demás condiciones de la caución, para lo cual podrá ofrecer alternativas al solicitante.*

La decisión que fija la caución o la que la niega será apelable junto con el auto que decreta la medida cautelar; la que acepte o rechace la caución prestada no será apelable.

No se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, de los procesos de tutela, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública”.

Esta disposición reglamenta la obligación del solicitante de prestar caución para que la medida cautelar sea decretada, sin embargo debe mencionarse que para ello también se exige el cumplimiento de ciertos requisitos a fin de no vulnerar los derechos de las partes, pues si bien la parte demanda tiene la oportunidad de pronunciarse en contra de la adopción de la medida, esto no es suficiente, ya que si después del juicio de ponderación realizado por el funcionario judicial, este concluye que la medida cautelar se debe conceder, tal decisión podría repercutir vulnerando derechos del accionado, y por tal razón se amerita precaver tal posibilidad, garantizando la verosimilitud del pago de los eventuales perjuicios; en resumen, la caución es una “contracautela”, que sirve para asegurar los daños que podrían causarse a la contraparte por la excesiva celeridad en de la providencia cautelar, y de este modo restablece el equilibrio entre las dos exigencias discordantes.

La naturaleza de esta previsión es de índole preventivo, más sin embargo el artículo en mención establece las siguientes excepciones:

- Cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos: se encuentra estrechamente ligado con el principio de legalidad pues para que la medida sea decretada basta con que el acto acusado contrarié de manera clara, ostensible, flagrante o manifiesta lo dispuesto en normas superiores.
- En los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos: La ley 472 de 1998, no contemplo la caución

como requisito para solicitar el decreto de medidas cautelares, sin embargo debe anotarse que el literal c del artículo 24 de la ley *ibídem* establece “*obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas*”. En este caso debe aclararse que la caución es potestad del juez constitucional como una medida cautelar mas no como una garantía en el decreto de dichas medidas, dirigida al demandado y no al demandante.

- En los procesos de tutela: al encontrarse de por medio el efectivo cumplimiento y protección de derechos fundamentales.
- Cuando el solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública. El artículo 1 de la constitución política de Colombia establece “*Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de Republica unitaria, descentralizada con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general*” de igual manera el artículo 2 inciso 2 *ibídem* establece que “*(...) las autoridades de la Republica están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*” lo anterior permite concluir que las entidades públicas deben actuar en defensa y protección del interés público razón por la cual se exceptúan de prestar caución.

El funcionario competente para fijar la caución en cuanto a su modalidad, cuantía y condiciones, será el juez o magistrado ponente quien podrá hacerlo antes de admitir la demanda o en las audiencias, en caso de que se niegue la caución el recurso procedente será el de apelación.

“(...)De acuerdo con la doctrina, la caución puede ser de tres clases: juratoria, que consiste en la manifestación formal de quien obtiene la medida, efectuada por escrito en el expediente, de que se hace cargo de los eventuales perjuicios; personal, cuando un tercero con solvencia económica asume la responsabilidad consecuente afectando su patrimonio, y real, que importa afectar un bien o bienes determinados a los resultados de esa responsabilidad”⁹²

6.6. Responsabilidad

Sobre este particular, el artículo 240 de la pluricitada ley, establece que: *“...Salvo los casos de suspensión provisional de actos administrativos de carácter general, cuando la medida cautelar sea revocada en el curso del proceso por considerar que su decreto era improcedente o cuando la sentencia sea desestimatoria, el solicitante responderá patrimonialmente por los perjuicios que se hayan causado, los cuales se liquidarán mediante incidente promovido dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia.*

Las providencias que resuelvan el incidente de responsabilidad de que trata este artículo serán susceptibles del recurso de apelación o de súplica, según el caso.”

El artículo anterior determina la responsabilidad que deberá asumir el solicitante cuando la medida cautelar sea revocada en el transcurso del proceso, porque su decreto era improcedente, o por que la sentencia fue desestimatoria de las pretensiones.

