

MEDIDAS CAUTELARES.  
AUTONOMÍA JUDICIAL Y SEGURIDAD  
JURÍDICA



PLAN DE FORMACIÓN  
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

MAX ALEJANDRO FLÓREZ RODRÍGUEZ  
Presidente

DIANA ALEXANDRA REMOLINA BOTÍA  
Vicepresidenta

GLORIA STELLA LÓPEZ JARAMILLO  
MARTHA LUCÍA OLANO DE NOGUERA  
ÉDGAR CARLOS SANABRIA MELO  
JORGE LUIS TRUJILLO ALFARO  
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL  
“RODRIGO LARA BONILLA”

MARY LUCERO NOVOA MORENO  
Directora



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

*Escuela Judicial*  
*“Rodrigo Lara Bonilla”*

ANA MARÍA MONCADA ZAPATA

MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA  
MEDIDAS CAUTELARES, AUTONOMÍA  
JUDICIAL Y SEGURIDAD JURÍDICA

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA  
ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”

**ISBN: 978-958-8857-75-6**

© **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2019**

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No. 9A-24 piso 4

[www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co)

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia

Carrera 66 No. 24-09. Tel. 457 8000

[www.imprenta.gov.co](http://www.imprenta.gov.co)

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

# TABLA DE CONTENIDO

Convenciones .....	11
Presentación .....	13
Sinopsis de la autora .....	15
Justificación .....	16
Resumen del módulo .....	18
Mapa conceptual del módulo.....	20
Objetivos generales del módulo.....	21
<b>UNIDAD 1</b>	
GENERALIDADES SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (JCA).....	23
1.1. El sustento constitucional de las medidas cautelares en los procesos ante la JCA.....	25
1.1.1. El sustento constitucional de las medidas cautelares en el derecho a una tutela judicial efectiva.....	25
1.1.2. El sustento constitucional de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo .....	27
1.1.3 El sustento constitucional del principio de inembargabilidad de ciertos bienes y recursos .....	28
1.2. El régimen legal de las medidas cautelares en la JCA.....	30
1.2.1 El desarrollo de las medidas cautelares en el CPACA .....	31
1.2.2 El desarrollo de las medidas cautelares en el CGP, en lo compatible con el CPACA .....	33
1.2.3 El desarrollo de las medidas cautelares en las leyes especiales aplicables en la JCA.....	38
1.3. La doctrina sobre las medidas cautelares, aplicada a los asuntos de conocimiento de la JCA.....	38
1.3.1. El concepto y características de la medida cautelar.....	38
1.3.2. La finalidad de las medidas cautelares .....	41
1.3.3. La clasificación de las medidas cautelares .....	44
1.4. Criterios rectores tradicionales para el decreto de medidas cautelares....	52
1.4.1. <i>Fumus boni iuris</i> – Apariencia de buen derecho.....	52
1.4.2. <i>Periculum in mora</i> – Perjuicio por la mora procesal.....	54

1.5.	El campo de acción de las medidas cautelares según el tipo de procesos	55
1.5.1	En los procesos declarativos .....	55
1.5.2	En los recursos extraordinarios .....	57
1.5.3	En los procesos ejecutivos .....	62
1.5.4	En las acciones constitucionales .....	63
	Actividades pedagógicas .....	64
	Autoevaluación .....	65
	Jurisprudencia .....	66
<b>UNIDAD 2</b>		
	TIPOLOGÍA DE MEDIDAS CAUTELARES EN LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO .....	73
2.1.	Las medidas cautelares enunciadas en el CPACA .....	74
2.1.1.	Ordenar que se mantenga o restablezca la situación .....	75
2.1.2.	Suspender un procedimiento o actuación administrativa .....	77
2.1.3.	Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo .....	80
2.1.4.	Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra .....	80
2.1.5.	Impartir órdenes o imponer obligaciones de hacer o no hacer .....	82
2.2.	La medida cautelar de embargo y la regla de inembargabilidad de ciertos bienes y recursos .....	84
2.2.1	Los bienes inembargables .....	86
2.2.2	Excepciones a la regla de inembargabilidad .....	108
2.3.	Las medidas cautelares probatorias en el estatuto arbitral .....	116
	Actividades pedagógicas .....	119
	Autoevaluación .....	119
	Jurisprudencia .....	120
<b>UNIDAD 3</b>		
	LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS .....	123
3.1.	Aspectos generales .....	124
3.1.1	Evolución normativa .....	124



3.1.2	Naturaleza de la suspensión provisional.....	127
3.1.3	Requisitos formales y sustanciales en aplicación del CCA.....	129
3.1.4	Requisitos formales y sustanciales en aplicación del CPACA.....	132
3.2	Restricciones a la reproducción del acto suspendido o anulado .....	134
3.2.1	La prohibición de reproducción del acto suspendido .....	134
3.2.2	El incidente en caso de reproducción del acto suspendido .....	135
3.2.3	El incidente de suspensión en caso de reproducción del acto anulado .....	136
3.3.	La eficacia de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo para proteger derechos fundamentales .....	136
	Actividades pedagógicas .....	143
	Autoevaluación .....	145
	Jurisprudencia.....	146
<b>UNIDAD 4</b>		
	PROCEDIMIENTO PARA RESOLVER LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (JCA) .....	151
4.1.	Requisitos para la adopción de las medidas cautelares en el CPACA .....	152
4.1.1	Requisitos formales o genéricos aplicables en todos los medios de control.....	154
4.1.2	Requisitos materiales o sustanciales .....	160
4.2	El procedimiento para la adopción de las medidas cautelares .....	170
4.2.1	La adopción de las medidas cautelares ordinarias .....	171
4.2.3	La caución para garantizar los eventuales perjuicios ocasionados con la medida cautelar .....	188
4.2.4	La revocatoria, modificación y el levantamiento de la medida cautelar .....	191
4.2.5	La adopción de la medida cautelar no implica prejuzgamiento .....	195
4.2.6	La limitación a la JCA cuando la medida implica el ejercicio de una decisión discrecional .....	196
4.2.7	Incidente de responsabilidad por la revocatoria de la medida .....	197
4.2.8	Incidente de desacato de la medida cautelar decretada.....	198
	Actividades pedagógicas .....	200
	Autoevaluación .....	200
	Jurisprudencia.....	201

## UNIDAD 5

ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN ACCIONES CONSTITUCIONALES.....	207
5.1. Medidas cautelares para la protección de los derechos e intereses colectivos .....	208
5.1.1. Generalidades sobre el medio de control .....	209
5.1.2. Las medidas cautelares en las acciones populares.....	210
5.2. Medidas cautelares en las acciones de tutela .....	222
5.2.1. Generalidades sobre las acciones de tutela.....	222
5.2.2. Medidas provisionales en las acciones de tutela.....	224
5.2.3. La medida provisional de suspensión de los efectos de sentencias y otras providencias judiciales.....	226
5.2.4. Tutela para garantizar la ejecución de medidas cautelares decretadas en el sistema interamericano de derechos humanos ....	229
5.3. Medidas cautelares para la reparación de perjuicios causados a un grupo .....	230
5.3.1. Generalidades sobre las acciones de grupo .....	230
5.3.2. Medidas cautelares en las acciones de grupo.....	232
Actividades pedagógicas .....	237
Autoevaluación .....	238
Jurisprudencia.....	239

## UNIDAD 6

AUTONOMÍA JUDICIAL Y CONTROLES FRENTE AL DECRETO DE MEDIDAS CAUTELARES APLICABLES EN LA JCA .....	243
6.1 Control disciplinario por cuestionamientos sobre la adopción de medidas cautelares .....	246
6.2 Control penal por cuestionamientos sobre la adopción de medidas cautelares .....	249
6.3. Tutela contra providencias que decretan medidas cautelares.....	253
Actividades pedagógicas .....	258
Autoevaluación .....	259
Jurisprudencia.....	259
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	263

## CONVENCIONES

<i>Og</i>	<i>Objetivo general</i>
<i>Oe</i>	<i>Objetivo específico</i>
<i>Co</i>	<i>Contenidos</i>
<i>Ap</i>	<i>Actividades pedagógicas</i>
<i>Ae</i>	<i>Autoevaluación</i>
<i>J</i>	<i>Jurisprudencia</i>
<i>B</i>	<i>Bibliografía</i>



## PRESENTACIÓN

De la relación entre las normas constitucionales y las procesales, en el sistema dualista colombiano de control jurisdiccional de la administración, resulta un derecho procesal administrativo con relativa autonomía que, a su vez, deriva en el peculiar sistema de medidas cautelares que se desarrollará en el presente módulo<sup>1</sup>. Como se observará, la institución procesal de las medidas cautelares, necesaria para garantizar la tutela judicial efectiva, cobra especial relevancia y tratamiento en los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (JCA).

Y es que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende no solo el acceso a la administración de justicia, sino al debido proceso y a que, una vez dictada la decisión, se logre su efectiva ejecución. La consecuente dificultad, frente a la solución cautelar, estriba en la potencial afectación al debido proceso y la igualdad procesal, al restringir los derechos de quienes aún no han sido vencidos en juicio<sup>2</sup>.

La doctrina de la tutela cautelar surge, en palabras de Piero Calamandrei, ante “La necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva”<sup>3</sup>, idea en la que se retoma el magistral principio formulado por Giuseppe Chiovenda, según el cual “la necesidad del proceso para obtener la razón no puede convertirse en un daño para quien tiene la razón”<sup>4</sup>.

En punto al proceso contencioso administrativo debe anticiparse que, en las últimas constituciones colombianas, se ha facultado expresamente a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (JCA) para suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos, convirtiéndose

---

1 Sobre esta diferencia, que permite explicar los rasgos propios del proceso contencioso administrativo, señala Libardo Rodríguez: “Así, de una parte, existen unos sistemas monistas que son aquellos que tienen origen en el derecho anglosajón y que atienden a la idea de que la administración pública es juzgada por los mismos jueces que los particulares y de otra, existen unos sistemas dualistas que son aquellos que tienen origen en la concepción del derecho francés, en los cuales existe una organización judicial para la administración, diferente a la que juzga los particulares”. Rodríguez, Libardo. *Derecho Administrativo General y colombiano*. Tomo II. Vigésima Edición. Bogotá: Editorial Temis. 2017. p. 440.

2 Colombia. Corte Constitucional. Sentencias C-490. (04, mayo, 2000) y Sentencia C-379. (27, abril, 2004).

3 Calamandrei, Piero. *Providencias Cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina. 1984, p. 43.

4 García de Enterría, Eduardo. *La batalla por las medidas cautelares*. Tercera edición. Madrid: Ed. Thomson Civitas. 2004. p. 211.

esa, por tradición, en la medida cautelar que goza de mayor desarrollo en los códigos y en la jurisprudencia. Esto, para contrarrestar el privilegio de ejecutoriedad que reviste a los actos administrativos, precaviendo la ineficacia de una posterior sentencia.

La tendencia fortalecedora del régimen de medidas cautelares en los procesos que se adelantan ante la JCA, se encuentra en el Capítulo XI del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA o Ley 1437 de 2011– para los procesos declarativos, como herramienta para proteger y garantizar de manera provisional el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Se regula allí, en términos generales: (i) su contenido, oportunidad, alcance, (ii) tipología: preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, (iii) requisitos formales y sustanciales, (iv) la caución, (v) las reglas de levantamiento, modificación y revocatoria, (vi) los recursos que proceden, y (vii) la prohibición de reproducción de actos suspendidos o anulados.

Se evolucionó así a un sistema cautelar innominado que tuvo como referente el que operaba desde un par de décadas atrás para las acciones de tutela (Decreto 2591 de 1991), y, posteriormente, para el medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos (Ley 472 de 1998).

Ocho años después de la expedición del CPACA, el módulo servirá como herramienta de sistematización y tratamiento íntegro del régimen cautelar en los asuntos de conocimiento de la JCA para facilitar la tarea del operador judicial y transmitir certidumbre en refuerzo de su autonomía, al tiempo que se afianza la seguridad jurídica.

Todo ello, sin desconocer que la medida cautelar pone a una de las partes en condiciones de inferioridad, por lo que recomienda Piero Calamandrei: “Sé cauto en conceder medidas cautelares, tal debería ser una de las primeras máximas del buen juez”<sup>5</sup>.

---

5 Calamandrei, Piero. Estudios sobre el Proceso Civil. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América. 1973. p. 284.

## SINOPSIS DE LA AUTORA

Ana María Moncada Zapata

Abogada de la Universidad de Antioquia, Magíster en Derecho. Experiencia investigativa y académica en asuntos de derecho constitucional y administrativo. Consultora y litigante durante más de 12 años en acciones constitucionales, en procesos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y en tribunales arbitrales, en especial, en asuntos de contratación, servicios públicos y telecomunicaciones. Ponente y autora de publicaciones especializadas. Socia y Directora del Área de Derecho Público de la firma Moncada Abogados.

## JUSTIFICACIÓN

La relevancia de las medidas cautelares en la JCA encuentra sustento en el derecho a la tutela judicial efectiva, y en la consagración constitucional de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos. No obstante, ese instrumento procesal coexiste en clara tensión con el debido proceso al restringir los derechos de quienes aún no han sido vencidos en juicio, tal como lo reconocen las altas cortes, ya que en sus providencias exhortan al legislador a definir los requisitos previos a su decreto, de manera que su uso sea razonable y proporcionado<sup>6</sup>.

El fortalecimiento del régimen de medidas cautelares que antes resultaba excepcional y reglado, se superó con un sistema ‘innominado, atípico o abierto’ desarrollado de manera novedosa en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA o L. 1437/11–, que le dedicó todo el Capítulo XI a su aplicación en los procesos declarativos cuando se requiera proteger y garantizar de manera provisional el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Pese a ese esfuerzo racionalizador en el CPACA, en punto a las medidas cautelares subsiste una gran dispersión normativa que hace compleja la práctica en la JCA, así:

- En los asuntos no contemplados en el CPACA se aplica el Código General del Proceso –Ley 1564 de 2012 o CGP– en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones. Remisión útil frente a la ausencia de regulación, entre otras, de las medidas cautelares en los procesos ejecutivos que conoce la JCA, en los que son recurrentes las dificultades en torno al principio general de inembargabilidad de ciertos bienes y recursos.

- La adopción más cotidiana de medidas cautelares en la JCA, se encuentra en las acciones constitucionales que cuentan con regímenes propios, así: (i) las medidas provisionales en las acciones de tutela, para la protección de derechos fundamentales, en el Decreto 2591 de 1991, y (ii) las medidas cautelares en el medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos y en el de reparación de perjuicios causados a un grupo, en la Ley 472 de 1998, que se considera complementaria al CPACA.

---

6 Colombia. Corte Constitucional. Ver sentencias C-490/00 y Sentencia C-379/04. Ob. cit.



- Algunos instrumentos cautelares se encuentran regulados en leyes especiales, como los que proceden en la acción de repetición –Ley 678 de 2001–, en donde se admiten como tales: (i) la inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro, (ii) el embargo y secuestro de bienes no sujetos a registro y (iii) el embargo y secuestro de bienes sujetos a registro; remitiendo, en lo no previsto, al CGP.

- El Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional –Ley 1563 de 2012–, que faculta a quienes ejerzan funciones jurisdiccionales, incluyendo a la JCA, para decretar medidas cautelares que tengan como objeto recaudar elementos de prueba relevantes y pertinentes para las controversias.

A todo lo anterior, se suma el régimen *sui generis* de transición y vigencia del CPACA, que hace que, a la fecha, se sigan tramitando procesos que estaban en curso en el momento de su entrada en vigencia, el 2 de julio de 2012, conforme al viejo régimen contenido en el Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984 o CCA–, que a su vez remitía al derogado Código de Procedimiento Civil –Decretos 1400 y 2919 de 1970 o CPC–.

Dado que las providencias del Consejo de Estado son prolijas en la materia, encontrando que se delibera en algunos casos con ambigüedad o contradicción sobre las condiciones y requisitos para su procedencia, se requiere el presente material de autoaprendizaje en el que se aborda íntegramente la materia, incorporando al análisis diversas decisiones de los órganos de cierre jurisdiccional, como guía útil para que quienes pertenecen a la JCA, resuelvan sobre el decreto o rechazo de las medidas cautelares, en cumplimiento de su trascendente labor de administrar justicia.

Partiendo del diagnóstico de necesidades, en el módulo se abordarán en una perspectiva procesal-constitucional las principales dificultades que se presentan en torno a la figura cautelar en la JCA, procurando el fortalecimiento de destrezas y habilidades que minimicen, en la práctica judicial, la aparente confrontación entre los principios de autonomía judicial y seguridad jurídica.

## RESUMEN DEL MÓDULO

En el presente módulo se abordará, la siguiente temática:

En la primera unidad, se tratarán los aspectos generales sobre el instituto procesal de las medidas cautelares aplicados a los asuntos de conocimiento de la JCA, el régimen constitucional y legal que las sustenta, su concepto, finalidad, clasificación doctrinal, los criterios rectores tradicionales que orientan su aplicación, que son, la apariencia de buen derecho y el perjuicio por la mora procesal y el campo de acción según el tipo de proceso de que se trate –declarativos, recursos extraordinarios, ejecutivos y acciones constitucionales–.

En la segunda unidad, se desarrollará la tipología de medidas cautelares en los procesos declarativos que trae el CPACA, según sean preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y se completará el cuadro: (i) explicando la medida de embargo y el principio de inembargabilidad de ciertos bienes y públicos y sus excepciones, y (ii) abordando las medidas cautelares probatorias que autoriza el estatuto arbitral.

En la tercera unidad, se abordará la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos considerando su aludida consagración constitucional, su evolución normativa hasta el CPACA, su finalidad, características, alcance, requisitos formales y sustanciales, así como las consecuencias por la reproducción de un acto suspendido o anulado. También se estudiará su eficacia para proteger derechos fundamentales.

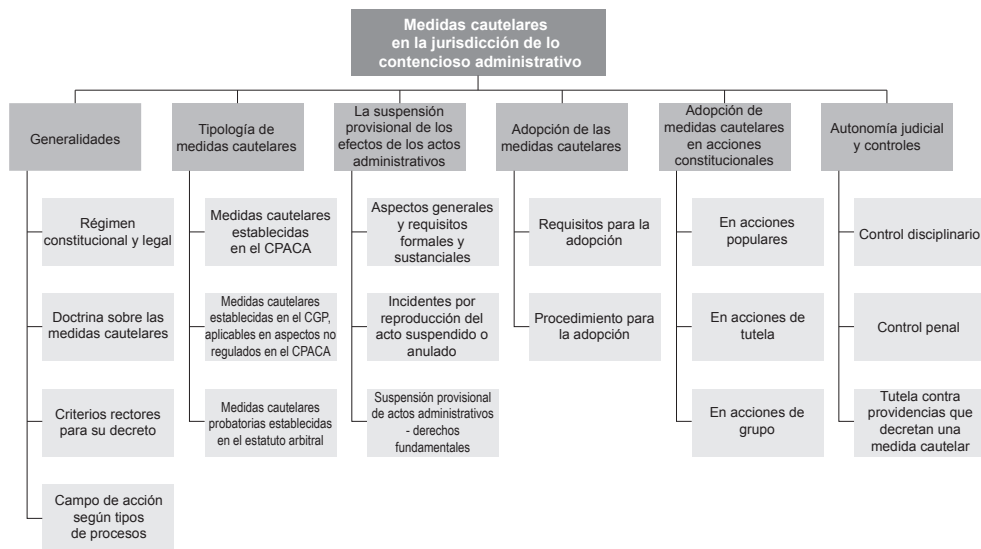
En la cuarta unidad, se presentará el procedimiento para decidir la solicitud de una medida cautelar conforme a las reglas del CPACA y las providencias del Consejo de Estado como órgano de cierre de la JCA empezando con los requisitos formales y sustanciales de procedencia según se trate de ordinarias o de urgencia, los recursos disponibles frente al auto que las resuelve, la caución, las causales de levantamiento, modificación y revocatoria y los incidentes de responsabilidad y desacato.

En la quinta unidad, se abordará el régimen de adopción de instrumentos cautelares en las acciones constitucionales cuando son de conocimiento de la JCA, en especial, en el trámite de la acción de tutela, en los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y para

la reparación de daños causados a un grupo. Los requisitos de procedencia y el procedimiento de adopción.

En la sexta unidad, se estudiará el régimen sancionatorio penal y disciplinario, en algunos casos en que se investiga la transgresión del régimen cautelar por parte de los operadores judiciales. También se estudiarán casos de tutelas contra providencias que decretan medidas cautelares.

## MAPA CONCEPTUAL DEL MÓDULO



## OBJETIVOS GENERALES DEL MÓDULO

- Entender íntegramente el régimen de las medidas cautelares aplicables en la JCA, considerando las dispersas normas que regulan la materia.
- Adquirir las destrezas y habilidades necesarias para examinar, interpretar y decidir sobre el decreto o rechazo de las medidas cautelares en el marco de la Constitución, la ley y la jurisprudencia de los órganos de cierre.
- Identificar y difundir las principales providencias del Consejo de Estado y los tribunales, respecto de la implementación, durante ocho años, del capítulo XI del CPACA sobre medidas cautelares.
- Brindar herramientas para resolver los casos, aun cuando exista tensión entre el principio de independencia judicial y el de seguridad jurídica, entre el derecho al debido proceso y el de la eficacia en la administración de justicia.



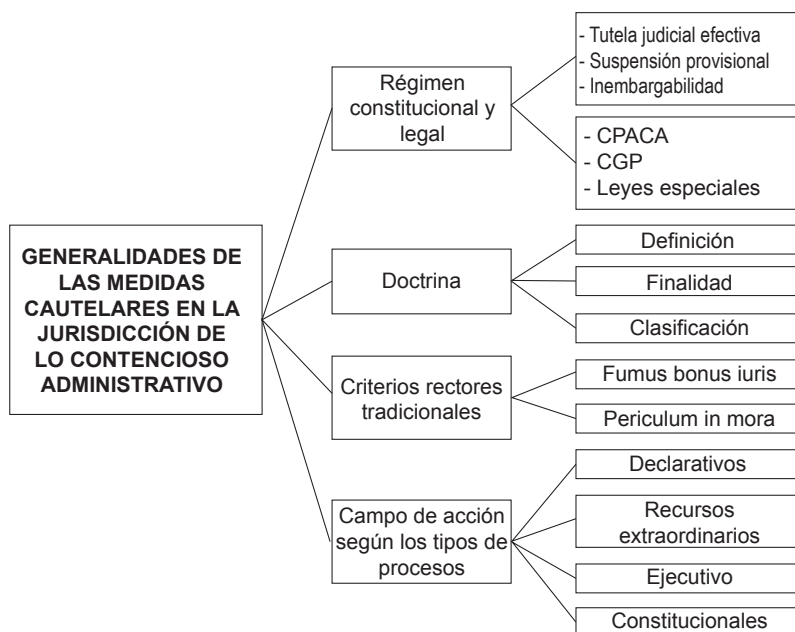
# Unidad 1

## GENERALIDADES SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (JCA)

### OBJETIVOS

<b>Og</b>	<b>Objetivo general</b>  Reconocer los principales atributos de las medidas cautelares como institución procesal ampliamente acogida en la JCA, así como discernir sobre su clasificación, alcance y campo de acción, según las leyes, jurisprudencia y doctrina.
<b>Oe</b>	<b>Objetivos específicos</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• Conocer el sustento constitucional de las medidas cautelares en la JCA (tutela judicial efectiva, suspensión de los efectos de los actos administrativos e inembargabilidad de recursos públicos).</li><li>• Conocer el régimen legal de las medidas cautelares en la JCA, así como las diferencias en su tratamiento en el CCA, en el CPACA, en las leyes especiales aplicables en la JCA y en el CGP.</li><li>• Analizar los conceptos, características y finalidad de las medidas cautelares aplicadas a la JCA.</li><li>• Estudiar la clasificación de las medidas cautelares de uso más recurrente en la JCA.</li><li>• Estudiar los criterios rectores tradicionales que determinan la procedencia de las medidas cautelares (fumus bonus iuris y periculum in mora).</li><li>• Delimitar el campo de acción o tipo de asuntos de conocimiento de la JCA, en los cuales pueden decretarse medidas cautelares.</li></ul>

## CONTENIDO



\* Fuente: Ana María Moncada Zapata



## 1.1. EL SUSTENTO CONSTITUCIONAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS ANTE LA JCA

### 1.1.1. EL SUSTENTO CONSTITUCIONAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO A UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Existe consenso en la doctrina y en la jurisprudencia acerca de que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende tres momentos: el acceso a la justicia, el debido proceso y la eficacia de la sentencia. En Colombia, este derecho encuentra sustento constitucional en los artículos 1 –preámbulo–, 2 –finés esenciales del Estado–, 29 –debido proceso–, 228 –prevalencia del derecho sustancial–, y 229 –acceso a la administración de justicia–, siendo reconocido incluso, por la Corte Constitucional, como un derecho fundamental<sup>7</sup>.

El acceso a la administración de justicia se constituye para el individuo en una necesidad inherente a su condición y naturaleza, sin él los sujetos y la sociedad misma no podrían desarrollarse y carecerían de un instrumento esencial para garantizar su convivencia armónica, como es la aplicación oportuna y eficaz del ordenamiento jurídico que rige a la sociedad, y se daría paso a la primacía del interés particular sobre el general, contrariando postulados básicos del modelo de organización jurídica-política por el cual optó el Constituyente de 1991<sup>8</sup>.

La tutela judicial efectiva también tiene respaldo en instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, tales como: (i) el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre protección judicial, que consagra el deber de los estados de instaurar mecanismos sencillos, rápidos y efectivos contra la vulneración de derechos, incluyendo medidas procesales como las medidas precautorias, provisionales o cautelares<sup>9</sup>, y (ii) los artículos 2 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagran, de un lado, el deber de los estados de adoptar medidas oportunas para hacer efectivos los derechos garantizando la interposición de recursos judiciales efectivos y el cumplimiento de las decisiones, y de otro, la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia,

7 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-426. (29, mayo, 2002). Antes de esa sentencia, se trataba este derecho como prestacional que exige la puesta en obra del aparato estatal con miras a su realización. Ver la Sentencia C-318 de 1998.

8 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-476. (8, septiembre, 1998). Cfr. Sentencia C-426 de 2002, entre otras.

9 El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. [en línea] <https://www.cidh.oas.org/countryrep/accesodesc07sp/accesodescv.sp.htm>

contando con las debidas garantías en los juicios, incluyendo la de ser juzgado sin dilaciones indebidas<sup>10</sup>.

A partir del año 2002, la Corte Constitucional colombiana ha equiparado el derecho a la tutela efectiva, con el derecho de acceso a la justicia, integrándolo a su vez con el núcleo esencial del derecho al debido proceso<sup>11</sup>. En palabras de la Corporación: “El artículo 229 de la Constitución Política consagra expresamente el derecho de acceso a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva”<sup>12</sup>.

Más recientemente, se ha sostenido que la idea de “efectividad” que acompaña este derecho, supone que el acceso a la justicia no se circunscribe a la existencia de mecanismos para poner en marcha la administración de justicia, sino que exige un esfuerzo institucional para restablecer el orden jurídico y garantizar la prevalencia del derecho sustancial<sup>13</sup>.

De allí, que las medidas cautelares se consideren instrumentos necesarios en el ordenamiento jurídico para proteger provisionalmente y mientras dura el proceso, la integridad del derecho que se controvierte. Sin ellas, tal como lo sostiene la Corte Constitucional, los fallos serían ilusorios<sup>14</sup>. En palabras de la Corporación: “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)”<sup>15</sup>.

Pese a esas bondades constitucionales del mecanismo cautelar, no es un secreto que las medidas también pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, por cuanto se imponen a una persona antes

10 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-279. (15, mayo, 2013). Sentencia C-180. (27, marzo, 2014). Sentencia T-339. (3, junio, 2015).

11 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-426. (29, mayo, 2002).

12 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1177. (17, noviembre, 2005).

13 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-086. (24, febrero, 2016). “3.2.- La tutela judicial efectiva ha sido considerada “expresión medular del carácter democrático y participativo del Estado” y “pilar fundamental de la estructura de nuestro actual Estado Social de Derecho”. Encuentra sustento no solo en el texto de la Carta Política sino en los instrumentos que se integran a ella a través del bloque de constitucionalidad. Su vínculo con el Preámbulo es de primer orden al estar “directamente relacionado con la justicia como valor fundamental de la Constitución”. Apunta al cumplimiento de los fines esenciales del Estado (arts. 1 y 2 CP), entre ellos garantizar la efectividad de los derechos, promover la convivencia pacífica, velar por el respeto a la legalidad y a la dignidad humana y asegurar la protección de los asociados en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades públicas. Además, su consagración expresa como derecho de toda persona refuerza la valía que quiso darle el Constituyente de 1991 en el ordenamiento jurídico (art. 229 CP)”.

14 Ver: Colombia. Corte Constitucional. Sentencias C-054. (6, febrero, 1997). Sentencia C-255. (27, mayo, 1998). Sentencia C-925. (18, noviembre, 1999). Sentencia C-379. (27, abril, 2004).

15 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-490. (4, mayo, 2000).

de que sea vencida en juicio. En ese sentido, la Corte Constitucional alerta sobre el comportamiento prudente que debe asumir el legislador, a la hora de su regulación, y de quien imparte justicia, a la hora de su deliberación:

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 medida cautelar, con lo cual, la ley busca que esos instrumentos cautelares sean razonables y proporcionados<sup>16</sup>.

Ante la evidente tensión entre la necesidad de que existan mecanismos para garantizar la efectividad de una posterior decisión judicial y el hecho de que los mismos puedan generar un daño injustificado, no proporcional o arbitrario a los derechos del demandado que aún no ha sido vencido en el proceso, se debe dar estricta observancia a los requisitos formales y materiales señalados por el legislador para su decreto y ejecución, impidiendo el ejercicio abusivo o indiscriminado de tales mecanismos cautelares.

#### 1.1.2. EL SUSTENTO CONSTITUCIONAL DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos susceptibles de impugnación por vía judicial, se contempla en el artículo 238 de la Constitución de 1991, que autoriza a la JCA para decretarla, en los términos que se transcriben:

Artículo 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

16 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-490. (4, mayo, 2000). Reiterado en: Sentencia C-485. (11, junio, 2003). Sentencia SU-913. (11, diciembre, 2009). Sentencia T-788. (12, noviembre, 2013). Sentencia C-834. (20, noviembre, 2013).

Y es que, en el ámbito procesal administrativo, parece aún más meritorio el régimen cautelar, si se considera que los actos administrativos, principal manifestación de la administración, ostentan la característica de la ejecutoriedad, o principio de la autotutela administrativa, aumentando el riesgo de que, en el momento del fallo, el mismo no pueda ser materialmente ejecutado. En ese sentido, sostiene Jesús González Pérez que “el privilegio de la ejecutoriedad de los actos administrativos, la excesiva duración de los procesos y la naturaleza de los derechos que sirven de fundamento a la pretensión pueden determinar la ineficacia de la sentencia. Cuando esta se dicte, aunque funcionen perfectamente los mecanismos de la ejecución, no tendrán sentido los pronunciamientos que en ella se contengan. No se habrá hecho justicia”<sup>17</sup>. No en vano se considera que las medidas cautelares son, en la actualidad, la herramienta más eficaz para controlar a la administración pública.

La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, sus motivos y requisitos, por su trascendencia, se tratará en la Unidad III.

### 1.1.3 EL SUSTENTO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE INEMBARGABILIDAD DE CIERTOS BIENES Y RECURSOS

El principio de inembargabilidad de ciertos bienes fue consagrado la Constitución de 1991, así:

En el artículo 63, según el cual: “Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”<sup>18</sup>.

El artículo 72 señala que: “El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles”<sup>19</sup>.

Lo anterior, vino a excepcionar mediante norma de rango constitucional, el principio de embargabilidad consagrado en el Código Civil o Ley 87 de 1873 en su artículo 2488, según el cual: “Toda obligación personal da al

<sup>17</sup> González Pérez, Jesús. El Derecho a la Tutela Jurisdiccional. 2ª Edición. Madrid: Civitas. 1984. p. 256.

<sup>18</sup> Para la definición de bienes de uso público, ver artículo 674 del Código Civil.

<sup>19</sup> Asunto que es ampliamente desarrollado mediante la Ley 397 de 1997, Por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias”.

acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677". De allí que se sostenga que los bienes del deudor constituyen la prenda general de sus acreedores.

Si bien en la Constitución de 1886 no se contempló expresamente la regla de inembargabilidad, la Corte Suprema de Justicia se pronunció en diversas oportunidades sobre el principio de inembargabilidad del Presupuesto General de la Nación, incorporado en el artículo 16 de la Ley 38 de 1989 "Normativo del Presupuesto General de la Nación", modificado posteriormente por la Ley 179 de 1994 y compilada por el vigente Decreto 111 de 1997 o Estatuto Orgánico del Presupuesto. Sostuvo la Corte Suprema de Justicia que ese principio estaba ínsito en los preceptos de la Constitución que regulaban el manejo de las finanzas del Estado y en la necesidad de asegurar su adecuado cumplimiento<sup>20</sup>.

Ya en vigencia de la Carta de 1991, la Corte Constitucional ha señalado que en virtud del artículo 63 constitucional, el legislador puede determinar los bienes que serán inembargables, resultando exequible la inembargabilidad de recursos públicos compilada en los aludidos artículos 12 y 19 del Decreto 111 de 1996 o Estatuto Orgánico del Presupuesto:

"En este sentido, solo si el Estado asegura la intangibilidad judicial de sus recursos financieros, tanto del gasto de funcionamiento como del gasto de inversión, podrá contar con el cien por ciento de su capacidad económica para lograr sus fines esenciales. La embargabilidad indiscriminada de toda suerte de acreedores, nacionales y extranjeros, expondría el funcionamiento mismo del Estado a una parálisis total, so pretexto de la satisfacción de un cobro judicial de un acreedor particular y quirografario. Tal hipótesis es inaceptable a la luz de la Constitución de 1991, pues sería tanto como hacer prevalecer el interés particular sobre el interés general, con desconocimiento del artículo primero y del preámbulo de la Carta"<sup>21</sup>.

No obstante, se sostuvo que la nueva Carta suponía desechar el carácter absoluto de ese principio de inembargabilidad de las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación, ante la necesidad de excepciones que permitieran la efectividad de ciertos derechos constitucionales, declarando la exequibilidad condicionada del artículo 16 de la Ley 38 de 1989 (que había sido declarado exequible por la Corte Suprema

20 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Expediente 1992 (22, marzo, 1990).

21 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-546. (1, octubre, 1992).

de Justicia), exceptuando del principio de inembargabilidad del presupuesto, los créditos laborales<sup>22</sup>.

Pese a sostener la necesidad de proteger los recursos financieros del Estado que podrían verse alterados, si toda renta, recurso o bien fuera libremente o generalmente embargable, la Corte Constitucional fue desarrollando un catálogo de excepciones, para: (i) la satisfacción de créditos u obligaciones de origen laboral, (ii) el pago de sentencias judiciales, y (iii) la existencia de títulos emanados del Estado que reconocieran una obligación clara, expresa y exigible.

También el Consejo de Estado ha sostenido la necesidad del principio de inembargabilidad con la finalidad de “evitar que por el efecto de las medidas cautelares de embargo y secuestro pueda malograrse la armonía presupuestal, sin garantizar la prevalencia del interés general de la comunidad sobre el particular de los acreedores del Estado”<sup>23</sup>.

Más recientemente, y a partir del Acto Legislativo 04 de 2007, la jurisprudencia constitucional se ha referido a la prohibición de embargar los recursos que hacen parte del Sistema General de Participaciones, aludiendo la Corte Constitucional a un nuevo esquema de mayor rigidez constitucional en lo referente al destino social de los recursos y que “implica examinar desde una óptica diferente el principio de inembargabilidad y las reglas de excepción”<sup>24</sup>. Se sostiene allí que: “En este sentido, la regla general debe seguir siendo la inembargabilidad de recursos del presupuesto, para permitir solo excepcionalmente la adopción de medidas cautelares”.

Los anteriores postulados son desarrollados en detalle, en el numeral 2.2 del presente estudio, sobre el principio de inembargabilidad y sus excepciones.

## 1.2 EL RÉGIMEN LEGAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA JCA

Como se expuso, la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de aplicación inmediata, que para materializarse requiere un desarrollo legislativo que respete su núcleo esencial, así como las demás reglas que sobre el tema ha definido la Constitución. En cumplimiento de ese mandato, el

22 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-546 (1, octubre, 1992) y Sentencia C-793. (24, septiembre, 2002).

23 Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto, Radicado.: S-694. (22, julio, 1997).

24 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1154. (26, noviembre, 2008).

instituto procesal de las medidas cautelares cuenta con el siguiente desarrollo legal en el país, en lo que concierne a la JCA.

### 1.2.1 EL DESARROLLO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CPACA

Las medidas cautelares contempladas en el entonces Proyecto de Ley número 198 de 2009 Senado, 135 de 2010 Cámara, que derivó en la Ley 1437 de 2011 “se constituyen en el más novedoso y eficaz instrumento para lograr la tutela judicial efectiva”, según se señala en la exposición de motivos<sup>25</sup>.

Sin duda alguna, uno de los aspectos más innovadores del CPACA, fue la inclusión de un capítulo dedicado exclusivamente a regular el contenido y alcance de las medidas cautelares, los requisitos de procedencia, el procedimiento para su decreto, levantamiento, modificación y revocatoria, esta situación sumó, al sistema tradicional, uno ‘innominado, atípico o abierto’ de medidas cautelares. Este último, según el artículo 229 que indica que podrán decretarse las medidas cautelares que se consideren necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, disposición que ofrece un mayor margen de discrecionalidad judicial. En los artículos 233 y 234 del CPACA se distinguen las “medidas cautelares de urgencia” y las “medidas cautelares ordinarias”, cuyo trámite se abordará en la Unidad IV.

El CPACA amplió el lapso en el cual pueden decretarse medidas cautelares, pues ya no se aplica la regla del artículo 152 del CCA según la cual sólo procedían (la de suspensión provisional), “antes de que sea admitida” la demanda, sino que a la luz del artículo 229 del CPACA, podrán decretarse “en cualquier estado del proceso”<sup>26</sup>.

En relación con los requisitos de procedencia de las medidas cautelares, distintas a la de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, el CPACA contempla requisitos formales y sustanciales que no se encontraban, por supuesto, en el anterior CCA, en el cual no existían ‘otras medidas cautelares’ distintas a la de la suspensión provisional. Estos requisitos serán revisados en detalle en la Unidad III.

En cuanto a la procedencia de la suspensión provisional, el CPACA suprimió la necesidad de acreditar una ‘manifiesta infracción’ de las

25 Ver: Congreso de Colombia. Exposición de motivos, Proyecto de ley No. 315 de 2010 - Cámara y 198 de 2009 - Senado, Gaceta del Congreso 1.173 del 17 de noviembre de 2009.

26 Chavarro Colpas, Roberto Mario. Análisis de las medidas cautelares en el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo colombiano, desde una perspectiva constitucional. Advocatus vol. 18: 33-44. Barranquilla: Universidad Libre de Barranquilla. 2012, p. 37.



disposiciones invocadas en la demanda para referirse sencillamente al requisito de 'violación de las disposiciones invocadas', calificativo que hace menos rigurosa la sustentación de la medida para el solicitante. Adicionalmente, para su decreto, se pueden estudiar las pruebas allegadas con la solicitud, posibilidad que no se encontraba en el anterior estatuto procesal.

Todo lo anterior, en relación con los aspectos sustanciales que el CPACA modificó y que se exponen sumariamente en el siguiente cuadro. Las diferencias procedimentales, serán puestas de presente en la Unidad III, en la que se revisará el procedimiento para la adopción de las medidas y la caución que debe prestarse con el fin de garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar, junto con el trámite para el levantamiento, modificación y revocatoria, entre otros asuntos.

**Cuadro 1. Comparativo medidas cautelares - Aspectos sustanciales**

COMPARATIVO MEDIDAS CAUTELARES – ASPECTOS SUSTANCIALES		
TEMA	CCA	CPACA
<b>Normas aplicables</b>	Artículos 148 y 152	Artículos 229-241
<b>Medidas cautelares</b>	Únicamente se regula la suspensión provisional de los actos administrativos. En lo demás, debe aplicarse el CPC, según ordenaba el artículo 267 del CCA. No se contemplaban las medidas cautelares de urgencia, pero tampoco se preveía el traslado previo de la solicitud a la otra parte.	Se insta para los procesos declarativos un sistema innominado o abierto de medidas cautelares en los artículos 229 y 230 del CPACA. En los demás casos, debe aplicarse el CGP, según lo ordena el artículo 306 del CPACA. Se regulan las medidas cautelares de urgencia.
<b>Aspectos regulados</b>	Regulación sucinta. No se contaba con una reglamentación completa en cuanto a los requisitos de procedencia de la medida y el trámite para el levantamiento, modificación y revocatoria de la misma.	Regulación detallada y concreta que incluye la procedencia, el contenido y alcance, los requisitos de procedencia, el procedimiento para el decreto, levantamiento, modificación y revocatoria de las medidas cautelares, entre otros.

\* Fuente: Ana María Moncada



### 1.2.2 EL DESARROLLO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CGP, EN LO COMPATIBLE CON EL CPACA

Ya se ha explicado que la JCA acude, en los aspectos no regulados y compatibles, a lo dispuesto para la Jurisdicción Ordinaria. Así, en el CPACA se encuentra, en el artículo 306, que: “En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

En el libro cuarto del CPC se regulaban las medidas cautelares en general, incluyendo en su artículo 690 las medidas cautelares en procesos ordinarios y, en sus artículos 681 y siguientes, las medidas cautelares de embargo y secuestro. Sobre el análisis de las reglas de vigencia y transición normativa de ese estatuto procesal, se tiene lo siguiente: (i) El artículo 626 del CGP en su literal b) indicó que, a partir del 1º de octubre de 2012, quedaban expresamente derogados, entre otros, el artículo 690 del CPC y las demás normas que le fueran contrarias, y, (ii) Los artículos sobre las demás medidas cautelares en procesos ejecutivos, quedaron derogados por el artículo 626, literal c) a partir del 1º de enero de 2014 en forma gradual y, en todo caso, en un plazo máximo de tres años.

En consecuencia, en la actualidad, para las medidas cautelares en esos procesos, en los aspectos no contemplados en el CPACA debe aplicarse el CGP, y no el CPC<sup>27</sup>. Esto, máxime cuando el artículo 1 del CGP indica que este estatuto procesal aplica a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes.

Teniendo claro ese panorama de remisión normativa, fuerza preguntarse: ¿cuáles son los aspectos sobre medidas cautelares, no regulados en el CPACA y regulados en el CGP, que serían compatibles con la naturaleza de los procesos que se tramitan en la JCA?

27 Como ejemplo de situaciones en las que se acude al CGP en aspectos no contemplados en el CPACA, se tiene: (i) la figura del desistimiento: Colombia. Consejo de Estado, Sección Segunda. Radicado: 11001-03-25-000-2014-00314-00(0971-14). (26, enero, 2016); Sección Primera. Radicado: 76001-23-33-003-2015-00298-01. (28, julio, 2016); (ii) el saneamiento de nulidades: Sección Quinta. Radicado: 63001-23-33-000-2015-00377-01. (12, octubre, 2016). (iii), las reglas sobre acumulación de procesos: Sección Tercera. Radicado. 11001-03-26-000-2014-00103-00(51764) (29, marzo, 2017). y Sección Tercera. Radicado: 11001-03-26-000-2017-00158-00(60385). (7, diciembre, 2017); y (iv) la coadyuvancia: Sección Quinta. Radicado: 11001-03-28-000-2015-00018-0011. (septiembre, 2015); (v) Sobre la determinación de las excepciones previas Sección Tercera. Radicado: 25000-23-36-000-2016-01266-.01 (58834). (20, noviembre, 2017); y (vi) sobre el fenómeno de la cosa juzgada: Sección Cuarta. Radicado: 05001-23-33-000-2014-00993-01(22044). (30, agosto, 2016).

En punto a procesos ejecutivos, como ya se ha dicho, no se encuentra regulación en el CPACA sobre medidas cautelares, por lo que los vacíos normativos en la materia deben llenarse con las disposiciones del CGP. Más adelante se revisará su regulación en el CGP, destacando el principio de inembargabilidad de recursos públicos como su principal limitante en esta jurisdicción, en la que la regla general será encontrar, por activa o por pasiva, a una entidad pública como parte del litigio.

En punto a procesos declarativos, si bien se cuenta con amplio desarrollo en el CPACA, se observan algunos aspectos no desarrollados allí, en los que se seguirá el CGP.

Para mayor ilustración, se presenta a continuación un cuadro esquemático para destacar las similitudes y diferencias entre uno y otro estatuto procesal en lo que a procesos declarativos concierne:

**Cuadro 2. Comparativo del régimen de medidas cautelares en procesos declarativos**

COMPARATIVO DEL RÉGIMEN DE MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS DECLARATIVOS	
CPACA	CGP
<b>Normas aplicables:</b> artículo 229 y ss.	<b>Normas aplicables:</b> artículo 590 y ss.
<b>Reglas para la solicitud:</b> <i>Petición de parte debidamente sustentada</i>	<b>Reglas para la solicitud:</b> <i>Petición del demandante (artículo 590)</i>
<b>Oportunidad:</b> <i>Antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso.</i>	<b>Oportunidad:</b> <i>Desde la presentación de la demanda (artículo 590).</i>
<b>Tipos de medidas:</b> <i>Podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión.</i> <i>“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.</i> <i>2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente</i>	<b>Tipos de medidas:</b> (artículo 590, literales a, b y c) <i>“a) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro y el secuestro de los demás cuando la demanda verse sobre dominio u otro derecho real principal, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes.</i>

<p><i>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.</i></p> <p>3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.</p>	<p><i>Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el secuestro de los bienes objeto del proceso. (artículo 229 literal a)</i></p> <p><i>b) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado, cuando en el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual.</i></p> <p><i>Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de éste, el juez ordenará el embargo y secuestro de los bienes afectados con la inscripción de la demanda, y de los que se denuncien como de propiedad del demandado, en cantidad suficiente para el cumplimiento de aquella.</i></p>
<p>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.</p> <p>5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”.</p>	<p><i>El demandado podrá impedir la práctica de las medidas cautelares a que se refiere este literal o solicitar que se levanten, si presta caución por el valor de las pretensiones para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. También podrá solicitar que se sustituyan por otras cautelas que ofrezcan suficiente seguridad (artículo 229 literal b)”</i></p>
<p><b>Medidas innominadas:</b> “las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo”.</p>	<p><b>Medidas innominadas:</b> “Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión (artículo 590 literal c).</p>

<p><b>Reglas expresas:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.</li> <li>- Providencia motivada.</li> <li>- Posibilidad de una o varias medidas.</li> </ul> <p><b>Requisitos:</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.</li> <li>2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.</li> <li>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.</li> <li>4. Que adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:             <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o</li> <li>b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.</li> </ol> </li> <li>5. Caución: para garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar con la medida cautelar. No se requerirá 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.</li> </ol>	<p><b>Requisitos:</b> (artículo 590 literal c)</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Legitimación o interés para actuar de las partes.</li> <li>2. Existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.</li> <li>3. Apariencia de buen derecho</li> <li>4. Necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida.</li> <li>5. Caución del 20% del valor de las pretensiones (responde por costas y perjuicios derivados de su práctica). No será necesaria para embargos y secuestros después de sentencia favorable de primera instancia.</li> </ol>
<p><b>Objeto:</b></p> <p>Proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia</p> <p>La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.</p>	<p><b>Objeto:</b> (artículo 590 literal)</p> <p>Garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante</p> <p>Garantizar la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla.</p> <p>Anticipar materialmente el fallo.</p>

\* Fuente: Ana María Moncada

Como se observa, la forma en la que el CPACA y el CGP desarrollan las medidas cautelares para los procesos declarativos, no guarda diferencias sustanciales, compartiendo aspectos trascendentes, como que en ambos estatutos se posibilite el decreto de medidas innominadas, necesarias o razonables, según uno u otro estatuto procesal.

La JCA ha tenido la oportunidad de pronunciarse en ocasiones sobre la improcedencia de acudir al CGP cuando se alude a ciertos aspectos de las medidas cautelares. Un ejemplo, es el de la improcedencia del recurso de apelación y, por ende, el de súplica, contra el auto que niegue la medida cautelar, por contener el CPACA una regulación íntegra al respecto como se verá en la Unidad IV<sup>28</sup>.

También resulta ejemplificativo lo ocurrido en el marco de un proceso de reparación directa, en el que un Tribunal, a solicitud de la entidad pública demandante, decretó como medida cautelar la inscripción de la demanda en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, aduciendo que la misma se sujetaba al CGP y, en consecuencia, el solicitante debía constituir la caución a que se refiere ese estatuto procesal. El Consejo de Estado señaló que la medida de inscripción de la demanda obedece a la facultad de “ordenar la adopción de una decisión administrativa” contemplada en el artículo 230, numeral 4 del CPACA, entendiéndose regulada en ese estatuto<sup>29</sup>.

Se sostuvo que no es posible sustraer la inscripción de la demanda del régimen dispuesto en el CPACA, por el hecho de estar regulada esa medida cautelar en el CGP, dado que la aplicación de este último, depende de que el asunto no se encuentre regulado en otras leyes, y no al hecho de que haya sido tratado en esa codificación general, como se sostiene en la decisión impugnada. Puntualizó que: “En suma, la inscripción de la demanda en los procesos declarativos ante esta jurisdicción se sujeta a las normas del CPACA, a cuyo tenor no se requiere caución, en cuanto solicitada por una entidad pública”.

La misma conclusión habría de darse, respecto de la ausencia de traslado a la contraparte de la solicitud de medidas durante el procedimiento regulado en el CGP, dado que es una nota característica de ese estatuto procesal que las medidas se cumplan antes de su notificación al afectado. Respecto de esa regla “imprescindible” a la luz del CPC, mantenida en el estatuto vigente, sostuvo la Corte Constitucional que:

28 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 11001-03-26-000-2013-00160-01(49108). (8, marzo, 2017).

29 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 25000-23-36-000-2015-02035-01(56698). (14, febrero, 2017).

Admitir lo contrario, esto es, que su ejecución sea posterior a la notificación del auto que las ordena, haría inoperante dicha figura en cuanto le daría al demandado la oportunidad de eludirla, impidiéndole al juez cumplir eficazmente su objetivo de proteger el derecho amenazado o violado<sup>30</sup>.

### 1.2.3 EL DESARROLLO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LAS LEYES ESPECIALES APLICABLES EN LA JCA

Se explicarán las normas especiales que regulan las medidas cautelares en los siguientes medios de control:

Las tutelas, en el Decreto 2591 de 1991 “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, en su artículo 7º sobre “medidas provisionales para proteger un derecho”.

La repetición, en la Ley 678 de 2001 “por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”, en sus artículos 23 a 29 sobre medidas cautelares.

La protección de los derechos e intereses colectivos, en la Ley 472 de 1998 “por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”, en sus artículos 25 y 26.

La reparación de los perjuicios causados a un grupo, en la Ley 472 de 1998 “por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”, en sus artículos 58 a 60.

## 1.3. LA DOCTRINA SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES, APLICADA A LOS ASUNTOS DE CONOCIMIENTO DE LA JCA

### 1.3.1. EL CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIDA CAUTELAR

Tal como lo da a entender el significado común de la palabra ‘cautelar’, las medidas cautelares son herramientas que tiene la administración de justicia para prevenir algo o precaver lo que pueda dificultarlo. Por tratarse

---

30 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-925. (18, noviembre, 1999).

(\*) Según la Real Academia Española, el significado de la palabra ‘cautelar’ es: “Dicho de una medida o de una regla: Destinada a prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo”. Consultado el 27 de noviembre de 2017.

de un concepto discutido en la teoría general del proceso, resulta pertinente acudir a la definición de reconocidos autores como Eduardo Couture según el cual las medidas cautelares son “aquellas dispuestas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo”<sup>31</sup> o de Piero Calamandrei, para quien “la providencia cautelar consiste precisamente en una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario”<sup>32</sup>.

En Colombia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado las definen “como un instrumento jurídico que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido (por ejemplo, el cobro ejecutivo de créditos), impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho (secuestro preventivo en sucesiones) o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado”<sup>33</sup>.

Como características generales, se han relacionado las siguientes:

- Son actos de naturaleza jurisdiccional, pues solo competen a quienes administran justicia, o a quienes ejercen funciones jurisdiccionales de manera transitoria, como es el caso de los árbitros y algunas autoridades.

- Son instrumentales, en tanto están al servicio del proceso, y en especial, de la sentencia. Para Piero Calamandrei son, en relación con la finalidad última de la función jurisdiccional, “el instrumento del instrumento”<sup>34</sup>. Reconocidos doctrinantes han sostenido “la autonomía del proceso cautelar” influenciados por Francesco Carnelutti, quien postuló que mientras los procesos ejecutivos y de conocimiento persiguen la composición definitiva

31 Couture, Eduardo J. Vocabulario jurídico. Buenos Aires: Ed. Depalma. 1993. p. 405.

32 Calamandrei, Piero. Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares. Lima: Ara Ediciones. 2006. p. 58-59.

33 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-840. (9, agosto, 2001). Ver también Consejo de Estado. Auto, expediente No. 16952. (31, agosto, 2001)

34 Calamandrei, Piero. Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares. Lima: Ara Ediciones. 2006. p. 45.



de la litis, el proceso cautelar, en cambio, tiene por finalidad su composición provisional<sup>35</sup>.

En este punto, vale la pena advertir que el CGP, en su artículo 589, contempla una excepción a la regla general según la cual, sin proceso no hay cautelas, al disponer que, en los asuntos relacionados con violaciones a la propiedad intelectual, la competencia desleal y en los demás en que expresamente una ley especial lo permita, se podrán practicar medidas cautelares extraprocesales, las cuales podrán solicitarse, decretarse y practicarse en el curso de una prueba extraprocesal. Esto, atendiendo los artículos 244 y 146 de la Ley 23 de 1982. No obstante, en esos casos especiales se considera que persiste la instrumentalidad de la medida, dado que el artículo 23 del CGP dispone que su subsistencia depende de la presentación de la demanda dentro de los 20 días siguientes del momento en que fue practicada, o en caso contrario, deberá ser levantada inmediatamente.

- Son provisionales, ya que se justifican en tanto subsistan las razones que dieron lugar a su decreto, y perdurarán hasta que se dicte sentencia. La Corte Constitucional ha destacado su carácter eminentemente transitorio, al precisar que “es de la esencia de la medida cautelar su temporalidad y precariedad, es decir, su falta de vocación y fuerza para producir efectos definitorios bien constitutivos o extintivos de derechos”<sup>36</sup>.

Por esta razón, el artículo 153 del derogado CCA, que contemplaba la figura de la “suspensión provisional en prevención de actos preparatorios o de trámite”, fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia 048 del 10 de agosto de 1989, por considerar que toda suspensión provisional implica, que luego de decretarse, se adelante un proceso que conduzca a un pronunciamiento definitivo, ya que es de pura lógica que lo provisional no debe perpetuarse en el tiempo<sup>37</sup>.

- Son mutables, en función de la variación de las circunstancias que dieron lugar a su decreto, pudiendo ser modificadas durante el curso del proceso, bien porque la medida se ha tornado excesiva, innecesaria, o porque se necesita reforzar aún más la garantía de la futura sentencia.

- Su adopción implica tener en cuenta los criterios del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y el *periculum in mora* o posibilidad de daño jurídico a consecuencia del tiempo que tarda la justicia en proferir la sentencia.

35 Carnelutti, Francesco, Derecho y Proceso, Buenos Aires, Ejea, 1971, p. 413.

36 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU.913. (11, diciembre, 2009).

37 Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia 048. (10, agosto, 1989).



Las anteriores características, se identifican en términos generales con el régimen de medidas cautelares del CPACA. No obstante, Beatriz Arcila Salazar señala adicionalmente que las medidas cautelares son taxativas y que se dictan *inaudita parte*<sup>38</sup>.

En relación con la taxatividad, se acoge como característica, en el entendido de que las medidas cautelares deben estar previstas en la ley, siempre contempladas en una norma, como lo destaca Hernán Fabio López Blanco<sup>39</sup>. Esta condición, no se debe confundir con que las medidas sean o no nominadas, o su catálogo sea o no taxativo. De hecho, en ese último punto, la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido uniforme: en providencia del 2013 se señaló que el catálogo del CPACA “es taxativo”<sup>40</sup>, mientras que en el 2014 y sentencias posteriores, expresó que el régimen “no es taxativo”<sup>41</sup>.

En relación con la cuestión sobre si las medidas cautelares se dictan *inaudita parte* o no, el artículo 233 del CPACA, que aplica a los procesos declarativos, es claro en señalar que con la admisión de la demanda, debe correrse traslado de la solicitud de medida cautelar, lo cual constituye la regla general. Excepcionalmente, en caso de urgencia, podrá adoptarse la medida cautelar tras la presentación de la solicitud y sin previa comunicación a la otra parte –artículo 234 del CPACA–. Solo, en ese último escenario, se podrá dictar la medida en la JCA sin audiencia de la parte contraria.

### 1.3.2. LA FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La finalidad de las medidas cautelares ha sido explicada de manera general por Giuseppe Chiovenda, para quien las mismas buscan prevenir un temor de daño jurídico (<sup>42</sup>). Por su parte en la doctrina nacional, Devis Echandía indica que las mismas buscan asegurar la satisfacción de un derecho material o su defensa (<sup>43</sup>). Finalmente, para Ugo Rocco, el riesgo

38 Arcila Salazar, Beatriz. Las medidas cautelares en el proceso ambiental en “Opinión Jurídica [en línea]” 2013, Vol. 12 (enero-junio): [Fecha de consulta: 28 de noviembre de 2017] Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=94528404003> ISSN 1692-2530, p. 35-37.

39 López Blanco, Hernán Fabio. Código General del Proceso, Parte Especial. Bogotá: Dupré Editores. 2017. p. 966.

40 Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Auto, Radicado: 201200614-01. (26, abril, 2013). Reiterado en: Sección Primera. Auto, Radicado: 25000-23-41-000-2016-01314-01(AP)A. (11, mayo, 2017); Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente núm. 2013-06871-01. (5, marzo, 2014).

41 Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Auto, Radicado: 2013-00941. (6, febrero, 2014); Sección Segunda. Radicado: 11001-03-25-000-2016-01029-00(4657-16). (10, noviembre, 2016); Sección Segunda. Radicado: 11001-03-25-000-2015-00366-00(0740-15). (15, marzo, 2017).

42 Chiovenda, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil, Volumen I, II Edición. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1948. p. 282.

43 Echandía, Devis. Compendio de Derecho Procesal. Tomo I: Teoría general del proceso, IV Edición. Bogotá: Editorial ABC. 1974, p. 142.

que deben prevenir las medidas cautelares se origina no solo en el paso del tiempo, sino que debe tenerse en cuenta que la situación anormal que el proceso busca solucionar subsiste con sus correlativos daños y está afecta a situaciones exógenas, como eventos naturales o involuntarios que podrían llegar a restringir o abolir el objeto litigioso.

La jurisprudencia constitucional, encuentra en las medidas cautelares un instrumento para asegurar diligencia y eficacia en la administración de justicia, al garantizar que las decisiones judiciales puedan ser materialmente ejecutadas. En ese sentido, señala la Corte Constitucional:

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 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.<sup>(44)</sup>

En materia contencioso-administrativa, en donde es usual tener como parte al Estado, la regulación sobre medidas cautelares opera como contrapartida a la posición privilegiada que mantiene la administración como garante del interés público y que se refleja en aspectos tales como la presunción de legalidad de sus actos y el principio de ejecutoriedad<sup>45</sup>. En esa línea y sobre la finalidad de prevención del daño, Juan Ángel Palacio ha afirmado que, en la JCA, “a diferencia del procedimiento civil, las medidas cautelares buscan la protección de la comunidad y no del patrimonio individual. Por eso aquí no se regula un embargo o un secuestro o el registro

44 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-490. (4, mayo, 2000). En el mismo sentido ver: Sentencia C-054. (6, febrero, 1997). Sentencia C-255. (27, mayo, 1998). Sentencia C-925. (18, noviembre, 1999).

45 Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto, Radicado: 2014-03799 (IJ) (17, marzo, 2015). Reiterado en: Sección Cuarta. Auto, Radicado: 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025). (28, mayo, 2015)

de una demanda, sino la suspensión del acto administrativo o la orden a la autoridad para que impida la ejecución de una obra u otras semejantes”<sup>46</sup>. En la misma línea sostiene Juan Carlos Cassagne que: “las medidas cautelares despliegan todas las posibilidades que brinda el principio de la tutela judicial efectiva a fin de compensar el peso de las prerrogativas de poder público”<sup>47</sup>.

Según el artículo 229 del CPACA, la finalidad de las medidas cautelares es “proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”. Mas, específicamente, en el artículo 230 se adopta un sistema plural, en el que, “las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión”, significando con ello, en términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado, lo siguiente:

Las preventivas, que buscan evitar o impedir un perjuicio o la agravación de sus efectos; las conservativas, que buscan asegurar el mantenimiento de una situación (*statu quo ex ante*); las anticipativas, que pretenden satisfacer por adelantado la pretensión del demandante en el sentido de adoptar una decisión administrativa, de emitir una orden determinada o de imponer una obligación de hacer o no hacer, que en principio deberían adoptarse en la providencia que ponga fin al proceso, pero que se justifican por la necesidad de evitar la consolidación de un perjuicio irremediable; y las suspensivas que corresponden precisamente, como su nombre lo indica, a la suspensión temporal de los efectos de la decisión administrativa que es objeto de examen, o a la suspensión de procedimientos administrativos, antes de que en ellos se profiera una decisión<sup>48</sup>.

Sobre la finalidad general de las medidas cautelares, establecida en el artículo 229 del CPACA, en concordancia con las finalidades específicas del artículo 230 *ejusdem*, Carlos Betancur Jaramillo critica que estas disposiciones crean una tutela judicial anticipada al permitir que las medidas adelanten la sentencia a favor del demandante, anticipando el reconocimiento de lo pretendido por este último, rompiendo con el debido proceso y el principio de

46 Palacio Hincapié, Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo, IX Edición. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 2017. p. 829.

47 Citado por Cassagne, Ezequiel. “Las medidas cautelares contra la administración”. Tratado de Derecho Procesal Administrativo (Dir. Juan Carlos Cassagne), T. II, 2ª edición actualizada, La Ley, 2007, p. 343 y ss. [http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Las\\_medidas\\_cautelares\\_contra\\_la\\_Administracion\\_en\\_Tratado\\_de\\_Derecho\\_Procesal\\_Administrativo\\_Director\\_Juan\\_Carlos\\_Cassagne.pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Las_medidas_cautelares_contra_la_Administracion_en_Tratado_de_Derecho_Procesal_Administrativo_Director_Juan_Carlos_Cassagne.pdf)

48 Colombia. Consejo de Estado, Sección Segunda. Auto, Radicado: 11001-03-25-000-2015-00366-00(0740-15). (15, marzo, 2017). Igualmente, ver: Sección Cuarta, Auto, Radicado.: 11001-03-27-000-2015-00045-00 (21849). (17, febrero, 2017). Reiterado en: Sección Cuarta. Auto, Radicado: 11001-03-24-000-2013-00534-00 (20946). (21, mayo, 2014).

igualdad. Su crítica se sustenta en que la mayoría de las medidas enunciadas en el artículo 230 del CPACA son autosatisfactivas o anticipativas, cuando realmente deberían ser “preventivas o a lo sumo suspensivas y eso por expresa permisión constitucional (art. 238)”<sup>49</sup>.

Sobre el reconocimiento de medidas cautelares que sean no solo preventivas o suspensivas como lo manifiesta Carlos Betancur, Manuel Restrepo, en cita a Juan Manuel Campo<sup>50</sup>, resalta que,

las legislaciones francesa y alemana y la jurisprudencia italiana, reconocen la aplicabilidad de medidas cautelares positivas o de ejecución provisional, que trascienden la cautela procesal clásica en esta jurisdicción, consistente en la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, y que van más allá del carácter generalmente conservativo que se les atribuye a las medidas cautelares<sup>51</sup>.

Al margen de la discusión doctrinaria sobre la conveniencia o no de haber incluido en la normatividad colombiana la posibilidad de decretar medidas cautelares con finalidades no solo preventivas o suspensivas, sino adicionalmente, conservativas o anticipativas, lo cierto es que actualmente, todas ellas son permitidas, pudiendo, quienes administran justicia, previa verificación de los requisitos, adoptar la que consideren procedente en cada caso.

### 1.3.3. LA CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Sin perjuicio de la existencia de múltiples clasificaciones doctrinales y jurisprudenciales entorno a las medidas cautelares, se presentan a continuación las que mayor efecto práctico tienen en las decisiones de la JCA.

#### A) Medidas cautelares nominadas e innominadas

Este criterio que atiende a la forma como estén legisladas las medidas cautelares permite considerarlas nominadas o típicas, o innominadas o genéricas.

A raíz de la modificación incluida por el CPACA sobre la posibilidad de adoptar las medidas cautelares que se consideren necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la

49 Betancur Jaramillo, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. 8ª Edición. Bogotá: Señal Editora. 2013. p. 364-370.

50 Campo Cabal, Juan Manuel, Perspectivas de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia. 1997. p. 73-83.

51 Restrepo. Op. cit. p. 194.

sentencia, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que el CPACA instauró “un sistema innominado, abierto y extensivo de medidas cautelares que permitan asegurar una respuesta oportuna y adecuada a las necesidades que demande cada situación particular y concreta”<sup>52</sup>.

Según dicha jurisprudencia<sup>53</sup>, se pueden decretar no solo las medidas cautelares reguladas expresamente por el Legislador (conocidas como ‘medidas cautelares típicas o nominadas’), sino también aquellas que considere razonables y proporcionales para el caso concreto (‘medidas cautelares atípicas o innominadas’). Puntualmente, el Consejo de Estado ha resaltado la diferencia entre las medidas cautelares nominadas e innominadas en los siguientes términos:

La medida cautelar innominada o atípica es aquella que no está prevista expresamente por el legislador, pero este faculta al juez para que en cada caso y mediante petición de parte la decreta si la ‘encuentra razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión’. (Letra c) del numeral 1 del artículo 590 del CGP)<sup>54</sup>.

Antes de la expedición del CPACA, alguna parte de la doctrina abogaba precisamente porque se incluyera, adicional a la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, alguna previsión normativa que permitiera el decreto de medidas cautelares atípicas o innominadas con el fin de garantizar la eficacia de la sentencia. Señalaba en aquel entonces Manuel Restrepo Medina:

“Se impone la introducción en el ordenamiento nacional de una norma en blanco que permita la adopción de cualquier medida cautelar que se presente como idónea para la salvaguardia del objeto litigioso y la ejecución *in natura* de la sentencia, dejando al juez en libertad de otorgar aquellas cuyo discernimiento le indique que son las más convenientes”<sup>55</sup>.

52 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto, Radicado: 11001-03-26-000-2013-00044-01(46699). (25, agosto, 2017).

53 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto, Radicado: 11001-03-25-000-2016-01029-00(4657-16). (10, noviembre, 2016).

54 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto, Radicado: 25000-23-41-000-2015-00456-01(AG). (7, septiembre, 2016). Parra Quijano, Jairo, Medidas Cautelares Innominadas. Disponible en [https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/12jairo-parra-quijano.pdf].

55 Restrepo Medina, Manuel Alberto. La necesidad de ampliar la tutela cautelar judicial en el proceso contencioso administrativo. Estudios Socio-Jurídicos vol. 7(2): 191-205. 2005. [Fecha de consulta: 28 de noviembre de 2017] Disponible en: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S0124-05792005000200008&lng=en&tlng=es, p. 192, 202-204.

En oposición, otra parte de la doctrina<sup>56</sup> considera que el sistema abierto incluido en el CPACA contempla en su mayoría medidas ‘autosatisfactivas o anticipativas’, lo que se traduce en la creación de la tutela judicial anticipada en la cual se reconoce provisionalmente el derecho pretendido en contravía del debido proceso y el principio de igualdad. La anterior tutela judicial anticipada perjudica a la contraparte, que ordinariamente es la administración, máxime si se tiene en cuenta que el CPACA no presenta una regulación precisa de las medidas cautelares innominadas.

Sobre esta última afirmación, cabe preguntarse si realmente la regulación de las ‘medidas innominadas’ no es del todo precisa como lo señala Carlos Betancur Jaramillo, o si, por el contrario, de una lectura integral de las normas que regulan la materia en el CPACA, se puede concluir que la regulación es suficiente y detallada, implementando estrictos parámetros previa a su adopción.

Para dar luces sobre la anterior discusión doctrinaria, debe aclararse que la expresión ‘nominada’ no debe ser confundida con las expresiones ‘denominada’ o ‘taxativa’, sobre lo cual también hay posiciones doctrinales distintas. Según indica Hernán Fabio López Blanco<sup>57</sup>, cuando la norma no solo autoriza el decreto de la medida cautelar, sino que, además, regula concretamente el proceso y la medida, la misma adquiere el carácter de ‘nominativa’; tal es el caso del embargo en los procesos ejecutivos o de la inscripción de la demanda en algunos procesos de conocimiento. Por el contrario, la medida se entiende ‘taxativa’ cuando la ley contempla la medida y autoriza al juez para ordenarla, sin que se señale específicamente de cuál medida se trata; tal es el caso de las medidas previas para la protección de los derechos e intereses colectivos como se verá en la Unidad V.

Por su parte, autores como Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina, en el contexto de los actos jurídicos, señalan que “un acto jurídico es típico o nominado cuando ha sido particularmente reglamentado por la ley (...); y se dice que es atípico o innominado cuando sus estipulaciones no encajan en ninguno de los actos legalmente reglamentados”<sup>58</sup>. Esta distinción está más en línea con la distinción que ha hecho la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual las medidas cautelares del 230 del CPACA son

56 Betancur. Op. cit. p. 364-370.

57 López Blanco, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil colombiano. Tomo II, Parte Especial, VII Edición. Bogotá: Dupré. 2004.

58 Ospina Fernández, Guillermo; Ospina Acosta, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. 8ª Edición. Bogotá: Temis. 2005. p. 50

innominadas en el sentido que no están expresamente reguladas, pero sí legalmente autorizadas.

La Corte Constitucional, respecto de las cautelas innominadas en el CGP, sostuvo, en la Sentencia C-835 de 2013 que: “Las medidas innominadas son aquellas que no están previstas en la ley, dada la variedad de circunstancias que se pueden presentar y hacen difícil que sean contempladas todas por el legislador, que pueden ser dictadas por el juez acorde con su prudente arbitrio, para “prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra”, agregando que la constitucionalidad de este tipo de medidas depende de que el legislador defina los parámetros para su imposición, claramente delineados y atendiendo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad<sup>59</sup>. En esa ocasión, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la norma que facultaba a la Dirección Nacional de Derecho de Autor para decretar medidas cautelares innominadas, por desconocer el principio superior de legalidad como garantía integrante del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución.

Más recientemente, en sentencia de unificación de la Corte Constitucional, SU-691 de 2017 se señaló que: “el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo estableció un sistema innominado de medidas cautelares, como así se extrae de las expresiones contenidas en el artículo 230 que las contempló. Esto implica que el juez puede adoptar la medida que se ajuste a las necesidades de la situación específica, sin necesidad de acudir a instrumentos predefinidos”<sup>60</sup>.

En conclusión, y al margen de las discusiones sobre las bondades o no de un sistema abierto de medidas cautelares, así como del debate sobre si las medidas innominadas realmente carecen de regulación, en la actualidad, opera un sistema mixto que recurre a las medidas típicas o nominadas, y al que se suman, las medidas atípicas o innominadas.

#### B) Medidas cautelares reales, personales y probatorias

Dependiendo del objeto sobre el cual recaen, las medidas cautelares se clasifican en reales, personales y probatorias. A continuación, las diferencias entre una y otra en palabras del Consejo de Estado:

59 Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-835. (20, noviembre, 2013).

60 Colombia, Corte Constitucional. Sentencia SU-691. (23, noviembre, 2017)



Las primeras se refieren a bienes objeto del litigio, sea en aquellos casos, por ejemplo, en los cuales se discute la titularidad del derecho de dominio de un inmueble y se registra la demanda o en aquellos en los cuales aun cuando los bienes no sean objeto del litigio, van a quedar afectados en virtud del decreto de un embargo con el cual se busca asegurar el pago de una obligación, cuyo cobro se presente en un proceso ejecutivo.

Las personales, como su nombre lo indica, dicen relación con las personas que son parte del proceso o que se encuentran vinculadas al mismo, como por ejemplo en los procesos de familia, disponer la custodia provisional de los hijos dentro mismo proceso.

Por su parte, las medidas cautelares de índole probatoria se refieren a la solicitud y práctica de pruebas anticipadas, aun cuando frente a este aspecto la doctrina no se muestra pacífica<sup>61</sup>.

El Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional –Ley 1563 de 2012– consagra este último tipo de medidas para todas las jurisdicciones, incluyendo la contencioso administrativo, cuando dispone, en el parágrafo de su artículo 32 que “Las medidas cautelares también podrán tener como objeto recaudar elementos de prueba que pudiesen ser relevantes y pertinentes para la controversia.”, y agrega que, “Quien ejerza funciones jurisdiccionales, podrá decretar medidas cautelares para este propósito en los procesos sometidos a su conocimiento, sean o no procesos arbitrales”. Comentarios adicionales sobre este tipo de medidas se verán en el numeral 2.3 de la Unidad II.

### C) Medidas cautelares de carácter patrimonial y no patrimonial

Esta clasificación se deriva del artículo 613 del CGP, el cual exime de agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación, en los asuntos contencioso administrativos en los que el demandante pida medidas cautelares “de carácter patrimonial”.

Descartando algunos procesos declarativos ante la JCA en los que no es necesario agotar el requisito de conciliación, como es el caso del medio

61 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 25000-23-26-000-2009-00062-01 (37590). (3, marzo, 2010)

(\*) En este punto, se debe tener en cuenta que si bien el parágrafo primero del artículo 590 del CGP señala que “En todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad”, se ha señalado que el artículo 613 de la misma normativa, es la que aplica, por tratarse de una norma posterior y especial, que estableció expresamente que los requisitos de las medidas cautelares ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Ver en ese sentido: Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-834. (20, noviembre, 2013). Comparar con: Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Auto, Radicado: 76001-23-33-000-2014-00550-01. (27, noviembre, 2014)



de control de nulidad simple y nulidad por inconstitucionalidad, para los demás, fuerza preguntarse cuál es el carácter patrimonial o no de una medida cautelar.

La primera posición de la Sección Primera del Consejo de Estado, en el Auto del 27 de noviembre de 2014<sup>62</sup>, fue que, aun cuando ninguna de las cinco medidas cautelares contempladas en el artículo 230 del CPACA, contienen en sí mismas un carácter patrimonial, la clasificación de las mismas, en uno u otro sentido, depende de los efectos que se producen con su decreto, los cuales eventualmente sí pueden generar una evidente consecuencia económica, que debe ser determinada en el momento de resolver sobre la admisión de la demanda.

Esta posición es diferente a la sostenida en el Auto del 23 de mayo de 2014<sup>63</sup>, en el que la Sección Segunda del Consejo de Estado señaló que la patrimonialidad de la medida no se puede valorar de conformidad con sus efectos patrimoniales, sino, por el contrario, si recae o no, de forma directa, sobre un bien patrimonial. Es decir que el carácter patrimonial de una medida se encuentra en el objeto sobre el que recae la medida: si el “objeto” es de carácter patrimonial, la medida también lo es. Según esta tesis, lo patrimonial no se da por la imposición de una sanción pecuniaria o el efecto patrimonial, sino porque la medida cautelar posee ese carácter en sí misma<sup>64</sup>. En esta hipótesis, solo medidas como el embargo y secuestro de bienes tendrían carácter patrimonial.

La Sección Quinta del Consejo de Estado, en un caso similar señaló que aun cuando se solicite la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo sancionatorio de naturaleza pecuniaria, ella no tiene en sí misma un contenido patrimonial. En palabras de la Corporación: “Así, una cosa es que los actos demandados tengan un carácter patrimonial porque imponen una sanción pecuniaria (multa), y otra diferente es que la medida cautelar también posea este carácter, cosa que para el presente caso no ocurre así, si se parte de que la solicitud concierne a que el juez provisionalmente dicte una orden cuya ejecución o cumplimiento no conlleva en forma directa

62 Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Auto, Radicado: 76001-23-33-000-2014-00550-01. (27, noviembre, 2014). En ese mismo sentido ver: Sección Primera. Radicado: 25000-23-24-000-2012-00760-01. (22, octubre, 2015).

63 Colombia. Consejo de Estado, Sección Quinta. Radicado: 11001-03-15-000-2015-03027-01A(AC). (7, julio, 2016).

64 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto, Radicado: 25000-23-36-000-2016-01452-01(58018). (18, mayo, 2017).

e inmediata para el demandado efectuar gastos o inversiones de carácter económico”<sup>65</sup>.

Mediante Auto del 18 de mayo de 2017 se reiteró que cuando la medida tiene la finalidad de suspender o prevenir actuaciones administrativas de contenido patrimonial, no se cumple la condición, comoquiera que al analizar los efectos de decretarla no se evidencia una consecuencia económica inmediata para la parte actora<sup>66</sup>.

En providencia de 6 de octubre de 2017, la Sección Primera señaló la necesidad de rectificar la interpretación que había sostenido en las providencias de 27 de noviembre de 2014 y 22 de octubre de 2015, “en la medida el artículo 613 del CGP claramente se refiere a “[...] *medidas de carácter patrimonial* [...]” y nunca señala que las medidas deben tener efectos patrimoniales”.

Acto seguido, la Corporación expuso las razones para descartar que la suspensión provisional de actos administrativos pudiera tener carácter patrimonial:

Esta Sala ha resaltado que entre las características principales de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos están “[...] *su naturaleza cautelar, temporal y accesorio, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso en el que se hubiere decretado la medida* [...]”, e igualmente ha indicado que su finalidad es la de “[...] *evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho*”. [...]”, lo que claramente excluye su patrimonialidad pues su propósito no es afectar el patrimonio de las personas jurídicas o naturales, sino despojar de sus efectos, temporalmente, a un acto administrativo que, preliminarmente, es considerado contrario al ordenamiento jurídico.

Cuestión diferente es que, indirectamente, la suspensión de los efectos del acto administrativo traiga efectos en el patrimonio de las personas naturales o jurídicas que la han solicitado o que resultan afectadas con la respectiva medida.

65 Colombia. Consejo de Estado, Sección Quinta. Auto, Radicado: 2015-00005-00. (15, mayo, 2015).

66 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 25000-23-36-000-2016-01452-01(58018). (18, mayo, 2017).

Conforme a lo expuesto, es un hecho cierto que el estudio del carácter patrimonial de la medida cautelar solicitada con la cual se pretende obviar el requisito de procedibilidad de la conciliación administrativa, debe realizarse en concreto, conforme lo solicitado en la demanda. Sin embargo, esta Sala, por las razones expuestas, encuentra que dicho análisis no puede llevarse a cabo cuando se trata de la medida de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, pues la misma no tiene una naturaleza patrimonial, como se ha indicado<sup>67</sup>.

En recientes pronunciamientos se reitera esa última posición, no obstante se señala que tendrá aplicación hacia el futuro y no para los casos concretos en los que se aplicó la posición imperante objeto de rectificación, en acatamiento de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima<sup>68</sup>.

#### D) Medidas cautelares ordinarias y de urgencia

Una de las novedades del CPACA respecto del régimen anterior contenido en el CCA, e incluso del régimen procesal ordinario contenido en el CGP, se encuentra en la distinción entre las medidas cautelares ordinarias y las de urgencia, últimas expresamente denominadas como tal en el artículo 234 del CPACA.

La diferencia entre una y otra está marcada por las circunstancias que determinan su necesidad y el procedimiento para su adopción, así: en las ordinarias, se da traslado y oportunidad de pronunciamiento del afectado, mientras que en las de urgencia, se dictan *inaudita parte debitoris*. La distinción se verá, junto con su trámite, en la Unidad IV sobre aspectos procedimentales.

De esta manera, la omisión de traslado y pronunciamiento del afectado, se erige en la excepción a la regla general en los procesos declarativos que conoce la JCA. Esta, ha sido señalada por la jurisprudencia, como la diferencia realmente destacable entre las medidas cautelares ordinarias y las de urgencia<sup>69</sup>.

67 Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Radicado: 25000-23-41-000-2015-00554-01. (6. Octubre, 2017).

68 Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Radicado: 25000-23-41-000-2017-00864-01. (12, julio, 2018).

69 Colombia. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Auto, Radicado: 250002341000201700083-00. (9, febrero, 2017).

## 1.4. CRITERIOS RECTORES TRADICIONALES PARA EL DECRETO DE MEDIDAS CAUTELARES

Tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional y extranjera han dado en mencionar como presupuestos básicos para la procedencia de las medidas cautelares, el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, y el *periculum in mora* o perjuicio por la mora procesal. La procedencia en concreto de estos criterios rectores en los procesos declarativos que conoce la JCA, y para medidas distintas a la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, se encuentra en los artículos 231 y ss. del CPACA como pasa a explicarse.

### 1.4.1. *FUMUS BONI IURIS* – APARIENCIA DE BUEN DERECHO

El sustento legal de este criterio se encuentra en el artículo 231 del CPACA que, tanto en su inciso 1°, relacionado con la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, como en su inciso 2°, sobre las demás medidas cautelares, indica que la solicitud de medida cautelar o la demanda, respectivamente, debe estar razonablemente fundada en derecho invocando para el efecto las disposiciones que se consideran vulneradas por el demandado.

Lo anterior, en términos de la doctrina más autorizada sobre el tema<sup>70</sup>, constituye uno de los pilares fundamentales de las medidas cautelares: el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho que, según Giuseppe Chiovenda, implica que, dada la urgencia propia de la protección cautelar, se debe realizar un análisis sobre la posibilidad del derecho de manera superficial<sup>71</sup>. En relación con el concepto de “posibilidad del derecho”, Piero Calamandrei indica que la apariencia de buen derecho implica un análisis de probabilidades y de verosimilitud, lo cual dista de la certeza del derecho que debe ser objeto de análisis en el fallo final<sup>72</sup>.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, siguiendo los criterios doctrinales de antaño, indica que el *fumus boni iuris* “se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la posible

70 Chiovenda. Op. cit. p. 282; Calamandrei. Op. cit. 2008. p. 20 y ss.; Rocco, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil, Parte Especial, Proceso Cautelar. Volumen V. Bogotá-Buenos Aires: Temis-Depalma. 1977. p. 89 y ss.; Morales Molina, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, IV Edición, Bogotá, Lerner, p. 158; López Blanco, Hernán Fabio. Procedimiento Civil, Parte General, IX Edición. Bogotá: Dupré Editores. 2005. p. 1055.

71 Chiovenda. Op. cit. p. 283.

72 Calamandrei. Op. cit. 2008. p. 67.

existencia de un derecho”<sup>73</sup>. Por su parte, la Corte Constitucional refiere que el “*fumus boni iuris*, recurre a un principio de veracidad en cuanto a la afectación del derecho invocado como fundamento de la pretensión principal”<sup>74</sup>.

Trátase de un juicio de verosimilitud, probabilidad o veracidad, lo cierto es que el mismo dista de un análisis sobre la certeza del derecho que debe realizarse en una etapa posterior. Por eso, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que este requisito “exige un examen preliminar que no constituye prejuzgamiento bien respecto de la legalidad del acto (cautela suspensiva o negativa), y de la titularidad del derecho subjetivo que sustenta las pretensiones”<sup>75</sup>.

Así las cosas, y contrario a lo que usualmente suele reiterarse, el fundamento de este requisito se encuentra principalmente en la ley y no en la doctrina, esta última que sirve como criterio auxiliar de la actividad judicial de conformidad con el artículo 230 de la Constitución<sup>76</sup>, por lo cual resulta fundamental analizar si se cumple o no con el mismo como un requisito sustancial, antes de proceder a decretar cualquier cautela.

Finalmente, es importante resaltar que este requisito, como regla general, no es imprescindible en todos los casos, pues “en ocasiones el legislador, por razones de política legislativa vinculadas las más de las veces a la relevancia del conflicto, autoriza una medida cautelar sin que se repare en la fachada que pueda tener el derecho”<sup>77</sup>. Tal es el caso de ciertos procesos civiles (como los procesos de pertenencia donde es obligatorio inscribir la demanda, o los de divorcio donde debe decretarse el embargo y secuestro de los bienes que puedan ser objeto de gananciales y que estuvieren en cabeza del otro cónyuge), en los cuales la medida procede a pesar de no exigirse la apariencia de buen derecho.

No obstante, en la JCA este requisito sí resulta necesario, pues el CPACA no incluye ninguna disposición similar a las que establece el CGP en sus

73 Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Auto, Radicación: 11001-03-24-000-2016-00481-00. (30, octubre, 2017). Reiterado en Auto de la Sección Primera del 30 de octubre de 2017, Radicado.: 11001-03-25-000-2015-00389-00.

74 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-913. (11, diciembre, 2009).

75 Colombia. Consejo de Estado, Sección Cuarta, Auto, Radicado.: 11001-03-27-000-2015-00045-00 (21849). (17, febrero, 2017)

76 “Artículo 230: Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

77 Álvarez Gómez, Marco Antonio. Las medidas cautelares en el Código General del Proceso, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2014, p. 22-23.

artículos 375 (declaración de pertenencia) ni 598 (medidas cautelares en procesos de familia).