Al respecto debe mencionarse que doctrinariamente no se acepta la responsabilidad objetiva en cabeza del peticionario contenida en el artículo anterior, pues según el Dr. Enrique José Arboleda Perdomo⁹³, el peticionario al

⁹² *Ibídem*, 365, 2012

⁹³ *Ibídem*, pág. 372.

momento de presentar el proceso y las medidas cautelares, considera que sus pretensiones tendrán éxito, además porque de dicha solicitud se ha corrido traslado a la parte demandada para que esta rinda concepto y si las medidas fueron decretadas, se entiende que el juez al realizar el juicio de ponderación determinó que estas son procedentes; teniendo en cuenta lo anterior doctrinariamente se determina la existencia de la responsabilidad subjetiva, en donde se debe estimar la existencia de los siguientes requisitos: 1.- Demostrar el perjuicio, 2.- Demostrar la relación de causalidad entre la medida y el daño, 3.- Demostrar la culpa (responsabilidad subjetiva) del peticionario.

CONCLUSIONES

- ✓ Del anterior estudio, podemos inferir, que las medidas cautelares adoptadas con la ley 1437 de 2011, son efectivamente un importante y desarrollado instrumento, que en manos de los jueces o magistrados de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es y será de gran utilidad para salvaguardar la tutela judicial efectiva de los ciudadanos; ésta entre otras razones a saber, son las enseñanzas que deja el presente trabajo de investigación.
- ✓ EL principal aporte de la presente investigación consiste en dejar al menos la inquietud, de que si bien la Ley 1437 de 2011 no contempla por sí misma la posibilidad de decretar medidas cautelares de oficio, no existe impedimento legal alguno para hacerlo, es decir, que en procura de la protección de los derechos fundamentales que se encuentren amenazados, desprendiéndose esta inferencia de un exhaustivo y pronto análisis de los supuestos fácticos que se encuentren debidamente probados en determinada demanda, constitucionalmente el Juez o Jueza, o el Magistrado o Magistrada se encuentran plenamente habilitados para adoptar cualquier mecanismo de protección de derechos, basándose única y exclusivamente en lo consagrado en el artículo segundo de la Constitución Política.
- ✓ El propósito principal que llevó a la modificación del Código Contencioso Administrativo, fue el de facilitar la consecución de la tutela judicial efectiva en armonía con el nuevo orden constitucional, en el cual se profesa la garantía y la protección de este derecho con el carácter de fundamental.
- ✓ El juez debe analizar con mayor flexibilidad la ecuación presunción de legalidad vs. suspensión provisional.

- ✓ Las medidas cautelares en los juicios de responsabilidad, a favor del Estado, deben establecerse desde el proceso ordinario diseñado para establecer la responsabilidad, pero siempre con fundamento en el *bonus fonus iuri* y el *periculum mora*.
- ✓ Hoy en día, no hay razón para la diferenciación en la adopción de tales medidas cuando conoce como juez de tutela o popular, que cuando actúa en los procesos mediante los cuales se reclaman las conocidas como pretensiones típicas de los procesos ordinarios.
- ✓ Para el decreto o no de una medida cautelar, deben observarse los criterios de Preventividad, instrumentalidad, jurisdiccionalidad, proporcionalidad y variabilidad, junto con el análisis probatorio respectivo y la argumentación que se esboce por parte del solicitante.
- ✓ La imposición de la medida de cautela debe conducir al juez a la ponderación de intereses públicos y privados a partir de las reglas del *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, de igual forma, la medida no puede ofender el interés público y las restricciones a la imposición de medidas de cautela deben ser de orden legal, como por ejemplo en materia tributaria.