#### 1.4.2. *PERICULUM IN MORA* – PERJUICIO POR LA MORA PROCESAL

Este criterio encuentra su razón de ser en el artículo 231 del CPACA tanto en su inciso 1°, relacionado con la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, como en su inciso 2°, sobre las demás medidas cautelares. En relación con el primer inciso, se indica que cuando se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios se deberá probar al menos sumariamente la existencia de estos.

Por su parte, el inciso 2° señala que, para la procedencia de las demás medidas cautelares, deberá cumplirse una de las siguientes condiciones: (1) que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o (2) que existan serios motivos para considerar que, de no otorgarse la medida, los efectos de la sentencia serían nugatorios.

Las anteriores normas contemplan lo que la doctrina autorizada<sup>78</sup> ha dado en denominar el *periculum in mora* o perjuicio por la mora procesal que exige que, para decretar la medida cautelar, exista una causa que lleve a creer que, en caso de no practicarse la medida, se frustrará o dificultará significativamente la ejecución o eficacia de la sentencia. Para el efecto, “el juez determinará en cada caso si la duración del proceso puede tornar ineficaz un eventual fallo estimatorio de las pretensiones de la demanda”<sup>79</sup>.

Así las cosas, el fundamento del criterio que doctrinariamente se ha desarrollado y denominado como *periculum in mora*, se encuentra en las normas aludidas que son a la vez la fuente de la obligación para que se analice de manera concreta, en cada caso, si la medida cautelar resulta procedente o no.

Para finalizar, se insiste en que pese a que el CPACA requiere expresamente la concurrencia de estos criterios “para medidas distintas a la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo”, es recurrente encontrar providencias en las que se adopta esa medida, previa valoración de estos criterios, como es el caso de la decisión de suspensión provisional del decreto y la resolución que habilitan la técnica de estimulación hidráulica

78 Chiovenda. Op. cit. p. 282; Calamandrei. Op. cit. 2008. p. 20 y ss.; Rocco. Op. cit. p. 89 y ss.; Morales. Op. cit. p. 158; López. Op. cit. p. 1055.

79 Colombia. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Auto, Radicado: 11001-03-27-000-2015-00045-00 (21849). (17, febrero, 2017).

o *fracking* para la exploración y explotación de hidrocarburos en que señaló la Corporación:

Valorar la necesidad de una medida cautelar adoptada en virtud del principio de precaución supone determinar el riesgo de configuración del daño o afectación irreversible a los intereses litigados (*periculum in mora*) y la seriedad y visos de prosperidad de la reclamación (*fumus boni iuris*).

(...)

4.4.1.3. *En conclusión.* Del análisis preliminar de las pruebas hasta ahora aportadas, en especial, la función de advertencia de la Contraloría General de la República (CD aportado por la parte actora, fl. 77, c. ppal.), se concluye que, a la luz del principio de precaución, la autorización en Colombia de la técnica de estimulación hidráulica puede conllevar un daño potencial o riesgo al medio ambiente y a la salud humana, cuya gravedad e irreversibilidad se cimienta en la posible insuficiencia de las medidas adoptadas<sup>80</sup>.

## 1.5 EL CAMPO DE ACCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES SEGÚN EL TIPO DE PROCESOS

### 1.5.1 EN LOS PROCESOS DECLARATIVOS

De la lectura del artículo 229 del CPACA se desprende que las medidas cautelares a que hace referencia el Capítulo XI resultan aplicables a los procesos declarativos que se adelantan ante la JCA, ya que son aquellos que: “tienen como finalidad declarar la existencia, modificación o extinción de un derecho o de una relación jurídica entre el Estado y los particulares, o también, condenar a una persona bien sea natural o jurídica al cumplimiento de una prestación”<sup>81</sup>.

Los procesos declarativos en la JCA, se derivan de los diferentes medios de control que contempla el Título III del CPACA, así:

- Nulidad por inconstitucionalidad –artículo 135–.
- Control inmediato de legalidad –artículo 136–.
- Nulidad –artículo 137–.
- Nulidad y restablecimiento del derecho –artículo 138–.

80 Colombia. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Auto, Radicado: 11001-03-26-000-2016-00140-00(57819). (8, noviembre, 2018).

81 Palacio. Op. cit. p. 830.

- Nulidad electoral –artículo 139–.
- Reparación directa –artículo 140–.
- Controversias contractuales –artículo 141–.
- Repetición –artículo 142–.
- Pérdida de Investidura –artículo 143–.
- Protección de los derechos e intereses colectivos –artículo 144–.
- Reparación de los perjuicios causados a un grupo –artículo 145–.
- Nulidad de las cartas de naturaleza y de las resoluciones de autorización de inscripción –artículo 147–.

Respecto del medio de control de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos –artículo 146–, más conocida como acción de cumplimiento, se ha sostenido que no se trata de un proceso declarativo, pues su objetivo es el exclusivamente el descrito en el artículo 87 de la Constitución, esto es, hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En consecuencia, el régimen de medidas cautelares no es compatible con la naturaleza y finalidad de la acción<sup>82</sup>.

En punto al régimen de medidas cautelares del CPACA en la acción de repetición, se encuentra una posición reiterada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, según la cual, “las medidas cautelares admisibles en los medios de control de repetición son las de inscripción de la demanda cuando versen sobre bienes sujetos a registro, el embargo y secuestro de bienes sujetos a registro, y el embargo y secuestro de bienes no sujetos a registro; todas las cuales se registrarán, en lo no previsto en la Ley 678 de 2001, por lo dispuesto en el Código General del Proceso.” Esto, acudiendo al criterio interpretativo de prevalencia de la ley especial sobre la general<sup>83</sup>.

No obstante, mediante auto del 23 de marzo de 2017, proferido por la misma Sección Tercera, se señaló que la Ley 1437 (CPACA) derogó tácitamente el régimen de medidas cautelares contenido en la Ley 678 de 2001, dado que en su Capítulo XI reguló de manera íntegra el tema de medidas cautelares en los procesos declarativos que se adelanten ante la JCA, incluyendo en ellos los de repetición<sup>84</sup>.

82 Colombia. Consejo de Estado, Sección Quinta. Radicado: 25000-23-41-000-2014-00637-01(ACU). (21, agosto, 2014).

83 Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado: 11001-03-26-000-2017-00001-00 (58510). (13, junio, 2017); Sección Tercera. Radicado: 76001-33-33-014-2013-00397-01. (14, febrero, 2017); Sección Tercera. Radicado: 11001-03-26-000-2014-00058-00(50743). (28, enero, 2016).

84 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 11001-03-26-000-2013-00085-00(47535). (23, marzo, 2017).



De otro lado, tal como se señaló en el numeral 1.2.2 de esta Unidad I, el CPACA remite en los aspectos no regulados al CPC –hoy CGP–, en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos, por lo que resulta necesario entender la regulación de las medidas cautelares en el actual estatuto procesal. En especial, en los procesos declarativos que se rigen por el CGP resultaría aplicable el artículo 590 del CGP, que contempla las medidas cautelares de inscripción de la demanda, en las condiciones señaladas en los literales a) y b) aludidos en el numeral 1.2.2. Nótese cómo el CGP no solo prevé esa medida, sino también “cualquier otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión”, lo que, en términos de la exposición de motivos del entonces proyecto de CGP, “consagra, además, la llamada medida cautelar innominada”<sup>85</sup>.

El establecimiento de este sistema dual en materia de medidas cautelares ha sido aplaudido por una parte de la doctrina por el enorme impacto que ello tiene en la tutela jurisdiccional efectiva<sup>86</sup>, mientras que otra parte ha señalado que este tipo de medidas son más propias de los procesos de tutela y populares y no de los declarativos<sup>87</sup>.

### 1.5.2 EN LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS

Si bien no existe un catálogo o listado taxativo de los procesos que se consideran declarativos, jurisprudencialmente se ha reconocido que son los tramitados por los aludidos medios de control que contempla el Título III del CPACA. Allí no estarían comprendidos expresamente los recursos extraordinarios desarrollados en el Título VI de revisión (artículo 248 y ss. del CPACA) y de unificación de jurisprudencia (artículo 256 CPACA). Fuerza preguntarse: ¿proceden medidas cautelares durante el trámite de esos recursos extraordinarios?

A) En el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia

Respecto de su naturaleza, ha sostenido el Consejo de Estado:

Por tal razón, cuando un tribunal se aparta de lo establecido por esta Corporación en una sentencia de unificación de jurisprudencia, la ley ha previsto que las partes procesales podrán interponer el recurso extraordinario

85 Exposición de Motivos, Proyecto de ley No. 196 de 2011 Cámara, Gaceta del Congreso No. 119 de 29 de marzo de 2011.

86 Álvarez. Op. cit. p. 84-86.

87 Betancur. Op. cit. p. 370.

de unificación, para que sea el Consejo de Estado, en su labor de máximo juez de la jurisdicción contenciosa administrativa, el que determine si su sentencia de unificación fue desconocida ilegítimamente o no<sup>88</sup>.

El Capítulo II del Título VI del CPACA regula la procedencia, competencia, causales y trámite del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia. Si bien allí no se encuentra una regulación expresa sobre la posibilidad de solicitar medidas cautelares propiamente dichas, en los artículos 261 y 264 *ibíd.* se contemplan dos medidas que pueden asimilarse a las cautelares.

De acuerdo con el inciso final del artículo 261 del CPACA, “[l]a concesión del recurso no impide la ejecución de la sentencia, salvo cuando haya sido recurrida totalmente por ambas partes y por los terceros reconocidos en el proceso, pero aun en este caso si el recurso no comprende todas las decisiones, se cumplirá lo no recurrido”.

En este escenario, se estaría ante una medida cautelar que opera de pleno derecho, pues si la sentencia es recurrida por todas las partes y terceros en el proceso, sus efectos se suspenden impidiendo su ejecución, hasta tanto el Consejo de Estado resuelva sobre la solicitud.

Adicionalmente, en el artículo 264 se viabilizó la solicitud de suspensión de la sentencia recurrida cuando el recurrente fuere único y bajo determinadas condiciones, hasta tanto el Consejo de Estado profiera sentencia:

Artículo 264. Suspensión de la sentencia recurrida. Cuando el recurrente fuere único, este podrá solicitar que se suspenda el cumplimiento de la providencia recurrida, para lo cual deberá prestar caución dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del auto que la ordene, para responder por los perjuicios que se llegaren a causar. La naturaleza y monto para prestarla serán fijados por el ponente en el tribunal. Si el recurrente no otorga la caución en la forma y términos ordenados, continuará el trámite del recurso pero no se suspenderá la ejecución de la sentencia.

El tribunal calificará la caución prestada, si la considera suficiente decretará en el mismo auto la suspensión del cumplimiento de la sentencia, en caso contrario la denegará.

Si bien en las aludidas normas no se alude expresamente a medidas cautelares, la suspensión de la sentencia recurrida, porque opere de pleno

88 Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Radicado: 11001 03 15 000 2013 01570 01. (15, mayo, 2014).

de derecho o a petición del único recurrente, cumplen con las características esenciales aludidas para equipararlas a una medida cautelar.

#### B) En el recurso extraordinario de revisión

En el Capítulo I del Título VI del CPACA que regula este recurso extraordinario de revisión, nada se dispone sobre la procedencia o no de medidas cautelares durante su trámite, como si ocurre en el Capítulo VI, equivalente del CGP, en sus artículos: (i) 358 parágrafo 1, en el que se advierte que en ningún caso el recurso de revisión suspende el cumplimiento de la sentencia, y, (ii) 360 que permite decretar como medidas cautelares la inscripción de la demanda y el secuestro de bienes muebles, en los casos y con los requisitos previstos en el proceso declarativo, si en la demanda (léase interposición del recurso) se solicitan.

La jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido pacífica sobre la procedencia de medidas cautelares en el marco del recurso extraordinario de revisión, sosteniendo en ocasiones, que no es posible su decreto, y en otras, lo contrario, como se expone a continuación.

La Sección Cuarta, en fallo de tutela del año 2016, sostuvo la procedencia de las medidas cautelares en cuestión:

Adicional a lo expuesto, la Sala observa que aunque el Capítulo I del Título VI del CPACA que regula el recurso extraordinario de revisión no prevé la posibilidad de solicitar medidas cautelares durante su trámite, el artículo 229 *Ibídem* consagra su procedencia para todos los procesos declarativos adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo antes de ser notificada la demanda o en cualquier estado del proceso.

En este orden de ideas, comoquiera que, se reitera, este recurso extraordinario se trata de un nuevo proceso en el cual se discute la existencia de un derecho, resulta procedente que la UGPP solicite junto al recurso la medida cautelar que considere necesaria para proteger sus derechos fundamentales<sup>89</sup>.

La Sección Quinta, por su parte, mediante auto del año 2017, afirmó que no resultan procedentes en el trámite de este recurso:

Adicionalmente, es importante indicar que si bien conforme a lo dispuesto en el artículo 306 del CPACA, nos remitiéramos al Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, encontraríamos

<sup>89</sup> Colombia. Consejo de Estado, Sección Quinta. Radicado: 11001 03 15 000 2016 02321 00. (03, octubre, 2016).

que acorde a lo dispuesto en los artículos 383 del CPC o CPG, es procedente decretar medidas cautelares dentro del trámite del recurso extraordinario de revisión.

Sin embargo, los artículos 385 del CPC o 360 del CGP, disponen que podrán decretarse como medidas cautelares *“la inscripción de la demanda y el secuestro de bienes muebles”*, entonces, como se evidencia si bien es posible dictar estas medidas, las mencionadas normas enlistan de manera taxativa las procedentes, las cuales son propias del derecho privado.

En ese orden de cosas, es claro conforme a las normas del Código de Procedimiento Administrativo en incluso las del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, que dentro del trámite del recurso extraordinario de revisión que se surte ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no procede el decreto de medidas cautelares<sup>90</sup>.

En auto del 31 de mayo de 2018, Rad: 20170207800, la Sala de Plena del Consejo de Estado en Sala Unitaria de Decisión, afirmó que es viable decretar medidas cautelares en el recurso extraordinario de revisión, así:

Si bien en materia contenciosa administrativa no existe una definición legal o un catálogo de lo que es o comprenden los procesos declarativos, jurisprudencialmente se ha señalado que son de tal naturaleza los tramitados por los medios de control de simple nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, contractual, electoral, cartas de naturaleza y nulidad por inconstitucionalidad. Sin embargo, a juicio del Despacho podría considerarse que existirán otros procesos que son declarativos, pues buscan la definición de una situación jurídica que ha sido cuestionada y cuya resolución se pone en manos de la administración de justicia.

El hecho de que el recurso extraordinario de revisión surja a partir de una sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada, que en su momento dio por terminado un estado de incertidumbre y que no tiene por objeto reabrir el debate de fondo que dio lugar a esa decisión, no significa que ese medio impugnativo no lleve en sí mismo un cuestionamiento sobre una situación jurídica que necesariamente deba ser definido por un juez de la República.

Y concluyó respecto de la medida cautelar:

De manera que como se demostró que se cumplieron los requisitos establecidos por la legislación procesal para garantizar la efectividad

90 Colombia. Consejo de Estado, Sección Quinta. Radicado 2013-02042 (17, febrero, 2017). Reiterado en: Sección Tercera, Subsección B, Radicado 2013 – 02110 (15, diciembre, 2017).

de una posible decisión estimatoria a las pretensiones del actor, este despacho decretará la medida cautelar solicitada, advirtiéndole que, aunque la suspensión de los efectos de una sentencia no está enlistada dentro del artículo 230 del CPACA, ello no impide su disposición, porque en virtud del artículo 229 *ibídem*, la autoridad judicial puede adoptar la medida que considere necesaria para cumplir con el objeto de la cautela, siendo esta la única posibilidad que evitaría que los efectos de la sentencia dentro del presente recurso de revisión, en caso que prospere, sean nugatorios<sup>91</sup>.

La aludida disparidad de criterios fue resuelta por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo mediante auto de 18 de agosto de 2018, en el que se resolvió el recurso de súplica en contra de la última providencia referida, concluyendo que no proceden medidas cautelares dentro del trámite de un recurso extraordinario de revisión y revocando en consecuencia. La Corporación señaló:

(iii) Aunque el recurso extraordinario de revisión se tramita mediante un procedimiento nuevo e independiente, este no tiende a la declaratoria de un derecho, en tanto tal cuestión correspondió al juez natural de la controversia mediante la decisión ejecutoriada que se cuestiona, de modo que el recurso extraordinario especial de revisión conlleva un juicio sobre la decisión judicial y no sobre el derecho sustancial, en tanto la decisión del recurso no es, en modo alguno, una instancia adicional.

Aunado a ello, (iv) el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé un trámite especial para los recursos extraordinarios, dentro del que no está prevista etapa alguna para la decisión de medidas cautelares, contrario a lo que ocurre respecto de los procesos ordinarios, que sí corresponden a la categoría de “declarativos”.

(v) Las medidas cautelares implican el ejercicio de un control previo sobre la actividad de la administración, no así frente a decisiones judiciales ejecutoriadas, en tanto (vi) estas últimas son por lo general inmutables y conllevan la resolución, por parte de su juez natural, del conflicto puesto a consideración de la jurisdicción.

En tales condiciones, (vii) la sentencia cuestionada en el recurso de revisión ha constituido la garantía del acceso a la administración de justicia dentro del correspondiente proceso ordinario y se presume

91 Colombia. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Unitaria de Decisión. 110010315000201702078-00(A). (31, mayo, 2018).

ajustada al ordenamiento jurídico mientras no haya sido infirmada en virtud del mecanismo extraordinario de impugnación, por lo que mal podría avalarse su desconocimiento en virtud de un análisis previo a la decisión de fondo del recurso<sup>92</sup>.

En providencias posteriores, las salas de decisión han reiterado la posición de la Sala Plena, rechazando la solicitudes de medidas cautelares en el marco de este recurso extraordinario de revisión<sup>93</sup>. También durante el trámite del recurso extraordinario especial de revisión contra las sentencias que resuelven la pérdida de investidura de los congresistas –proceso regulado en la Ley 1881 de 2018–, se ha sostenido la misma postura<sup>94</sup>.

### 1.5.3 EN LOS PROCESOS EJECUTIVOS

El numeral 6 del artículo 104 del CPACA señala que la JCA también conocerá de “los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades”, desarrollando posteriormente en el Título IX el proceso ejecutivo y su procedimiento (artículos 297-299), pero omitiendo referirse a la posibilidad de decreto de medidas cautelares durante su trámite.

Surge entonces la duda sobre si es posible el decreto de medidas cautelares en procesos ejecutivos que se tramitan en la JCA y, si ello es así, qué norma rige su adopción y bajo qué limitaciones.

Valga adelantar que los procesos ejecutivos sí hacen parte del campo de acción de las medidas cautelares en la JCA, y la adopción de las mismas se regirá por las normas procesales ordinarias, en virtud de: (i) el artículo 299 que remite, en ciertos procesos ejecutivos, a las reglas establecidas en el antiguo CPC, hoy CGP; y especialmente, (ii) el artículo 306 del CPACA que señala que, en los aspectos no regulados en el CPACA, se seguirán las normas procesales vigentes en tanto resulten compatibles con la naturaleza del proceso o actuación<sup>95</sup> y (iii) el artículo 1 del CGP que ordena aplicarse

92 Colombia. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. 11001-03-15-000-2017-02078-01 (A). (18, agosto, 2018).

93 Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección B, Radicado 11001-03-26-000-2018-00009-00(60698) (3, diciembre, 2018), Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección B, Radicado 11001-33-36-034-2012-00170-01 (55660) (14, diciembre, 2018), y Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Veinticinco Especial de Decisión. 11001-03-15-000-2018-01979-00 (A). (18, marzo, 2019).

94 Colombia. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Cuatro Especial de Decisión. 11001-03-15-000-2018-03424-00 (A). (14, diciembre, 2018).

95 Como ejemplo de remisión al CGP durante el trámite de procesos ejecutivos, ver: Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 27001-23-33-000-2015-00062-01(56303). (2, mayo, 2016).

en todos los asuntos de cualquier jurisdicción en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes<sup>96</sup>.

Así las cosas, el CGP se aplicará, no solo de cara a la tipología de medidas cautelares que resultan procedentes en este tipo de procesos, sino también al procedimiento propiamente dicho, ya que el CPACA, aparte de lo dispuesto en los artículos 297-299, no contiene una regulación de este tipo de medidas y, por lo tanto, debe acudir a las normas procesales ordinarias en todo y en tanto resulte compatible.

En cuanto a las medidas cautelares en los procesos ejecutivos, en principio, deberá darse aplicación al artículo 599 del CGP y siguientes, que indican que en dichos procesos son procedentes el embargo y secuestro de los bienes del ejecutado:

La regla general es que para los bienes sujetos a registro el embargo requiere de inscripción en la oficina correspondiente; para los que no lo demandan (el registro) el embargo se auxilia del secuestro, de forma tal que ambas cautelas, sin confundirse, se materializan en un solo acto<sup>97</sup>.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que, en más de las veces, la prenda general de los acreedores del Estado, son los bienes y recursos públicos, se debe considerar la aplicación del principio de inembargabilidad, que se tratará en la Unidad II, numeral 2.2.

#### 1.5.4 EN LAS ACCIONES CONSTITUCIONALES

Tal como se ha venido explicando, ha sido en el marco de las tutelas y de las acciones populares en las que la JCA ha emprendido el decreto de medidas cautelares innominadas. Para el caso de las acciones de tutelas, las medidas se registrarán por lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, en especial, por su artículo 7 sobre “medidas provisionales para proteger un derecho” fundamental.

La redacción inicial del párrafo del artículo 229 del CPACA aludido indicaba que “las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos ~~y en los procesos de tutela~~ del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se registrarán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio”.

96 Conclusión que se corrobora durante el trámite legislativo del proyecto de Ley 198 de 2009 Senado, 135 de 2010 Cámara –que derivó en el CPACA–, cuando en la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes, se sostuvo que las medidas cautelares allí desarrolladas aplicarían a los procesos declarativos, “con lo cual queda claro que no cobijan los procesos ejecutivos, cuyo procedimiento y adopción de medidas cautelares se remite al Código de Procedimiento Civil”. Gaceta del Congreso No. 951 de 23 de noviembre de 2010.

97 Álvarez. Op. cit. p. 93.



Posteriormente, el aparte tachado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-284 de 2014 al considerar que la disposición viola la reserva de ley estatutaria, desarticula injustificadamente la unidad de jurisdicción constitucional, activa una causal con la cual se podría ampliar el plazo constitucional previsto para la solución de acciones de tutela, crea recursos contra actos del juez o jueza de tutela que ordenan una protección inmediata, reduciendo los niveles de protección alcanzados con el Decreto 2591 de 1992 e incorporando al marco normativo de la tutela, ingredientes radicalmente incompatibles con la informalidad del amparo<sup>98</sup>.

En lo que respecta al medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos, en el artículo 25 de la Ley 472 de 1998 se desarrollan las medidas cautelares o previas que son aplicables, debiendo armonizarse lo allí dispuesto con el aludido artículo 229 del CPACA, dado que en la aludida sentencia de la Corte Constitucional se concluyó la compatibilidad entre ambos regímenes.

Las medidas cautelares en este tipo de acciones se desarrollarán in extenso en la Unidad V.

<p style="font-size: 2em; font-weight: bold; text-align: center;">Ap</p>	<p><i>Actividades pedagógicas</i></p> <p>Investigación</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• - Señale las razones por las que la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos gozan de expresa consagración y desarrollo constitucional.</li> <li>• - Defina los criterios <i>fumus boni iuris</i> y <i>periculum in mora</i>, así como su importancia para el decreto de medidas cautelares.</li> <li>• Defina el campo de acción de las medidas cautelares en la JCA, entendiendo por aquel, los procesos en los cuales resulta procedente su adopción.</li> </ul> <p>Reflexión:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• En relación con la finalidad de las medidas cautelares, reflexione si el artículo 229 del CPACA se traduce o no en la posibilidad de otorgamiento de una tutela judicial anticipada y, si ello es así, señale sus ventajas y desventajas.</li> <li>• - Teniendo en cuenta la definición de medidas cautelares ‘innominadas’, establezca si las medidas a que hace referencia el artículo 230 del CPACA deben considerarse como tales.</li> </ul>
--	--

<sup>98</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-284 de 2014, M.P.: María Victoria Calle Correa.



<p><i>Ae</i></p>	<p><b>Autoevaluación</b></p> <p>En el medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo, los habitantes de un departamento solicitaron como medida cautelar, la suspensión de las actividades mineras que desarrollaba una compañía en la zona y, adicionalmente, se cancelara su matrícula mercantil. Se argumentó que la zona de la afectación no era el único lugar en el cual se estaban desarrollando labores de exploración y explotación minera con efectos negativos en el medio ambiente, sino que, adicionalmente, en las demás zonas en las que la compañía desarrollaba su objeto social en el país se encontraban igualmente afectadas con dichas actividades. Con base en lo anterior, se argumentó que la cancelación de la matrícula mercantil resultaba procedente y necesaria con el fin de impedir que dicha compañía continuara desarrollando su objeto social, pues sin ella se volvería imposible la celebración de ciertos contratos, el otorgamiento de permisos, entre otras actividades que eran sustanciales para el desarrollo a cabalidad de su objeto social.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• De acuerdo con el caso planteado:</li> <li>• Explique el régimen cautelar aplicable al medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo.</li> <li>• Defina si es procedente o no ordenar la medida cautelar de suspensión de actividades mineras en ese medio de control.</li> <li>• Defina si es procedente o no ordenar la cancelación de la matrícula mercantil de la empresa minera. Analice los dos criterios rectores estudiados en la presente Unidad.</li> <li>• En caso de contestar positivamente alguna de las anteriores preguntas, indique si alguna de dichas medidas podría considerarse de urgencia. Justifique su respuesta.</li> </ul>
------------------	--

## J

***Jurisprudencia***

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-691. (23, noviembre, 2017).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-086. (24, febrero, 2016).

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-284. (15, mayo, 2014).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-180. (27, marzo, 2014).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-339. (3, junio, 2015).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-835. (20, noviembre, 2013).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-788. (12, noviembre, 2013).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-834. (20, noviembre, 2013).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-279. (15, mayo, 2013).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-913. (11, diciembre, 2009).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1154. (26, noviembre, 2008).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1177. (17, noviembre, 2005).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-379. (27, abril, 2004).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-485. (11, junio, 2003).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-426. (29, mayo, 2002).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-793. (24, septiembre, 2002).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-840. (9, agosto, 2001).

*J*

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-490. (4, mayo, 2000).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-925. (18, noviembre, 1999).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-925. (18, noviembre, 1999).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-318. (30, junio, 1998).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-476. (8, septiembre, 1998).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-255. (27, mayo, 1998).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-054. (6, febrero, 1997).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-354. (4, agosto, 1997).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-546. (1, octubre, 1992).

Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veinticinco Especial de Decisión. Auto. Radicado: 11001-03-15-000-2018-01979-00 (A). (18, marzo, 2019)

Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Cuatro Especial de Decisión, Auto. Radicado: 11001-03-15-000-2018-03424-00 (A). 14, diciembre, 2018).

Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto. Radicado: 11001-03-26-000-2018-00009-00(60698). (3, diciembre, 2018)

Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto. Radicado: 11001-03-15-000-2017-02078-01 (A). (18, agosto, 2018)

Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Radicado: 110010315000201702078-00(A). (31, mayo, 2018)

J	Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 25000-23-26-000-2009-00062-01 (37590). (3, marzo, 2018)
	Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto. Radicado: 2013 – 02110. (15, diciembre, 2017)
	Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 11001-03-26-000-2017-00158-00 (60385). (7, diciembre, 2017).
	Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 25000-23-36-000-2016-01266-01 (58834). (20, noviembre, 2017)
	Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Auto. Radiado: 11001-03-24-000-2016-00481-00. (30, octubre, 2017).
	Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Auto. Radicado: 11001-03-25-000-2015-00389-00. (30, octubre, 2017)
	Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto. Radicado: 11001-03-26-000-2013-00044-01(46699). (25, agosto, 2017)
	Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 11001-03-26-000-2017-00001-00 (58510). (13, junio, 2017)
	Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 25000-23-36-000-2016-01452-01(58018). (18, mayo, 2017)
	Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Auto. Radicado: 25000-23-41-000-2016-01314-01(AP)A. (11, mayo, 2017)
Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto. Radicado: 25000-23-36-000-2016-01452-01(58018). (18, mayo, 2017)	
Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 11001-03-26-000-2013-00160-01 (49108). (8, marzo, 2017).	
Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 11001-03-26-000-2014-00103-00 (51764). (29, marzo, 2017)	

<p><i>J</i></p>	<p>Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto. Radicado: 11001-03-26-000-2013-00085-00(47535) (23, marzo, 2017)</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sección Segunda. Auto. Radicado: 11001-03-25-000-2015-00366-00(0740-15). (15, marzo, 2017)</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sección Segunda. Auto., Radicado: 11001-03-25-000-2015-00366-00(0740-15). (15, marzo, 2017)</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Auto. Radicado: 11001-03-27-000-2015-00045-00 (21849). (17, febrero, 2017)</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sección Quinta. Auto. Radicado: 2013-02042. (17, febrero, 2017)</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 25000-23-36-000-2015-02035-01 (56698). (14, febrero, 2017)</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 76001-33-33-014-2013-00397-01. (14, febrero, 2017)</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto. Radicado: 11001-03-25-000-2016-01029-00(4657-16). (10, noviembre, 2016).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sección Quinta. Radicado: 63001-23-33-000-2015-00377-01. (12, octubre, 2016).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sección Quinta. Radicado: 11001 03 15 000 2016 02321 00. (03, octubre, 2016).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto. Radicado: 25000-23-41-000-2015-00456-01(AG)A. (7, septiembre, 2016)</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Radicado: 05001-23-33-000-2014-00993-01 (22044). (30, agosto, 2016)</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Radicado: 76001-23-33-003-2015-00298-01. (28, julio, 2016).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sección Quinta. Radicado: 11001-03-15-000-2015-03027-01<sup>a</sup> (AC). (7, julio, 2016).</p>
-----------------	--

## J

Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 27001-23-33-000-2015-00062-01(56303). (2, mayo, 2016).

Colombia. Consejo de Estado, Sección Segunda., Radicado: 11001-03-25-000-2014-00314-00. (26, enero, 2016).

Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 11001-03-26-000-2014-00058-00(50743). (28, enero, 2016).

Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Radicado: 25000-23-24-000-2012-00760-01. (22, octubre, 2015).

Colombia. Consejo de Estado, Sección Quinta. Radicado: 11001-03-28-000-2015-00018-001. (septiembre, 2015)

Colombia. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Auto. Radicado: 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025). (28, mayo, 2015).

Colombia. Consejo de Estado, Sección Quinta. Auto. Radicado: 2015-00005-00. (15, mayo, 2015).

Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto. Radicado 1999-00319. (29, abril, 2015).

Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto. Radicado: 2014-03799. (17, marzo, 2015).

Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Auto. Radicado: 76001-23-33-000-2014-00550-01. (27, noviembre, 2014)

Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Auto. Radicado: 76001-23-33-000-2014-00550-01. (27, noviembre, 2014)

Colombia. Consejo de Estado, Sección Quinta. Radicado: 25000-23-41-000-2014-00637-01(ACU). (21, agosto, 2014).

Colombia. Consejo de Estado, Sección Cuarta, Auto. Radicado: 11001-03-24-000-2013-00534-00 (20946). (21, mayo, 2014).

Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Radicado: 11001 03 15 000 2013 01570 01. (15, mayo, 2014).

<i>J</i>	<p>Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Radicado: 2013-06871-01. (5, marzo, 2014).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Auto. Radicado: 2013-00941. (6, febrero, 2014)</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Auto. Radicado: 201200614-01. (26, abril, 2013)</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Auto. Radicado: 16952. (31, agosto, 2001).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto. Radicado: S-694. (22, julio, 1997)</p> <p>Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 048. (10, agosto, 1989).</p>
----------	--





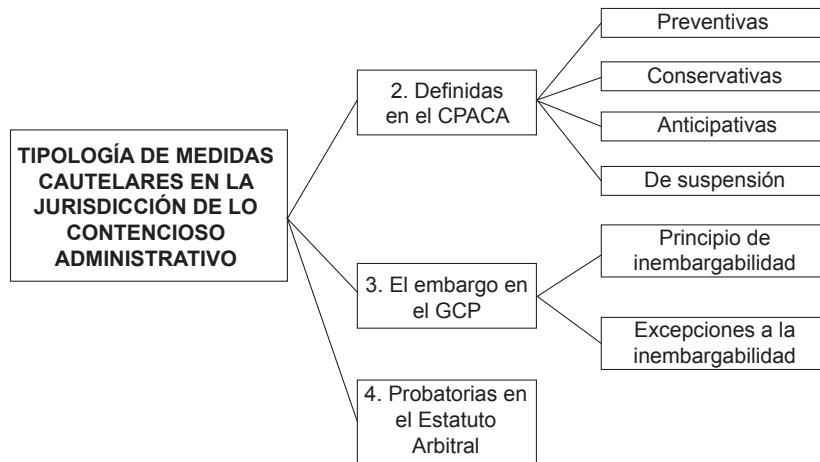
# Unidad 2

## TIPOLOGÍA DE MEDIDAS CAUTELARES EN LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

### OBJETIVOS

<b>Og</b>	<p><b>Objetivo general</b></p> <p><i>Identificar las medidas cautelares que pueden ser decretadas en la JCA, así como su alcance en los procesos declarativos y los ejecutivos.</i></p>
<b>Oe</b>	<p><b>Objetivos específicos</b></p> <ul style="list-style-type: none"><li>• Analizar el contenido y el alcance de las medidas cautelares que pueden decretarse en los procesos declarativos en la JCA.</li><li>• Conocer ejemplos emblemáticos de medidas preventivas, conservativas, anticipativas y de suspensión.</li><li>• Estudiar la regla de inembargabilidad de ciertos bienes y recursos, y sus excepciones.</li><li>• Comprender las medidas cautelares probatorias que pueden decretarse en la JCA.</li></ul>

## CONTENIDO



Fuente: Ana María Moncada Zapata

### 2.1. LAS MEDIDAS CAUTELARES ENUNCIADAS EN EL CPACA

Los aludidos artículos 229 y 230 del CPACA contemplan el nuevo sistema amplio o abierto de medidas cautelares; el primero, señala que se podrán decretar “las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia” y el segundo, dispone que las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión.

Para el Consejo de Estado, cuando el artículo 230 del CPACA indica que se podrá decretar una o varias de las siguientes medidas, se refiere a una lista meramente enunciativa y no taxativa, según la posición más recurrente de la Corporación:

La regla general prevista en el artículo 230 *ejusdem*, faculta al juez para adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para alcanzar esos propósitos, lo cual se complementa con un listado –no taxativo– (...) el listado de medidas cautelares contenido en el artículo 230 no constituye propiamente un *numerus clausus*, pues la intención del legislador fue justamente la de instaurar un sistema innominado, abierto y extensivo de medidas cautelares<sup>99</sup>.

<sup>99</sup> Colombia. Consejo de Estado, Sección Segunda. Auto, Radicado: 11001-03-25-000-2016-01029-00(4657-16). (10, noviembre, 2016).

Finalmente, ha entendido el Consejo de Estado que las aludidas medidas cautelares son innominadas en tanto que, a pesar de tener una calificación sobre su naturaleza o finalidad, no se encuentran específicamente reguladas. Al margen de la discusión que pueda suscitar el término ‘nominada’, las medidas pueden ser conservativas, suspensivas, anticipativas o positivas según su finalidad.

Para efectos pedagógicos y acogiendo en el mismo orden que se encuentra en el artículo 230 del CPACA, se presentan a continuación algunos casos representativos resueltos en la JCA, anticipando que enmarcar cada medida en una determinada categoría estará siempre sujeto a discusión, siendo que en muchos casos, la medida no suele tener una única finalidad sino varias. Así:

#### 2.1.1. ORDENAR QUE SE MANTENGA O RESTABLEZCA LA SITUACIÓN

Esta medida innominada es conservativa en tanto pretende mantener o salvaguardar un *statu quo ante*<sup>100</sup>. Según la doctrina, esta medida “consiste en una obligación ‘de hacer’, pues la parte contra la que se dirige la medida cautelar debe realizar acciones tendientes a volver las cosas a su estado anterior”<sup>101</sup>. Sin embargo, como se verá, esta medida puede materializarse tanto en obligaciones ‘de hacer’ como de ‘no hacer’. Desde la entrada en vigor del CPACA se ha hecho uso de esta medida en varias oportunidades, como lo evidencian los siguientes casos:

(A) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Auto del 15 de marzo de 2016, Rad.: 11001-03-26-000-2013-00073-00(47316)

En este caso, se interpuso el medio de control de revisión de asuntos agrarios para la clarificación de un predio, sobre el cual Aportes San Isidro y la Asociación de Campesinos de Buenos Aires (Asocab) se encontraban ejerciendo actos de posesión y explotación. Se profirió expresamente amparo conservativo con el fin de proteger la situación anterior existente, evitando así que hechos posteriores causaran perjuicio a las partes o a terceros.

Se aclaró en dicha oportunidad que la medida implicaba que las partes debían respetar el deber de abstención consistente en “no ejecutar ningún acto mediante el cual se pretenda alterar, modificar o desfigurar la situación de facto que para este momento actual se presenta respecto de los once predios que hacen parte de esta controversia contenciosa (...) se les impone estrictos

100 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto, Radicado: 11001-03-26-000-2013-00073-00(47316). (15, marzo, 2016).

101 Palacio. Op. cit. p. 831.

deberes de no hacer y de respeto por la situación de facto del otro. Con otras palabras, se trata de una perentoria prohibición general de realizar cualquier actor perturbador mutuo”<sup>102</sup>.

(B) *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, Auto del 9 de junio de 2017, Rad.: 25000-23-41-000-2017-00885-00.*

Haciendo uso del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos, se solicitó, como medida cautelar de urgencia que se suspendiera el proceso administrativo de enajenación de la E.P.S Cafesalud, con el fin que no pudiera adelantarse la transferencia de la propiedad ni el perfeccionamiento de la venta, hasta tanto no se permitiera la pluralidad de oferentes y el cumplimiento de requisitos objetivos que garanticen idoneidad y experiencia. Se invocaron como vulnerados los derechos a la libre competencia económica, el acceso a los servicios públicos, el patrimonio público, la moralidad administrativa y los derechos de los consumidores y usuarios.

En este caso, obraba en el expediente un documento con observaciones de la Procuraduría General de la Nación sobre el proceso de selección, que llevó a concluir al Tribunal la presunta vulneración de derechos colectivos y necesidad de decretar la medida cautelar de urgencia, “hasta tanto esta Corporación adelante un examen exhaustivo de las pruebas que deben aportar los accionados previo traslado de la solicitud para que ejerzan su derecho de defensa”.

La anterior medida es de tipo conservativo si se tiene en cuenta que, según el Tribunal, “la suspensión temporal del proceso de enajenación de Cafesalud EPS S. A., no implica que esta entidad deje de prestar de manera real y efectiva el servicio de salud a todos sus afiliados y el desarrollo de su objeto social”<sup>103</sup>.

(C) *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Auto del 11 de julio de 2019, Rad.: 05001-23-33-000-2017-01362-01(AC)*

En el caso, se cuestionaban las medidas cautelares decretadas por el Tribunal Administrativo de Antioquia consistentes en que: (i) el Municipio y el AMVA debían efectuar un monitoreo constante de la calidad del aire

102 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto, Radicado: 11001-03-26-000-2013-00073-00(47316) (12, diciembre, 2017). En esta providencia, la Corporación reiteró el perentorio cumplimiento la medida cautelar y ordenó a otras autoridades del orden nacional y a las partes e intervinientes en el litigio rendir informes periódicos detallados sobre su estado de cumplimiento.

103 Esta medida cautelar fue levantada días después. Posteriormente, se han impuesto nuevas cautelas y llevado a cabo audiencias informativas e incidentes de desacato en el proceso.

de los diferentes Municipios del Área Metropolitana del Valle de Aburrá, con el fin de adoptar las medidas preventivas necesarias para evitar que, en ninguna época del año, los reportes lleguen a niveles que excedan el color amarillo (moderado), y (ii) que, en caso de sobrepasar dicho nivel, las entidades accionadas deberían adoptar medidas de mitigación de los efectos perjudiciales y de restauración al nivel amarillo.

No obstante, se reconoció la gestión de las accionadas para mitigar la alta contaminación atmosférica, se consideró que la misma no han sido lo suficientemente eficaz para lograr que la calidad del aire se mantenga en un promedio normal, absteniéndose en consecuencia la Corporación, de revocar la medida cautelar conservativa impugnada.

### 2.1.2. SUSPENDER UN PROCEDIMIENTO O ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Esta medida es ‘de suspensión’, lo que significa “que corresponde a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa”<sup>104</sup>, materializada en un procedimiento o actuación administrativa. En las siguientes providencias puede evidenciarse la aplicación de esta medida cautelar:

(A) *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Auto del 4 de abril de 2016, Rad.: 41001-23-33-000-2014-00179-02(AG)A.*

La parte actora, en el marco de una acción de grupo, solicitó medidas cautelares consistentes en la suspensión del cobro del impuesto de alumbrado público en el Municipio de Neiva (Huila), establecido en el Acuerdo 020 de 2004, en razón a que no se contaba con autorización por parte de la Asamblea Departamental del Huila, para su imposición.

En esta oportunidad, señaló el Consejo de Estado que, si bien la medida cautelar solicitada se podía interpretar como una solicitud de suspensión provisional de un acto administrativo (regulada en el CPACA), podía decretarse verificando el cumplimiento de los requisitos del artículo 590 del CGP aplicables al medio de control de reparación de perjuicios causados a un grupo. Luego de estudiar dichos requisitos, se decidió suspender el cobro del impuesto del alumbrado público.

104 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto, Radicado: 11001-03-26-000-2014-00156-00 (52506). (20, abril, 2016).

(B) *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, Auto del 9 de febrero de 2017, Rad.: 250002341000201700083-00.*

El Procurador General de la Nación instauró el medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos en contra la Concesionaria Ruta del Sol S. A. S. y la Agencia Nacional de Infraestructura, con solicitud de medida cautelar de urgencia consistente en que, dada la confesión de representantes del Concesionario de haber incurrido en actos de corrupción para adjudicarse el contrato de concesión: (i) se adoptara la toma de posesión, o (ii) la cesión transitoria del contrato en tanto se adelanta un nuevo proceso de selección y se surte la adjudicación, (iii) la toma de posesión de obras, muebles, inmuebles o infraestructura afectos al proyecto, (iv) la celebración de nuevos contratos de obra pública, administración delegada, concesión, administración fiduciaria, contratos llave en mano y otras tipologías de contratos que le son propias al sector de infraestructura con el propósito de garantizar la realización del proyecto, (v) hacer efectivas las garantías, mecanismos de cobertura de riesgos e imposición de mecanismos excepcionales en lo que fuere pertinente, u (vi) otras medidas adicionales, complementarias o diferentes a las expuestas.