ANEXO 1

LISTA DE CHEQUEO DE ASPECTOS A TENER EN CUENTA PARA EL DECRETO DE MEDIDAS CAUTELARES ARTÍCULOS. 229 – 241 DE LA LEY 1437 DE 2011

Elaborada por:

Fecha:

Demandante:

Demandado:

MEDIO DE CONTROL	
Nulidad por Inconstitucionalidad (Art. 135 Ley 1437 de 2011)	
Control Inmediato de legalidad (Art. 136 Ley 1437 de 2011)	
Nulidad (art. 137 Ley 1437 de 2011)	
Nulidad y Restablecimiento del Derecho (art. 138 Ley 1437 de 2011)	
Nulidad electoral (art. 139 Ley 1437 de 2011)	
Reparación Directa (art. 140 Ley 1437 de 2011)	
Controversias Contractuales (art. 141 Ley 1437 de 2011)	
Repetición (art. 142 Ley 1437 de 2011) (LEY 678 DE 2001)	

Pérdida de Investidura (art. 143 Ley 1437 de 2011)	
Protección de los derechos e intereses colectivos (art. 144 Ley 1437 de 2011) (Ley 472 de 1998)	
Reparación de los perjuicios causados a un grupo (art. 145 Ley 1437 de 2011) (Ley 472 de 1998)	
Cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos (art. 146 Ley 1437 de 2011) (Art. 87 Constitución Política) (LEY 393 DE 1997)	
Nulidad de las cartas de naturaleza y de las resoluciones de autorización de inscripción (art. 147 Ley 1437 de 2011)	
Control por vía de excepción (art. 148 Ley 1437 de 2011)	

SOLICITUD Y REQUISITOS FORMALES

Verificar los siguientes aspectos:

- Se trata de un proceso declarativo: **SI NO**
- Existe solicitud de medida cautelar: **SI NO**
- Se trata de una medida cautelar de urgencia: **SI NO**
- Describa brevemente el tipo de medida solicitada, clasificándola⁹⁴ según su análisis, como preventiva, conservativa, anticipativa, o de suspensión:

⁹⁴ **Medidas Preventivas:** Busca evitar que se produzca o aumente el daño causado por la Administración.

Medidas Conservativas: Buscan mantener el *statu quo* «estado del momento actual» previo a la decisión administrativa o a la acción u omisión de la Administración, para evitar que se vuelva irreversible la situación, o que no sea posible volver las cosas al estado anterior y por tanto lo único viable sea la indemnización de perjuicios.

Medidas Anticipativas: Permiten anticipar el derecho pedido como pretensión principal, en forma cautelar antes de la sentencia de fondo.

- El demandante ha demostrado, al menos sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados: **SI NO**

- Tiene la medida solicitada relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda (Principio de Congruencia): **SI NO**

- Se prueba al menos sumariamente, la existencia de perjuicios (solo para suspensión provisional cuando se pretenda restablecimiento del derecho e indemnización de perjuicios): **SI NO**

- La medida solicitada pretende proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso: **SI NO**

- La medida solicitada pretende proteger y garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia: **SI NO**

- Relación de las pruebas que se acompañen con la demanda, y que tengan relación directa con la medida solicitada.

REQUISITOS MATERIALES O DE FONDO PARA DECRETAR LA MEDIDA

*** Fumus Boni iuris (Apariencia de buen derecho)**

- La demanda está razonablemente fundada en derecho, esto es, hay un margen de posibilidad de éxito: **SI NO**

- La fundamentación fáctica y probatoria alegada, permite concluir al ponderar los intereses en juego, que es más gravoso para el interés público negar la medida que concederla: **SI NO**

Medidas de suspensión: Se trata de la suspensión de los actos administrativos, que como se expuso, es preventiva. Además, se puede suspender todo tipo de procedimiento o actuación administrativa.

*** Periculum in mora (Peligro en la demora)**

- | | | |
|--|-----------|-----------|
| - Se causa un perjuicio irremediable si no se otorga la medida: | SI | NO |
| - Los efectos de la sentencia podrían ser nugatorios o ilusorios: | SI | NO |
| - Inminencia del peligro: | SI | NO |
| - Inexistencia de otros medios que mitiguen el perjuicio: | SI | NO |
| - Derechos fundamentales involucrados y por conexidad: | | |
| - Perjuicio irremediable que podría causarse en caso de no conceder la medida: | | |

MEDIDA CAUTELAR A DECRETAR ART. 230 C.P.A.C.A.

1. Ordenar se mantenga la situación o restablecerla al estado en que se encontraba antes de la vulneración o amenaza
2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa inclusive de carácter contractual
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 para evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos
5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del litigio, obligaciones de dar, hacer o no hacer.
6. Otras: Menciónelas:

ASPECTOS DE PROCEDIMIENTO

La medida cautelar fue solicitada en:

- La presentación de la demanda ☐
- En el curso del proceso, antes de la Audiencia Inicial (Art. 233 Ley 1437 de 2011) Folio ☐

Si fue solicitada en la demanda, señale la fecha en que se ordenó correr traslado, en auto separado, de la solicitud de medida cautelar por el término de 5 días (Art. 233 Ley 1437 de 2011).

Desde DD-MM-AAAA Hasta DD-MM-AAAA

Notificación personal DD-MM-AAAA Folio _____
(Art. 233 Ley 1437 de 2011)

Si fue solicitada posteriormente en el curso del proceso, señale fecha en que se ordenó correr traslado⁹⁵, por el término de 5 días, al día siguiente de su recepción.

Desde DD-MM-AAAA Hasta DD-MM-AAAA Folio _____

⁹⁵ (Decreto 01 de 1984 (C.P.C.) - ARTÍCULO 108. Traslados. Los traslados de un escrito no requieren auto, ni constancia en el expediente, salvo norma en contrario. El secretario lo agregará a éste y lo mantendrá en la secretaría por el término respectivo. Estos traslados se harán constar en una lista que se fijará en lugar visible de la secretaría, por un día, y correrán desde el siguiente. Los traslados correrán en la secretaría, y allí se mantendrá el expediente sin solución de continuidad por el respectivo término, salvo los que se otorgan en el trámite del recurso de casación para los cuales podrá retirarse el expediente)

Decisión dentro de los 10 días siguientes al vencimiento del término anterior.

OTROS ASPECTOS A CONSIDERAR PARA DECRETAR LA MEDIDA

Argumentos normativos

Criterios jurisprudenciales

Intereses públicos en juego

Análisis de la mora

REQUISITOS FORMALES

Para la decisión se aplicará condiciones descritas en el art. 233 CPACA -

10 días siguientes al vencimiento del término anterior, se decide la medida cautelar y se fija caución si se concede. La medida solo producirá efectos ejecutoriados el auto que acepte la caución.

Solicitada en el curso del proceso SI NO

Si es así, se corre traslado por 5 días al día siguiente de su recepción conforme el art. 108 C.P.C. sin necesidad de auto por parte de secretaría.

Para la decisión se aplicará condiciones descritas en el art. 233 CPACA -

10 días siguientes al vencimiento del término anterior, se decide la medida cautelar y se fija caución si se concede. La medida solo producirá efectos ejecutoriados el auto que acepte la caución.

Solicitada en audiencia

SI NO

Si se solicita en la audiencia se corre traslado a la otra parte, en la misma. Una vez evaluada por el juez, podrá ser decretada allí mismo art. 233 CPACA

Solicitada nuevamente

SI NO

Habiendo sido negada, puede solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes que ameriten sea estudiada.

Si se cumplió el trámite descrito anteriormente, continúe al paso 2.

SI

NO

DECISIÓN ADICIONAL EN CASO DE QUE SE DECRETE LA MEDIDA

Fijar caución Art. 232 CPACA

SI

NO

La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada. Art. 233 CPACA

BIBLIOGRAFÍA

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales: Editorial Heliasta 28ª Edición, 2002, pp. 59 y ss.

BETANCOUR JARAMILLO, Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Séptima Edición, 2009, pág. 325-335

CONSEJO DE ESTADO, Memorias – Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Bogotá D.C.: Contraloría General de la Republica y Consejo de Estado. 2012. Imprenta Nacional de Colombia.

MORA CAICEDO, Esteban. Código Contencioso Administrativo - Anotado. Vigésima octava ed. Bogotá D.C.: Leyer, 2007.