En este proceso, se ordenó, entre otras, la siguiente medida cautelar de suspensión:

1.1. Declárase la suspensión provisional de los efectos del Contrato de Concesión 001 del 14 de enero de 2010, junto con sus modificaciones, adiciones y otrosíes, suscrito entre el Instituto Nacional de Concesiones (hoy Agencia Nacional de Infraestructura) y la Concesionaria Ruta del Sol S. A. S., hasta tanto se dicte sentencia de acción popular o se resuelva por el Tribunal de Arbitramento la petición de nulidad del contrato.

Adicional a la anterior medida, se ordenó el embargo de las cuentas bancarias de las empresas integrantes de la Concesionaria, así como la de sus representantes legales, y se impuso una obligación de hacer que será estudiada en el numeral 2.1.5 de la presente Unidad.

Para arribar a la decisión de imponer la medida de suspensión del contrato de concesión, el Tribunal consideró que la medida “cumple con la finalidad propuesta de protección de los derechos colectivos, en particular, de la Moralidad Administrativa y la Defensa del Patrimonio Público puesto que con ello se impide que la Concesionaria Ruta del Sol S. A. S. y los socios que la integran sigan recibiendo los beneficios derivados de su posición contractual, obtenida por medios irregulares”.

Como puede evidenciarse, en algunos casos los procedimientos se materializan mediante actos administrativos, lo cual, según alguna parte de la doctrina, “crea el equívoco de que frente a un procedimiento o actuación administrativa se pueden manejar indistintamente las medidas enunciadas en los numerales 2 y 3”<sup>105</sup>. Como consecuencia, parte de la doctrina sostiene que la suspensión de los procedimientos, conformados ordinariamente por actos de trámite, contraría el artículo 238 Constitucional, que sólo permite la suspensión provisional de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación judicial, lo cual excluye a los actos de trámite o de ejecución (artículo 75 del CPACA)<sup>106</sup>.

(C) *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 24 de julio de 2017, Rad.: 11001-03-15-000-2017-01790-00*

Se decretó como medida provisional: (i) la suspensión de una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declaró la constitucionalidad del texto a elevar a consulta popular en el municipio de Pasca, Cundinamarca, en relación con la ejecución de actividades exploratorias, sísmicas, perforaciones, explotaciones, producción y transporte de hidrocarburos. Junto con la anterior medida, se ordenó igualmente (ii) la suspensión de las actividades relacionadas con la celebración de la consulta popular programada para el 6 de agosto de 2017.

Para arribar a esa conclusión, el Consejo de Estado consideró que el Tribunal “no realizó un análisis estricto de la redacción y de cada una de los componentes de la pregunta” sino que “se limitó a examinar (i) la competencia que tienen los entes territoriales para regular el uso del suelo y el manejo de los recursos naturales con el fin de garantizar un desarrollo sostenible, (ii) la participación que tienen los habitantes de un municipio sobre aspectos que son de competencia del ente territorial y, (iii) la forma en que debe ser elaborada la pregunta de conformidad con la ley y la jurisprudencia.” En este caso, la medida fue de urgencia “ante la inminencia de la ocurrencia del daño”.

(D) *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, providencia de 6 de febrero de 2014, Rad.: 05001-23-33-000-2013-00941-01*

En el trámite del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos, el Consejo de Estado confirmó la medida cautelar de urgencia decretada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, consistente

<sup>105</sup> Betancur. Op. cit., p. 375.

<sup>106</sup> Ibid.

en la suspensión de la tala de 172 árboles pese a contar con la autorización de la autoridad ambiental en ejecución del proyecto de ampliación del sistema de transporte masivo Metroplus “mientras se tramita el proceso o hasta tanto las entidades demandadas acrediten que dicha tala no afecta de manera grave los intereses colectivos invocados o adopten las medidas efectivas para proteger tales intereses, conforme se expuso en la parte motiva”. Para la Corporación, en virtud del principio de precaución se podía advertir la amenaza que enfrentaba el recurso ambiental objeto de la acción, por lo que, pese a que la violación no se encontraba plenamente acreditada, revocar la cautela resultaba equivalente a negar la protección y dejar sin objeto la acción popular.

*(E) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Auto de 14 de mayo de 2015, Rad.: 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025), confirmado mediante auto del 28 de mayo de 2015, y modificado por auto de 11 de agosto de 2015.*

En dos providencias, se ordenó la suspensión temporal del procedimiento o actuación administrativa que se surtía en cumplimiento del Decreto 1609 de 2013, que aprobó el programa de enajenación de las acciones que la Nación poseía en Isagén S. A. ESP, suspendiendo la subasta y demás actos programados. En la tercera providencia, se aclaró la medida en el sentido de que la suspensión temporal decretada, también implicaba la suspensión del plazo fijado por el Decreto 1512 de 2014 que vencía el 24 de septiembre de 2015, para precaver que si en la sentencia no se accedía a las pretensiones de la demanda, se mantuviera vigente el plazo para llevar a cabo la enajenación.

### **2.1.3. SUSPENDER PROVISIONALMENTE LOS EFECTOS DE UN ACTO ADMINISTRATIVO**

La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, por su tradición cautelar e importancia, se tratará en la siguiente Unidad.

### **2.1.4. ORDENAR LA ADOPCIÓN DE UNA DECISIÓN ADMINISTRATIVA, O LA REALIZACIÓN O DEMOLICIÓN DE UNA OBRA**

Esta medida innominada puede operar de forma preventiva al “operar como una suerte de acción impeditiva para que no se pueda consolidar una afectación a un derecho”<sup>107</sup>, y al mismo tiempo puede ser anticipativa en tanto “pretende satisfacer por adelantado la pretensión perseguida por

---

107 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto, Radicado: 11001-03-26-000-2013-00073-00(47316). (15, marzo, 2016).



el demandante, mediante una decisión que propiamente correspondería al fallo que ponga fin al proceso y que se justifica en tanto que de no adoptarse se incurriría en un perjuicio irremediable para el actor”<sup>108</sup>. Como se señaló al inicio de esta Unidad, la clasificación de cada medida como preventiva, anticipativa u otra clase es una labor interpretativa que dependerá de cada operador. Sin embargo, en las siguientes providencias puede evidenciarse su aplicación:

(A) *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Auto del 22 de agosto de 2017, Rad.: 76001233300020130054301 (4156-2016)*

En el presente caso se interpuso demanda contra la Nación-Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Valle del Cauca, quienes negaron el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente. El Consejo de Estado, luego de analizar todos los requisitos de procedibilidad, ordenó decretar la medida cautelar consistente en ordenar a las entidades demandadas, que “reconozca y pague, de forma transitoria, una pensión de sobreviviente (...) en cuantía equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, con efectos fiscales a partir de la fecha de notificación de esta providencia, hasta tanto se profiera sentencia definitiva en el presente asunto”.

Si bien el Consejo de Estado reconoce en este pronunciamiento que el mérito para que procediera la medida cautelar se estructura a partir de la debida comprobación del perjuicio irremediable, “ello no es óbice para que el mismo sea aplicado por el juez contencioso administrativo tratándose de medidas cautelares, pues en este caso la lógica de uno y otro mecanismo jurídico es precisamente la de evitar la consumación de un perjuicio, que en el contexto del proceso contencioso administrativo conlleva a que los efectos de la sentencia sean nugatorios, haciendo improbable la tutela judicial efectiva”.

(B) *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, Auto del 9 de febrero de 2017, Rad.: 250002341000201700083-00.*

Este caso fue anteriormente analizado en el numeral 2.1.2 sobre la medida cautelar de suspensión de actuaciones (inclusive) contractuales. En la acción popular, se solicitaron medidas adicionales, complementarias o diferentes a las expuestas. El Tribunal ordenó al Presidente de la República como obligación de hacer, designar una autoridad que administre el Proyecto Ruta del Sol Sector II, a fin de evitar la paralización de las obras que se estaban

---

108 Ibid.

ejecutando. También llama la atención, la facultad otorgada para destinar los aportes que habrían de ser transferidos a la concesionaria, así como los ingresos de los peajes, para el éxito del proyecto, lo cual fue justificado en la Ley 105 de 1993, en cuyo artículo 22 se describe la destinación de los recursos recaudados vía peajes.

(C) *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Auto del 17 de julio de 2017, Rad.: 11001-03-25-000-2016-00988-00(4469-16)*

A mediados del 2014, una Secretaría Distrital de Hacienda solicita a la Comisión Nacional de Servicio Civil dar apertura a un concurso público de méritos para proveer 806 vacantes. La convocatoria se abrió, pero solo fue suscrita por la Comisión, cuando la norma exige la suscripción conjunta con la Entidad beneficiaria del proceso. La medida cautelar decretada, consistió en ordenar a la Secretaría revisar, junto con la Comisión, la actuación administrativa adelantada por esta última y con fundamento en ello, provocar un acto administrativo debidamente motivado en el que resolviera: (i) Si avala o desaprueba todos y cada uno de los aspectos de la Convocatoria, (ii) Si tiene la voluntad de adherirse al contenido de lo resuelto y, en consecuencia, suscribirse al mismo.

(D) *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Auto del 30 de junio de 2017, Rad.: 13001-23-31-000-2010-00877-01(AP)A*

En el marco de una acción popular, el Consejo de Estado confirmó la medida cautelar de urgencia decretada por el Tribunal Administrativo de Bolívar, consistente en la cesación de la ocupación, invasión y/o cerramiento de una vía pública por parte de una empresa. Como consecuencia, el particular o en su defecto, el Distrito de Cartagena, debían realizar labores de remoción de escombros, demolición o retiro de la puerta-malla de encerramiento instalada y, todas las actividades para garantizar el libre tránsito vehicular y peatonal en dicha calle. Dada la condición de bien de uso público de la zona afectada por el cerramiento y construcción de las edificaciones, no se revocó la medida, no obstante, se modificó una de las órdenes, para destacar su carácter eminentemente transitorio, por lo que ella no implicaba la demolición de la edificación existente de tres pisos, toda vez que la tornaría definitiva, haciendo ilusorios los efectos de la sentencia.

#### 2.1.5. IMPARTIR ÓRDENES O IMPONER OBLIGACIONES DE HACER O NO HACER

El decreto de medidas cautelares con fundamento en esta causal puede tener distintas finalidades (preventiva, conservativa, anticipativa o

suspensiva) según el caso, en tanto que una orden ‘de hacer’ o de ‘no hacer’ puede tener un contenido y alcance muy distinto en cada caso. Podría decirse que esta medida es residual a las demás y permite que quienes administran justicia tengan mayor dinamismo en el momento de decretar medidas cautelares innominadas, pues, al apartarse del *numerus clausus*, se otorga mayor poder cautelar, al tener la potestad de decretar cualquier medida que resulte compatible con la pretensión aducida, bajo los parámetros para su imposición previamente establecidos<sup>109</sup>.

A diferencia de las medidas cautelares negativas, que implican propiamente órdenes de ‘no hacer’ a la Administración, las medidas cautelares positivas tienen por objeto una actuación positiva de la Administración para lograr que la tutela judicial resulte efectiva frente a actos de limitación negativos –como la denegación de una licencia–, máxime cuando la actuación administrativa es constitutiva de vías de hecho<sup>110</sup>. Ha señalado el Consejo de Estado que “las cautelas positivas operan cuando el litigio versa sobre la inactividad o las actuaciones de la Administración: hechos u operaciones administrativas y, dichas cautelas son de tipo preventivo, conservativo y anticipativo”<sup>111</sup>. González-Varas señala que la única exclusión de las medidas cautelares positivas se da cuando el decreto de esta cree un estado irreversible que implique una decisión definitiva sobre el asunto<sup>112</sup>.

Ejemplos de esta medida cautelar, positiva o negativa, pueden verse en las anteriores medidas cautelares analizadas, en las cuales se evidencia la imposición de obligaciones de hacer o no hacer.

Un ejemplo más pedagógico, se encuentra en el auto de la Sección Tercera, Subsección “C” del 26 de febrero de 2016, en el que se resolvió de oficio impartir la siguiente orden:

Primero: *Dictar medida cautelar innominada consistente en interpretar provisionalmente el precepto del artículo 8o de la Resolución 293 del 15 de mayo de 2015 dictada por la Agencia Nacional de Minería (ANM) bajo el entendido que su ámbito de aplicación temporal solo comprende las situaciones jurídicas que se presenten a futuro, excluyendo cualquier suerte de retroactividad de lo allí prescrito.*

109 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto, Radicado: 41001-23-33-000-2014-00179-02(AG)A. (4, abril, 2016).

110 Restrepo. Op. cit. p. 198, citando a Campo. Op. cit. p. 73.

111 Colombia. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Auto, Radicado: 110010324000201300534 00. (21, mayo, 2014).

112 González-Varas Ibáñez, citado por Campo. Op. cit. p. 114.

Segundo: *Negar* la solicitud de medidas cautelares respecto de los demás apartes de la Resolución 293 de 15 de mayo de 2015<sup>113</sup>.

## 2.2 LA MEDIDA CAUTELAR DE EMBARGO Y LA REGLA DE INEMBARGABILIDAD DE CIERTOS BIENES Y RECURSOS

Como se señaló en el numeral 1.5 sobre el campo de acción de las medidas cautelares según los tipos de procesos, según el artículo 104 del CPACA, la JCA conoce, entre otros procesos, de:

- Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por la JCA.
- Los ejecutivos provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública.
- Los ejecutivos originados en los contratos celebrados por entidades públicas.

Es natural entonces que en estos procesos ejecutivos se solicite, desde la presentación de la demanda, el decreto de las cautelas que les son propias, como son, el embargo y secuestro de los bienes del ejecutado, reguladas en los artículos 599 a 602 del CGP en el acápite sobre “medidas cautelares y cauciones”. A diferencia del viejo CPC, en el que esas cautelas se desarrollaban entre las normas del proceso ejecutivo, en el CGP se dedica previamente un apartado a este proceso, entre los artículos 440 a 472.

Se debe tener presente que las aludidas medidas no son exclusivas de los procesos ejecutivos, sino que también resulta viable su decreto y práctica en los procesos declarativos que conoce la JCA, considerando la aludida posibilidad de decreto de las medidas cautelares “innominadas” que “se consideren necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”. También se decretan, de vieja data, en el medio de control para la defensa de derechos e intereses colectivos.

Y es que las medidas cautelares de embargo y secuestro en los procesos ejecutivos, en palabras de la Corte Constitucional, encuentran su razón de ser en la necesidad de prevenir las contingencias que puedan sobrevenir sobre las personas y/o los bienes, de manera tal que se asegure la ejecución

113 Esta medida fue revocada meses después, mediante auto de 24 de noviembre de 2016, tras concluir la Corporación, al resolver un recurso de súplica, que la disposición interpretada provisionalmente, no vulneraba los derechos adquiridos, las situaciones jurídicas consolidadas y el principio de irretroactividad de la ley, ni se había acreditado la existencia de un perjuicio irremediable como se exige para su procedencia de la medida cautelar en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

del fallo correspondiente<sup>114</sup>. La regla general es que patrimonio del deudor sea la prenda general de los acreedores.

En oposición a ese principio general de embargabilidad que consagra el artículo 2.488 del Código Civil, según el cual, toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre el patrimonio de su deudor, se explicará en este apartado la regla de inembargabilidad, en especial, cuando se trata de bienes, rentas y recursos estatales.

La normatividad contempla una serie de hipótesis que limitan el decreto de medidas cautelares, que impactan los procesos de conocimiento de la JCA, bien porque el Estado sea parte demandante, o demandada, así:

- Respecto de las personas particulares, el objeto de las restricciones ha sido proteger sus derechos fundamentales. Es así como el artículo 1.677 del Código Civil o Ley 87 de 1873, prevé que no son embargables:

Artículo 1677. La cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables.

No son embargables:

1. Subrogado por la Ley 11 de 1984, artículo 3°. No es embargable el salario mínimo legal o convencional.
2. El lecho del deudor, el de su mujer, los de los hijos que viven con él y a sus expensas, y la ropa necesaria para el abrigo de todas estas personas.
3. Los libros relativos a la profesión del deudor, hasta el valor de doscientos pesos y a la elección del mismo deudor.
4. Las máquinas e instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia o arte, hasta dicho valor y sujetos a la misma elección.
5. Los uniformes y equipos de los militares, según su arma y grado.
6. Los utensilios del deudor artesano o trabajador del campo, necesarios para su trabajo individual.

114 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-172 de 2016. (11, abril, 2016) y Sentencia T-206 de 2017. (4, abril, 2017).

7. Los artículos de alimento y combustible que existan en poder del deudor, hasta concurrencia de lo necesario para el consumo de la familia, durante un mes.
8. La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente.
9. Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación.

En su gran mayoría, estas hipótesis de inembargabilidad fueron retomadas en los estatutos procesales CPC –artículo 684–, y CGP –artículo 594–, como se estudiará más adelante.

- Respecto de las entidades públicas, el objeto de las restricciones ha sido la necesidad de proteger los recursos del Estado, en particular, los destinados a cubrir las necesidades esenciales de la población. Ha sostenido la Corte Constitucional que si se permitiera el embargo de todos los recursos y bienes públicos: “(i) el Estado se expondría a una parálisis financiera para realizar el cometido de sus fines esenciales, y (ii) se desconocería el principio de la prevalencia del interés general frente al particular el artículo 1º y el preámbulo de la Carta Superior”<sup>115</sup>.

### 2.2.1 LOS BIENES INEMBARGABLES

Se presentará a continuación el listado de bienes inembargables señalados en la Constitución y en las leyes especiales, de mayor impacto en los procesos que adelante la JCA:

1. La Constitución, como ya se explicó, señala expresamente que son inembargables: (i) los bienes de uso público, los parque naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo y el patrimonio arqueológico de la Nación (artículo 63), y (ii) el patrimonio cultural de la Nación (artículo 72). Los bienes de uso público, son aquellos que se encuentran destinados al uso, goce y disfrute de la comunidad de forma permanente, entre los cuales se pueden mencionar, las calles, puentes, plazas, etc.

Algunas autoridades, suman al listado de bienes inembargables de rango constitucional, los recursos de la seguridad social, derivando tal conclusión del mandato del artículo 48 de la Carta, según el cual: “No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella”<sup>116</sup>. En el mismo sentido, también se ha sostenido que los

115 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-543 de 2013. (21, agosto, 2013).

116 Colombia. Procuraduría General de la Nación. Circular 014 del 8 de junio de 2018.

recursos propios de los sistemas generales de participaciones y de regalías son inembargables por contar con una destinación constitucional expresa contenida en los Actos Legislativos 4 de 2007 y 5 de 2011.

2. En los artículos 12 y 19 del Decreto 111 de 1996, o Estatuto Orgánico del Presupuesto (compilatorio de las leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995), se contempla el principio de inembargabilidad de recursos del presupuesto nacional en los siguientes términos:

Artículo 12. Los principios del sistema presupuestal son: la planificación, la anualidad, la universalidad, la unidad de caja, la programación integral, la especialización, inembargabilidad, la coherencia macroeconómica y la homeostasis (Ley 38/89, artículo 8º. Ley 179/94, artículo 4º).

Artículo 19. Inembargabilidad. Son inembargables las rentas incorporadas en el Presupuesto General de la Nación, así como los bienes y derechos de los órganos que lo conforman.

No obstante la anterior inembargabilidad, los funcionarios competentes deberán adoptar las medidas conducentes al pago de las sentencias en contra de los órganos respectivos, dentro de los plazos establecidos para ello, y respetarán en su integridad los derechos reconocidos a terceros en estas sentencias.

Se incluyen en esta prohibición las cesiones y participaciones de que trata el capítulo 4 del título XII de la Constitución Política.

Los funcionarios judiciales se abstendrán de decretar órdenes de embargo cuando no se ajusten a lo dispuesto en el presente artículo, so pena de mala conducta (Ley 38/89, artículo 16, Ley 179/94, artículos 6º, 55, inciso 3º).

Como antecedente, vale la pena considerar que la prohibición de embargar las rentas y recursos incorporadas en el Presupuesto General de la Nación, luego de la Ley 38 de 1989, artículo 8, fue replicada en el artículo 1 numeral 272 del Decreto 2282 de 1989, que introdujo una modificación al artículo 513 del Código de Procedimiento Civil –Decretos 1400 y 2019 de 1970–, que facultaba al demandante en los procesos ejecutivos a pedir el embargo y secuestro de los bienes del demandado, para exceptuar de esa potestad, las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación.

El aludido artículo 19 (antes 16 de la Ley 38 de 1989) ha sido objeto de varios e importantes pronunciamientos en sede de constitucionalidad, así:



El primero, en Sentencia 44 de marzo 22 de 1990 de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia<sup>117</sup>, en la que se resolvió su exequibilidad frente a la Constitución de 1886 tras argumentarse que el principio de inembargabilidad de las rentas y recursos incorporados al Presupuesto General de la Nación, se avenía plenamente a la Constitución, pues era consecuencia lógica y necesaria de los principios presupuestales que en ella se consagraban. En sus propias palabras:

Es cierto que ninguna de las normas fundamentales que regulan los diferentes aspectos presupuestales, alude a la inembargabilidad de las rentas y recursos del Estado; sin embargo, su consagración en el Estatuto Orgánico Fundamental no quebranta ningún principio constitucional pues surge como mecanismo lógico de necesidad imperiosa para asegurar el equilibrio fiscal y garantizar el estricto cumplimiento de los principios constitucionales relacionados, a los cuales debe sujetarse la ejecución presupuestal, pues de otra forma se daría lugar al manejo arbitrario de las finanzas lo cual conduciría a que se hicieran erogaciones no contempladas en concreto en la Ley de apropiaciones, o en cuantía superior a la fijada en esta, o transferencia de créditos sin autorización; y en fin, a desequilibrar el presupuesto de rentas y gastos y destinar aquellas a fines no previstos en el presupuesto nacional.

El segundo, en el año 1992, en el que mediante Sentencia C-546 de 1992 se analizó su exequibilidad frente a la Constitución de 1991 y se anunció que la inembargabilidad de estos recursos solamente se ajusta a la Constitución en la medida en que ello no impida la efectividad del pago de las obligaciones dinerarias surgidas de obligaciones laborales pues de lo contrario, se limitaría la efectividad de un derecho fundamental, máxime cuando “los derechos laborales son materia privilegiada que se traduce, entre otras, en la especial protección que debe darles el Estado”<sup>118</sup>. La norma se declaró exequible, no obstante, respecto de los créditos laborales, se concluyó:

En consecuencia, esta Corporación estima que los actos administrativos que contengan obligaciones laborales en favor de los servidores públicos deben poseer la misma garantía que las sentencias judiciales, esto es, que puedan prestar mérito ejecutivo y embargo a los dieciocho (18) meses después de haber sido ejecutoriados, de conformidad con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, que dice en sus incisos primero y cuarto: (...)

117 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia No. 44 de marzo 22 de 1990. Expediente No. 1992.

118 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-546 de 1992. (1, octubre, 1992).



En consecuencia, esta Corte considera que en aquellos casos en los cuales la efectividad del pago de las obligaciones dinerarias a cargo del Estado surgidas de las obligaciones laborales, solo se logre mediante el embargo de bienes y rentas incorporados al presupuesto de la nación, este será embargable en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

El tercero, mediante Sentencia C-354 de 1997 de la Corte Constitucional, en que se señaló que la excepción a la regla general de inembargabilidad cobijaba el pago de sentencias y de las demás obligaciones claras, expresas y actualmente exigibles, a cargo de entidades públicas, para cuya ejecución debe darse un manejo similar a lo que legalmente se establece para los títulos ejecutivos. La prohibición fue declarada condicionalmente exequible: “bajo el entendido de que los créditos a cargo del Estado, bien sean que consten en sentencias o en otros títulos legalmente válidos, deben ser pagados mediante el procedimiento que indica la norma acusada y que transcurridos 18 meses después de que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, con embargo de recursos del presupuesto –en primer lugar los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos– y sobre los bienes de las entidades u órganos respectivos”<sup>119</sup>.

Fue muy relevante en su momento, la providencia del 22 de julio de la Sala Plena del Consejo de Estado, en la que se explicó in extenso y de conformidad con las normas vigentes para la época, la constitucionalidad del principio de inembargabilidad, la definición de bienes inembargables como materia reservada a la ley, y el principio menos rígido de inembargabilidad de los bienes de los departamentos y municipios<sup>120</sup>. Allí se sostuvo que la regla general de la no ejecución de la Nación presentaba tres excepciones, así: (i) el cobro compulsivo de las sentencias dictadas por la jurisdicción administrativa vencidos los 18 meses –artículo 177 del CCA–, (ii) los créditos laborales contenidos en actos administrativos –Sentencia C-546 de la Corte Constitucional–, y, (iii) los créditos provenientes de contratos estatales – artículo 75 de la Ley 80 de 1993–.

La comprensión de estas normas también supone la remisión a los artículos 3º y 11 del mismo Estatuto, en los que se definen los organismos o dependencias que, para esos efectos, hacen parte de la Nación. Se señaló en la providencia en comento:

119 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 354 de 1997. (4, agosto, 1997).

120 Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto, Radicado: S-694. (22, julio, 1997).

Por esta razón, para efectos presupuestales y solo para este efecto, tienen el carácter de órganos los siguientes: la Rama judicial y legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil que incluye el Consejo Nacional Electoral, los Ministerios, los Departamentos Administrativos, los Establecimientos Públicos y la Policía Nacional.

c) De la interpretación armónica de las distintas normas y en especial del estatuto orgánico del presupuesto nacional, puede concluirse, asimismo, que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, las empresas de servicios públicos domiciliarios en cuyo capital la nación o sus entidades descentralizadas posean el 90% o más (las que para efectos presupuestales de conformidad con el art 5º del Dec. 111 de 1996 se sujetan al régimen de las primeras) y las Empresas sociales del Estado, no tienen el carácter de órganos desde la perspectiva que señala el Estatuto Orgánico del Presupuesto y por ende, según las reglas generales, son ejecutables y sus bienes sujetos a medidas cautelares<sup>121</sup>.

El aludido artículo 19 fue reglamentado en el Decreto 1807 de 1994, compilado en el Decreto 1068 de 2015 “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público”, en su apartado sobre “inembargabilidad de rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación”, en el que se reproduce la prohibición de embargo en comento, dando alcance, en el sentido que, cuando se trate del pago de condenas dispuesto en el artículo 192 del CPACA –que se estudiará más adelante–, no se podrán embargar las cuentas abiertas a favor de la Nación, sino las de la entidad u organismo condenado en la sentencia respectiva, y adicionalmente, exhortando a realizar todas las actuaciones procesales necesarias en procura del desembargo.

También, es tradición que en las distintas leyes anuales de presupuesto se incorpore una disposición instrumental para aplicar el principio de inembargabilidad, al contemplar el deber de los servidores públicos en caso de embargo, de tramitar una constancia sobre la naturaleza de los recursos para posterior solicitud de desembargo, situación viabilizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-402 de 1997<sup>122</sup>. La última de las leyes que contempla este trámite para desembargo es la Ley 1873 de 2017 “por la

121 Ibidem.

122 Colombia. Congreso de la República. Ley 331 de 1996, Ley 482 de 1998, Ley 547 de 1999, Ley 628 de 2000, Ley 714 de 2001, Decreto ley 780 de 2002, Ley 921 de 2004, Ley 848 de 2003, Ley 1169 de 2007,

cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropiações para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2018”, así como el Decreto 2236 de 2017 “por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2018, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos”.

3. Sobre la inembargabilidad de los recursos pensionales, desde antaño se dispuso en la Ley 15 de 1982<sup>123</sup>:

Artículo 1º. Los dineros oficiales para el pago de pensiones de jubilación, vejez, invalidez y muerte son inembargables; deberán manejarse en cuenta especial y no pueden ser en ningún caso trasladados o llevados a cuenta distinta, así sea transitoriamente.

Artículo 2º. La norma anterior rige para todas las dependencias oficiales del orden nacional, departamental, municipal, del Distrito Especial y de los Institutos Descentralizados y de Economía Mixta, todos los cuales deberán constituir una cuenta especial, para el manejo de estos fondos, denominada “Cuenta de pensiones de jubilación, vejez, invalidez y muerte”.

4. En el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, se señaló que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”.

Partiendo de esta disposición, el Consejo de Estado, en la providencia en comento de la Sala Plena, radicado S-694 del 22 de julio de 1997 sostuvo:

En materia contractual el art 75 contempla una tercera excepción, al permitir la ejecución de las entidades públicas con apoyo en títulos ejecutivos derivados de los contratos estatales. Aquí también la posibilidad en la ejecución abre la de las medidas cautelares, pese a la falta de explicitud de la norma. Esta interpretación es así finalista y si ese

---

Ley 1260 de 2008, Ley 1420 de 2010, Ley 1593 de 2012, Ley 1687 de 2013, Ley 1737 de 2014, Ley 1769 de 2015, Ley 1815 de 2016.

123 Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-017. (25, enero, 1993). En esta sentencia se resolvió: Declarar la constitucionalidad del artículo 1º de la Ley 15 de 1.982 en la parte que dice “Los dineros oficiales para el pago de pensiones de jubilación, vejez, invalidez y muerte son inembargables”, dejando a salvo las situaciones en las cuales la efectividad del pago de las obligaciones laborales sólo pueda hacerse mediante el embargo de los mismos, en cuyo caso el embargo correspondiente se ajustará a lo señalado en el artículo 177 del CCA.

art 75 no restringe la aplicación de la normatividad propia del proceso ejecutivo, habrá que entenderlo en su integridad.

Siguiendo los principios normativos del sistema presupuestal y la orientación marcada por la Corte Constitucional, las ejecuciones aquí estudiadas en cuanto a las sentencias de esta jurisdicción y los créditos laborales no podrán intentarse sino dentro del término señalado en el art 177 del CCA. Frente a las ejecuciones derivadas de los contratos estatales no se aplicará tal restricción, y deberá estarse a las condiciones de pago señaladas en los mismos.”

5. El artículo 134 de la Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones” consagra la inembargabilidad de los siguientes recursos:

Artículo 134. Inembargabilidad. Son inembargables:

1. Los recursos de los fondos de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad.
2. Los recursos de los fondos de reparto del régimen de prima media con prestación definida y sus respectivas reservas.
3. Las sumas abonadas en las cuentas individuales de ahorro pensional del régimen de ahorro individual con solidaridad, y sus respectivos rendimientos.
4. Las sumas destinadas a pagar los seguros de invalidez y de sobrevivientes dentro del mismo régimen de ahorro individual con solidaridad.
5. Las pensiones y demás prestaciones que reconoce esta Ley, cualquiera que sea su cuantía, salvo que se trate de embargos por pensiones alimenticias o créditos a favor de cooperativas, de conformidad con las disposiciones legales vigentes sobre la materia.
6. Los bonos pensionales y los recursos para el pago de los bonos y cuotas partes de bono de que trata la presente Ley.
7. Los recursos del fondo de solidaridad pensional.

Parágrafo. No obstante lo dispuesto en el presente artículo, las cotizaciones voluntarias y sus rendimientos financieros solo gozarán de los mismos beneficios que la Ley concede a las cuentas de ahorro en UPAC, en términos de inembargabilidad.

6. La Ley 550 de 1999 sobre reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales consagra la prohibición de embargo y suspensión de los que se encuentren en curso, de los recursos de las entidades que se acojan o suscriban procesos de reestructuración de pasivos durante la negociación y la ejecución de los acuerdos de reestructuración. El artículo 58 numeral 13 de la citada ley:

Artículo 58. Acuerdos de reestructuración aplicables a las entidades territoriales. Las disposiciones sobre acuerdos de reestructuración e instrumentos de intervención a que hace referencia esta ley serán igualmente aplicables a las entidades territoriales, tanto en su sector central como descentralizado, con el fin de asegurar la prestación de los servicios a cargo de las mismas y el desarrollo de las regiones, teniendo en cuenta la naturaleza y las características de tales entidades, de conformidad con las siguientes reglas especiales:

13. Durante la negociación y ejecución del acuerdo de reestructuración, se suspende el término de prescripción y no opera la caducidad de las acciones respecto de los créditos a cargo de la entidad territorial, y no habrá lugar a la iniciación de procesos de ejecución ni embargos de los activos y recursos de la entidad. De hallarse en curso tales procesos o embargos, se suspenderán de pleno derecho.

Esa regla de inembargabilidad fue incorporada con el propósito de lograr la recuperación financiera de las entidades territoriales y fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-493 de 2002, providencia confirmada posteriormente mediante las Sentencias C-519 de 2002 y C-061 de 2010. Se aclaró en las aludidas providencias, que no se desprotege a las personas que tienen créditos pendientes, en tanto en este artículo existe otro numeral que establece un orden de prelación para realizar los pagos a cargo de las entidades territoriales que celebren un acuerdo de reestructuración, y uno más que condiciona el destino de los recursos que perciba la entidad.

7. La Ley 715 de 2001, dispone la conformación del Sistema General de Participaciones, por una participación con destinación para educación, para salud y otra que incluye los recursos para agua potable y saneamiento básico denominada Participación para Propósito General, destacando en sus artículos 18 y 91 que los recursos son inembargables:

Artículo 18. Administración de los recursos. Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas especiales e

independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.

Artículo 91 . Prohibición de la unidad de caja. Los recursos del Sistema General de Participaciones no harán Unidad de caja con los demás recursos del presupuesto y su administración deberá realizarse en cuentas separadas de los recursos de la entidad y por sectores. Igualmente, por su destinación social constitucional, estos recursos no pueden ser sujetos de embargo, titularización u otra clase de disposición financiera.

Los artículos 1 y 91 de esta ley, junto con el artículo 19 del aludido Decreto 111 de 1996, fueron reglamentados mediante Decreto 1101 de 2007, compilado a su vez en el Decreto 1068 de 2015 “Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público”, en el que se dispuso, respecto de la inembargabilidad de los recursos del Sistema General de Participaciones, el deber de adelantar el trámite para solicitar su desembargo, previa obtención de una constancia sobre la naturaleza inembargable de estos recursos.

También se debe considerar en este punto, el Decreto ley 28 de 2008 “Por medio del cual se define la estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto que se realice con recursos del Sistema General de Participaciones.”, en el que se dispuso:

Artículo 21. Inembargabilidad. Los recursos del Sistema General de Participaciones son inembargables.

Para evitar situaciones derivadas de decisiones judiciales que afecten la continuidad, cobertura y calidad de los servicios financiados con cargo a estos recursos, las medidas cautelares que adopten las autoridades judiciales relacionadas con obligaciones laborales, se harán efectivas sobre ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial. Para cumplir con la decisión judicial, la entidad territorial presupuestará el monto del recurso a comprometer y cancelará el respectivo crédito judicial en el transcurso de la vigencia o vigencias fiscales subsiguientes.

Las decisiones de la autoridad judicial que contravengan lo dispuesto en el presente decreto, no producirán efecto alguno, y darán lugar a causal de destitución del cargo conforme a las normas legales correspondientes.

Estos apartados normativos fueron declarados condicionalmente exequibles por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1154 de 26 de noviembre de 2008, *“en el entendido de que el pago de las obligaciones laborales reconocidas mediante sentencia debe efectuarse en el plazo máximo de dieciocho (18) meses, contados a partir de la ejecutoria de la misma, y de que si los recursos correspondientes a los ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial no son suficientes para el pago de las citadas obligaciones, deberá acudir a los recursos de destinación específica”*.

8. El parágrafo 2 del artículo 195 del CPACA o Ley 1437 de 2011 en el que se contempla el trámite para el pago de condenas y conciliaciones, se proscribe el embargo sobre el monto asignado para sentencias y conciliaciones<sup>124</sup>, así:

Parágrafo 2°. El monto asignado para sentencias y conciliaciones no se puede trasladar a otros rubros, y en todo caso serán inembargables, así como los recursos del Fondo de Contingencias.

9. Mediante la Ley 1530 de 2012 “Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías”, se agotó la normativa transitoria contemplada en el Decreto ley 4923 de 2011 “Por el cual se garantiza la operación del Sistema General de Regalías”, y se contempló, en su artículo 62, que entre los principios del Sistema Presupuestal del Sistema General de Regalías se encuentra la inembargabilidad, y más específicamente, en el artículo 70 se dispuso:

Artículo 70. Inembargabilidad. Los recursos del Sistema General de Regalías son inembargables, así como las rentas incorporadas en el presupuesto del Sistema.

Las decisiones de la autoridad judicial que contravengan lo dispuesto en el presente decreto, harán incurrir al funcionario judicial que la profiera en falta disciplinaria gravísima, sin perjuicio de la Responsabilidad Fiscal.”

Como antecedente, se debe considerar que la Corte Constitucional se declaró inhibida para fallar sobre este artículo por ineptitud de la demanda, mediante Sentencia C-543 de 21 de agosto de 2013, decisión en la que señaló que las excepciones jurisprudenciales al principio de inembargabilidad, aplican a los recursos del Sistema General de Regalías, dado que se encuentran cobijados por los pronunciamientos abstractos de constitucionalidad sobre

124 Excepción que había sido puesta de presente de tiempo atrás con fundamento en el artículo 177 del CCA en: Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto, Radicado: S-694. (22, julio, 1997). Igualmente: Sección Tercera. Radicado: 16255. (7, octubre, 1999).



la materia y que deben guiar la interpretación de los operadores jurídicos al resolver los casos concretos en relación con este principio<sup>125</sup>.

10. El artículo 45 de la Ley 1551 de 2012, “por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, reglamenta las condiciones para que proceda el embargo de recursos de los municipios, restringiendo la posibilidad de exigir la garantía del patrimonio de los eventuales acreedores de los municipios, así:

Artículo 45. No procedibilidad de medidas cautelares. La medida cautelar del embargo no aplicará sobre los recursos del sistema general de participaciones ni sobre los del sistema general de regalías, ni de las rentas propias de destinación específica para el gasto social de los Municipios en los procesos contenciosos adelantados en su contra.

En los procesos ejecutivos en que sea parte demandada un municipio solo se podrá decretar embargos una vez ejecutoriada la sentencia que ordena seguir adelante con la ejecución.

En ningún caso procederán embargos de sumas de dinero correspondientes a recaudos tributarios o de otra naturaleza que hagan particulares a favor de los municipios, antes de que estos hayan sido formalmente declarados y pagados por el responsable tributario correspondiente.

Parágrafo. De todas formas, corresponde a los alcaldes asegurar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del municipio, para lo cual deberán adoptar las medidas fiscales y presupuestales que se requieran para garantizar los derechos de los acreedores y cumplir con el principio de finanzas sanas.

En dos ocasiones, la Corte Constitucional se ha declarado inhibida para fallar sobre este artículo, aduciendo ineptitud de las demandas. No obstante, en la Sentencia C-854 de 27 de noviembre de 2013, destacó que el artículo en comento: “no solo se regula la restricción sobre las medidas cautelares que se pueden decretar sobre una parte de los recursos municipales, sino que paralelamente también se incluye la obligación en cabeza de la entidad territorial de responder por sus deudas y de mantener unas finanzas sanas”<sup>126</sup>, y en la segunda, en la Sentencia C-126 de 13 de marzo de 2013, pese a la decisión inhibitoria, dio importantes luces sobre la interpretación de la

125 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-543 de 2013. (21, agosto, 2013).

126 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-854 de 2013. (27, noviembre, 2013).



norma, concluyendo que conforme a ella, el patrimonio del Municipio sí es prenda de sus obligaciones:

“4. En primer término, al contenido de la norma acusada en el inciso primero, subyace la distinción entre los recursos de los municipios a los que dicho contenido se refiere (Sistema General de Participaciones (SGP), Sistema General de Regalías y rentas propias de destinación específica) y otros recursos. Esto indica de entrada que la restricción relativa a las medidas cautelares se refiere a solo una parte de los recursos de los municipios. Así, la discusión planteada por el demandante se traslada a la razonabilidad de la restricción en cuanto a la capacidad de estos entes territoriales de garantizar los derechos de sus eventuales acreedores con recursos diferentes a los provenientes de los rubros mencionados<sup>127</sup>.

También explicó que las entidades territoriales cuentan con dos tipos de fuentes de financiación: las exógenas, por contar con el derecho constitucional de participar en los recursos del Estado, que “admiten una amplia intervención del legislador dado que, en última instancia, se trata de fuentes de financiación nacionales”, y las endógenas, o de recursos propios, que son “tanto los que resultan de la explotación de los bienes que son de su propiedad exclusiva, como las rentas tributarias que surgen gracias a fuentes tributarias –impuestos, tasas y contribuciones– propias”. Para concluir: “Como se ve, los recursos a los que el legislador impuso la restricción configuran parte del presupuesto municipal, que está conformado en general por una multiplicidad de fuentes de financiación. Lo que permite concluir que la norma no tiene por efecto despojar a estos entes territoriales de su patrimonio para efectos de la garantía de sus propias obligaciones”.

11. El artículo 25 de la Ley 1751 de 2015 “Ley Estatutaria de la Salud”, ratifica la destinación específica e **inembargabilidad** de esos recursos, señalando que: “Los recursos públicos que financian la salud son **inembargables**, tienen destinación específica y no podrán ser dirigidos a fines diferentes a los previstos constitucional y legalmente”. La Procuraduría General de la Nación, recientemente vino a resaltar la **inembargabilidad** de los recursos destinados al Sistema General de Seguridad Social en Salud mediante la Circular 014 del 8 de junio de 2018<sup>128</sup>.

127 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-126 de 2013. (13, marzo, 2013).

128 La Procuraduría ya se había pronunciado sobre este tema a través de la Circular No. 034 de 2010. También el Ministerio de Salud y Protección Social y el Ministerio de Trabajo, emitieron la Circular Conjunta 22 de 2 de abril de 2018 sobre “Protección de los recursos del SGSSS y deber de emplear los mecanismos constitucionales, legales y judiciales frente a las solicitudes de embargos de los recursos del sistema.”

12. El CGP en su artículo 594, presenta una lista de bienes inembargables, que recoge en su mayoría las aludidas disposiciones constitucionales y legales ya referidas, tanto frente a los bienes de los particulares, como de los bienes del Estado, el cual, por su importancia, se transcribe *in extenso* a continuación:

Artículo 594. Bienes inembargables. Además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales, no se podrán embargar:

1. Los bienes, las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación o de las entidades territoriales, las cuentas del sistema general de participación, regalías y recursos de la seguridad social.
2. Los depósitos de ahorro constituidos en los establecimientos de crédito, en el monto señalado por la autoridad competente, salvo para el pago de créditos alimentarios.
3. Los bienes de uso público y los destinados a un servicio público cuando este se preste directamente por una entidad descentralizada de cualquier orden, o por medio de concesionario de estas; pero es embargable hasta la tercera parte de los ingresos brutos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decreten exceda de dicho porcentaje.

Cuando el servicio público lo presten particulares, podrán embargarse los bienes destinados a él, así como los ingresos brutos que se produzca y el secuestro se practicará como el de empresas industriales.

4. Los recursos municipales originados en transferencias de la Nación, salvo para el cobro de obligaciones derivadas de los contratos celebrados en desarrollo de las mismas.
5. Las sumas que para la construcción de obras públicas se hayan anticipado o deben anticiparse por las entidades de derecho público a los contratistas de ellas, mientras no hubiere concluido su construcción, excepto cuando se trate de obligaciones en favor de los trabajadores de dichas obras, por salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.
6. Los salarios y las prestaciones sociales en la proporción prevista en las leyes respectivas. La inembargabilidad no se extiende a los salarios y prestaciones socialmente enajenados.
7. Las condecoraciones y pergaminos recibidos por actos meritorios.

8. Los uniformes y equipos de los militares.
9. Los terrenos o lugares utilizados como cementerios o enterramientos.
10. Los bienes destinados al culto religioso de cualquier confesión o iglesia que haya suscrito concordato o tratado de derecho internacional o convenio de derecho público interno con el Estado colombiano.
11. El televisor, el radio, el computador personal o el equipo que haga sus veces, y los elementos indispensables para la comunicación personal, los utensilios de cocina, la nevera y los demás muebles necesarios para la subsistencia del afectado y de su familia, o para el trabajo individual, salvo que se trate del cobro del crédito otorgado para la adquisición del respectivo bien. Se exceptúan los bienes suntuarios de alto valor.
12. El combustible y los artículos alimenticios para el sostenimiento de la persona contra quien se decretó el secuestro y de su familia durante un (1) mes, a criterio del juez.
13. Los derechos personalísimos e intransferibles.
14. Los derechos de uso y habitación.
15. Las mercancías incorporadas en un título-valor que las represente, a menos que la medida comprenda la aprehensión del título.
16. Las dos terceras partes de las rentas brutas de las entidades territoriales. (...)

Se reitera que el artículo 594 del GPC, vino a reemplazar el artículo 684 del CPC, que contemplaba, vía enumerativa y taxativa, catorce hipótesis de inembargabilidad, advirtiendo que se debían adicionar a esa lista, los bienes inembargables definidos en la Constitución y otras leyes especiales. Algunas hipótesis de inembargabilidad, relacionadas en el artículo 594 del GPC, revisten especial trascendencia en los asuntos de conocimiento de la JCA, por lo que se pasan a destacar:

No se podrán embargar los bienes destinados a un servicio público (numeral 3), cuando este: (i) se preste directamente por una entidad descentralizada de cualquier orden, (ii) se preste por medio de un concesionario de una entidad descentralizada de cualquier orden. En ambos casos, serán embargables hasta la tercera parte de los ingresos brutos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decreten exceda de dicho porcentaje.

Y (iii), cuando el servicio público lo presten particulares, podrán embargarse los bienes destinados a él, así como los ingresos brutos que se produzca y el secuestro se practicará como el de las empresas industriales.

(b) No obstante la regla consagrada en la Ley 1551 de 2012, sancionada tan solo unos días antes del CGP, según la cual, cuando se trate de procesos contenciosos contra municipios, no podrán embargarse los recursos del Sistema General de Participaciones, ni los del Sistema General de Regalías, ni las rentas propias de destinación específica para el gasto social de los mismos, serán embargables los recursos municipales originados en transferencias de la Nación, únicamente para el cobro de obligaciones derivadas de los contratos celebrados en desarrollo de las mismas (artículo 594 del CGP, numeral 4).

Esta norma habilita el embargo, teniendo en cuenta: (i) que el artículo 63 de la Constitución dejó a la libertad del Legislador configurar las excepciones a la inembargabilidad de los recursos y bienes públicos, (ii) que la excepción está establecida en el numeral 4 del artículo 594 de CGP y, (iii) el Consejo de Estado y la Corte Constitucional la han viabilizado, bajo ciertas condiciones, como se verá.

Dado que este numeral no se contemplaba en el artículo 684 del CPC, el Consejo de Estado había señalado que estos recursos resultaban embargables cuando la transferencia al ente territorial se hubiere realizado para que este último atendiera “necesidades específicas de la comunidad, como es el caso de la prestación de los servicios públicos de educación y salud, así como la financiación de áreas de inversión social en el caso de los municipios, pues, en tal evento, dichos recursos sí son embargables, si para la atención de esas específicas necesidades la entidad territorial celebra un contrato estatal con ese fin”<sup>129</sup>.

Argumentó el Consejo de Estado que, si el contratista había cumplido con el objeto contratado, el pago debía hacerse, precisamente, con los dineros transferidos con esa destinación, razón por la cual, ante el incumplimiento de la administración, el contratista bien puede acudir al proceso ejecutivo y obtener el embargo de tales recursos. Este embargo, en términos de la jurisprudencia de la época, se sujetaba igualmente al término general de los 18 meses a que se hizo alusión anteriormente [que, como ya se ha indicado, actualmente es de 10 meses].

---

129 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto, Radicado: 52001-23-31-000-1999-0475-01(20981). (7, febrero, 2002). en cita a: Autos del 22 de febrero de 2001, expediente 18.884, y del 30 de agosto de 2001 expediente 20.000.

De todo lo anterior se deriva, precisamente, que la norma citada del CGP dispone que este tipo de recursos son embargables “únicamente para el cobro de obligaciones derivadas de los contratos celebrados en desarrollo” de las transferencias de la Nación; y que el Consejo de Estado fue más enfático aún, al indicar que: “tales recursos no se tornan embargables a pesar de que hayan transcurrido los 18 meses legales [10 meses, bajo la nueva regulación del CPACA], a menos que se trate de la ejecución de obligaciones derivadas de contratos celebrados por el ente territorial, con el objeto de atender la destinación específica o la financiación de los servicios de educación y salud que prevé la Carta”<sup>130</sup>. Con el mismo efecto y contenido, pero en otros términos, el Consejo de Estado ha puntualizado que, en consecuencia, si la fuente jurídica del título ejecutivo no es alguna de las previstas para las cesiones y participaciones, el ejecutado podrá pedir el desembargo:

... las cesiones y participaciones de que trata el capítulo 4 del Título XII de la Constitución Política, son embargables *cuando*, además de lo que dijo la Corte Constitucional, la fuente jurídica del título ejecutivo tiene por objeto la destinación específica de esas cesiones y participaciones. Y debe ser así porque la Constitución Nacional indicó que en esos casos, de cesiones y participaciones, son los únicos eventos en los cuales *las rentas tienen destinación específica*. Por eso, cuando en asunto ejecutivo se libre la medida de cautela, el ejecutado podrá pedir el desembargo, cuando pruebe que la fuente jurídica del título ejecutivo *no tuvo como objeto alguno de los previstos para las cesiones y participaciones*, por su destinación específica prevista en la Constitución Política<sup>131</sup>.

Las anteriores condiciones establecidas por el Consejo de Estado para la procedencia del embargo respecto de estos recursos, tienen su origen en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que años antes había indicado que la medida solo procedía cuando existiera título con obligación clara, expresa y exigible y se hubiera cumplido con el plazo de los 18 meses<sup>132</sup> que, según la normatividad vigente, son 10 meses.

Finalmente, en relación con esta prohibición, el Consejo de Estado ha indicado que la “inembargabilidad no solo comprende el dinero transferido, sino también los rendimientos que produzcan tales dineros, dado que el capital principal tiene una destinación específica, y los rendimientos que

<sup>130</sup> Ibid.

<sup>131</sup> Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto, Radicado: 47001-23-31-000-1997- 5102-01(19137). (30, enero, 2003).

<sup>132</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-546. (1, octubre, 1992).

produzca siguen la suerte de aquel, incrementando simplemente ese capital, que goza de inembargabilidad”<sup>133</sup>.

Visto todo lo anterior, surge la siguiente duda: Si se está frente a una medida cautelar de embargo a recursos que no cumplen con los anteriores requisitos presupuestales (porque, por ejemplo, los recursos no provienen de cesiones y/o participaciones de la Nación) y, en consecuencia, se trata de recursos inembargables, ¿qué sucede cuando pasan más de 10 meses desde que las acreencias fueron reconocidas?, ¿debe entenderse que no puede ordenarse el embargo por tratarse de recursos inembargables? O por el contrario, ¿debe entenderse que el transcurso de los 10 meses hace embargables aún los recursos inembargables?

En un pronunciamiento, el Consejo de Estado<sup>134</sup> acogió el segundo entendimiento, al señalar que “pasados dieciocho meses de la firmeza de una sentencia judicial de condena o de un acto administrativo “válido” son embargables aún los bienes inembargables”, exceptuando como era de esperarse las “*Cesiones o participaciones* que en su destinación específica no correspondan a los objetos de los contratos, respecto de los cuales se ejecuta la acreencia contractual.” En este caso, el Consejo de Estado revocó un auto proferido por un Tribunal que levantó la medida de embargo por considerar que los recursos de la cuenta eran inembargables. Contrario al entendimiento del Tribunal, el Consejo de Estado encontró que:

1. Como no se ha demostrado que los bienes sobre los cuales recayó la medida cautelar son exclusivamente de aquellos (cesiones o participaciones con destinación específica distinta a la de los objetos de los contratos respecto de los cuales existen acreencias); y
2. Como además ya pasaron dieciocho meses desde que las acreencias contractuales fueron reconocidas, no podía el Tribunal levantar la medida de embargo.

El anterior pronunciamiento según el cual “pasados dieciocho meses [actualmente, diez meses] de la firmeza de una sentencia judicial de condena o de un acto administrativo “válido” son embargables aún los bienes inembargables”, debe analizarse en cada caso concreto y a la luz de un juicio de legalidad (o validez como dice el Consejo de Estado) muy profundo, pues

133 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto, Radicado: 15.155. (3, septiembre, 1998) En igual sentido puede verse el Auto del 30 de agosto de 2001, Radicado: 20.000.

134 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto, Radicado: 47001-23-31-000-1997- 5102-01(19137). (30, enero, 2003).

el solo transcurso del tiempo no podría desvirtuar la inembargabilidad que la Constitución o las Leyes especiales han otorgado a ciertos bienes y recursos.

A lo anterior debe agregarse una aclaración que ha surgido a raíz de los Actos Legislativos 01 de 2001 y 04 de 2007, mediante los cuales se creó el Sistema General de Participaciones y se dispusieron normas sobre su destinación. Según la interpretación realizada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1154 de 2008, que declaró la exequibilidad condicionada del artículo 21 del Decreto ley 28 de 2008, “por el cual se define la estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto que se realice con recursos del Sistema General de Participaciones”, las medidas cautelares deben recaer “sobre los ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial, y, si esos recursos no son suficientes para asegurar el pago de las citadas obligaciones, deberá acudir a los recursos de destinación específica”<sup>(135)</sup>, con excepción de -se insiste- aquellas rentas propias de destinación específica para el gasto social de los municipios (artículo 45, Ley 1551 de 2012).

En consecuencia, el artículo 21 del Decreto ley 28 de 2008, fue declarado exequible “en el entendido de que el pago de las obligaciones laborales reconocidas mediante sentencia debe efectuarse en el plazo máximo de dieciocho (18) meses [entiéndase 10 meses del CPACA], contados a partir de la ejecutoria de la misma, y de que si los recursos correspondientes a los ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial no son suficientes para el pago de las citadas obligaciones, deberá acudir a los recursos de destinación específica”<sup>136</sup>.

No podrán embargarse las sumas que para la construcción de obras públicas se hayan anticipado o deban anticiparse por las entidades de derecho público a los contratistas de ellas, mientras no hubiere concluido su construcción, excepto cuando se trate de obligaciones en favor de los trabajadores de dichas obras, por salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones (numeral 5).

Esta norma busca asegurar que los recursos de los anticipos para la construcción de obras públicas, tanto las que reposan en la entidad contratante, como las que ya fueron girados al contratista, se dediquen exclusivamente al apalancamiento de la obra, salvo que se trate de obligaciones laborales y de seguridad social en favor de los trabajadores de esas obras. La protección de estos recursos es tendencia creciente en el ordenamiento colombiano, si

135 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1154. (26, noviembre, 2008).

136 Ibid.



se considera que el artículo 91 del Estatuto Anticorrupción o Ley 1474 de 2011, impone la obligación al contratista, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía, de constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de recursos recibidos a título de anticipo.

(d) No podrán embargarse las dos terceras partes de las rentas brutas de las entidades territoriales (numeral 16). Como se indicó anteriormente, solo ciertos bienes de las entidades territoriales están protegidos por el principio de inembargabilidad previsto en el artículo 45 de la Ley 1551 de 2012, no estando entre ellos las rentas brutas de las entidades territoriales, que podrán ser objeto de embargo, según la disposición en comento, en una tercera parte. Cabe resaltar que estos recursos son diferentes a los de las transferencias de la Nación sobre los que se hizo referencia en el literal anterior, estos últimos sí inembargables, salvo las excepciones señaladas previamente.

Indica Hernán Fabio López Blanco que esta norma no excluye la posibilidad de embargar bienes pertenecientes a estas entidades, que formen parte de su activo patrimonial, tales como vehículos o bienes fiscales, estos últimos, según el Consejo de Estado, susceptibles de ser afectados con medidas cautelares de embargo y secuestro<sup>137</sup>.

(e) El pago de condenas contenidas en sentencias judiciales o cualquier otro título que contenga una obligación clara, expresa y exigible, una vez pasados 10 meses desde su exigibilidad: Inicialmente, se consideraba que el pago de títulos contenidos en sentencias judiciales daba lugar al embargo de los recursos públicos, teniendo en cuenta el inciso segundo del artículo 19 del Decreto 111 de 1996 según el cual:

No obstante, la anterior inembargabilidad, los funcionarios competentes deberán adoptar las medidas conducentes al pago de las sentencias en contra de los órganos respectivos, dentro de los plazos establecidos para ello, y respetarán en su integridad los derechos reconocidos a terceros en estas sentencias<sup>138</sup>.

Esta regla fue reforzada mediante la Sentencia C-354 de 1997, en la que la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 19 del Decreto ley 111 de 1996. En esta providencia se señaló que (i) “No existe una justificación objetiva y razonable para que únicamente se puedan satisfacer los títulos que constan en una sentencia y no los demás que provienen del Estado deudor y que configuran una obligación clara, expresa y actualmente

137 *Ibidem*, en cita a, Colombia, Consejo de Estado, auto de septiembre 3 de 1998, expediente 15555.

138 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-354. (4, agosto, 1997).



exigible. Tanto valor tiene el crédito que se reconoce en una sentencia como el que crea el propio Estado a través de los modos o formas de actuación administrativa que regula la ley”<sup>139</sup>.

Igualmente (ii) indicó la Corte que los créditos contenidos en dichos títulos “deben ser pagados mediante el procedimiento que indica la norma acusada y que transcurridos 18 meses [que hoy en día, deben entenderse como 10 meses según el artículo 192 del CPACA] después de que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, con embargo de recursos del presupuesto –en primer lugar los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos– y sobre los bienes de las entidades u órganos respectivos. Sin embargo, cuando se trate de títulos que consten en un acto administrativo, éstos necesariamente deben contener una obligación clara, expresa y actualmente exigible que emane del mismo título, y que en el evento de que se produzca un acto administrativo en forma manifiestamente fraudulenta, es posible su revocación por la administración”<sup>140</sup>.

En ese orden, la Corte amplió la excepción de inembargabilidad, pasando del pago de condenas judiciales al pago de cualquier otro tipo de título ejecutivo; e igualmente, señaló el momento a partir del cual dichos créditos se vuelven ejecutables mediante embargo, aclarando que para el efecto deben aplicarse las mismas normas y procedimiento que deben seguirse para el pago de créditos que constan en sentencias judiciales. Sobre esto último indicó la Corte que “si ello no fuera así, se llegaría al absurdo de que para poder hacer efectivo un crédito que consta en un título válido emanado del propio Estado es necesario tramitar un proceso de conocimiento para que a través de una sentencia se declare la existencia de un crédito que, evidentemente, ya existe, con el pernicioso efecto del recargo innecesario de trabajo en la administración de justicia”<sup>141</sup>.

Realizando una actualización normativa de las providencias antes citadas, habría que entender: (i) que los títulos a los que hizo mención en su momento la jurisprudencia de la Corte Constitucional comprende los del artículo 297 del CPACA sobre ‘Títulos Ejecutivos’ y que (ii) en lugar de aplicar actualmente la disposición contenida en el artículo 177 del CCA (ya derogado), debe aplicarse lo dispuesto en los artículos 298 y 299 del CPACA, que tratan sobre el mismo tema.

---

139 Ibid.

140 Ibid.

141 Ibid.

El plazo de 10 meses contemplado en el artículo 192 del CPACA vino a reemplazar el de 18 meses del entonces artículo 177 del CCA. “Por tal razón, en cada caso particular y concreto deberá analizar la autoridad judicial, y verificar si ha transcurrido efectivamente el término de 10 meses establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (vigente a partir del 2 de julio de 2012) y establecer la exigibilidad del título, y de no cumplirse este requisito, la medida cautelar es improcedente de acuerdo con los parámetros fijados por la Corte Constitucional y que permite en forma excepcional el embargo de recursos del SGP”<sup>142</sup>.

Por último, mediante Circular Externa 7 del 19 de octubre de 2016 de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE), contentiva de los “Lineamientos de prevención y defensa jurídica en materia de medidas cautelares contra recursos públicos inembargables”, se presentan de manera didáctica, las normas en que se concreta el principio de inembargabilidad de recursos públicos<sup>143</sup>.

**Cuadro 3. Tipo de recurso y norma que contempla su inembargabilidad**

Nº.	Tipo de recurso	Norma de Inembargabilidad
1	<i>Recursos del Presupuesto General de la Nación y de las Entidades Territoriales</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Artículo 19 del Decreto 111 de 1996 EOP.</li> <li>• Decreto 1068 de 2015. Art. 2.8.1.6.1.</li> <li>• Ley 1564 de 2012. Artículo 594 numeral 1: bienes, rentas y recursos del PGN y del presupuesto de las Entidades Territoriales.</li> </ul>
2	<i>Inembargabilidad en cuentas a favor de la Nación</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.8.1.6.1.1. sólo se podrá practicar sobre la cuenta o cuentas corrientes que reciban recursos del presupuesto nacional, abiertas a favor de la entidad u organismo condenado en la sentencia respectiva.</li> </ul>

142 Colombia. Contraloría General de la República. Circular 1458911 del 13 de julio de 2012.

143 Colombia. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Circular Externa 7. (19, octubre, 2016). “Lineamientos de prevención y defensa jurídica en materia de medidas cautelares contra recursos públicos inembargables”.

3	<i>Recursos del Sistema General de Participaciones</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ley Orgánica 715 de 2001. Artículos 18 y 91.</li> <li>• Decreto ley 028 de 2008. Artículo 21.</li> <li>• Decreto Único Reglamentario 1068 de 2005 Artículo 2.6.6.1. y 2.6.6.2.</li> <li>• Ley 1551 de 2012. Artículo 45.</li> <li>• Ley 1564 de 2012. Artículo 594 numerales 1 (Cuentas SGP) y 4 (Transferencias).</li> </ul>
4	<i>Recursos del Sistema General de Regalías</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ley 1530 de 2012. Artículo 70.</li> <li>• Ley 1551 de 2012. Artículo 45.</li> <li>• Ley 1564 de 2012. Artículo 594 numeral 1. Cuentas SGR.</li> </ul>
5	<i>Rentas propias de destinación específica para el gasto social de los Municipios</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ley 1551 de 2012. Artículo 45.</li> </ul>
6	<i>Recursos de la Seguridad Social</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ley 100 de 1993 Artículo 9</li> <li>• Ley 1551 de 2012. Artículo 45.</li> <li>• Ley 1564 de 2012. Artículo 594 numeral 1<sup>144</sup>.</li> <li>• Ley 1751 de 2015. Artículo 25.</li> </ul>
7	<i>Inembargabilidad del monto asignado para pago de sentencias y conciliaciones, y de los recursos del Fondo de Contingencias<sup>144</sup></i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Artículo 195 parágrafo 2 de la Ley 1437 de 2011.</li> </ul>
8	<i>a) Los bienes de uso público y los destinados a un servicio público cuando este se preste directamente por una entidad descentralizada de cualquier orden, o por medio de concesionario de estas.</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Código General del Proceso. Artículo 594 numerales 3,5 y 16.</li> </ul>

144 El texto original de la Circular Externa 7 de 2016 alude al artículo 593, por error de transcripción.

8	<p>b) Las sumas que para la construcción de obras públicas se hayan anticipado o deben anticiparse por las entidades de derecho público a los contratistas de ellas, mientras no hubiere concluido su construcción.</p> <p>c) Las dos terceras partes de la renta bruta de las entidades territoriales<sup>145</sup>.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Código General del Proceso. Artículo 594 numerales 3,5 y 16.</li> </ul>
---	---	--

Fuente: Circular Externa 0007 del 19 de octubre de 2016, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, con ajustes de redacción explicados en pie de página.

### 2.2.2 EXCEPCIONES A LA REGLA DE INEMBARGABILIDAD

A efectos pedagógicos, en el cuadro que se expone a continuación se lleva a cabo un resumen de las excepciones que proceden respecto de los denominados “bienes inembargables” enlistados en el artículo 594 del CGP.

**Cuadro 4. Excepciones a las reglas de inembargabilidad**

Bienes inembargables (numerales del artículo 594 del CGP)	Excepciones
<p><i>Los bienes, las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación o de las entidades territoriales, las cuentas del sistema general de participación, regalías y recursos de la seguridad social.</i></p> <p><i>4. Los recursos municipales originados en transferencias de la Nación, salvo para el cobro de obligaciones derivadas de los contratos celebrados en desarrollo de las mismas.</i></p> <p><i>16. Las dos terceras partes de las rentas brutas de las entidades territoriales.</i></p>	<p>La jurisprudencia constitucional ha reiterado tres reglas de excepción a la inembargabilidad de las rentas y recursos que se encuentren incorporados en el presupuesto general de la Nación<sup>146</sup>, a saber:</p>

<sup>145</sup> El texto original de la Circular Externa 7 de 2016, usaba terminología ajena al CGP: “Las dos terceras partes de la renta bruta de los departamentos, las intendencias, las comisarias, los distritos especiales y los municipios”.

<sup>146</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencias: C-354. (4, agosto, 1997); C-793. (24, noviembre, 2002); C-566. (15, julio, 2003). C-192. (3, marzo, 2005); C-1194. (22, noviembre, 2005); C-1154. (26, noviembre, 2008); C-539. (30, junio, 2010), entre otras.

<p><i>1. Los bienes, las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación o de las entidades territoriales, las cuentas del sistema general de participación, regalías y recursos de la seguridad social.</i></p> <p><i>4. Los recursos municipales originados en transferencias de la Nación, salvo para el cobro de obligaciones derivadas de los contratos celebrados en desarrollo de las mismas.</i></p> <p><i>16. Las dos terceras partes de las rentas brutas de las entidades territoriales.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- En el caso de obligaciones laborales, cuando se encuentren reconocidas en actos administrativos o decisiones judiciales, pudiendo embargarse pasados 10 meses después de la ejecutoria.</li> <li>- En los casos en los que, por sentencia judicial, en ejercicio de los derechos de terceros, se reconozcan sumas a su favor. La medida de embargo procederá también pasados 10 meses, desde su ejecutoria.</li> <li>- Cuando se pretenda el cobro de obligaciones claras, expresas y exigibles a entidades del Estado, ya sea que consten en actos administrativos o en operaciones contractuales celebradas con terceros.</li> </ul> <p>Según la sentencia T-242 de 2017, existe una línea jurisprudencial que admite el embargo excepcional de las cuentas del SGP. En la Sentencia C-793 de 2002, se precisó que, para proteger la destinación constitucional de los recursos de la participación en educación del SGP, en virtud del mandato previsto en los artículos 287 numeral 4, 356 y 357 de la Constitución, el embargo a las cuentas del SGP resulta predicable exclusivamente frente a obligaciones que tengan como fuente las actividades que el artículo 15 de la Ley 715 de 2001 asigna con destino al sector educación y en la Sentencia C-556 de 2003, se extendió la excepción al principio de inembargabilidad de los recursos de</p>
---	---

<p><i>1. Los bienes, las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación o de las entidades territoriales, las cuentas del sistema general de participación, regalías y recursos de la seguridad social.</i></p> <p><i>4. Los recursos municipales originados en transferencias de la Nación, salvo para el cobro de obligaciones derivadas de los contratos celebrados en desarrollo de las mismas.</i></p> <p><i>16. Las dos terceras partes de las rentas brutas de las entidades territoriales.</i></p>	<p>la participación en educación respecto de los recursos de la participación en salud y propósito general, todos del SGP, solo frente a obligaciones que tengan como fuente las actividades que la Ley 715 de 2001 fija con destino a dichas participaciones. Y determinó que estos embargos excepcionales solo pueden ser llevados a cabo de manera subsidiaria cuando los recursos de las respectivas entidades territoriales se hayan agotado y sean, por ende, insuficientes.</p> <p>Frente a los recursos del Sistema General de Seguridad Social, los mismos también son considerados inembargables por la Ley 100 de 1993 y la Ley Estatutaria en Salud, la cual señala que “<i>son inembargables, cuentan con una destinación específica y no pueden ser dirigidos a fines diferentes a los previstos constitucional y legalmente</i>”.</p> <p>Los pagos recibidos por parte de las EPS constituyen recursos del Sistema General de Seguridad Social (SGSS). Los recursos correspondientes a las Unidades de Pago por Capitación (UPC) que se reconocen a los afiliados por parte del FOSYGA, también son inembargables y teniendo en cuenta de las características de destinación específica e inembargabilidad de los recursos, los mismos deben ingresar a cuentas independientes a las propias de la EPS (tal como lo ordenó el Ministerio de Salud en la Circular 24 de 25 de abril de 2017).</p>
---	---

<p><i>1. Los bienes, las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación o de las entidades territoriales, las cuentas del sistema general de participación, regalías y recursos de la seguridad social.</i></p> <p><i>4. Los recursos municipales originados en transferencias de la Nación, salvo para el cobro de obligaciones derivadas de los contratos celebrados en desarrollo de las mismas.</i></p> <p><i>16. Las dos terceras partes de las rentas brutas de las entidades territoriales.</i></p>	<p>Frente a los ingresos tributarios de los entes territoriales, los mismos serán embargables una vez hayan ingresado de manera efectiva a las cuentas o arcas de la respectiva entidad territorial, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 45 de la Ley 1551 de 2012, el cual señala “En ningún caso procederán embargos de sumas de dinero correspondientes a recaudos tributarios o de otra naturaleza que hagan particulares a favor de los municipios, antes de que estos hayan sido formalmente declarados y pagados por el responsable tributario correspondiente”.</p>
<p><i>2. Los depósitos de ahorro constituidos en los establecimientos de crédito, en el monto señalado por la autoridad competente, salvo para el pago de créditos alimentarios.</i></p>	<p>La Superintendencia Financiera de Colombia señala por medio de circular (expedida dentro del último cuatrimestre de cada año) el monto que resulte inembargable para el periodo comprendido entre octubre y septiembre, de acuerdo con el IPC certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.</p> <p>Los excedentes embargables a esos montos, aplican únicamente para los casos en que los titulares de las cuentas de ahorros sean personas naturales.</p> <p>En los casos en los cuales la medida de embargo se decreta en el marco de un proceso de cobro coactivo llevado a cabo por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, el mismo se llevará a cabo de acuerdo con las disposiciones establecidas en el Estatuto Tributario y sus normas reglamentarias.</p>

<p><i>3. Los bienes de uso público y los destinados a un servicio público cuando este se preste directamente por una entidad descentralizada de cualquier orden, o por medio de concesionario de estas; pero es embargable hasta la tercera parte de los ingresos brutos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decreten exceda de dicho porcentaje.</i></p> <p><i>Cuando el servicio público lo presten particulares, podrán embargarse los bienes destinados a él, así como los ingresos brutos que se produzca y el secuestro se practicará como el de empresas industriales.</i></p>	<p>Frente a los bienes de uso público opera un mandato constitucional de absoluta inembargabilidad (artículos 63 y 72 de la Constitución).</p> <p>Se puede embargar hasta una tercera parte de los ingresos brutos percibidos por la prestación de servicios públicos, de una entidad descentralizada o su concesionario. Y se pueden embargar los bienes destinados a la prestación del servicio público, y adicionalmente, los ingresos brutos que se produzcan, cuando el prestador sea un particular.</p>
<p><i>5. Las sumas que para la construcción de obras públicas se hayan anticipado o deben anticiparse por las entidades de derecho público a los contratistas de ellas, mientras no hubiere concluido su construcción, excepto cuando se trate de obligaciones en favor de los trabajadores de dichas obras, por salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.</i></p>	<p>Se protegen las sumas recibidas a título de anticipo por parte de los contratistas, salvo que se trate de cuando se trate de pago de obligaciones de tipo laboral con quienes presten sus servicios en la obra.</p> <p>Las demás sumas del contrato estarán expuestas a las aludidas cautelas, salvo que opere alguna otra regla de inembargabilidad.</p>



<p>6. Los salarios y las prestaciones sociales en la proporción prevista en las leyes respectivas. La inembargabilidad no se extiende a los salarios y prestaciones legalmente enajenados.</p> <p>11. El televisor, el radio, el computador personal o el equipo que haga sus veces, y los elementos indispensables para la comunicación personal, los utensilios de cocina, la nevera y los demás muebles necesarios para la subsistencia del afectado y de su familia, o para el trabajo individual, salvo que se trate del cobro del crédito otorgado para la adquisición del respectivo bien. Se exceptúan los bienes suntuarios de alto valor.</p> <p>12. El combustible y los artículos alimenticios para el sostenimiento de la persona contra quien se decretó el secuestro y de su familia durante un (1) mes, a criterio del juez.</p>	<p>Los límites a la inembargabilidad de los salarios se encuentran en los artículos 154 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, cuyos lineamientos generales son:</p> <p>El salario mínimo legal vigente es inembargable (excepto cuando se trate de pensiones alimenticias y créditos a favor de cooperativas, casos en los cuales lo será hasta un 50%).</p> <p>El excedente del salario mínimo para los demás casos será embargable hasta en una quinta parte.</p> <p>El Decreto 70 de 1950 (el cual tiene el carácter de ley desde la promulgación de la Ley 141 de 1961), señaló en su artículo 4º que son inembargables:</p> <p><i>“a. Los primeros sesenta pesos (\$ 60) de todo sueldo o salario; y</i></p> <p>5. Las pensiones, los auxilios de cesantía o de enfermedad y las indemnizaciones por accidentes de trabajo, cualquiera que sea la cuantía de ellos.</p> <p><i>Exceptúanse de lo dispuesto en los ordinales anteriores los créditos a favor de las Cooperativas”.</i></p> <p>Respecto de las prestaciones sociales, la regla general es su inembargabilidad absoluta, a menos de que se trate de cuotas alimentarias o créditos con cooperativas. El Código Sustantivo del Trabajo señala:</p>
--	--

	<p><i>“Artículo 344. Principio y excepciones.</i></p> <p><i>1. Son inembargables las prestaciones sociales, cualquiera que sea su cuantía.</i></p> <p><i>2. Exceptúanse de lo dispuesto en el inciso anterior los créditos a favor de las cooperativas legalmente autorizadas y los provenientes de las pensiones alimenticias a que se refieren los artículos 411 y Concordantes del Código Civil, pero el monto del embargo o retención no puede exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor de la prestación respectiva”.</i></p> <p>Respecto del salario y enseres del hogar, los límites de la inembargabilidad también encuentran su sustento en el criterio del mínimo vital, el cual ha sido desarrollado de manera amplia por la jurisprudencia, según la cual, es relativo y diferente en cada caso debido a que <i>“este derecho tiene una connotación cualitativa y no cuantitativa. Quiere ello decir que aunque el monto de los ingresos adquiridos por una persona, pueden determinar el grado de afectación al mínimo vital, una posible vulneración no termina en la cuantía. Así, este Tribunal ha sostenido que, aun cuando esta garantía constitucional está intrínsecamente ligada con el monto de salario mínimo que devenga una persona, no se puede asentar que ello permita que esta, pueda vivir dignamente”</i><sup>147</sup>.</p> <p>Se recomienda ver la Sentencia T-206 de 2017. (4, abril, 2017) que trata como excepción: <i>“los demás muebles necesarios para la subsistencia del afectado”</i>.</p>
--	---

147 Corte Constitucional. Sentencia T-629 de 2016.

<p>15. <i>Las mercancías incorporadas en un título-valor que las represente, a menos que la medida comprenda la aprehensión del título.</i></p>	<p>Los títulos valores de contenido crediticio no son susceptibles de ser embargados, sino que su ejecución da lugar a la medida cautelar de embargo para asegurar los derechos crediticios en ellos incorporados.</p> <p>En el caso de los títulos valores representativos de mercaderías (definidos en el artículo 644 del Código de Comercio), los mismos representan para su tenedor los derechos o contraprestaciones a que tiene derecho -depósito o transporte- respecto de las mercancías en ellos relacionadas. Es por ello que para que se lleve a cabo el embargo de las mercancías objeto de depósito o transporte correspondientes es necesario que se decrete junto con la aprehensión del título (lo anterior teniendo en cuenta que el tenedor del bono de prenda debe efectuar presentación oportuna del mismo -máximo ocho días comunes siguientes al vencimiento- para que pueda iniciar las acciones de regreso respectivas).</p> <p>Resulta importante señalar que este tipo de títulos son: los certificados de depósito en almacenes generales o bono de prenda, la carta de porte y conocimiento de embarque.</p>
---	---

<p>7. Las condecoraciones y pergaminos recibidos por actos meritorios.</p> <p>8. Los uniformes y equipos de los militares.</p> <p>9. Los terrenos o lugares utilizados como cementerios o enterramientos.</p> <p>10. Los bienes destinados al culto religioso de cualquier confesión o iglesia que haya suscrito concordato o tratado de derecho internacional o convenio de derecho público interno con el Estado colombiano.</p> <p>13. Los derechos personalísimos e intransferibles.</p> <p>14. Los derechos de uso y habitación.</p>	<p>No aplican excepciones.</p>
---	--------------------------------

Fuente: Ana María Moncada

## 2.3 LAS MEDIDAS CAUTELARES PROBATORIAS EN EL ESTATUTO ARBITRAL

En el artículo 32 de la Ley 1563 de 2012, “por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”, se dispuso que en los procesos arbitrales pueden ordenarse las medidas cautelares que serían procedentes de tramitarse el proceso ante la justicia ordinaria o la contencioso administrativa. Adicionalmente, el artículo señala en su párrafo único lo siguiente:

Parágrafo. Las medidas cautelares también podrán tener como objeto recaudar elementos de prueba que pudiesen ser relevantes y pertinentes para la controversia.

Quien ejerza funciones jurisdiccionales, podrá decretar medidas cautelares para este propósito en los procesos sometidos a su conocimiento, sean o no procesos arbitrales.

Como se observa, esta norma en su inciso segundo hace extensivo el decreto de medidas cautelares que tengan como objeto recaudar elementos de prueba, a quienes ejerzan funciones jurisdiccionales, viabilizando su práctica en la JCA.

Se ha suscitado en la doctrina un debate, respecto de si esta disposición contempla propiamente una medida cautelar o si se trata de una prueba anticipada, denominada “extraprocesal” en el CGP, en donde la figura se desarrolla en el acápite sobre “régimen probatorio”, puntualmente entre los artículos 183 y 200. Se considera en este punto, que las pruebas extraprocesales están previstas para quien se proponga demandar y no para quien ya lo hizo, por lo que, a pesar de la índole probatoria, la medida cautelar en comento se prevé para procesos que ya están en curso y que fueron sometidos a conocimiento de quien la decreta.

Hernán Fabio López Blanco indica que “las [medidas cautelares] de índole probatoria se refieren a la solicitud y práctica de pruebas anticipadas (...) [y] si se considera que estas pruebas sirven para mantener un estado de cosas y servirán en futuro proceso, no es errado conceptualmente ubicarlas en esta categoría”<sup>148</sup>. Como soporte a su afirmación, cita a Eduardo García Sarmiento quien acepta como medida cautelar “aquellas para asegurar hechos que se pretendan aportar como pruebas”<sup>149</sup>.

En oposición a dicha postura, Héctor Enrique Quiroga Cubillos no encuentra correcto reconocer a estas medidas la connotación cautelar, dada su índole probatoria, argumentando:

- a) La cautela pretende asegurar los efectos que ha de producir una sentencia futura. La prueba anticipada pretende asegurar el resultado (contenido) de la sentencia, es decir, la prueba anticipada entra en el fondo de la decisión, más la cautela jamás toca su contenido.
- b) La cautela no puede vivir separada del proceso principal, aun cuando puede ser tomada antes de presentarse la demanda, pero queda suspendida con un término para su presentación (sistema español); ya que sabemos que en nuestro medio la petición cautelar debe ir acompañada de la demanda principal.
- c) La cautela está a la expectativa de una sentencia futura, porque una vez sea dictada cumple su función; la prueba anticipada está a la expectativa de una demanda, bien sea porque el peticionario pretenda demandar o tema que se le demande; es más, si no se

148 López Blanco, Hernán Fabio, Código General del Proceso, Parte General, Bogotá: Dupré Editores Ltda. 2016, p. 1078.

149 Ibidem, en cita a García Sarmiento, Eduardo, Medidas Cautelares. Bogotá, Editorial Foro de la Justicia, 1981, p. 17.

demanda el proceso y se pide el embargo, éste no puede subsistir, mientras que la prueba subsiste por sí sola aun cuando no se instaure proceso el proceso.

- d) La cautela se toma con fundamento en el *periculum in mora*, es decir, con la demora en tramitarse el proceso se busca proteger el derecho invocado por el peticionario. La prueba anticipada evidentemente corre peligro, por ello es preventiva, pero no por la demora en proteger el derecho sino por la tardanza en su recaudo.
- e) La prueba anticipada puede no tener fines judiciales (artículo 29, testimonios como prueba sumaria), ya que esta puede ser recogida con un fin totalmente ajeno a un proceso, mientras que el proceso cautelar y las medidas de cautela tienen siempre un fin procesal, o sea que deben ser practicados para facilitar los efectos del proceso<sup>150</sup>.

De igual manera, Marco Antonio Álvarez Gómez considera que las pruebas anticipadas, hoy extraprocesales, no pueden calificarse como medidas cautelares probatorias por dos razones: “la primera que tienen finalidades diferentes, dado que las pruebas extraprocesales aseguran el medio probatorio y las cautelas garantizan la efectividad del derecho sustancial; la segunda, que su vinculación con la sentencia también es disímil, porque aquellas apuntan al sentido de la decisión, mientras que estas a su cumplimiento”<sup>151</sup>.

Al margen de la anterior discusión, el parágrafo citado es claro en señalar que la medida cautelar probatoria tiene como objeto recaudar la prueba, lo que evidencia su relación medio-fin sin que ello en todo caso, implique que la diferencia tenga algún efecto práctico. De ahí que Hernán Fabio López Blanco indique que “se trata de una discusión fútil y cualquiera que sea la tesis que se adopte en nada cambia la ejecución práctica ni la finalidad perseguida con este tipo de pruebas”<sup>152</sup>.

---

150 Quiroga Cubillos, Héctor Enrique, *Procesos y medidas cautelares*. Bogotá: Ed. Librería del Profesional, 1985, p. 22 y ss.

151 Álvarez Gómez, Marco Antonio. Ob. cit. p. 41.

152 López Blanco, Hernán Fabio, *Código General del Proceso*, Parte General, p. 1078.

<p><i>Ap</i></p>	<p><b>Actividades pedagógicas</b></p> <p><b>Investigación:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Mencione y dé ejemplos de las medidas cautelares conservativas, suspensivas, anticipativas o positivas.</li> </ul> <p>Revise las características de instrumentalidad y provisionalidad de las medidas cautelares, frente a la posibilidad de ordenar un procedimiento o actuación administrativa como medida cautelar.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Identifique al menos tres bienes o recursos inembargables de los particulares y de la Nación.</li> <li>• Explique las razones jurisprudenciales de al menos dos excepciones a la regla general sobre inembargabilidad de recursos y bienes públicos.</li> </ul> <p><b>Reflexión:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- ¿Se justifica el trato diferenciado que el legislador da a la inembargabilidad de los bienes y recursos de los entes territoriales, frente a los de la nación?</li> </ul> <p>-¿Cuál considera que es la diferencia entre la medida cautelar probatoria y una prueba anticipada?, ¿qué consecuencias prácticas tiene la diferenciación? Reflexione sobre un ejemplo que evidencie la diferencia.</p>
<p><i>Ae</i></p>	<p><b>Autoevaluación</b></p> <p>Una entidad estatal suscribió un contrato de concesión férrea con una compañía, que tenía por objeto la construcción, operación y mantenimiento de una vía durante 25 años. 3 años después, la concesionaria reconoce haber incurrido en actos de corrupción para lograr la adjudicación del contrato.</p> <p>Un ciudadano instaura el medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, solicitando como medida cautelar que se suspenda el contrato, que tome posesión de la obra, que se suspenda el giro de los recursos a la concesionaria y que se embarguen los existentes.</p>

<p><i>Ae</i></p>	<p>De acuerdo con el caso planteado:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Defina la naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa o de suspensión de las medidas pretendidas.</li> <li>- Explique el sustento normativo para decretar una medida de embargo en el marco de una acción popular.</li> </ul>
<p><i>J</i></p>	<p><b><i>Jurisprudencia</i></b></p> <p>Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1154 de 2008.</p> <p>Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-354 de 1997.</p> <p>Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-017 de 1993.</p> <p>Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-546 de 1992.</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Auto. Radicado: 11001-03-25-000-2015-00389-00. (30, octubre, 2017)</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sección Quinta. Radicado: 11001-03-15-000-2017-01790-00. (24, julio, 2017).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sección Segunda. Auto. Radicado: 11001-03-25-000-2016-00988-00(4469-16). (17, julio, 2017).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sección Segunda. Auto. Radicado: 11001-03-25-000-2016-01029-00(4657-16). (10, noviembre, 2016).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado: 1001-03-06-000-2016-00128-00 (2307). (19, agosto, 2016).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto. Radicado: 11001-03-26-000-2014-00156-00 (52506). (20, abril, 2016).</p>



<p><i>J</i></p>	<p>Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto. Radicado: 41001-23-33-000-2014-00179-02(AG)A. (4, abril, 2016).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto. Radicado: 11001-03-26-000-2013-00073-00(47316). (15, marzo, 2016).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 76001-23-31-000-2006-00871-01 (36.634). (16, julio, 2015).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Auto. Radicado: 110010324000201300534 00. (21, mayo, 2014).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto. Radicado: 47001-23-31-000-1997- 5102-01(19137). (30, enero, 2003).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto. Radicado: 76001-23-24-000-1999-1020-01 (19.405). (7, marzo, 2002).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto. Radicado: 52001-23-31-000-1999-0475-01(20981). (7, febrero, 2002).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto. Radicado: 11001-03-26-000—2016-00045-00 (56.604). (2, mayo, 2016)</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto. Radicado: 15.155. (3, septiembre, 1998).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto. Radicado: S-694. (22, julio, 1997)</p> <p>Colombia. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Auto. Radicado: 250002341000201700083-00. (9, febrero, 2017).</p> <p>Colombia, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Auto. Radicado: 25000-23-41-000-2017-00885-00. (9, junio, 2017).</p>
-----------------	--



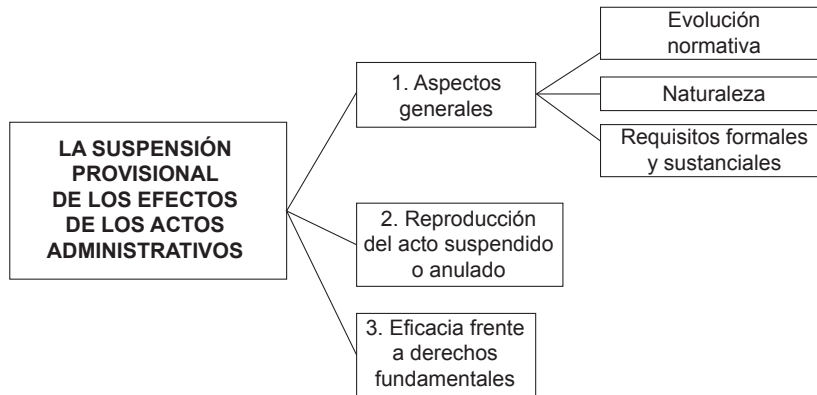
# Unidad 3

## LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

### OBJETIVOS

O	<p><i>Objetivo general</i></p> <ul style="list-style-type: none"><li>• Ejercitarse sobre la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos.</li></ul>
Oe	<p><i>Objetivos específicos</i></p> <ul style="list-style-type: none"><li>• Comprender la consagración constitucional y evolución normativa del instituto de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos.</li><li>• Comprender la naturaleza, contenido y requisitos de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, bajo el régimen normativo del CPACA.</li><li>• Ilustrarse sobre los incidentes por infracción a la prohibición de reproducción de los actos administrativos suspendidos o anulados.</li><li>• Conocer la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional sobre la eficacia de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo para proteger derechos fundamentales.</li></ul>

## CONTENIDO



Fuente: Ana María Moncada Zapata

### 3.1 ASPECTOS GENERALES

#### 3.1.1 EVOLUCIÓN NORMATIVA

La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos es la más tradicional de las medidas cautelares en la JCA en Colombia, con un record de 105 años de previsión legislativa y 73 años de consagración constitucional.