MORA CAICEDO, Esteban. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Anotado. Trigésima tercera ed. Bogotá D.C.: Leyer, 2011.

SIERRA GÓMEZ, Francisco. Constitución Política de Colombia- Anotada. Vigésima octava ed. Bogotá D.C.: Leyer, 2010.

HENAO CARRASQUILLA, Oscar Eduardo. Código General del Proceso – Anotado. 2da. ed. Bogotá D.C.: Leyer, 2012.

HENAO CARRASQUILLA, Oscar Eduardo. Código de Procedimiento Civil – Anotado. Vigésima sexta. ed. Bogotá D.C.: Leyer, 2006.

BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. 7 ed. Medellín (A). Señal Editora. 2009.

Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. La dirección del proceso Contencioso Administrativo – Modulo de aprendizaje autodirijido - Guías procesales de casos típicos. Parte I y II. Bogotá D.C.: Consejo Superior de la Judicatura. 2009.

ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2da ed. Actualizada. Bogotá D.C.: Legis, 2012.

REVISTA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA. Revista Mensual. Noviembre de 2012. Tomo XI No. 491. Editorial Legis. Bogotá.

OSSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales, 28ª ed. Heliasta, 2002.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Preguntas y Respuestas de Derecho Administrativo. 3ra. ed. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2007.

GARCÍA SARMIENTO, Eduardo. GARCÍA OLAYA, Jeannette M. Medidas Cautelares. Segunda Edición. Bogotá D.C. Editorial Temis S.A. 2005.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Acciones populares y medidas cautelares en defensa de los derechos e intereses colectivos. Primera Edición. Bogotá D.C. Publicaciones Universidad Externado de Colombia. 2010.

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. Perspectiva Constitucional sobre la tutela cautelar judicial. Primera Edición. Bogotá. Editorial Universidad del Rosario. 2006.

TRIANA PERDOMO, José Marcelino. El proceso ejecutivo contractual administrativo –medidas cautelares-, Editorial ABC. 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La batalla por las medidas cautelares. Tercera Edición. Editorial Arazandi S.A. España. 2006.

CHAPARRO COLPAS, Roberto Mario. Introducción al nuevo proceso contencioso administrativo. Primera Edición. Medellín. Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 2013

ROJAS LÓPEZ, Juan Gabriel. Los presupuestos procesales. Segunda Edición. Medellín. Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 2012.

PEREZ VILLA, Jorge. Comentarios al Código e Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Editorial Leyer. Bogotá D.C. 2012.

CALAMANDREI, Piero. Providencias Cautelares. Editorial Bibliográfica. Buenos Aires Argentina. 1964

CARNELLUTTI, Francesco. Como se hace un Proceso. Monografías Jurídicas. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1964

RODRÍGUEZ Jaime - MUÑOZ Arana, Aproximación al derecho administrativo constitucional. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009. Citado por Augusto Hernández Becerra EL NUEVO

FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR Y OVALLE FAVELA, JOSÉ, “Medidas Cautelares”, Diccionario Jurídico Mexicano, México, Porrúa-UNAM, 2001, t. I-O, p. 2484.

Diccionario de la Lengua Española, 21ª ed., t, I, Real Academia Española, 2ª ed., España, Editorial Espasa-Calpe, S.A., 1992.

ORTIZ ORTIZ Rafael, El poder cautelar general y las medidas innominadas, 2ª ed., Caracas, Editorial Fronesis S.A., 2002.

CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico del Derecho Usual, t.v, 16ª ed., Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1991.

BIELSA, Rafael, *Sobre lo contencioso administrativo*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1954, p. 98; Spota, Alberto G., “La concesión de servicios públicos y la orden de no innovar”, JA, 1942-IV, 786, entre otros.

MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel, “Algunas reflexiones sobre la administración pública y la justicia administrativa. La tutela judicial efectiva”, en López Olvera, Miguel Alejandro (coord.), *Estudios en homenaje a don Alfonso Nava Negrete en sus 45 años de docencia*, México, UNAM, 2006, pp. 121-142.

GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor, La suspensión del acto reclamado en amparo, desde la perspectiva de los principios de las medidas cautelares, México, Porrúa, 2006.

GARCÍA SARMIENTO, Eduardo. GARCÍA OLAYA, Jeannette M. Medidas Cautelares. Segunda Edición. Bogotá D.C. Editorial Temis S.A. 2005.

RESTREPO MEDIDA, Manuel Alberto. Perspectiva Constitucional Sobre la Tutela Cautelar judicial. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2006.

CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares. Buenos Aires, El oro, 1996, p. 45.

ARIANO DEHO, Eugenia. La Instrumentalidad de la tutela cautelar. En: Problemas del proceso civil. Lima, Jurista Editores, 2003, pp. 614 y ss.

PROVIDENCIAS CITADAS

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de dos mil siete (2007). Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00076-00(32293). Actor: SILVIO SAÚL SUAREZ SANDOVAL Y OTROS. Demandado: GOBIERNO NACIONAL. Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sección tercera. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil siete (2007). Radicación número: 11001-03-26-000-2006-00040-00(33067). Actor: LUIS LOBO ORCASITAS Y OTRA. Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL - INCODER-. Referencia: ACCIÓN DE REVISIÓN -ASUNTOS AGRARIOS-.

Corte Constitucional, Sala Plena - Sentencia C-566/95, Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III, C.P. Julio Cesar Uribe Acosta, diecisiete (17) de julio (07) de mil novecientos ochenta y seis (1986), Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta, C.P. Delio Gómez Leiva, diez y ocho (18) de febrero de dos mil (2000).Radicación AC-9502, Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección V, C.P. María Nohemí Hernández Pinzón, dos (2) de septiembre de dos mil cuatro (2004)Radicación numero: 44001-23-31-000-2004-0030-01 3461.

Corte Constitucional - Ver entre otras las sentencias C-608/10 M.P. Humberto Sierra Porto, Sentencia, T-715/09 Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-545/09 María Victoria Calle Correa, T-048/08 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, SU-250/98 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sala Plena de la Corte Constitucional, Sentencia C-490/00 - Referencia: expediente D-2650. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 327 y 513 del Código de Procedimiento Civil (parciales), modificados por el decreto 2282 de 1989, artículo 1º numerales 153 y 272. Actor: Rodrigo Ocampo Ossa. Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO - Santa Fe de Bogotá, cuatro (4) de mayo de dos mil (2000).

Corte Constitucional, Actor: Luis Enrique Ladino Romero, Magistrado Sustanciador: Hernando Herrera Vergara - Santa Fé de Bogotá, D.C., Septiembre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cinco (1995). Sentencia No. C-431/95 - REF.: PROCESO No. D – 870 - Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 32 del Decreto 2279 de 1989, 110 de la Ley 23 de 1991 y el inciso 2o. del artículo 2o. del Decreto 2651 de 1991.

Corte Constitucional, Referencia: Expediente D-1384 - Normas acusadas: Artículos 75 (parcial); 79 (parcial); 101 (parcial) de la Ley 42 de 1993. Actor: Gustavo Escalante Sánchez Magistrado Ponente : Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL - Santafé de Bogotá D.C., seis (6) de febrero de mil novecientos noventa y siete (1997).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 13 de septiembre de 2012. Radicación 11001-03-28-000-2012-00042-00. Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ, Bogotá, D.C., cuatro (4) de abril de dos mil tres (2003), Radicación número: 44001-23-31-000-2002-

00112-01(13662), Actor: PROMIGAS S.A. E.S.P., Demandado: MUNICIPIO DE RIOHACHA, Referencia: APELACION INTERLOCUTORIOS.

Sala Plena de la Corte Constitucional, Auto 278/09 - Referencia: expediente CRF-003, Solicitud de suspensión de la revisión de constitucionalidad de la Ley 1354 de 2009 formulada por los ciudadanos Andrés Gómez Roldán, Elson Rafael Rodríguez y Álvaro Augusto Sanabria Rangel. Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil nueve (2009).