Como antecedentes: (i) en la Ley 130 de 1913 en su artículo 59, ordinal d), se incorporó la posibilidad de suspender el acto denunciado en los procesos de nulidad contra las ordenanzas y demás actos de las asambleas departamentales<sup>153</sup>, y posteriormente, (ii) se insertó en la Constitución de 1886, mediante el Acto Legislativo 1 de 1945, disponiendo en sus artículos

153 Dice este artículo: “Artículo 59: recibida la demanda en el Tribunal Administrativo Seccional y repartida que sea, se dicta por el Magistrado sustanciador un auto en que se ordene: (...) d) La suspensión provisional del acto denunciado, cuando ella fuere necesaria para evitar un perjuicio notoriamente grave”. Bajo esta legislación, dicha figura se caracterizaba por lo siguiente: i) se trataba de una medida provisional; ii) el juez la aplicaba de manera oficiosa; iii) buscaba evitar un perjuicio notoriamente grave y, vi) atacaba la eficacia del acto acusado. Estas características se reflejaban en la jurisprudencia de la época, que sobre el particular expresaba: “una medida de carácter provisorio que tiene por objeto la protección de la sociedad y del ciudadano contra los actos de la administración; y de ella hacen uso los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo para evitar un perjuicio notoriamente grave en los intereses de la una o del otro. Sus efectos jurídicos inmediatos son los de dejar sin aplicación el acto administrativo acusado de nulidad, mientras llegue el fallo de fondo a pronunciar ésta con fuerza de verdad legal o a reconocer su plena validez” Colombia. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 30 de marzo de 1938.

192 y 193 que la JCA estaba facultada para suspender provisionalmente actos de la administración<sup>154</sup>.

La Ley 167 de 1941 dedicó un capítulo a la suspensión provisional, detallando como requisitos para decretarla: (i) que la suspensión fuera necesaria para evitar un perjuicio notoriamente grave, (ii) que el acto demandado incurriera en una manifiesta violación de una norma positiva de derecho, (iii) que la medida se solicitara de modo expreso en el libelo de demanda o en escrito separado antes de dictarse el auto admisorio de aquella y, (iv) que no estuviera prohibida por la ley, descartando, en su artículo 98, la suspensión provisional para los juicios electorales, las acciones referentes al personal militar o del ramo educativo y las acciones sobre impuestos, contribuciones o tasas.

En el posterior Decreto 01 de 1984 o CCA, se le dio un mayor desarrollo al instituto, así: (i) en el artículo 66 se estableció como una de las causales de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo, (ii) en el artículo 76.11 se señaló como causal de mala conducta de los funcionarios, reproducir actos suspendidos por la JCA, (iii) en el artículo 148 sobre perención del proceso, se dispuso el levantamiento de las medidas cautelares, si las hubiere y, (iv) en el Título XVII –artículos 152 a 159–, se definieron los requisitos de procedencia, trámite, extinción y las consecuencias por la reproducción de un acto suspendido. Como ya se advirtió, estas normas, aún aplican a ciertos casos, en virtud del régimen de transición y vigencia del CPACA, que hace que, a la fecha, se sigan tramitando los procesos que estaban en curso en el momento de su vigencia, el 2 de julio de 2012, conforme al viejo régimen contenido en el CCA, que a su vez remitía al derogado CPC.

Señalaba el CCA que, esta medida contemplada para el proceso ordinario -en las entonces denominadas acciones de nulidad y, nulidad y restablecimiento del derecho-, debía ser solicitada y sustentada, de modo expreso, antes de la admisión de la demanda, limitando esta potestad en el tiempo. Adicionalmente, indicaba el artículo 152, numeral 2, que debía acreditarse la “manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la demanda”, implicando para el demandante el tener que demostrar la gravedad y evidencia de contravención al orden

154 Los artículos son del siguiente tenor literal: “Artículo 192. Las ordenanzas de las Asambleas y los acuerdos de los Concejos Municipales son obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

Artículo 193. La jurisdicción de lo contencioso-administrativo podrá suspender provisionalmente los actos de la administración por los motivos y con los requisitos que establezca la ley”.

jurídico<sup>155</sup>. Finalmente, exigía el numeral 3 del artículo 152 del CCA que “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”; regla que como se verá, se conserva sustancialmente en el nuevo estatuto procesal.

En la Constitución de 1991, su consagración fue ratificada en el artículo 238 en términos similares a los de la Carta anterior:

***Cuadro 5. Comparativo sobre la suspensión provisional en las constituciones***

CONSTITUCIÓN DE 1886	CONSTITUCIÓN DE 1991
<i>Artículo 193. La jurisdicción de lo contencioso-administrativo podrá suspender provisionalmente los actos de la Administración por los motivos y con los requisitos que establezca la ley.</i>	<i>Artículo 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.</i>

Más recientemente, en la Ley 1437 de 2011 o CPACA, se dedicó todo el Capítulo XI a las medidas cautelares, y en punto a la suspensión provisional: (i) en el artículo 88 sobre el principio de presunción de legalidad, se dispuso que los actos administrativos cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar<sup>156</sup>, ii) en el artículo 91, se consignó como causal de pérdida de la fuerza ejecutoria de los actos administrativos “Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”, y, iii) se flexibilizaron requisitos y oportunidad de decreto, entre otras modificaciones que se verán más adelante.

155 Dice este artículo: “Artículo 152. Procedencia de la suspensión. 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 separadico, 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.”

156 Dice este artículo: “Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar”.

No obstante, gran parte del desarrollo jurisprudencial del instituto de suspensión provisional de actos administrativos ha girado en torno a su aplicación en el marco de las acciones constitucionales de tutela – reglamentadas en el Decreto 2591 de 1991–, y de protección de los derechos e intereses colectivos y reparación de perjuicios causados a un grupo, – desarrollados en la Ley 472 de 1998–. Lo correspondiente a estos debates se desarrollará en la Unidad 5.

### 3.1.2 NATURALEZA DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL

En Colombia, la suspensión provisional es una figura típicamente judicial, con la que se pretende la suspensión de la eficacia de los actos administrativos. Es procedente, siempre que se encuentre que el acto administrativo demandado infringe normas superiores en que debió fundarse, para evitar que siga produciendo efectos, entre tanto se decide de fondo y de manera definitiva, sobre su validez.

Lo anterior, a diferencia de otros países como España, en donde se da la potestad a la administración de suspender provisionalmente la eficacia de sus propios actos en una serie de supuestos, con dos finalidades: como una medida cautelar en los procedimientos impugnatorios y como técnica de regulación de conflictos entre entes públicos<sup>157</sup>. En ese país, el requisito de su procedencia en vía administrativa, bien sea de oficio o a solicitud del recurrente, se encuentra determinado por la exigencia de una ponderación razonada entre el interés público y el privado, en términos de Muñoz Machado procede la suspensión “... previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido...”<sup>158</sup>.

En una línea muy decantada en la jurisprudencia del Consejo de Estado, se ha reiterado, sobre la naturaleza de esta figura, “... la institución de la suspensión provisional es una medida cautelar cuyo objeto es, como su nombre lo indica, suspender la ejecutoriedad de los actos administrativos susceptibles de impugnación por vía judicial, previo el cumplimiento de los motivos y los requisitos establecidos en la ley”<sup>159</sup>.

157 Santamaría Pastor, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo. Volumen II. 4º edición. Madrid: Editorial Iustel. p. 168 y ss.

158 Muñoz. Op. cit. p. 102.

159 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 31.101. (25, enero, 2007).

Con la suspensión provisional se pretende prevenir que el acto cuya legalidad se cuestiona, continúe produciendo efectos jurídicos que, en principio, son contrarios al ordenamiento. Se ha destacado reiteradamente como característica de la institución:

La suspensión provisional es una medida cautelar de carácter material, como quiera que, con el decreto de aquella, se suspenden los atributos de fuerza ejecutiva y ejecutoria del acto administrativo, con la finalidad de proteger los derechos subjetivos o colectivos que se pueden ver conculcados con la aplicación o concreción del acto administrativo cuya constitucionalidad o legalidad se cuestiona”<sup>160</sup>.

En atención a esta característica, fue preciso aclarar que la medida produce efectos al futuro y no de manera retroactiva: “las pretensiones de aquellas personas que solicitan el reconocimiento y pago de acreencia laborales, con fundamento en disposiciones jurídicas que con posterioridad a la solicitud sean suspendidas provisionalmente, no se pueden ver comprometidas pues ello contraría el principio de que “las relaciones jurídicas se rigen por las normas vigentes en el momento de configurarse dicha relación”<sup>161</sup>.

También se considera la suspensión provisional como una garantía para el administrado frente a la administración, quien cuenta, entre sus potestades, con aquella que le permite ejecutar sus actos sin necesidad de acudir ante autoridad judicial. Campo Cabal, desde el año 1989, señaló con acierto que la suspensión provisional: “es una garantía, tal vez la única, con que cuentan los administrados para tratar de flexibilizar la rigidez con que actúa la administración, investida como se halla de la facultad de poner en ejecución sus propios actos”<sup>162</sup>.

Roberto Dromi señala en ese sentido que “...a la prerrogativa o privilegio de la administración para obtener el cumplimiento del acto por sus propios medios o ejecutarlo por sí, privilegio que se ha denominado ejecutoriedad, le corresponde como contrapartida la garantía otorgada al administrado de la suspensión de la ejecución del acto administrativo. El ejercicio del poder debe ir indisolublemente ligado a un adecuado sistema de garantías. Por ello, junto a las prerrogativas (v.gr., ejecutoriedad del acto administrativo), se

---

160 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto. Radicado.: 25000 23 26 000 2007 00533 01. (1, diciembre, 2008).

161 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-750. (31, agosto, 2006).

162 Dromi, Roberto. El Acto Administrativo. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina. 1997. p. 104-105.



arbitran las garantías (v. gr., suspensión de la ejecución –garantía preventiva– o indemnización –garantía represiva–)”<sup>163</sup>.

Por su parte, Muñoz Machado resalta que, en España la medida cautelar de suspensión provisional es considerada por la jurisprudencia consolidada, un derecho fundamental vinculado al derecho a la tutela judicial efectiva<sup>164</sup>. En ese sentido, según este autor, la medida cautelar procede cuando la ejecución del acto puede provocar la consolidación de situaciones irreversibles, o daños complejos e irreparables<sup>165</sup>.

### 3.1.3 REQUISITOS FORMALES Y SUSTANCIALES EN APLICACIÓN DEL CCA

La jurisprudencia del Consejo de Estado se encargó de decantar los requisitos de índole formal y sustancial necesarios para el decreto de la medida de la suspensión provisional en vigencia del CCA<sup>166</sup>. Los parámetros allí previstos, eran los siguientes:

#### A) Solicitud expresa y sustentación por escrito

Como requisito formal para el estudio de la suspensión provisional, estaba la solicitud y sustentación en la demanda o en un escrito separado de ella, destacándose la naturaleza rogada de la medida. Según la jurisprudencia, se requería una sustentación cualificada, es decir, expresa, no genérica, en la que se consignaran las normas infringidas por la actuación de la administración y su correlativo concepto de violación.

Así, la solicitud de suspensión provisional se convirtió en una carga procesal de la parte actora, que debía expresar las razones que le permitieran al juez llegar al convencimiento de la violación flagrante y palmaria del acto administrativo<sup>167</sup>. En ese sentido, la condición para que procediera, radicaba

163 Campo Cabal, Juan Manuel. *Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo*. Bogotá: Editorial Temis. 1989. p. 27.

164 Muñoz Machado, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo...*, Op. cit. p. 108.

165 En este supuesto se refiere al autor al *peculium in mora* “... que concurre cuando la tardanza en resolver un contencioso puede provocar la consolidación de situaciones irreversibles, o daños complejos e irreparables” Muñoz. Op. cit. p. 108.

166 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 35.827. (1, diciembre, 2008).

167 En ese sentido ver: Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado. 12.523. (30, enero, 1997). Más recientemente: “De acuerdo con lo anterior, resulta indispensable que el demandante, en la solicitud de suspensión provisional, exponga de manera expresa cuál o cuáles normas considera violadas de manera directa y ostensible por el acto administrativo demandado y además le corresponde exponer el concepto de la violación, de tal manera que el juez, de la sola comparación entre la norma supuestamente vulnerada y el acto acusado o entre éste y los documentos públicos aducidos con la solicitud, advierta tal inconformidad legal.” (Sección Tercera, Auto, Radicado. 37712. (3, marzo, 2010))

en que el acto contrariara de manera clara y ostensible el ordenamiento jurídico<sup>168</sup>.

Sobre la exigencia de la sustentación escrita, la jurisprudencia indicaba que la inflexión verbal “sustente”, que se emplea en la disposición en comento y que no existía en la legislación anterior, tenía que tener algún significado, porque el legislador no establece normas de conducta sin propósito alguno. El significado no podía ser otro distinto, al que no bastaba simplemente solicitar de manera expresa la suspensión, con fundamento en las razones consignadas en la demanda que, como se dijo, apunta a la sentencia, sino que era preciso incluir en el escrito, la sustentación de la medida<sup>169</sup>.

Adicionalmente, y sobre este mismo requisito, era usual que se sostuviera que la solicitud no podía formularse después de admitida la demanda, argumentando la naturaleza cautelar de la medida que debía decretarse con su auto admisorio y solicitarse antes de este. En casos en los que se interrogaba por la viabilidad de una solicitud de suspensión después del auto admisorio de la demanda, se precisó, unificando criterios, que la solicitud de suspensión provisional debía solicitarse antes del auto admisorio de la demanda: “(...) no ha existido uniformidad de criterio de la procedencia de la solicitud de suspensión provisional formulada en el libelo de la corrección de la demanda. En la providencia en cita se resolvió por su providencia, en tanto en otras ocasiones se ha decidido lo contrario. Ello llevó al reexamen cuidadoso de la cuestión, concluyendo por acoger el criterio de hermenéutica que manda atender al tenor literal de la norma, cuyo sentido es claro, para considerar improcedente toda solicitud de suspensión provisional que no se formule “...antes de que sea admitida...” la demanda. Ello significa que, si la corrección se propone antes de la admisión de la demanda y en ella se solicita la medida cautelar en mención, habrá de resolverse en el auto dicho, mientras que cuando se la formula en escrito posterior al pronunciamiento se la desestimaré por extemporánea”<sup>170</sup>.

## B) Infracción manifiesta en la acción de nulidad

En vigencia del CCA, cuando se elevaba la solicitud con la presentación de la demanda de simple nulidad –artículo 84 CCA–, para que procediera la medida debía acreditarse la infracción manifiesta del acto o actos acusados

168 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto, Radicado. 21.845. (7, febrero, 2002).

169 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto de 24 de junio de 1986.

170 Colombia. Consejo de Estado, Sección Quinta. Auto, Radicado. 752. (24, julio, 1992).

con preceptos normativos de rango superior. En palabras del Consejo de Estado, la discrepancia debía “ser fácilmente apreciable, directa, es decir, perceptible por el juez sin necesidad de recurrir a instrumentos hermenéuticos o análisis probatorios”<sup>171</sup>.

C) Infracción manifiesta y prueba sumaria del perjuicio en acción distinta de la de simple nulidad

Cuando la suspensión se pretendía en una acción distinta a la de nulidad, además de señalar o indicar la infracción manifiesta, el interesado debía probar sumariamente el posible perjuicio o detrimento que generaría la ejecución del acto. La Corporación precisó: “El legislador ha establecido ciertos requisitos para la prosperidad de la medida cautelar de la suspensión provisional por cuanto ante todo se presume la legalidad de los actos administrativos y por ello es indispensable que quien pretenda desvirtuarla asuma su carga de prueba (art. 177 C. de P. C.) y demuestre en forma sumaria el perjuicio grave que la ejecución de los actos demandados le causa o le pudiera causar en el futuro, exigencia contenida en el ordinal 3°. Del artículo 152 del CCA y sobre la cual no es suficiente la simple conjetura de un perjuicio o que este pueda suponerse en forma más o menos razonada por el juzgador, omisión que sería suficiente para denegar la suspensión provisional solicitada”<sup>172</sup>.

D) El acto administrativo no debió haber cumplido sus efectos

Aunque parece obvio, ha sido preciso señalar que la suspensión provisional es improcedente, cuando el acto administrativo ha cumplido todos sus efectos, dado que, por tener efectos hacia el futuro, no retrotrae la actuación que ya se surtió: “Por tanto, cuando el acto ha cumplido todos sus efectos no es posible suspenderlo puesto que con la suspensión no se retrotrae la actuación cumplida, en el momento de la expedición el acto; la suspensión opera hacia el futuro. (...) No pudiéndose suspender los efectos ya producidos por el acto acusado, es decir la realización del concurso en el que participaron quienes reunían los requisitos señalados en la convocatoria, carece totalmente de eficacia la suspensión provisional y no cumple en este

171 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado. 33.800. (25, julio, 2007). En ese mismo sentido: Sección Tercera. Radicado. 34.945. (10, abril, 2008).

172 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado. 15.111. (21, enero, 1999). En ese mismo sentido: Sección Tercera. Radicado. 32.609. (11, octubre, 2006). Sección Tercera. Auto, Radicado. 36054. (27, mayo, 2009).

caso la finalidad inherente a esta figura. Por esa razón no es posible acceder a esta petición”<sup>173</sup>.

Ciertamente, resultaría inocuo pretender la suspensión provisional de los efectos de un acto que ya se surtieron.

#### 3.1.4 REQUISITOS FORMALES Y SUSTANCIALES EN APLICACIÓN DEL CPACA

Tal como se desarrollará en el Capítulo IV, el CPACA introdujo cambios sustanciales en punto a la medida de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo: si en la demanda se pretende únicamente la nulidad del acto administrativo solo debe acreditarse la violación de las normas superiores, o si se pretende adicionalmente el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, estos deberán probarse sumariamente. La norma, en lo pertinente, señala expresamente lo siguiente:

Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de estos.

En ese sentido, el Consejo de Estado ha señalado, que:

Ahora bien, conforme con los artículos 229 y siguientes del CPACA, en especial, con el artículo 231 *ibídem*, si se trata de la suspensión provisional, los únicos presupuestos materiales para su decreto son la violación de normas superiores y la prueba sumaria del perjuicio, si se busca el restablecimiento del derecho.

Otros requisitos como el *fumus boni iuris* o el *periculum in mora* o la ponderación de intereses públicos, etc., son propios de otros tipos de medidas cautelares, pero no, se repite, de la suspensión provisional<sup>174</sup>.

---

173 Colombia. Consejo de Estado, Sección Segunda. Radicado: 7894. (2, abril, 1993).

174 Colombia. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Radicado: 68001-23-31-000-2013-00857-01. (14, mayo, 2015). En el mismo sentido ver: Colombia. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto, radicado: 2014-03799 (17, marzo, 2015).

Respecto del requisito de prueba sumaria cuando en el medio de control se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, se ha dicho que es aquella que no ha sido sometida al requisito de contradicción de la parte contra quien se hace valer, no sometida a controversia:

Por esto, frente a la suspensión provisional de actos administrativos, la lectura de las normas que habilitan la prueba del perjuicio a través de prueba sumaria, esto es, el artículo 231 del CPACA, debe hacerse a la luz del principio de tutela judicial efectiva y el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, de tal manera que debe entenderse que los jueces contencioso-administrativos se encuentran habilitados para decretar una medida de tal naturaleza cuando las partes logren demostrarle la afectación de sus derechos a través del contenido del acto administrativo, de la decisión misma o de cualquier otro medio de prueba que le permita arribar a la conclusión de que está causándose un perjuicio<sup>175</sup>.

Para mayor ilustración, se presenta, a continuación, el cuadro comparativo y esquemático acerca de la suspensión provisional en el CCA y el CPACA:

***Cuadro 6. Comparativo sobre la medida de suspensión provisional en procesos declarativos***

COMPARATIVO SOBRE MEDIDA DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL EN PROCESOS DECLARATIVOS	
CCA, artículo 152	CPACA, artículo 231
<b>Impulso:</b> <i>Solicitud de parte, de modo expreso en la demanda o en escrito separado.</i>	<b>Impulso:</b> <i>Solicitud de parte.</i>
<b>Oportunidad:</b> <i>“antes de que sea admitida”.</i>	<b>Oportunidad:</b> <i>“antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso”.</i>

175 Colombia. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Radicado: 11001-03-27-000-2015-00004-00. (10, febrero, 2016).

<p><b>Condiciones para su prosperidad:</b>  <i>Manifiesta infracción de las disposiciones invocadas como fundamento de la nulidad, mediante confrontación directa o documentos públicos aportados con la solicitud de suspensión.</i>  <i>En acción distinta a nulidad, necesario demostrar sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor.</i></p>	<p><b>Condiciones para su prosperidad:</b>  <i>Infracción que surja: (i) del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o (ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.</i>  <i>Si se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios es necesario que el solicitante pruebe, al menos sumariamente, su existencia.</i></p>
<p><b>Procedimiento:</b>  <i>Inaudita parte debitoris.</i></p>	<p><b>Procedimiento:</b>  Regla general, traslado al afectado.  <i>En caso de urgencia: inaudita parte debitoris.</i></p>

Fuente: Ana María Moncada

### 3.2 RESTRICCIONES A LA REPRODUCCIÓN DEL ACTO SUSPENDIDO O ANULADO

El CPACA prohíbe a las autoridades reproducir actos suspendidos o anulados por la JCA cuando no hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión – artículo 9 numeral 6–. Adicionalmente, desarrolla esta restricción en los artículos 237 y siguientes en el Capítulo XI dedicado a las medidas cautelares, en el orden que se pasa a estudiar en lo que a la suspensión provisional concierne:

#### 3.2.1 LA PROHIBICIÓN DE REPRODUCCIÓN DEL ACTO SUSPENDIDO

Artículo 237. Prohibición de reproducción del acto suspendido o anulado. Ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido 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.

Esta norma, establece la prohibición de reproducción del acto suspendido, presuponiendo la existencia de un acto que jurisdiccionalmente lo está, y otro que lo reproduce o duplica literal o esencialmente en sus hipótesis y contenido preceptual<sup>176</sup>. Ante la identidad o equivalencia entre el primitivo y el duplicador, se determina la necesaria suspensión automática del segundo.

<sup>176</sup> Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Radicado: 68001-23-31-000-2011-00025-01. (15, septiembre, 2011).

En el viejo CCA, se contemplaba una prohibición similar, frente a la cual se concretaron los dos presupuestos para incurrir en la prohibición: el primero, cuando el acto acusado tenía en esencia las mismas disposiciones legales anuladas o suspendidas; y, el segundo, cuando no hubieran desaparecido los fundamentos legales de la anulación o de la suspensión, según sea el caso<sup>177</sup>.

Un caso ejemplificativo, en el que se rechazó la suspensión provisional del nuevo acto fue resuelto por la Sección Quinta del Consejo de Estado mediante auto de 11 de mayo de 2017, Rad. 05001-23-33-000-2017-00409-01, tras considerar que en el segundo acto, se había superado un vicio de competencia que recaía en un concurso de méritos, por lo que el proceso podía continuar con el candidato cuyas condiciones subjetivas no habían sido reprochadas<sup>178</sup>.

### 3.2.2 EL INCIDENTE EN CASO DE REPRODUCCIÓN DEL ACTO SUSPENDIDO

El CPACA dispuso el procedimiento a aplicar en caso de reproducción del acto suspendido, viabilizando la suspensión provisional del nuevo acto de forma inmediata, decisión frente a la cual proceden el recurso de apelación o súplica, según el caso, por remisión al artículo 236 del estatuto.

Artículo 238. Procedimiento en caso de reproducción del acto suspendido. Si se trata de la reproducción del acto suspendido, bastará solicitar la suspensión de los efectos del nuevo acto, acompañando al proceso copia de este. Esta solicitud se decidirá inmediatamente, cualquiera que sea el estado del proceso y en la sentencia definitiva se resolverá si se declara o no la nulidad de ambos actos.

La solicitud de suspensión provisional será resuelta por auto del juez o Magistrado Ponente, contra el cual proceden los recursos señalados en el artículo 236, los que se decidirán de plano.

Se dispone que, en la sentencia se decidirá si se declara o no la nulidad de los dos actos suspendidos.

177 Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Radicado: 11001-03-24-000-2008-00431-00. (2, julio, 2015). En el mismo sentido: Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Radicado: 68001-23-31-000-1996-11959-01. (6, diciembre, 2012). Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Auto. Radicado: No. 2009-01129. (31, marzo, 2011)

178 Colombia. Consejo de Estado, Sección Quinta. Auto. Radicado: 05001-23-33-000-2017-00409-01. (11, mayo, 2017).

### 3.2.3 EL INCIDENTE DE SUSPENSIÓN EN CASO DE REPRODUCCIÓN DEL ACTO ANULADO

Respecto del procedimiento en caso de reproducción del acto anulado, el artículo 239 faculta al interesado a pedir la suspensión provisional y la nulidad del acto que lo reproduce, en un documento que contendrá las razones de su solicitud y acompañará copia del nuevo acto.

Artículo 239. Procedimiento en caso de reproducción del acto anulado. El interesado podrá pedir la suspensión provisional y la nulidad del acto que reproduce un acto anulado, mediante escrito razonado dirigido al juez que decretó la anulación, con el que acompañará la copia del nuevo acto.

Si el juez o Magistrado Ponente considera fundada la acusación de reproducción ilegal, dispondrá que se suspendan de manera inmediata los efectos del nuevo acto, ordenará que se dé traslado de lo actuado a la entidad responsable de la reproducción y convocará a una audiencia, con el objeto de decidir sobre la nulidad.

En esa audiencia, el juez o Magistrado Ponente decretará la nulidad del nuevo acto cuando encuentre demostrado que reproduce el acto anulado, y compulsará copias a las autoridades competentes para las investigaciones penales y disciplinarias a que hubiere lugar.

La solicitud será denegada, cuando de lo debatido en la audiencia se concluya que la reproducción ilegal no se configuró.

Como se observa, se trata de un trámite expedito en el que, si el operador judicial encuentra fundada la acusación, podrá disponer de forma inmediata la suspensión de los efectos del nuevo acto y ordenar el traslado de lo actuado a la entidad responsable de la reproducción, además de convocar a audiencia en la que se decidirá la nulidad<sup>179</sup>.

### 3.3. LA EFICACIA DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO PARA PROTEGER DERECHOS FUNDAMENTALES

La naturaleza subsidiaria de la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales, es quizás, su característica más apreciable y definida desde el artículo 86 de la Constitución, según el cual, “sólo procederá cuando

---

179 Colombia. Consejo de Estado, Sección Quinta. Radicado: 05001-23-33-000-2016-00254-03. (30, marzo, 2017).



el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. En desarrollo de ese mandato, dispone el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991:

Artículo 6º. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

(...)

En los 27 años de existencia del mecanismo constitucional, han sido varias las posiciones de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, respecto de si, la tradicional medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, resulta idónea y eficaz para la protección de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades.

En algunas ocasiones, la Corte declaró improcedentes las solicitudes de amparo en las que se pretendía controvertir decisiones sancionatorias, cuando no se había hecho uso de los medios ordinarios de defensa o no se advertían circunstancias fácticas especiales que reclamaran una intervención directa e inmediata de la justicia constitucional, argumentando que, la decisión administrativa no implicaba en sí misma la existencia de un perjuicio irremediable porque, de lo contrario, se despojaría de sus atribuciones a la justicia ordinaria.

En otras, se sostuvo que la suspensión provisional no se erigía en garantía de una tutela judicial efectiva, argumentando que, la redacción del artículo 152 del CCA que contemplaba como requisito de procedencia la verificación de la existencia de una “manifiesta infracción” de la norma superior, haciendo inoperante la herramienta. Y es que no bastaba con la hipotética o teórica existencia de otros medios de defensa judicial, sino que, para la procedibilidad de la acción, se debía considerar su idoneidad material o la aptitud funcional de acuerdo con las necesidades y particularidades de cada caso<sup>180</sup>.

180 Ver en ese sentido: Colombia. Corte Constitucional. Sentencias T-001 de 1992, T-007 de 1992, T-441 de 1993, T-202 de 1994, T-287 de 1995, T-640 de 1996, SU-039 de 1997, T-272 de 1997, T-554 de 1998, SU-086 de 1999, SU-646 de 1999, T-716 de 1999, T-156 de 2000, T-418 de 2000, T-815 de 2000, SU-1052 de 2000, T-482 de 2001, T-1062 de 2001, SU-1184 de 2001, T-033 de 2002, T-135 de 2002, T-408 de 2002,

A partir de la Sentencia SU-039 de 1997 la Corte fijó una regla según la cual, era posible hacer uso de la acción de tutela aun cuando existiera la eventualidad de la suspensión provisional, o cuando esta se hubiera denegado al interior de un proceso contencioso administrativo. Esto, tras explicar que la acción de tutela y la suspensión provisional no podían mirarse como instrumentos de protección excluyentes, sino complementarios, prevaleciendo la tutela sobre la acción contencioso-administrativa.

En la sentencia de unificación SU-712 de 2013, aun en el marco del viejo CCA, la Corporación sostuvo que para la suspensión provisional se contemplaban exigentes condiciones, restringiendo su aptitud para enfrentar la violación de los derechos del afectado. En ese caso, se concluyó que, la acción de tutela contra actos administrativos sancionatorios resultaba procedente siempre que se acreditaran los elementos característicos del perjuicio irremediable, no obstante, en el caso concreto, no se encontraron vulnerados los derechos de la peticionaria.

Tras la expedición del CPACA, se ha estudiado si el mecanismo principal e idóneo para cuestionar la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos particulares es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que regula el artículo 138 del CPACA. Tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado vienen sosteniendo, que, si el accionante tiene la opción de instaurar ese medio de control, resulta idóneo y eficaz, en especial, por los cambios significativos en el régimen de medidas cautelares regulado en los artículos 229 a 241 del CPACA.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado señaló en ese sentido en providencia de marzo de 2014, que:

“(…) con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo nació una nueva relación entre acción de tutela y los medios de control judicial ordinarios que se ejercen ante la justicia administrativa. El resultado es que la intervención positiva sobre las medidas cautelares debe desplazar a la acción de tutela cada vez más –pero en un sentido de lo correcto, a la luz del art. 86-pues al interior de las acciones ordinarias se puede resolver la problemática de la protección efectiva y pronta de los derechos fundamentales”<sup>181</sup>.

T-500 de 2002, T-179 de 2003, T-982 de 2004, T-1168 de 2008, T-104 de 2009, T-715 de 2009, T-502 de 2010, SU-917 de 2010 y SU-339 de 2011.

181 Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena. Radicado: 25000-23-42-000-2013-06871-01. (5, marzo, 2014).

Han entendido que de presentarse un “perjuicio irremediable”, este podría ser protegido con la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, tal como se señaló en la Sentencia SU-355 de 11 de junio de 2015:

Conforme a lo señalado, las restricciones de la suspensión provisional aludían a la oportunidad para solicitarla y a las condiciones para su prosperidad. Solo era posible plantearla antes de ser admitida la demanda y su éxito dependía de que la oposición con normas superiores fuese “evidente”, “ostensible”, “notoria”, “palmaria” o “a primera vista”. Esto último le imponía a la autoridad judicial la prohibición de emprender tareas de interpretación jurídica o fáctica encaminadas a establecer la violación de las normas aplicables.

(...)

En efecto, la regulación que en materia de suspensión provisional introdujo la Ley 1437 de 2011 y la comprensión que de ella ha tenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, permiten a este Tribunal concluir que el accionante cuenta, *prima facie*, con un medio judicial no solo idóneo sino también temporalmente eficaz para debatir oportunamente la posible violación de sus derechos y plantear la adopción de una medida de protección si se cumplen las condiciones para ello.

En efecto, al amparo de las normas sobre suspensión provisional, el juez administrativo puede ocuparse de evaluar antes de un pronunciamiento definitivo y en un término breve, si el acto administrativo se opone, al menos en principio, a las normas señaladas por el demandante, lo que incluye naturalmente las disposiciones constitucionales que reconocen derechos fundamentales. Si bien la suspensión provisional de los efectos de un acto de la administración no supone su invalidez, sí tiene la aptitud de proteger los derechos presuntamente afectados, al proscribir que dicho acto sea ejecutado. Además, de conformidad con la regulación vigente, la solicitud de suspensión provisional puede, en eventos de urgencia valorados por el juez administrativo, adoptarse sin previa notificación de la otra parte.

En la sentencia T-308 de 2016, se recogieron las reglas para definir la procedencia de la tutela, de cara al principio de subsidiariedad de la siguiente manera:

Así, por regla general, (i) cuando el ciudadano cuenta con otros mecanismos de defensa judicial idóneos para resolver las cuestiones planteadas y no se configura un perjuicio irremediable, la acción de

tutela es improcedente; (ii) cuando el accionante no cuenta con otros mecanismos judiciales idóneos y eficaces, las órdenes del juez de tutela son definitivas; y (iii) excepcionalmente, cuando el afectado dispone de otros mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces pero la actuación del juez sea necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, el juez de tutela podrá dar órdenes transitorias que brinden protección al derecho fundamental hasta tanto el juez ordinario o la autoridad competente se pronuncie sobre las pretensiones. Lo anterior, sin perjuicio de que, en el análisis de casos concretos, el juez constitucional establezca las subreglas pertinentes acorde con la jurisprudencia constitucional.

También en la sentencia T-376 de 2016 la Corte Constitucional se pronunció sobre las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, para concluir que el CPACA las dotó de efectividad suficiente de cara a fortalecer la protección de los derechos constitucionales.

Posteriormente, en sentencia de unificación SU- 691 de 2017, la Corte Constitucional recogió el estado actual de la jurisprudencia en la materia, destacando la creación del mecanismo de las medidas cautelares de urgencia con un régimen diferenciado respecto de las medidas cautelares ordinarias, entre otros cambios garantistas que permiten la protección de los derechos constitucionales “al menos *prima facie*, de manera efectiva”. Y agregó:

19. En todo caso, si bien la acción de tutela debe paulatinamente darle un lugar prevalente a los mecanismos ordinarios creados por el legislador para resolver cuestiones *iusfundamentales* en la Jurisdicción Ordinaria y en la de lo Contencioso Administrativo, la realidad es que subsisten ciertas diferencias entre la eficacia que para la protección de derechos fundamentales ofrece la acción de tutela, con relación a las medidas cautelares desarrolladas por el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). Entre ellas, la más relevante es que las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho iniciadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, deben presentarse por intermedio de un abogado y el procedimiento, a pesar de los avances normativos en pro de la eficacia del derecho de acceso a la administración de justicia, se rige por la formalidad y por la regla de la justicia rogada. Por su parte, la acción de tutela no requiere de apoderado judicial y se rige, en contraposición, por el principio de informalidad y permite la adopción de fallos *extra* y *ultra petita*. Además, las medidas provisionales proferidas por el juez de tutela no requieren de caución por parte del accionante, lo que sí ocurre ante la Jurisdicción

de lo Contencioso Administrativo, salvo en lo relativo a la suspensión provisional de actos administrativos.

20. Todo lo expuesto le indica a la Sala Plena de la Corte Constitucional que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es, en principio, un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para proteger los derechos fundamentales de los servidores públicos desvinculados de las entidades públicas, al estar dotado de herramientas propicias para, entre otras cosas, suspender los efectos de actos administrativos que generen perjuicios irremediables a los demandantes, en **cualquier etapa del proceso** y sin que el rechazo inicial de la solicitud, sea obstáculo para que posteriormente sean solicitadas las cautelas necesarias.

Así, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuenta en la actualidad con las herramientas necesarias para garantizar la protección de los derechos fundamentales de forma igual o superior al de la acción de tutela, por parte de los jueces especializados en los asuntos del contencioso administrativo y también encargados de la protección de los derechos fundamentales. Pero esto no significa la improcedencia **ni automática ni absoluta** de la acción constitucional de protección subsidiaria de derechos fundamentales, ya que los jueces de tutela tienen la obligación de determinar, de conformidad con el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la idoneidad y la eficacia-en concreto-de los otros medios de defensa judicial atendiendo a las circunstancias particulares del solicitante. Específicamente se debe considerar: (i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados.

Por consiguiente, acorde con lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, pese a la existencia de mecanismos ordinarios de defensa judicial, la acción de tutela puede ser procedente excepcionalmente cuando sea necesaria la actuación del juez de tutela, en principio, con el fin de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En diversas providencias de tutela del año 2018, la Corte Constitucional ha reiterado la regla general de improcedencia de la tutela frente a actos administrativos, ante la posibilidad de adopción de medidas cautelares en los medios de control disponibles en la JCA, no obstante, deja abierta la puerta de su uso excepcional como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, bajo determinados supuestos rigurosos de inminencia, gravedad, urgencia e impostergabilidad.

- En la Sentencia T-068 de 2018, en un caso de retiro del servicio de un miembro de las Fuerzas Militares, se declaró procedente la tutela de manera

excepcional para controvertir las decisiones administrativas, argumentando que: “la realidad es que subsisten ciertas diferencias entre la idoneidad que ofrece la acción constitucional, por un lado, y las medidas cautelares del CPACA, por otro, para la protección invocada en estos eventos”. En esta providencia se destacó que en casos similares, se había concluido la ineficacia de los medios judiciales ordinarios y el carácter preferente de la tutela, señalando que:

Sin embargo, si bien la figura de la suspensión está siendo implementada de manera más activa por los jueces administrativos, ello no asegura que lo hagan en todos los casos, pues se trata de una medida facultativa, que de todas maneras, está sometida al análisis de validez del acto administrativo. Entonces, es posible que una decisión administrativa sea legal porque se ajusta a los estrictos y precisos términos de la ley, pero viole derechos fundamentales, con lo cual bien podría pensarse que no procede la medida cautelar de una decisión apoyada en la ley, pero sí la acción de tutela para proteger derechos fundamentales gravemente afectados, por lo que sería urgente la intervención del juez constitucional.

Cuestionando la idoneidad y eficacia de la medida cautelar en el marco del mecanismo ordinario de defensa judicial, recordó que: “una es la perspectiva del juez contencioso administrativo sobre [la] viabilidad de la suspensión provisional del acto, según los condicionamientos que le impone la ley, y otra la del juez constitucional, cuya misión es la de lograr la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales”.

En ese caso, para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable sobre el mínimo vital del actor y de su familia, se ampararon los derechos fundamentales en la acción de tutela, aun cuando no había solicitado el decreto y práctica de medida cautelar en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previamente instaurado. Esto, de manera transitoria “hasta tanto el juez natural adopte, en el marco de su autonomía judicial y de sus competencias, una decisión de fondo en la materia”.

- En la Sentencia T-245 de 2018, la Corte reiteró que la acción de tutela es improcedente como medio principal para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, dada la existencia de mecanismos ordinarios en la JCA en los que, desde la presentación de la demanda, se pueden solicitar medidas cautelares. Esto, sin perjuicio de que la acción se torne procedente como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable bajo determinados supuestos rigurosos inminencia, gravedad, urgencia e

impostergabilidad, caso en el cual el juez constitucional estaría habilitado para adoptar las medidas necesarias, como suspender la aplicación del acto u ordenar que no se ejecute mientras se decide en la jurisdicción competente. En esos casos, es el juez quien determina la eficacia concreta del medio de defensa judicial frente a las particularidades del asunto. Esta tesis sobre la subsidiariedad, fue reiterada posteriormente en la Sentencia T-282 de 2018.

En la Sentencia T-299 de 2018, pese a señalar la idoneidad y efectividad de las medidas cautelares que pueden solicitarse en el marco de los procesos iniciados con base en las acciones previstas en el CPACA, consideró la Sala que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no resultaba idónea para la protección de los derechos invocados por la accionante, debido a que las medidas cautelares que podrían solicitarse en ese tipo de procesos pueden, en determinadas circunstancias, no ser procedentes, cuando: “la actuación administrativa acusada pueda tener apariencia de validez porque existe una disposición legal que le sirva de sustento, pero dicha disposición se opone a normas sobre derechos fundamentales con rango constitucional”.

Más recientemente, en la Sentencia T-307 de 2018, se desestimó la eficacia del CPACA como mecanismo preferente para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, prevaleciendo la tutela. Frente a la inclusión en el CPACA de nuevas medidas cautelares, se adujo que estas: “siempre operan en función del objeto final del trámite que se cifra en el control de legalidad de los actos administrativos y no en la solución de complejos problemas constitucionales, como los que involucran los derechos de comunidades y pueblos indígenas. Además, su efectividad no iguala ni supera a la de la acción de tutela, debido a la congestión de la jurisdicción de lo contencioso administrativo”<sup>182</sup>.

<p style="text-align: center; font-size: 2em;"><i>Ap</i></p>	<p><b>Actividades pedagógicas</b> <b>Investigación</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Estudie la Sentencia 048 del 10 de agosto de 1989 de la Corte Suprema de Justicia que declaró inexecutable la figura de la “suspensión provisional en prevención de actos preparatorios o de trámite” –artículo 153 del derogado CCA–. Informe si los argumentos allí expuestos darían lugar a un debate</li> </ul>
--	---

<sup>182</sup> En el mismo sentido ver: Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-097. (16, febrero, 2017); Sentencia T-416. (29, junio, 2017).