Sentencias T-225 de 1993, SU-086 de 1999 y SU-544 de 2001.

CIBERGRAFIA

SITIOS DE INTERNET QUE FUERON CONSULTADOS

- <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2047/12.pdf> **Consultado en diciembre de 2012**
- BASTIDAS BÁRCENAS, Hugo Fernando, Medios de Control, Ley 1437 del 18 de enero de 2011. Consultado en: [www.cga.gov.co/.../...](http://www.cga.gov.co/.../) **Consultado en diciembre de 2012**
- http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2011/Enero/Paginas/20110118_13.aspx **Consultado en diciembre de 2012**
- http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1437_2011.html **Consultado en enero de 2013**
- <http://www.portafolio.co/opinion/blogs/juridica/nuevo-codigo-contencioso-administrativo> **Consultado en enero de 2013**
- <http://190.24.134.67/pce/publicaciones/LIBRO%20MEMORIAS%20Nuevo%20CCA.pdf> **Consultado en enero de 2013**
- [www.cga.gov.co/.../...](http://www.cga.gov.co/.../) **Consultado en enero de 2013**
- http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120613-10%28como_avanza_la_implementacion_del_nuevo_codigo_contencioso_administrativo%29/noti-120613-10%28como_avanza_la_implementacion_del_nuevo_codigo_contencioso

_administrativo%29.asp?Miga=1&CodSeccion=97 **Consultado en enero de 2013**

- <http://190.24.134.67/pce/encuentro18/nuevaconsulta11.asp> **Consultado en febrero de 2013**
- <http://www.tribunaladministrativodelquindio.com/relatoria/publicaciones/CONVERSATORIOS/LAS%20MEDIDAS%20CAUTELARES%20EN%20EL%20NUEVO%20CCA.pdf> **Consultado en febrero de 2013**
- <http://190.24.134.67/pce/memorias/medidas%20cautelares.pdf> **Consultado en febrero de 2013**
- http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.estade.org%2Fdocumentos%2Fderechopublico%2FDerecho%2520Constitucional%2FLas%2520Medidas%2520Cautelares%2520constitucionales.docx&ei=dTRjUMimG4mQ9QTB_YGgAg&usg=AFQjCNGtdAPvHenh3USnGXWMkH8MpWQPrg&sig2=WkOzyTXhEljP05IT0yhC7Q **Consultado en febrero de 2013**
- http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/E_Cassagne/Medidas%20cautelares.pdf **Consultado en febrero de 2013**
- http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1142605818209&esArticulo=true&idRevistaElegida=1142605427073&language=es&pag=8&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU&siteName=RevistaJuridica **Consultado en febrero de 2013**
- 20 años de vigencia del código contencioso administrativo, www.usergioarboleda.edu.co/.../20_ANOS_DE_VIGENCIA_DEL_CODIGO_CONTENCIOSO...

- CÓDIGO ADMINISTRATIVO DE COLOMBIA, CARTA DE DERECHOS CIUDADANOS en el portal web http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci_vmda/ponencias/AugustoHernandezBecerra.pdf
- HERNÁNDEZ BECERRA Augusto. El nuevo código administrativo de Colombia, carta de derechos ciudadanos en el portal web: http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci_vmda/ponencias/AugustoHernandezBecerra.pdf
- EL NUEVO CÓDIGO ADMINISTRATIVO DE COLOMBIA, CARTA DE DERECHOS CIUDADANOS Por: Augusto Hernández Becerra.
- https://www.google.com.co/url?sa=f&rct=j&url=http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci_vmda/ponencias/AugustoHernandezBecerra.pdf&q=&esrc=s&ei=yYkBUd-rOlrW9QTBxICYDA&usg=AFQjCNESRhRTWn0_3yOD-yUCkzLD0zLdqA
- <http://www.justiciayderecho.org/revista6/articulos/Apuntes%20s...pdf>
- http://www.wikilearning.com/articulo/medidas_cautelares_en_el_derecho_procesal_civil_colombiano-medidas_cautelares_desmedidas/23794-2