*Ap*

de constitucionalidad de la medida prevista en el artículo 230 del CPACA de: “2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual”. Como elemento de análisis, considere que el artículo 238 constitucional faculta la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos “que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”.

- Identifique 3 providencias del Consejo de Estado en las que se señale que los criterios de *fumus boni iuris* y *periculum in mora* aplican para medidas cautelares distintas a la suspensión provisional. Identifique 3 providencias del Consejo de Estado en las que se declare la suspensión provisional invocando esos criterios.
- Encuentre 3 fallos de tutela en los que se ordena la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, y enliste los requisitos que hicieron excepcionalmente procedente la medida.

**Reflexión:**

- - ¿Cuáles fueron las razones que tuvo el constituyente para elevar a rango constitucional la medida cautelar de suspensión de actos administrativos?
- - Teniendo en cuenta los cambios que tuvo la medida cautelar de suspensión provisional entre el CPACA y el CCA, ¿qué régimen considera más garantista del derecho a la tutela judicial efectiva?
- - ¿Considera que el CPACA exige la verificación del *fumus boni iuris* y *periculum in mora* como requisito para decretar la suspensión provisional de un acto administrativo?
- -Bajo los preceptos del CPACA, la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo requiere expresa petición de parte debidamente sustentada. Analice si es procedente el decreto oficioso de esta medida en las siguientes hipótesis: (i) el demandante no solicita medida cautelar, (ii) el demandante solicita otro tipo de cautela.



<p><i>Ae</i></p>	<p><b><i>Autoevaluación</i></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Un ciudadano ejerce el medio de control de nulidad electoral, pretendiendo que se anule el acta por medio de la cual un Concejo Municipal nombró al señor Pedro Pérez como Personero. Pide adicionalmente, como cautela, la suspensión provisional de los efectos del acto.</li> <li>• El actor señala que el acta demandada materializó la reproducción de un acto que fue anulado por el Consejo de Estado en otro proceso, por irregularidades cometidas por el Presidente del Concejo Municipal en el concurso de méritos que derivó en el primer nombramiento del señor Pérez.</li> <li>• En esa sentencia, también se dictó fallo inhibitorio respecto del acto administrativo por medio del cual se estableció la lista de elegibles como resultado del concurso, por lo que el Concejo Municipal dispuso la reanudación del concurso público de méritos “conforme a lo fallado” indicando que debía retrotraerse el proceso. Se presentó el saneamiento del proceso de selección, y el resultado, fue el segundo nombramiento del señor Pedro Pérez.</li> <li>• Las censuras recayeron exclusivamente sobre aspectos de legalidad objetiva respecto de la convocatoria y, por ende, que afectaban y atañían al proceso de selección, sin involucrar las condiciones subjetivas del elegido ni las calidades personales o individuales de elegibilidad del demandado.</li> <li>• De acuerdo con el caso planteado:             <ul style="list-style-type: none"> <li>• - Defina si se encuentra fundado el incidente de reproducción del acto anulado.</li> <li>• - Explique cómo puede el actor demostrar que el nuevo acto reprodujo materialmente el contenido del anulado o que se replicaron las mismas irregularidades que ocasionaron la nulidad del acto de elección primigenio.</li> </ul> </li> </ul>
------------------	--

## J

*Jurisprudencia*

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-307. (27, julio, 2018).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-299. (24, julio, 2018).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-245. (26, junio, 2018).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-068. (26, febrero, 2018).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-691. (23, noviembre, 2017).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-416. (29, junio, 2017).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Quinta. Auto, radicado: 05001-23-33-000-2017-00409-01. (11, mayo, 2017).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Quinta. Radicado: 05001-23-33-000-2016-00254-03. (30, marzo, 2017).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-367. (12, julio, 2016).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-308. (16, junio, 2016).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-355. (11, junio, 2015).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-712. (12, octubre, 2013).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-339. (4, mayo, 2011).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-917 (16, noviembre, 2010).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-502 (17, junio, 2010).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-715 (17, marzo, 2009).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-104 (20, febrero, 2009).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1168 (26, noviembre, 2008).

## J

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-750. (31, agosto, 2006).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-982 (8, octubre, 2004).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-179 (28, febrero, 2003).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-500 (27, junio, 2002).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-287. (5, julio, 1995).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-202. (21, abril, 1994).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-441. (3, julio, 1992).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-007. (13, mayo, 1992).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Primera. Radicado: 11001-03-24-000-2008-00431-00. (2, julio, 2015).

Colombia. Consejo de Estado. Sala Plena. Radicado: 25000-23-42-000-2013-06871-01. (5, marzo, 2014).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Primera. Radicado: 68001-23-31-000-1996-11959-01. (6, diciembre, 2012).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Primera. Auto, radicado: 2009-01129. (31, marzo, 2011).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto, Radicado: 37712. (3, marzo, 2010).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto, Radicado: 36054. (27, mayo, 2009).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado: 35.827. (1, diciembre, 2008).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto, Radicado: 25000232600020070053301. (1, diciembre, 2008).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado: 34.945. (10, abril, 2008).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado: 33.800. (25, julio, 2007).

## J

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-408 (23, mayo, 2002).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-135 (28, febrero, 2002).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-033 (25, enero, 2002).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-1184 (13, noviembre, 2001).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1062 (11, octubre, 2001).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-482 (10, julio, 2001).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-1052 (1, marzo, 2000).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-815 (4, julio, 2000).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-418 (11, abril, 2000).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-156 (22, febrero, 2000).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-716 (28, septiembre, 1999).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-646 (1, noviembre, 1999).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-086 (17, febrero, 1999).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-554 (5, octubre, 1998).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-272 (30, mayo, 1997).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-039 (3, noviembre, 1997).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado. 12.523. (30, enero, 1997).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-640. (22, noviembre, 1996).

<p><i>J</i></p>	<p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado: 31.101. (25, enero, 2007).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado: 32.609. (11, octubre, 2006).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto, radicado: 21.845. (7, febrero, 2002).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado: 15.111. (21, enero, 1999).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Radicado: 7894. (2, abril, 1993).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Quinta. Auto, Radicado: 752. (24, julio, 1992).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Consulta. (30, marzo, 1938).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto. (24 de junio de 1986).</p>
-----------------	--



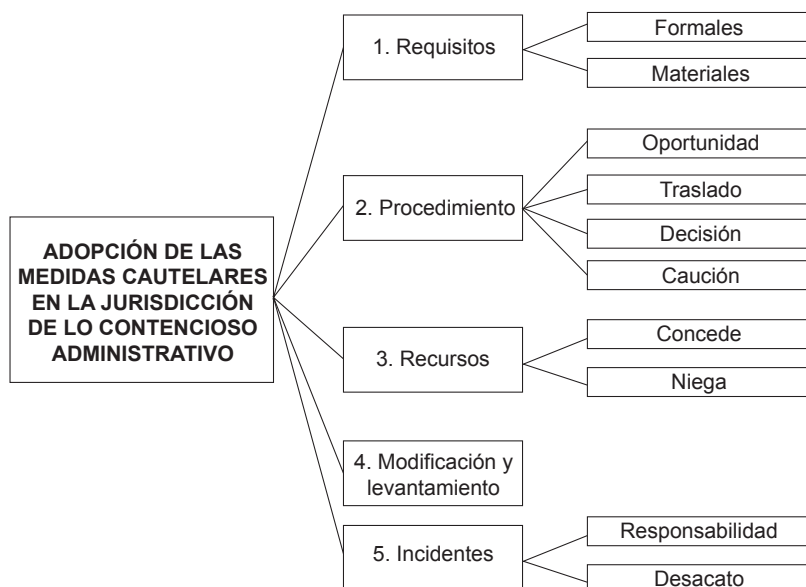
# Unidad 4

## PROCEDIMIENTO PARA RESOLVER LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (JCA)

### OBJETIVOS

Og	<b>Objetivo general</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• Identificar el procedimiento que debe surtir para la adopción de medidas cautelares en la JCA.</li></ul>
Oe	<b>Objetivos específicos</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• Identificar los requisitos formales o genéricos de procedencia de las medidas cautelares.</li><li>• Analizar los requisitos los requisitos materiales o sustanciales de procedencia de las medidas cautelares.</li><li>• Identificar el procedimiento para la adopción de las medidas cautelares, tanto de manera escrita como en audiencia.</li><li>• Analizar las causales de levantamiento, modificación y revocatoria de las medidas cautelares.</li><li>• Revisar los recursos procedentes en contra del auto que decreta una medida cautelar.</li></ul>

## CONTENIDO



\* Fuente: Ana María Moncada

### 4.1 REQUISITOS PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CPACA

En los artículos 229 y siguientes del CPACA se definen los requisitos para la procedencia de las medidas cautelares en los procesos declarativos que se adelantan ante la JCA, diferenciando si se trata de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, o en los demás casos<sup>183</sup>. Si bien el sistema es amplio, otorgando mayor margen de discrecionalidad para resolver sobre las cautelas, se deben corroborar estrictamente los parámetros definidos por el legislador.

Se pueden clasificar en dos grupos, los requisitos de procedencia de las medidas cautelares en el CPACA, a saber: (i) requisitos formales o genéricos aplicables en todos los medios de control, y (ii) requisitos materiales o sustanciales, los cuales a su vez se dividen, en: (a) materiales o sustanciales comunes para todas las medidas cautelares, (b) materiales para medidas de

<sup>183</sup> La clara decisión legislativa de separar los requisitos para la medida de suspensión provisional, de los necesarios para las demás, puede constatarse en la ponencia para segundo debate del proyecto de ley No. 315 de 2010 - Cámara y 198 de 2009 - Senado, publicado en la Gaceta del Congreso No. 951 de 23 de noviembre de 2010.



suspensión provisional de un acto administrativo, y (c) materiales para las medidas distintas a la suspensión de un acto administrativo<sup>184</sup>.

**Cuadro 7. Requisitos para el decreto de las medidas cautelares**

VALIDACIÓN DE REQUISITOS PARA EL DECRETO DE MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS DECLARATIVOS EN LA JCA		
REQUISITOS FORMALES O GENÉRICOS	<div>1. <i>Petición de parte debidamente sustentada</i></div> <div>2. <i>Oportunidad</i><div>- <i>Demanda (de urgencia u ordinarias)</i></div><div>- <i>Cualquier estado del proceso</i></div></div> <div>3. <i>Verificación de procedencia según el medio de control</i></div> <div>4. <i>Verificación del régimen aplicable.</i></div>	
REQUISITOS MATERIALES O SUSTANCIALES	<b>A. COMUNES A TODAS LAS MEDIDAS</b> <div>1. <i>Necesidad</i><div>- <i>Proteger provisionalmente el objeto del proceso</i></div><div>- <i>Proteger provisionalmente la efectividad de la sentencia</i></div></div> <div>2. <i>Relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda</i></div>	
	<b>B. PARA LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO</b>	
	<u>NULIDAD SIMPLE</u> <div><i>Probar solo violación de las normas superiores invocadas.</i></div>	<u>NULIDAD + RESTABLECIMIENTO E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS</u> <div><i>Probar violación de las normas superiores invocadas y existencia de perjuicios.</i></div>
	<b>C. PARA MEDIDAS CAUTELARES DISTINTAS A LA SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO</b> <div>1. <i>Demanda razonablemente fundada en derecho -aparencia de buen derecho-.</i></div> <div>2. <i>Probar titularidad del derecho invocado.</i></div> <div>3. <i>Afectación grave del interés público si no se decreta la medida – juicio de ponderación de intereses-.</i></div> <div>4. <i>Perjuicio irremediable o efectos nugatorios de la sentencia sino se decreta la medida –periculum in mora-.</i></div>	

Fuente: Ana María Moncada

184 Colombia. Consejo de Estado, Sección Segunda. Auto, expediente 11001-03-25-000-2012-00474-00(1956-12). (29, noviembre, 2016). C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. De igual forma, Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto, expediente: 11001-03-26-000-2015-00126-01(54850). (29, marzo, 2016). C.P. Danilo Rojas Betancourth; Colombia. Consejo de Estado, Sección Segunda. Auto, Expediente N°: 11001-03-25-000-2014-00942-00. (6, abril, 2015). C.P: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

#### 4.1.1 REQUISITOS FORMALES O GENÉRICOS APLICABLES EN TODOS LOS MEDIOS DE CONTROL

Estos requisitos exigen una corroboración formal y no un análisis valorativo<sup>185</sup>, y se concretan en: (i) petición de parte de la medida debidamente sustentada; (ii) oportunidad de la solicitud; (iii) una verificación de procedencia según el medio de control.

Para mayor ilustración, se presenta el cuadro esquemático implementado por la Sección Segunda del Consejo de Estado para explicar estos requisitos formales<sup>186</sup>:

*Cuadro 8. Requisitos para el decreto de las medidas cautelares*

REQUISITOS PARA EL DECRETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES -LEY 1437 DE 2011-			
	Referidos al tipo de proceso	Referidos al impulso	Referidos a la oportunidad
<b>1. REQUISITOS FORMALES DE PROCEDIBILIDAD</b>	<b>a. Declarativos</b> <i>o</i> <i>b. De defensa de derechos e intereses colectivos.</i>	<b>a. Solicitud de parte (sustentada en la demanda o escrito separado)</b> <i>o</i> <i>b) De oficio (únicamente para procesos de defensa de derechos e interés colectivos)</i>	<b>a. De urgencia</b> <b>b. Con la demanda</b> <i>o</i> <b>c. En cualquier etapa del proceso.</b>

Fuente: Consejo de Estado, Sección Segunda.

A continuación, se explicará cada uno:

##### **(A) Petición de parte debidamente sustentada**

En el artículo 229 del CPACA se indica que las medidas cautelares en los procesos declarativos proceden a petición de parte debidamente sustentada, por lo que, en consecuencia, forzaría concluir que no proceden de oficio. Este requisito exige que la petición se formule por el demandante de manera

<sup>185</sup> Ibid.

<sup>186</sup> Colombia. Consejo de Estado, Sección Segunda. Auto. Radicado: 11001-03-25-000-2012-00474-00(1956-12). (29, noviembre, 2016).

clara y concreta, en palabras del Consejo de Estado: “con precisión de los argumentos que la sustentan y de las pruebas que se acompañan con tal propósito”<sup>187</sup>.

Que la solicitud provenga de la parte demandante, como requisito de procedencia de una medida cautelar, está íntimamente ligado a la legitimación por activa en el proceso contencioso administrativo. Para que se presente, es necesario que exista identidad entre la persona facultada por la Constitución y la ley para invocar la acción –legitimación en la causa por activa– y la persona respecto a la cual puede ser reclamado el derecho –legitimación en la causa por pasiva–.

En cuanto a los motivos o razones que sustentan la solicitud podrán presentarse, en: (i) escrito separado a la demanda, (ii) en el texto de la demanda o por remisión expresa que se realice al concepto de violación desarrollado en la demanda<sup>188</sup>, o incluso, (iii) en audiencia<sup>189</sup>, según la oportunidad en que se solicite, como se verá más adelante.

En relación con la sustentación de la petición, la Sección Quinta del Consejo de Estado ha precisado que: “la medida cautelar se debe solicitar (no es oficiosa), ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado. Exige que la petición contenga una sustentación específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el mismo concepto de violación”<sup>190</sup>.

Como ejemplo, se enlistan algunos casos en los que se ha rechazado la solicitud de medida cautelar por carencia de sustentación, así:

- En providencia de 24 de julio de 2013, se sostuvo que el demandante no enunció cuáles eran las normas que infringían los actos enjuiciados, faltando a la carga del interesado sustentar los motivos que pueden dar lugar a la declaración de la cesación de los efectos de decisiones de la Administración, máxime si tal mecanismo constituye una excepción al principio de legalidad y al carácter ejecutorio de los actos administrativos<sup>191</sup>.

187 Colombia. Consejo de Estado. Sección Quinta. Radicado: 11001-03-28-000-2014-00097-00. (8, octubre, 2014).

188 Ibid.

189 Colombia. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Radicado: 11001-03-28-000-2015-00021-00(B). (13, agosto, 2015).

190 Colombia. Consejo de Estado. Sección Quinta. Radicado: 11001-03-28-000-2012-00068-00. (24, enero, 2013). Reiterada en: Sección Cuarta. Radicado: 11001-03-27-000-2013-00034-00(20677). (9, marzo, 2017).

191 Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Radicado: 11001-03-24-000-2013-00183-00. (24, julio, 2013).

- En providencia de 9 de abril de 2015, se precisó que sustentar de manera precisa la solicitud de suspensión provisional obedece a expresa exigencia legal. Para acceder a la petición, la oposición a la norma debe surgir de un estudio, que no puede hacerse cuando la petición carece de soporte<sup>192</sup>.

- En providencia del 16 de julio de 2015, se agregó que la medida debe ser solicitada y sustentada de modo expreso, bien en la demanda o en escrito separado, máxime si tal mecanismo constituye una excepción al principio de legalidad y al carácter ejecutorio de los actos administrativos<sup>193</sup>.

- En providencia del 29 de marzo de 2017 se sostuvo que el demandante se limitó a exponer una serie de consideraciones de carácter subjetivo que no se traducen en que el acto demandado riña con normas superiores o las transgreda. Si no se justifican las razones por las cuales el acto acusado debe suspenderse, se incumplen los requisitos establecidos en la Ley 1437 de 2011 para la prosperidad de la solicitud de suspensión provisional<sup>194</sup>.

A la pregunta de si un coadyuvante podría solicitar el decreto de una medida cautelar, considerando que puede efectuar todos los actos procesales permitidos a la parte a la que ayuda –artículo 223 del CPACA–, la respuesta ha sido afirmativa en las providencias del Consejo de Estado<sup>195</sup>.

No obstante es claro que la carga de argumentación y probatoria la debe asumir quien solicita la medida cautelar, después de solicitada y sustentada, se señala en una providencia, que: “el juez o magistrado ponente no está limitado a decretar las medidas cautelares solicitadas por la parte demandante, sino que puede además, ordenar otro tipo de cautelas cuando las considere necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso, la efectividad de la sentencia, y en general, restablecer el ordenamiento jurídico y amparar los derechos fundamentales de los asociados”<sup>196</sup>.

La excepción a la anterior regla general de petición de parte debidamente sustentada en la JCA, se encuentra en los procesos que busquen la defensa de

192 Reiterada en Colombia. Consejo de Estado, Sección Quinta. Radicado: 11001-03-28-000-2017-00029-00. (19, octubre, 2017).

193 Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Radicado: 11001-03-24-000-2014-00598-00. (16, julio, 2015).

194 Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Radicado: 11001-03-24-000-2016-00556-00. (29, marzo, 2017).

195 Colombia. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Radicado: 11001-03-27-000-2012-00047-00 (19720). (10, marzo, 2017).

196 Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto. Radicado: 611001-03-25-000-2017-00212-00(1219-2017). (31, mayo, 2018).

los derechos e intereses colectivos y en las tutelas, en los cuales se permite, de oficio, decretar medidas cautelares, como se verá en el correspondiente apartado.

### **(B) Oportunidad para la solicitud de la medida cautelar**

Tal como se ha sostenido, la instrumentalidad es una de las notas distintivas de la medida cautelar, dado que se encuentra atada a un proceso en el que se discute el derecho y al que le sirve como garantía de la efectividad de la decisión principal que en el mismo se adoptará<sup>197</sup>.

De esa característica y las previsiones del CPACA, se deriva que la medida cautelar supone la existencia previa de un proceso judicial, por lo que solo podría solicitarse de manera concomitante o posterior a la presentación de la demanda, en consecuencia, no podría requerirse por fuera de un proceso contencioso administrativo.

La medida cautelar en la JCA, “no existe ni subsiste sin un proceso principal”<sup>198</sup>, máxime cuando, la solicitud y práctica de una medida cautelar extraprocesal, tendría que estar expresamente permitida por el Legislador, como ocurre, por ejemplo, en asuntos relacionados con violaciones a la propiedad intelectual (artículo 244 de la Ley 23 de 1982) y la competencia desleal (artículo 31 de la Ley 256 de 1996) en los que una ley especial las autoriza (Cfr. Artículo 589, CGP).

Entre los cambios más representativos respecto de la regulación anterior al CPACA y al CGP en punto a las medidas cautelares, se encuentra en la oportunidad para su solicitud, que comprende, desde la presentación de la demanda y en cualquier etapa del proceso (artículo 233 y 234, CPACA). En su práctica, en algunas providencias se ha sostenido que la medida cautelar podrá pedirse, incluso, durante la segunda instancia, como se verá más adelante<sup>199</sup>.

La excepción a esa regla general, se encuentra en los procesos electorales, que cuentan con norma especial en el artículo 277 del CPACA en donde se regula el contenido del auto admisorio de la demanda, en el que, entre otras, se dispondrá: “En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional

197 Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto, Radicado: No. 11001-03-15-000-2014-03799-00. (17, marzo, 2015).

198 Expresión tomada del salvamento de voto del consejero Jorge Octavio Ramírez en la sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Radicado. 25000-23-42-000-2013-06871-01: (5, marzo, 2014).

199 Colombia. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Radicado: 11001-03-27-000-2013-00033-00(20676). (2, septiembre, 2014) En el mismo sentido: Sección Cuarta. Radicado: 11001-03-27-000-2014-00009-00(20944). (14, diciembre, 2016).

del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección. Contra este auto solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación.”

Sobre la exigencia de que la solicitud se haga en la demanda, señaló la Sección Quinta del Consejo de Estado, en auto de 27 de junio de 2013, que tal expresión no podía entenderse de una manera exegética, en aras de garantizar el acceso a la administración de justicia y la tutela judicial efectiva. En sus términos:

Para mayor claridad sobre el punto, se precisa que de conformidad con el artículo 277 del CPACA, existen dos posibles interpretaciones frente a la oportunidad en la que se puede solicitar la medida cautelar de suspensión provisional, en el marco de un proceso electoral: (i) esta solo puede presentarse en la demanda y; (ii) o con posterioridad a la presentación de esta, siempre y cuando la solicitud se haya presentado antes de la admisión de la demanda y en vigencia del término de caducidad, independientemente de que se radique con la misma, o posteriormente en escrito separado, corresponde al juez hacer el estudio de la misma. (...) Ahora bien, el condicionamiento relativo a la solicitud previa a la admisión de la demanda, igualmente resulta apenas natural, puesto que de conformidad con lo normado en el artículo 277 del CPACA es allí donde debe resolverse.

Nótese que la solicitud de la medida cautelar, cuando se hace con posterioridad a la presentación de la demanda, no se adecúa a los supuestos de reforma de esta, y, por tanto, a ella no pueden aplicársele dichas reglas, pues ciertamente le son ajenas<sup>200</sup>.

Esta posición ha sido reiterada, entre otros, en el auto de 30 de junio de 2016, en donde se señaló que la presentación de la solicitud de la medida cautelar debe ser siempre antes de la admisión de la demanda, dado que se debe decidir sobre ella “en el mismo auto admisorio”<sup>201</sup>. Posteriormente, en auto de 9 de febrero de 2017, se insistió en que la solicitud se debe presentar, antes (i) del vencimiento del término de caducidad de la acción de nulidad electoral; y, (ii) de que se decida sobre la admisión de la demanda<sup>202</sup>.

200 Colombia. Consejo de Estado, Sección Quinta. Auto, Radicado: 11001-03-28-000-2013-00008-00. (27, junio, 2013).

201 Colombia. Consejo de Estado, Sección Quinta. Auto, Radicado: 85001-23-33-000-2016-00063-01. (30, junio, 2016).

202 Colombia. Consejo de Estado, Sección Quinta. Radicado: 41001-23-33-000-2016-00080-01. (09, febrero, 2017).

En esa última providencia, el Consejo de Estado debió resolver sobre la posibilidad de que se decretara una medida cautelar en la sentencia de primera instancia, concluyendo que, por tratarse de un proceso electoral, ya había fenecido el momento procesal para solicitarla y decidirla.

Adicionalmente en ese auto, se estilieron otros argumentos para justificar el rechazo de la medida en esa etapa, que, de acogerse, restringirían la posibilidad de que se soliciten y decreten medidas cautelares en cualquier estado del proceso, aun cuando no se trate de asuntos electorales. En ese sentido se sostuvo: (i) que una cautela en la sentencia de primera instancia desconoce la naturaleza de la medida que debe ser anterior al trámite del proceso y no para que el juez haga inmediatos los efectos de su sentencia, y (ii) que, considerar la presentación de hechos y pruebas nuevas en el proceso para su decreto, contraría una interpretación literal del artículo 231 del CPACA, según el cual, la prueba que será valorada debe ser allegada junto con la solicitud de suspensión provisional, resultando las demás extemporáneas para resolver la medida cautelar.

### **(C) Verificación de la procedencia según el medio de control**

De conformidad con el artículo 229 del CPACA, las medidas cautelares proceden en el marco de los procesos declarativos (arts. 137-145 CPACA), o en los que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos que conoce la JCA. También en las tutelas, en aplicación del artículo 7 del Decreto 2591 de 1991 como se verá en la Unidad V.

*A contrario sensu*, se ha sostenido, por ejemplo, que el régimen de medidas cautelares no es compatible con la naturaleza y finalidad del medio de control de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos –artículo 146–, por no tratarse de un proceso declarativo, pues su objetivo es el exclusivamente el descrito en el artículo 87 de la Constitución, esto es, hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo<sup>203</sup>.

Respecto del régimen de medidas cautelares a aplicar, se debe considerar que: (i) en la acción repetición, la tesis que impera en la Sección Tercera del Consejo de Estado es que no aplica el CPACA, toda vez que la Ley 678 de 2001 se regula el régimen cautelar especial aplicable a estos procesos, remitiendo en lo no dispuesto al CGP; y (ii) en las acciones de grupo, se ha dicho que las normas de la Ley 472 que remiten al CGP y las del CPACA son complementarias y no incompatibles, por lo que se viabiliza acudir a ambos regímenes como se verá en la Unidad V.

203 Colombia. Consejo de Estado, Sección Quinta. Radicado: 25000-23-41-000-2014-00637-01(ACU). (21, agosto, 2014).



### 4.1.2 REQUISITOS MATERIALES O SUSTANCIALES

De acuerdo con el Consejo de Estado, estos requisitos exigen un análisis valorativo de quien imparte justicia<sup>204</sup>. Para mayor ilustración, se presenta el cuadro esquemático implementado por la Sección Segunda del Consejo de Estado para explicar estos requisitos materiales, previa explicación de cada uno de ellos<sup>205</sup>:

**Cuadro 9. Requisitos para el decreto de las medidas cautelares  
–Ley 1437 de 2011–**

REQUISITOS PARA EL DECRETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES – LEY 1437 DE 2011–			
2. REQUISITOS MATERIALES DE PROCEDIBILIDAD	Para la medida cautelar de suspensión del acto administrativo (Medida Cautelar Negativa).	Para medidas cautelares distintas a la suspensión del acto administrativo (Medidas cautelares positivas).	Comunes para todas las medidas cautelares
	<p>a. Si la demanda únicamente pretende nulidad: Probar solo violación de las normas superiores invocadas.</p> <p>b. Si la demanda pretende nulidad, restablecimiento e indemnización de perjuicios: Probar violación de las normas superiores invocadas y existencia de perjuicios.</p>	<p>a) Demanda razonablemente fundada en derecho -Apariencia de buen derecho-.</p> <p>b) Probar titularidad del derecho invocado.</p> <p>c) Afectación grave del interés público si no se decreta la medida.</p> <p>d) Perjuicio irremediable o efectos de la sentencia nugatorios (artículo 231, inciso 3°, numerales 1° a 4°, Ley 1437 de 2011), sino se decreta la medida <i>–periculum in mora–</i>.</p>	<p>a) Necesidad: La medida cautelar debe ser necesaria para proteger y garantizar el objeto del proceso.</p> <p>b) Relación directa con las pretensiones: La medida cautelar debe tener relación directa con las pretensiones de la demanda.</p>

Consejo de Estado, Sección Segunda.

204 Ibid.

205 Colombia. Consejo de Estado, Sección Segunda. Auto, expediente 11001-03-25-000-2012-00474-00(1956-12). (29, noviembre, 2016).



**(A) Requisitos materiales o sustanciales comunes para todas las medidas cautelares**

Retomando la aludida jurisprudencia, son dos los requisitos materiales de procedibilidad que deben constatarse en los procesos sometidos al régimen cautelar del CPACA:

Verificación de su necesidad

Este requisito se desprende del artículo 229 del CPACA, según el cual, la medida se podrá decretar, si se considera “necesaria” para proteger provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda

El inciso primero del artículo 230 del CPACA exige que las medidas cautelares tengan relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda, corroborando que la adopción de una medida cautelar, necesariamente debe estar acompañada o precedida de la presentación de la demanda, pues no de otra forma resultaría posible establecer esa relación directa y necesaria.

En auto del 7 de septiembre de 2016, la Sección Tercera del Consejo de Estado encontró no cumplido el requisito, en un caso en el que las pretensiones eran indemnizatorias, pero con la medida cautelar se pretendía la suspensión del uso, comercialización, producción, explotación e importación del asbesto en el territorio nacional. En palabras de la Corporación:

Sobre este punto, recuérdese que las medidas cautelares han sido estatuidas con el fin de asegurar los medios necesarios para que la sentencia condenatoria emitida (si se llega a acceder a las pretensiones de la demanda) produzca los mismos efectos que se habrían ocasionado si esta se hubiere proferido en el momento en que se dio inicio a la relación jurídico procesal.

Así las cosas, y comoquiera que las medidas pedidas resultan excesivas en relación con lo pretendido en la demanda, es decir, no son proporcionales y no son indispensables ni útiles para el cumplimiento de la sentencia y, por tanto, no son necesarias, no se accederá a su decreto<sup>206</sup>.

**(B) Requisitos materiales para medidas de suspensión provisional de un acto administrativo**

Si en la demanda se pretende únicamente la nulidad del acto administrativo.

206 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 25000-23-41-000-2015-00456-01(AG)A. (7, septiembre, 2016).

Solo debe acreditarse (i) la violación que surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o (ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

La suspensión provisional, como medida cautelar trazada para el proceso contencioso administrativo procede, “cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de pruebas allegadas con la solicitud”. En palabras del Consejo de Estado, el requisito fundamental para resolver la suspensión provisional es un “análisis inicial de legalidad” o una “valoración inicial”<sup>207</sup>, condición más fácil de acreditar, que la “manifiesta infracción” que se exigía en el estatuto procesal anterior, en un nuevo escenario judicial que propende por la tutela judicial efectiva.

En ese sentido, la Sala Plena de la Corporación explica, que la nueva disposición, “sin desconocer los rasgos característicos del acto administrativo, amplió, en pro de una tutela judicial efectiva, el ámbito de competencia que tiene el juez de lo contencioso administrativo a la hora de definir sobre la procedencia de tal medida cautelar; y ese cambio, que se refleja en el tenor literal de la norma, consulta la intención del legislador y el entendimiento de la medida cautelar en el marco constitucional”.

Un aspecto coyuntural cuya definición se encuentra a merced de lo señalado por la jurisprudencia y la doctrina, es si la verificación del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, es necesaria cuando se trata de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo. No parece serlo, según lo sostenido por la Sala Plena del Consejo de Estado cuando manifestó, que dichos principios, aplican para medidas distintas de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo<sup>208</sup>.

La segunda hipótesis, de permitir el análisis de la transgresión con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, es uno de los cambios sustanciales respecto del CCA, “en razón a que ya no se hace referencia explícita a documentos públicos sino a “pruebas allegadas con la solicitud”, las cuales deberán ser examinadas, en todo caso, atendiendo a los criterios probatorios vigentes en el ordenamiento.

De esta manera, el cambio sustancial respecto al régimen del anterior Código Contencioso Administrativo radica en que, a la luz del artículo

207 Colombia. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto, radicado: 2014-03799 (17, marzo, 2015).

208 Ibidem.

231 del nuevo CPACA, el operador judicial puede analizar la transgresión bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, sin que ello implique prejuzgamiento<sup>209</sup>.

Si en la demanda se pretende además de la nulidad el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios<sup>210</sup>

Violación de las normas superiores

Prueba de los perjuicios

(C) Requisitos materiales para las medidas distintas a la suspensión de un acto administrativo

Se encuentran enlistados en el artículo 231, inciso 3°, numerales 1° a 4°, del CPACA y son: (i) titularidad del derecho o de los derechos invocados, (ii) demanda razonablemente fundada en derecho; (iii) juicio de ponderación de intereses; y (iv) que, al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable o que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse los efectos de la sentencia serían nugatorios.

Titularidad del derecho o de los derechos invocados

De acuerdo con el artículo 231 del CPACA, el demandante debe demostrar, así sea sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados. Cuando se trata de “acciones públicas”, se debe considerar que, en principio, está legitimada cualquier persona en defensa del interés público.

En el caso de las acciones declarativas, se debe verificar que el demandante demuestre, así sea sumariamente, la titularidad del derecho o derechos invocados, a efectos de determinar si está legitimado para solicitar la medida cautelar, y para el caso de las acciones públicas, cualquier persona podría solicitarla, siempre que sea en defensa del interés público.

Como ejemplo, mediante auto del 31 de agosto de 2017, la Sección Tercera del Consejo de Estado rechazó una solicitud de una medida cautelar de urgencia, por considerarla improcedente de cara al trámite de un recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral que se estaba adelantando en la sede del tribunal arbitral de manera paralela. Como medida cautelar de urgencia se pretendía la suspensión de los efectos de un laudo arbitral. La

209 Colombia. Consejo de Estado, Sección Quinta, Radicado: 2014-00057-00. (13, agosto, 2014).

210 Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto. Radicado: 11001-03-15-000-2014-03799-00. (17, marzo, 2015).

Sección Tercera rechazó la solicitud de medida cautelar por encontrar que las demás partes del proceso arbitral no habían agotado el trámite de recurso de anulación. Adicionalmente, estimó que de acuerdo con el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, la única parte legitimada para solicitar la suspensión de un laudo arbitral era la entidad pública que es parte en el proceso arbitral, por lo que la solicitud elevada por el particular resultaba improcedente<sup>211</sup>.

#### Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho

Para entender este requisito, se debe acudir a lo dispuesto en el artículo 162 del CPACA, que establece los requisitos mínimos que debe contener una demanda que se presente ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Al respecto, el numeral 4 *ibíd.* establece:

Artículo 162. Contenido de la demanda. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:

5. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.

En este sentido, la demanda, al igual que la solicitud de medida cautelar debe recoger la normativa en que se apoya la pretensión o solicitud, lo cual, por supuesto, debe encontrar armonía con los hechos en que se fundamente, de donde podrá desprenderse la pertinencia de la solicitud de acuerdo con el marco jurídico que se exponga:

Los fundamentos de derecho en que se apoyan las pretensiones son, en principio, de contenido esencial de la demanda, y constituidos por la enunciación de las disposiciones de orden constitucional, legal, reglamentario o local en que se funda el derecho petitionado o reclamado<sup>212</sup>.

Se debe tener presente, que el propio artículo 231, al disponer en su inciso segundo numeral 1º que la demanda esté razonablemente fundada en derecho como requisito de procedencia de una medida cautelar, lo diferencia de los requisitos necesarios para decretar la suspensión provisional de un acto administrativo, en cuanto a que en esta última se exige un juicio de legalidad del acto administrativo respecto del cual se pide la suspensión con

211 Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera del Consejo de Estado. Radicado 11001032600020170012100. (31, agosto, 2017).

212 Solano Sierra, Enrique Jairo. Derecho procesal contencioso – administrativo. Segunda edición. Bogotá: Ediciones doctrina y ley Ltda. 2014. p. 705.

las normas que se dicen violadas, mientras que en las demás medidas no se requiere un pronunciamiento sobre la validez de un acto administrativo. Al respecto, mediante auto del 28 de mayo de 2015, la Sección Cuarta del Consejo de Estado<sup>213</sup>, se adujo:

En esas condiciones, contrario a lo sostenido por los recurrentes, para el decreto de la suspensión de un procedimiento o actuación administrativa no es necesario verificar la violación de normas superiores, razón por la cual se ajusta a lo dispuesto en el artículo 231 del CPACA que en el auto suplicado no se haya realizado una confrontación legal y constitucional de los actos demandados.

Como se infiere de lo expuesto, para la procedencia de una medida cautelar, se debe verificar que la solicitud de medida cautelar se encuentre “razonablemente” fundada en derecho, sin entrar a realizar un estudio de fondo sobre este aspecto, pues dicho análisis deberá ser objeto de pronunciamiento en la sentencia.

Que supere el juicio de ponderación de intereses en conflicto, considerando su afectación al bienestar general

El artículo 231 del CPACA establece que en las demás medidas cautelares distintas a la de suspensión provisional de actos administrativos, el demandante deberá presentar 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.

Este es quizás, uno de los requisitos diferenciadores entre el CPACA y el CGP, dado que, si bien en ambos estatutos procesales se exige un juicio de ponderación de intereses, en la JCA habrá de considerarse el “interés general” como un criterio que podría derivar en la denegación de la medida. Este ejercicio de razonabilidad, según el Consejo de Estado, consiste en:

Ponderación de intereses en conflicto, esto es, identificar las ventajas, para el interés general y los inconvenientes, para el derecho del demandante derivados de la denegación de la medida cautelar, versus, las ventajas para el derecho del demandante y los inconvenientes para el interés general, al otorgar la medida cautelar<sup>214</sup>.

213 Colombia. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Radicado: 11001-03-24-000-2014-00054-00 [21025], 11001-03-24-000-2013-00534-00 [20946], 11001-03-24-000-2013-00509-00 [21047]. (28, mayo, 2015).

214 Colombia. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Radicado: 11001-03-27-000-2015-00045-00 (21849). (17, febrero, 2017). Cita en Arboleda Perdomo, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento

Así las cosas, y considerando el decreto de la medida cautelar parte de la base de considerar la existencia de una colisión entre el interés general y los intereses del demandante en dos hipótesis diferentes: por una parte, aquella en la cual se decreta la medida, y por otra, aquella en la cual se niega la misma. De los resultados que arroje el análisis mencionado, deberá optarse por la hipótesis que afecte en menor medida el interés público.

La posibilidad de denegar una medida cautelar cuando de esta pudiera seguirse una “perturbación grave de los intereses generales”, según ponderación circunstanciada a la hora de decidir, funciona en el ordenamiento procesal administrativo español, en los términos que explica Santiago González Varas Ibáñez:

El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia “al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego”. (...) Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia “cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, solo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto”<sup>215</sup>.

Es obligatorio entonces, efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial prevalencia o relevancia a la mayor perturbación que la medida cause al interés general.

El juicio de ponderación de intereses en la perspectiva del GGP, en el que se exige acreditar la “necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida”, puede derivar en el rechazo de la cautela. Así lo resaltó el Consejo de Estado en una acción de grupo en la cual se solicitaba, junto con la cesación y suspensión inmediata del uso, comercialización, explotación, importación y producción de asbesto, “que se ordene a las demandadas la constitución y creación de un fondo financiero o económico que garantice la indemnización integral de cada uno de los integrantes del grupo, cuyo tamaño no sea inferior

---

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Bogotá: Legis. 2ª Edición.  
 215 Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Contencioso-Administrativo. Segunda Edición. Civitas-Thomson Reuters. 2012. p. 981.

al valor total de los perjuicios pretendidos en la demanda de la acción de grupo (...) [esto es] \$2.448'530.000".

La anterior medida fue solicitada con fundamento en el artículo 590 del CGP, el cual exige igualmente los requisitos señalados anteriormente, esto es, *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, junto con el requisito de proporcionalidad, razonabilidad y ponderación al cual se está haciendo referencia. En este caso, el Consejo de Estado indicó que "las medidas solicitadas no cumplen con el objeto que la ley establece para que proceda su decreto, toda vez que no resultan razonables para la protección del derecho litigioso (...) Así las cosas, y comoquiera que las medidas pedidas resultan excesivas en relación con lo pretendido en la demanda, es decir, no son proporcionales y no son indispensables ni útiles para el cumplimiento de la sentencia y, por tanto, no son necesarias, no se accederá a su decreto"<sup>216</sup>.

En conclusión, las medidas cautelares fueron rechazados por irrazonables, excesivas, desproporcionales, innecesarias e inútiles para el cumplimiento de la sentencia.

#### Perjuicio irremediable o efectos nugatorios de la sentencia (*periculum in mora*)

El artículo 231 del CPACA, exige como cuarto presupuesto, que se cumpla una de las siguientes condiciones:

#### Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable

Establece el literal a), numeral 4º, del artículo 231 del CPACA, como condición adicional a los requisitos de procedibilidad de las medidas cautelares contemplados en el inciso segundo del citado artículo, que debe probarse que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable.

Sin embargo, el CPACA no define que debe entenderse por "perjuicio irremediable" en materia de medidas cautelares. La doctrina foránea trata el perjuicio irremediable en esta materia, como daño irreparable, y lo define de la siguiente forma:

Existe gravamen irreparable cuando: la sentencia no puede reponer las cosas al estado anterior a la ejecución del acto y la diferencia resultante no es adecuadamente compensable en dinero; o la sentencia sí puede disponer tal reposición, pero la ejecución del acto durante

216 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto, Radicado: 25000-23-41-000-2015-00456-01(AG)A. (7, septiembre, 2016).



el transcurso del pleito provocará necesariamente perjuicios que no son adecuadamente compensables con dinero” y si el perjuicio es puramente patrimonial “cuando la evaluación de los daños y perjuicios resulte tan difícil que impida llegar a una indemnización plenamente reparatoria: así, una medida que afecte la reputación o clientela de una empresa o la fama de sus principales productos o vulnere su secreto técnico o comercial; cuando por aplicación de las reglas sobre responsabilidad aquiliana, no pueda eventualmente otorgarse una indemnización plena, por ejemplo, ante la no reparabilidad de los perjuicios mediatos cuando la existencia e importancia sea verosímil; cuando por aplicación de las normas que reglan el caso la indemnización sea debida no por el Estado sino por personas de dudosa solvencia; cuando la previsible magnitud del perjuicio acarree verosímilmente la insolvencia del recurrente<sup>217</sup>.

A su turno, Casaggne lleva el concepto de daño irreparable más allá del mero perjuicio económico para situarlo en la esfera de la vulneración de un derecho subjetivo, del cual se derive la imposibilidad de ejercer dicho derecho con ocasión del acto o actuación administrativa para la cual se está solicitando la medida cautelar, y que no podrá ser compensado mediante una adecuada indemnización en la sentencia:

Se ha sostenido que la irreparabilidad del perjuicio no puede medirse por la cuantía del daño aunque pudiera tener repercusión ruinosa en el patrimonio del particular afectado, pues ha de admitirse que la entidad administrativa demandada tiene solvencia suficiente para proveer a la reparación del daño ocasionado si fuese revocado el acto que lo causó. La irreparabilidad está relacionada con el derecho mismo que el acto vulnera y habrá perjuicio irreparable con la ejecución del acto administrativo frustrando el derecho subjetivo del interesado sin que a éste le quede una vía apta para conseguir la reparación debida. La locución “daño irreparable” significa que el daño que causa el acto, por su naturaleza, no puede ser reparable con independencia de la reparación material que pueda o no obtenerse<sup>218</sup>.

En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia T-225 de 1993, al estudiar lo que se debe entender por “perjuicio irremediable”, y específicamente, el significado de “irremediable”, sostuvo:

217 Mairal, Héctor A. Control judicial de la Administración Pública. Buenos Aires: Depalma. 1984. p. 818 y ss.

218 Cassagne, Juan Carlos. Procedimiento y Proceso Administrativo. Buenos Aires: Lexis Nexis. 2005.



El género próximo es el perjuicio; por tal, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, ha de entenderse el “efecto de perjudicar o perjudicarse”, y perjudicar significa –según el mismo Diccionario– “ocasionar daño o menoscabo material o moral”. Por tanto, hay perjuicio cuando se presenta un daño o menoscabo material o moral injustificado, es decir, no como consecuencia de una acción legítima.

La indiferencia específica la encontramos en la voz “irremediable”. La primera noción que nos da el Diccionario es “que no se puede remediar”, y la lógica de ello es porque el bien jurídicamente protegido se deteriora irreversiblemente hasta tal punto, que ya no puede ser recuperado en su integridad. Por ello se justifica la indemnización, porque es imposible devolver o reintegrar el mismo bien lesionado en su identidad o equivalencia justa. La indemnización compensa, pero no es la satisfacción plena de la deuda en justicia<sup>219</sup>.

En este sentido, el perjuicio irremediable o daño irreparable no necesariamente se sujeta a la magnitud de un daño patrimonial, pues, en principio, este daño puede ser reparado a través de la sentencia y mediante la respectiva indemnización. Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional:

Las sumas, a pesar de lo alto que puedan ser, por sí mismas, no permiten al juez de tutela deducir el perjuicio irremediable, no solo por carecer de parámetros de comparación, sino porque se llegaría al extremo de que toda medida cautelar, sobre sumas que puedan ser considerables, conducirían, necesariamente, al concepto de irremediable. Con argumentos como éste, las medidas cautelares, concebidas en los ordenamientos Civil, Laboral, *Administrativo*, Tributario, para hacer efectivos los créditos, estarían llamadas a desaparecer<sup>220</sup>.

De conformidad con la doctrina y jurisprudencia expuesta, el perjuicio irremediable o daño irreparable se puede configurar cuando el acto o actuación administrativa sobre la cual recae la solicitud de medida cautelar, pone en peligro inminente un derecho subjetivo del solicitante, por lo que de negarse la medida, no sería posible reparar con posterioridad el daño causado; o, que si se trata de un perjuicio patrimonial, la causación del mismo es de tal especialidad, que la compensación o indemnización económica que se llegare a dar con la sentencia sería insuficiente para repararlo.

219 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-225. (15, junio, 1993).

220 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-449. (27, agosto, 1998).

### Que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios

Si la solicitud de medida cautelar no va orientada a evitar que se configure un perjuicio irremediable que haga procedente la concesión de la medida cautelar, se debe verificar si existen serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

En este escenario, corresponde evaluar si el peligro de la mora es de tal magnitud, que puede llegar a causar un perjuicio irremediable o irreparable al solicitante, por lo que, de no otorgarse la medida, la sentencia no sería eficaz. Al respecto, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, señaló:

En el caso de medidas cautelares diferentes de la suspensión provisional de actos administrativos, no necesariamente se exige que la medida esté atada o vinculada a la consideración a priori de que ese procedimiento o esa actuación devienen de un acto ilegal o inconstitucional. Podría ser que la medida simplemente sirva para asegurar la efectividad de la sentencia estimatoria que posteriormente se dicte y, de contera, salvaguardar los derechos e intereses involucrados en el respectivo proceso judicial, que el paso del tiempo podría erosionar.

De ahí que el artículo 231 diga que las medidas cautelares diferentes a la suspensión provisional deben sopesarse aún en aras del interés público y que siempre deberán concederse cuando existan serios motivos para considerar que, de no otorgarse, los efectos de la sentencia serían nugatorios<sup>221</sup>.

En la providencia en cita se estudió la suspensión provisional de una resolución del Ministerio de Transporte que estableció la base gravable del impuesto de vehículos automotores para la vigencia fiscal 2016, y se decidió adoptar la medida cautelar de suspensión provisional, entre otros requisitos, por encontrar que de no suspender el acto, la administración aplicaría las tarifas durante el año gravable para el cual fueron decretadas, por lo que una posterior sentencia declarando la nulidad de ese acto administrativo resultaría inoperante.

## 4.2 EL PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

El procedimiento para resolver la solicitud de medidas cautelares en los procesos declarativos se encuentra en los artículos 233 y 234 del CPACA en

---

221 Colombia. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Radicado: 11001-03-27-000-2016-00008-00(22328). (15, febrero, 2016).

donde se distinguen las “medidas cautelares de urgencia” y las “medidas cautelares ordinarias”.

#### 4.2.1 LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ORDINARIAS

Se observan tres etapas, así: oportunidad, solicitud y decisión.

##### **(A) Oportunidad para solicitar una medida cautelar:**

Tal como se explicó en el requisito sobre la oportunidad para la solicitud de la medida cautelar, según los artículos 229 inciso 1º y 233, inciso 1º del CPACA, las medidas cautelares, se pueden solicitar: (i) desde la presentación de la demanda y (ii) en cualquier etapa del proceso, salvo en los procesos declarativos electorales, en los que, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado “conforme lo dispone el artículo 277 del CPACA, la suspensión provisional habrá de solicitarse con la demanda y resolverse en el mismo auto admisorio, lo que quiere decir, que a diferencia del proceso ordinario, art. 233, no habrá lugar a correr traslado de la solicitud de la medida cautelar”.

En los demás procesos declarativos, la solicitud irá en el texto de la demanda o en cuaderno separado, o, posteriormente, en cualquier etapa del proceso, incluso en audiencia.

##### **(B) Traslado de la solicitud de la medida cautelar**

Establece el citado artículo 233, en su inciso 2º, lo siguiente:

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

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

El inciso final del precitado artículo establece:

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.

De lo anterior se desprende:

- El traslado de la solicitud de la medida cautelar, es concomitante a la admisión de la demanda.
- El traslado del auto de la solicitud de medida cautelar, se corre por el término de 5 días hábiles, los cuales transcurren de manera independiente del término de traslado de la contestación.
- El auto mediante el cual se corre traslado de la solicitud de medida cautelar, no es susceptible de recursos.
- Cuando la solicitud de la medida cautelar se presenta en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción, por un término de 3 días hábiles, de conformidad con el trámite del artículo 110 del CGP (antes artículo 108 del CPC).
- Cuando la solicitud de la medida cautelar se presenta en audiencia, se correrá traslado durante la misma, y una vez evaluada, podrá ser decretada.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-834 de 20 de noviembre de 2013, destacó que, en la regulación actual, la regla general es que la parte demandada en el proceso tenga la oportunidad de participar en la decisión sobre la necesidad del decreto de una medida cautelar, de manera que éstas no se decreten por sorpresa. En sus palabras:

Por el contrario, en tanto el decreto de una medida cautelar debe atender a criterios de proporcionalidad que eviten una limitación excesiva a alguno de los intereses en tensión, la regulación vigente optó por vincular a la parte demandada –que en materia contencioso administrativa por regla general corresponde a una entidad pública que, por tanto, representa el interés público– dentro del proceso de decisión, con el objetivo que con la información por esta aportada el juez tenga un conocimiento de la situación no solo desde la perspectiva de la parte demandante, sino, también, a partir de las razones de la parte que se verá afectada con dicha medida cautelar y que, por consiguiente, su juicio sea el resultado de una visión integral y plenamente informada sobre las distintas perspectivas que deben estar involucradas en dicha decisión<sup>222</sup>.

Se insiste, en punto a las medidas cautelares ordinarias en los procesos declarativos, que estas no solo suponen la existencia previa de un proceso

---

222 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-834 de 2013. (20, noviembre, 2013)

judicial, sino que el libelo de la demanda cumpla con todas las exigencias legales.

Por último, respecto de si el traslado debe correrse también a terceros afectados con la medida, sostuvo la Sección Tercera del Consejo de Estado esta obligación solo aplica respecto de la parte demandada, atendiendo el texto del artículo 233 del CPACA:

De la lectura de la norma jurídica transcrita y teniendo en cuenta el espíritu de su redactor, es plausible concluir que el traslado en ella referido se efectúa únicamente a la parte demandada y no a terceros ajenos a dicho extremo procesal. Ciertamente, el hecho de que la puesta en conocimiento de la solicitud fuera exclusivamente a los sujetos pasivos de las pretensiones, tiene sustento en el evitar que personas ajenas a la controversia puedan materializar conductas que pongan en entredicho los derechos del accionante y el cumplimiento futuro de la providencia que termine el proceso, garantizándose así la tutela judicial efectiva de todos los ciudadanos<sup>223</sup>.

Respecto del traslado de la solicitud de medida cautelar en los procesos electorales, se presenta la posición del Consejo de Estado:

Como puede observarse, a diferencia del proceso ordinario, el legislador no previó, al menos no de manera explícita, que en los procesos electorales debiera correrse traslado de los fundamentos de la medida cautelar a la parte contraria, toda vez que la norma se limita a definir la competencia para proferir la decisión y regular lo relacionado con el recurso procedente. Por ello podría concluirse, en principio, que dicho trámite está proscrito de los procesos electorales.

No obstante, no puede perderse de vista que las normas especiales del proceso electoral en su artículo 296 del CPACA también ordenaron que: *“En lo no regulado en este título se aplicarán las disposiciones del proceso ordinario en tanto sean compatibles con la naturaleza del proceso electoral.”*

De hecho, del análisis de esta disposición, podría arribarse a la conclusión totalmente contraria, esto es, que el traslado de la medida cautelar sí es

---

223 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 11001-03-26-000-2016-00088-00(57199). (23, agosto, 2017). En esa ocasión, se reiteró lo sostenido por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, auto de 3 de septiembre de 2014, Exp. 49150. En esta providencia se resolvió respecto a la medida cautelar de suspensión provisional del Decreto 935 de 2013, el cual regulaba las competencias de las entidades territoriales en tópicos mineros, sin que se ordenara el traslado previo de la solicitud a terceros con interés.

posible en los procesos electorales, debido a que aquella es plenamente compatible con su naturaleza.

Bajo esta disyuntiva fueron dos las posiciones que se acuñaron en el órgano de cierre en materia electoral, una que abogaba por interpretar exegéticamente el artículo 277 del CPACA y, por ende, sostenía que no era posible dar traslado de la medida cautelar y otra que propendía por dar aplicación al artículo 233 *ibídem*, toda vez que esté en nada riñe con la naturaleza del medio de control previsto en el artículo 139 *ejusdem*. De lo anterior dan cuenta las providencias proferidas en los años 2012 a 2014 y sus respectivas aclaraciones de voto en las que se defendía una u otra posición.

Sin embargo, en la actualidad la Sección Quinta entiende que dicho trámite **no es obligatorio, ni imperioso** y que, por consiguiente, corresponde a cada autoridad judicial decidir si da aplicación al artículo 233 del CPACA cuando le corresponda resolver sobre una medida cautelar solicitada en un proceso electoral o, si, por el contrario, resuelve de plano esta solicitud.

Si esto es así, no cabe duda de que no puede existir ningún reproche por el hecho de que en el caso concreto no se hubiese dado traslado al demandado de los fundamentos de la medida cautelar, toda vez que no existía obligación de hacerlo, pues dicho trámite en los procesos electorales se surte bajo los principios de independencia y autonomía del juez<sup>224</sup>.

### **(C) Decisión sobre la medida cautelar en providencia motivada**

Una vez evaluados los requisitos formales y sustanciales de procedencia de las medidas cautelares contemplados en el CPACA, y luego de vencido el término de traslado al demandado, se debe proferir la decisión. Al respecto, el inciso 2º del artículo 233 *ibídem*. establece el siguiente procedimiento:

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.

224 Colombia. Consejo de Estado. Sección Quinta. Auto, radicado: 13001233300020180039401. (2, agosto, 2018).

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.

De lo anterior se desprende:

- El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella.
- Si la solicitud de la medida cautelar se realizó en audiencia, una vez se ha corrido el traslado, la decisión se puede adoptar en la audiencia. La expresión “podrá” traduce potestad discrecional. En ese caso, se considera que aplicaría el plazo de diez (10) días hábiles siguientes a la celebración de la audiencia, señalado en el artículo 231 del CPACA.
- En el auto que se concede la medida cautelar se debe fijar la caución, en los casos que aplica este requisito.
- La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.

Aunado a lo anterior, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha convocado y llevado a cabo una “audiencia preliminar” con asistencia de las partes del proceso, para escuchar sus argumentos, con el ánimo de entender y decidir sobre la medida cautelar. Así, en el proceso rad: 11001-03-26-000-2013-00115-00 (48184), mediante auto del 17 de junio de 2014, se indicó sobre esa audiencia oral:

Sobre esto, el Despacho encuentra suficientemente justificado y acorde al ordenamiento jurídico la convocatoria a esta audiencia preliminar. El acto de escuchar a las partes en audiencia se ajusta el principio de tutela judicial efectiva, ya que constituye una oportunidad para que el Juez comprenda las posiciones jurídicas de cada una de las partes; la intermediación garantiza el ejercicio imparcial de la administración de justicia y el principio de igualdad sustancial y procesal de las partes, dado que los involucrados en el litigio tendrán oportunidad de exponer oralmente, pero de manera directa ante el Juez, las razones de derecho y fácticas que sirven de sustento a sus posiciones jurídicas frente a la medida cautelar, y les impone el ejercicio de las cargas de la argumentación a cada uno de ellos; y, por último, la convocatoria a esta audiencia preliminar deviene en útil, también, por el hecho que a través

de esta se permite a todos los intervinientes en el proceso contencioso dilucidar cuestiones técnicas o jurídicas especializadas como resulta ser, en este caso, los asuntos mineros. Se trata, pues, de cumplir con los mandatos constitucionales consagrados en los artículos 1, 2, 29 y 229, así como aquellos convencionales establecidos en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>225</sup>.

Cuando la medida cautelar sea negada, el demandante podrá solicitarla nuevamente, siempre que existan hechos sobrevinientes sobre los cuales se configuren las condiciones de procedencia de la medida cautelar. Contra el auto que resuelva esta nueva solicitud de medida cautelar no procede ningún recurso<sup>226</sup>.

Por último, es de suma importancia considerar que la providencia que decreta una medida cautelar, deberá estar motivada, conforme se exige expresamente en el artículo 229 del CPACA. En relación con la necesaria motivación de esta providencia, sostiene el Consejo de Estado:

Así, la medida de suspensión requiere del Juez una carga argumentativa que de manera razonada explique los motivos por los cuales estima que el acto contraviene las disposiciones superiores en que debía fundarse y justifica la decisión que de manera preventiva suspende la ejecución del acto administrativo. Esta decisión por expresa disposición legal, “no implica prejuzgamiento”<sup>227</sup>.

#### (D) Competencia para resolver la solicitud de medidas cautelares

El artículo 125 del CPACA prescribe una regla general de competencia para la expedición de providencias judiciales en la JCA en el siguiente sentido:

**Artículo 125.** De la expedición de providencias. Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de

225 Reiterado en: Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado: 11001-03-26-000-2014-00034-00(50221). (29, mayo, 2014); Sección Tercera. Radicado: 11001-03-26-000-2013-00149-00(49058). (31, marzo, 2014); Sección Tercera. Radicado: 11001-03-26-000-2014-00034-00(50221). (29, mayo, 2014). Sección Tercera Radicado: 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057). (13, mayo, 2015). Sección Tercera. Radicado: 11001-03-26-000-2013-00073-00(47316). (15, marzo, 2016). Sección Tercera. Radicado 11001-03-26-000-2014-00143-00 (52149). (9, febrero, 2017). Sección Tercera. Radicado: 25000-23-36-000-2014-01318-03(58935). (12, diciembre, 2017).

226 Colombia. Consejo de Estado, Sección Quinta. Radicado: 76001-23-33-000-2013-01316-01. (25, febrero, 2014).

227 Colombia. Consejo de Estado, Sección Segunda. Radicado: 11001-03-25-000-2014-00360-00(1131-14). (13, mayo, 2014).



la sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias. Los autos que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica.

De acuerdo con la citada norma, los autos interlocutorios y de trámite deben ser dictados por el Juez o Magistrado Ponente, salvo las decisiones previstas en los numerales 1º, 2º, 3º y 4º del artículo 243 del CPACA que deben ser dictados por la respectiva Sala, a excepción de los procesos de única instancia:

Artículo 243. Apelación. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

1. El que rechace la demanda.
2. El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.

Tras la entrada en vigencia del CPACA, se suscitó un debate sobre la competencia para decretar medidas cautelares cuando son solicitadas en procesos de doble instancia, en el sentido si dicha decisión, en el caso de Tribunal y Consejo de Estado, debía ser dictada por el magistrado ponente o la respectiva sala. El debate surge de lo dispuesto en los artículos 229<sup>228</sup>, 230<sup>229</sup>, 232<sup>230</sup> y 233<sup>231</sup> del CPACA que parecieran presentar una contradicción.

---

228 Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

229 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:

[...]

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.

230 Artículo 232. Caución. 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.

231 Artículo 233. Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares. La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

En una primera oportunidad, se estimó que la competencia para decretar una medida cautelar, cuando es conocida por un Tribunal Administrativo o el Consejo de Estado, recae sobre el magistrado ponente, tanto para procesos de doble instancia como de única. En auto del 14 de mayo de 2014<sup>232</sup>, proferido por la Subsección “A” de la Sección Tercera se dispuso lo siguiente:

Así las cosas, en punto de la definición del juez competente para resolver una solicitud de medida cautelar, resulta evidente que a pesar de las previsiones generales contenidas en el artículo 125 de la Ley 1437, están llamadas a prevalecer las disposiciones especiales que gobiernan el trámite y la resolución de tales medidas cautelares, normas que aunque se encuentran en una misma codificación además de ser especiales por razón de la materia también resultan posteriores, todo de conformidad con los dictados de los numerales 1 y 2 del artículo 5 de la Ley 57 de 1887, a cuyo tenor:

“Artículo 5º. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.

Si en los Códigos que se adoptan se hallaren **algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:**

**1ª. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general;**

**2ª. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior (...). (Se destaca).**

**De esta manera, se reitera entonces que con sujeción a los dictados de los artículos 230 y siguientes de la Ley 1437, normas especiales**

---

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

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

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.

232 Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Rad: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222). (14, mayo 2014).

**y posteriores respecto del artículo 125 de la misma codificación, la determinación acerca de la procedencia, el decreto, el levantamiento, etc., de una medida cautelar deberá ser proferida por el Magistrado Ponente –que no por la Sala– cuando la competencia para ello radique en una Corporación como ocurre con los Tribunales Administrativos o con el Consejo de Estado.**

**Por si lo anterior no fuese suficiente, se tiene** que de acuerdo con la excepción prevista en el propio artículo 125 de la Ley 1437, cuando se trata de procesos de única instancia –como sucede en el caso en estudio–, el auto que decreta la medida cautelar debe ser adoptada por el Magistrado Ponente<sup>233</sup>. (Negrillas fuera de texto).

Desde el año 2015, el Consejo de Estado<sup>234</sup> ha sostenido la posición contraria, afirmando que la competencia para decidir sobre una medida cautelar, cuando se trata de jueces colegiados, está en cabeza de la respectiva Sala o Sección, a excepción de los procesos tramitados en única instancia, en los cuales deben ser resueltas por el respectivo ponente:

Es así como debe considerarse que los artículos 229, 230, 232 y 233 del CPACA, cuando se refieren a la posibilidad de que el Magistrado Ponente profiera una decisión en la cual se decreta una medida cautelar, hacen alusión a la excepción establecida en el artículo 125 del CPACA, es decir a la relativa a que en los procesos de única instancia que se tramiten ante jueces colegiados, esto es, ante Tribunales Administrativos y ante el Consejo de Estado, es de competencia del Magistrado Ponente proferir las decisiones a que se refieren los numerales 1º, 2º, 3º y 4º del artículo 243 del CPACA.

Dicha hermenéutica, cabe resaltarlo, mantiene la regla general establecida en los artículos 125 y 243 del CPACA, según la cual las decisiones precitadas, y dentro de ellas el auto que decreta una medida cautelar,

233 En efecto, la disposición legal en mención prevé: artículo 125. De la expedición de providencias. Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias. Los autos que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica>>.

234 Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado: 11001032600020140014300 (52.149). (11, mayo, 2015); Sección Segunda. Radicado: 25000234200020130600601(0722-15). (15, febrero, 2016); Sección Primera. Radicado: 05001233300020150179701. (27; noviembre, 2017).

deben ser proferidas por las salas de decisión de los jueces colegiados, en procesos que aquellos conozcan en primera instancia<sup>235</sup>.

Atendiendo al criterio expuesto por el Consejo de Estado durante los últimos tres años, se concluye que la competencia para decretar una medida cautelar se encuentra en cabeza de las salas de decisión de los Tribunales Administrativos y del Consejo de Estado, cuando se trate de procesos que conozcan en primera instancia, y del respectivo magistrado ponente en el caso de que se trate de procesos de única instancia.

Merece mención aparte, y tal vez como excepción a la regla citada, el decreto de medidas cautelares cuando se trata de procesos electorales. En efecto, este proceso contiene una regulación especial en el artículo 277 del CPACA, que dispone:

Artículo 277. Contenido del auto admisorio de la demanda y formas de practicar su notificación. Si la demanda reúne los requisitos legales se admitirá mediante auto, en el que se dispondrá: (...)

En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido **por el juez, la sala o sección**. (Negrillas fuera del texto original).

Respecto de la interpretación de este artículo, la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante auto del 3 de agosto de 2017<sup>236</sup>, revocó un auto que decretó una medida cautelar solicitada en una demanda electoral y decretada por el magistrado a quien le fue repartido el caso, con fundamento, entre otros, que tanto la decisión sobre una medida cautelar como la de admisión de la demanda, recae sobre la Sección (a pesar de que se trataba de un proceso de única instancia):

Así las cosas, la magistrada ponente admitió la demanda y ordenó unas medidas cautelares de urgencia, y en cuanto a la suspensión provisional indicó que se le daría el trámite correspondiente para que la decisión fuera tomada por la Sala.

Ahora bien, al revisarse el trámite dado a la demanda, la Sala advierte que la admisión en este caso no podía ser tomada mediante una providencia

235 Colombia. Consejo de Estado. Sección Primera. Radicado: 05001233300020150179701. (27; noviembre, 2017).

236 Colombia. Consejo de Estado. Sección Quinta. Radicado: 11001032800020160008100. (03, agosto, 2017).

del ponente de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 277 del CPACA que señala:

“Contenido del auto admisorio de la demanda y formas de practicar su notificación. Si la demanda reúne los requisitos legales se admitirá mediante auto, en el que se dispondrá: (...)

En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, **la sala o sección**” (Negrillas fuera del texto original).

Esta norma –especial para los asuntos electorales– establece que la solicitud de suspensión provisional, se deberá resolver en el auto admisorio de la demanda **por la Sala**.

Entonces, es claro que la competencia para resolver sobre la admisión de la demanda acompañada de una solicitud de suspensión provisional le corresponde a la Sala, por ser el juez asignado por el legislador para este caso, lo cual busca que sea toda la Sala la que estudie si la demanda debe ser admitida<sup>237</sup> y en esa misma providencia resolver sobre la medida cautelar de suspensión provisional.

De acuerdo con lo anterior, respecto de la competencia para la decisión sobre una medida cautelar en los procesos de nulidad electoral, recae sobre la respectiva Sala o Sección en tratándose de procesos conocidos por los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado, independiente de si se trata de doble o única instancia, lo cual difiere de los pronunciamientos enunciados en precedencia para los demás procesos ordinarios.

### **i. La adopción de las medidas cautelares de urgencia**

Las medidas cautelares de urgencia están contempladas y reguladas en el artículo 234 del CPACA, siendo su nota característica, una de las más tradicionales del instituto procesal cautelar, consistente en la posibilidad de ser dictada *inaudita parte debitoris*.

De esta manera, la omisión de traslado y pronunciamiento del afectado, se erige en la excepción a la regla general en los procesos declarativos que conoce la JCA. Esta, ha sido señalada por la jurisprudencia, como la

---

237 Sin perjuicio de la competencia del ponente para inadmitir la demanda en los casos en que no cumpla con los requisitos establecidos en la ley.

diferencia realmente destacable entre las medidas cautelares ordinarias y las de urgencia<sup>238</sup>.

Señala el Consejo de Estado que la adopción inmediata omitiendo el traslado, es necesaria ante el riesgo inminente de afectación a los derechos del interesado. En palabras de la Sección Tercera, se trata de una medida autónoma y garante de los derechos humanos: "... esta disposición constituye una protección reforzada al derecho convencional de toda persona de contar con un recurso judicial efectivo en caso de graves violaciones de derechos humanos, dado el apremio con que se adopta dicha medida cautelar, dejando de ser accesoria y subordinada al proceso contencioso administrativo principal adquiriendo unas características y contornos particulares y diferenciados, pues ella en si misma constituye, a la luz del procedimiento contencioso, un recurso judicial sui generis de urgencia para la protección de los derechos de los asociados"<sup>239</sup>.

En esa misma línea se sugiere que, a diferencia de lo que sucede con las demás medidas cautelares ordinarias, que son instrumentales (como se indicó en la Unidad I del presente Módulo), las de urgencia son realmente principales y no accesorias al proceso.

Respecto del trámite expedito y ágil a seguir, cuando se solicita el decreto de una medida cautelar de urgencia, el artículo 234 del CPACA, dispone:

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

La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta.

Esa norma ha sido objeto de dos interpretaciones opuestas:

**(A) Interpretación según la cual, pueden ser decretadas desde antes de la presentación de la demanda o del cumplimiento de los requisitos de admisión**

238 Colombia. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Auto, Radicado: 250002341000201700083-00. (9, febrero, 2017).

239 Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto, Radicado: 11001-03-26-000—2016-00045-00 (56604). (2, mayo, 2016). Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado: 85001-23-33-000-2013-00221-02(53586). (04, junio, 2015).

En providencia del 5 de marzo de 2014, en el marco de una acción de tutela en la que se analizaba la eficacia de las medidas cautelares de urgencia, la Sala Plena del Consejo de Estado las resguardó, señalando que el pronunciamiento sobre la medida cautelar podía ser anterior a la admisión de la demanda, o al cumplimiento de la conciliación como requisito de procedibilidad<sup>240</sup>. Se sostuvo:

Huelga manifestar que casos como el presente, el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto con la medida cautelar.

En ese orden, no escapa el hecho de que una cosa es que la conciliación extrajudicial constituye requisito de procedibilidad de la demanda, mas no de la solicitud de la medida cautelar. De suerte que, estamos en presencia de dos figuras diferentes y que se pueden estructurar en momentos distintos, sin que esto implique su incompatibilidad procesal. Tal precisión conduce a que efectivamente es posible solicitar el decreto y práctica de la medida cautelar, aun sin haber agotado previamente el requisito de procedibilidad. De ahí que, esta alternativa materializa la prevalencia del derecho sustancial frente al formal, toda vez que implica la adecuación e interpretación de la norma procesal con miras a la efectividad de los derechos sustanciales de los ciudadanos.

Lo sostenido en esa providencia, se ha reiterado en otras de la Subsección C de la Sección Tercera de la Corporación, en las que se ha ido más allá, llegando a señalar que las medidas cautelares de urgencia pueden ser solicitadas con anterioridad a la presentación del escrito de demanda. En dicho Auto del 29 de mayo de 2014 se sostuvo:

“Esta interpretación ha sido acogida favorablemente por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que en reciente providencia fijó un alcance avanzado a las medidas cautelares, específicamente, a las denominadas de urgencia, señalando que este tipo de medidas pueden ser solicitadas con anterioridad a la presentación del

240 Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Radicado: 25000-23-42-000-2013-06871-01. (5, marzo, 2014).



escrito de demanda y de solicitud de conciliación prejudicial, cuando se exija tal requisito, inclusive”<sup>241</sup>.

Recientemente, en sentencia de unificación de la Corte Constitucional, SU- 691 de 2017 se señaló, destacando las diferencias transversales entre el régimen de medidas cautelares contenidas en el CCA y la nueva regulación: “En cuarto lugar, se conciben las medidas cautelares de forma autónoma a la demanda presentada, a tal punto que el requisito de conciliación prejudicial no le es aplicable a ellas, aunque sea necesaria su acreditación para la admisión de la demanda.” Esto, aludiendo a la sentencia de tutela de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en cuestión<sup>242</sup>.

Y agregó la Corte Constitucional en la providencia unificadora, que:

Recientemente, la Sección Tercera –Subsección C– de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, reiteró que, en nombre de los compromisos internacionales adquiridos por Colombia, en materia de derechos humanos (convencionalidad), en casos de urgencia, la solicitud y decreto de la medida cautelar no necesariamente debe realizarse dentro del proceso entablado contra un acto administrativo. Por lo tanto, la urgencia en la protección de los derechos no solo justifica que el juez debe tomar la medida cautelar sin correr traslados, tal como está previsto en el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011 sino que, según el caso, no es necesario presentar demanda de fondo para que el juez tenga competencia para proferir la medida cautelar.

No obstante la reiteración de esta idea, no se conocen casos en procesos declarativos tramitados en la JCA en los que se decrete la medida cautelar de urgencia solicitada con anterioridad a la presentación del escrito de demanda, o de la solicitud de conciliación prejudicial cuando ello es necesario.

241 Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado. 11001-03-26-000-2014-00034-00(50221) veintinueve (29) de mayo de 2014. La fijación a ese “alcance avanzado a las medidas cautelares” ha sido reiterado en: Sección Tercera. Radicado: 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057). (13, mayo, 2015). Sección Tercera. Radicado: 11001-03-26-000-2013-00073-00(47316). 15, marzo, 2016. Sección Tercera. Radicado: 25000-23-36-000-2015-00762-01(55084). (22, noviembre, 2016). Sección Tercera. Radicado: 11001-03-26-000-2014-00143-00(52149). (09, febrero, 2017). Sección Tercera. Radicado 11001-03-26-000-2017-00083-00(59493). (5, julio, 2017). Sección Tercera. Radicado: 25000-23-36-000-2014-01318-03(58935). (12, diciembre, 2017).

242 En dicha providencia, la Corte se refirió a este cambio supuestamente identificado en la Sentencia T-376 de 2016, no obstante, en aquella providencia se precisó el alcance general que la jurisprudencia del Consejo de Estado le ha conferido al nuevo régimen de medidas cautelares, sin asumiera la Corte Constitucional como propia esa conclusión.



Lo anterior, máxime cuando la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad C-834 de 2013<sup>243</sup>, señaló que el agotamiento del requisito de conciliación previa solicitud de medidas cautelares en un proceso contencioso administrativo, no vulnera el principio de igualdad ni el de acceso a la administración de justicia. Incluso, se sostuvo en esa ocasión, que en casos en que la actuación judicial sea requerida con extraordinaria urgencia, existen mecanismos como la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales.

**(B) Interpretación según la cual, pueden ser decretadas solo si existe una demanda admitida**

Las secciones Quinta<sup>244</sup> y Segunda<sup>245</sup> del Consejo de Estado, por su parte sostienen, que para estudiar una solicitud de medida cautelar de urgencia, se debe verificar previamente la existencia de una demanda que reúna las condiciones exigidas en el ordenamiento jurídico “puesto que si se tiene que inadmitir la misma, escindir u ordenarle al actor cualquier corrección se imposibilita tal pronunciamiento judicial en razón a que no tiene sentido decretar una medida cautelar sin tener certeza que la demanda será subsanada y por ende que se hace preciso *“asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte”*”.

En la segunda de las decisiones en comento, no solo se adujo el requisito de existencia de un libelo de demanda que cumpla todas las exigencias legales, sino que se destacó que: (i) el artículo 233 del CPACA dispone literalmente de ese requisito, (ii) en el artículo 234, sobre el trámite de urgencia, solo se alude a la posibilidad de que pueda decretarse “inaudita parte debitoris” eximiendo del deber de “agotar el trámite previsto en el artículo anterior”, sin que ello se traduzca en que no se requiera demanda, (iii), para que proceda la medida de urgencia, se impone verificar el cumplimiento de los requisitos consagrados en el artículo 230 del CPACA, entre los que se encuentra, la “relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda” y “que la demanda esté razonablemente fundada en derecho”, por lo que solo con la presentación de la demanda, sería posible establecer su cumplimiento.

Del artículo 234 y de la jurisprudencia citada, se deriva:

243 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-834 de 2013. (20, noviembre, 2013).

244 Colombia. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Radicado: 11001-03-28-000-2015-00021-00(B). (13, agosto, 2015).

245 Colombia. Consejo de Estado, Sección Segunda. Radicado: 11001-03-25-000-2016-01029-00(4657-16). (10, noviembre, 2016).

- Las medidas cautelares de urgencia pueden ser adoptadas sin correrle traslado al demandado de la solicitud.
- El auto que decida sobre la medida cautelar de urgencia es susceptible de recurso de apelación o súplica, según el caso.
- Las medidas cautelares pueden ser adoptadas antes de la notificación del auto admisorio de la demanda.
- La medida cautelar debe comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución.

Por último, debe considerarse la posibilidad temporal de cumplir el trámite previsto en el artículo 233, pudiendo denegarse el tratamiento de urgencia pedido por el actor, para proceder con el traslado de la solicitud de medida cautelar por el término de cinco (5) días, en cumplimiento del inciso 2° del ya mencionado artículo 233<sup>246</sup>.

## **ii. Los recursos contra el auto que resuelve la solicitud de medida cautelar**

Establece el artículo 236 del CPACA, que contra el auto que decreta una medida cautelar proceden los recursos de apelación o de súplica, según sea el caso, el cual debe ser resuelto en efecto devolutivo dentro de los veinte (20) días siguientes a su interposición. A su turno, dispone este artículo que contra el auto que decida sobre el levantamiento, modificación o revocatoria de una medida cautelar, no procede recurso alguno:

Artículo 236. Recursos. El auto que decrete 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. (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, el artículo 243 del CPACA dispone:

Artículo 243. Apelación. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

---

246 Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Radicado: 11001-03-25-000-2016-00019-00(0034-16). (15, febrero, 2016).

5. El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite. (Subrayado fuera de texto).

Una parte minoritaria de la doctrina, afirma que de la redacción del artículo 236 se puede inferir que el recurso el recurso de apelación o súplica procede contra el auto que concede o el que niegue la medida cautelar. Afirma en ese sentido Jorge Enrique Solano:

[S]egún este precepto, en concordancia con el numeral 2º (ab initio) del artículo 243, los recursos establecidos proceden contra el auto que “decrete”, es decir, que conceda una medida cautelar o la niegue, pues el proveído que la decida –donde también se fijará la caución (art. 233, inciso 4º)–, la hace procedente conforme al artículo 232, inciso 2º: “La decisión que fija la caución o la que la niega será apelable junto con el auto que decreta la medida cautelar”<sup>247</sup>.

Lo anterior lo fundamenta en el significado textual de la palabra “podrá”, que de acuerdo a la RAE<sup>248</sup>, indica la acción de resolver o decidir:

El querer del legislador, inequívocamente, lo hace omnímodo, puesto que según los diccionarios “decretar” es “resolver, decidir”, entendiéndose en sentido positivo (afirmativo) o negativo. Por ello, nos hubiera parecido más explícito el término “resolver”, en conjugación gramatical del verbo, como lo ajustaba para la suspensión provisional el anterior Código en sus artículos 154, 155; 180, núm. 2º; 207, inciso final, entre otros<sup>249</sup>.

No obstante esta postura, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha sido enfático en establecer que contra el auto que niega una medida cautelar no proceden los recursos de apelación y súplica:

En virtud de lo dispuesto en el artículo 246 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011–, el recurso de súplica procede contra los autos que por su naturaleza son apelables, dictados por el Magistrado ponente en el curso de la segunda o única instancia.

Así pues, conforme lo disponen los artículos 236 y 243 ibídem, es apelable o suplicable, según el caso, el auto que decreta una medida cautelar, disposición diferente a la que traía el Código Contencioso Administrativo

247 Solano. Op. cit. p. 882.

248 <http://dle.rae.es/?id=BzV0z93|BzbhM4P>

249 Ibíd.

–Decreto 01 de 1984–, en el que se aceptaba el recurso de apelación o de reposición, según se tratara de única o doble instancia, contra los autos que decidieran la medida cautelar, independientemente de su contenido (arts. 154, 155 y 181-2 del CCA).

En ese orden de ideas, en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el recurso de apelación y, por ende, el de súplica, sólo procede contra el auto que decreta una medida cautelar. No es procedente, por el contrario, respecto del que rechaza la medida, tal como ocurrió en el presente caso, pues en virtud del principio de taxatividad, no es posible hacer una interpretación extensiva en materia de medidas cautelares<sup>250</sup>.

En este sentido, y de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>251</sup>, contra el auto que niega una medida cautelar procede el recurso de reposición, pues, según el artículo 242 del CPACA, el recurso de reposición procede contra los autos que no sean susceptibles de apelación o súplica.

De conformidad con lo expuesto, se concluye que contra el auto que conceda una medida cautelar procede el recurso de apelación y súplica, según el caso, y contra el que niegue procede el recurso de reposición. El recurso se debe tramitar conforme el procedimiento establecido en el artículo 244 del CPACA.

#### 4.2.3 LA CAUCIÓN PARA GARANTIZAR LOS EVENTUALES PERJUICIOS OCASIONADOS CON LA MEDIDA CAUTELAR

El solicitante de una medida cautelar debe prestar caución con fin de garantizar los perjuicios que se llegaren a ocasionar con la medida. Esta es una condición para la ejecución de la medida cautelar, so pena de que se entienda que opera un desistimiento tácito de la medida. El artículo 232 del CPACA que señala:

Artículo 232. Caución. 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.

250 Colombia. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Auto, Radicado: 11001-03-27-000-2013-00033-00(20676). (27, noviembre, 2014).

251 Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Auto, Radicado: 11001-03-24-000-2014-00510-00. (9, agosto, 2016).

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.

(A) Determinación de la modalidad, cuantía y demás condiciones de la caución

El CPACA no establece un método o pauta para fijar la modalidad, cuantía y demás condiciones estimar la caución que debe solventar el beneficiario de la medida cautelar, por lo que dicha circunstancia queda al *arbitrio iuris* judicial. Esto, a diferencia del artículo 590 numeral 2º del CGP, que define las condiciones para la caución:

Artículo 590. Medidas cautelares en procesos declarativos. En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:

(...)

2. Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior en el momento de decretar la medida. No será necesario prestar caución para la práctica de embargos y secuestros después de la sentencia favorable de primera instancia.

Así las cosas, la fijación del monto de la caución en lo contencioso administrativo, deberá estar fundamentada en la sana crítica y en la regla de la experiencia, sin que ello represente una arbitrariedad:

Decretada la caución del caso, debe ser constituida después de la admisión de la cautela pero antes de su ejecución o traba, para así dejar expedito el procedimiento posterior. Para eso, el juez debe fijar un monto dinerario a la caución que se prestará, teniendo en cuenta al efecto las

circunstancias del caso que, casi siempre, debe adivinar precisamente por la falta de audiencia previa del cautelado. De ahí la ponderación de las circunstancias que antes he referido.

En principio, no hay relación obvia y clara entre la traba de una cautela cualquiera y el daño que ella puede provocar. Esa es la razón por la cual añeja y seria jurisprudencia ha tratado de buscar y adoptar pautas objetivas para relacionar ambas cosas<sup>252</sup>.

Nada impediría, en lo contencioso administrativo, tener como referencia las disposiciones del CGP para fijar el monto de la caución, siempre que se garanticen los perjuicios que se pueden ocasionar con la medida cautelar; también para definir la modalidad y demás condiciones, mediante pólizas de seguro, garantías bancarias, depósito de dinero en garantía, etc., o combinar estas modalidades.

#### (B) Recursos contra el auto que fija o niega caución

De acuerdo al inciso 2º del artículo 232 del CPACA, contra la decisión que fija la caución o la que la niega procede el recurso de apelación, no obstante, el auto mediante el cual se acepte o rechace la caución prestada no es apelable.

Es importante considerar que la medida cautelar sólo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada, según el cuarto inciso del artículo 233 del CPA y CCA.

#### (C) Casos en que se exime de la constitución de la caución

Como excepción a la fijación de la caución, el inciso 3º del citado artículo 232 dispone que la misma no es procedente: (i) cuando se solicita la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, (ii) en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, y, (iii) cuando el solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.

Así, en un proceso declarativo sujeto al CPACA, en el que decretó como medida cautelar la inscripción de la demanda en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, el Consejo de Estado señaló que no era posible aplicar a esa medida lo dispuesto en el CGP en punto al requisito su caución, por ser la solicitante una entidad pública<sup>253</sup>. Para arribar a esa conclusión, argumentó:

252 Alvarado Vallejo, Adolfo. El procedimiento cautelar y la solución urgente y anticipada de una pretensión. XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: Universidad Libre. 2013, p. 845.

253 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 25000-23-36-000-2015-02035-01(56698). (14, febrero, 2017).

(i) que según el artículo 1 del CGP, sus disposiciones aplican en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes, contrario a lo que ocurre en el artículo 230, núm. 4° del CPACA que contempla como cautela, la posibilidad de ordenar adoptar una decisión administrativa, como la inscripción de la demanda, (ii) que no es posible aplicar el CGP obviando lo dispuesto en el CPACA, en el sentido de no sujetarse a caución cuando la solicitante una entidad pública; y, (iii) que el hecho de que la medida esté regulada en el CGP no implica la sustracción del régimen cautelar del CPACA, máxime cuando acudir al CGP depende que el asunto no se encuentre regulado en otras leyes, y no al hecho de que haya sido tratado en esa codificación general.

Frente a esa misma excepción de fijación de caución cuando el solicitante de la medida cautelar es una entidad pública, el inciso 2° del artículo 23 de la Ley 678 de 2001 *“por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”*, establece:

Artículo 23. Medidas cautelares. En los procesos de acción repetición son procedentes las medidas de embargo y secuestro de bienes sujetos a registro según las reglas del Código de Procedimiento Civil. Igualmente, se podrá decretar la inscripción de la demanda de bienes sujetos a registro.

Para decretar las medidas cautelares, la entidad demandante deberá prestar caución que garantice los eventuales perjuicios que se puedan ocasionar al demandado, en la cuantía que fije el juez o magistrado.

La norma transcrita, en principio, presenta una contradicción respecto de lo contemplado en el inciso 3° del artículo 232 del CPACA, no obstante, acudiendo al principio hermenéutico de que la norma especial prima sobre la general, en las acciones de repetición, las entidades públicas deben prestar caución que garantice los eventuales perjuicios que se puedan ocasionar al demandado<sup>254</sup>.

#### 4.2.4 LA REVOCATORIA, MODIFICACIÓN Y EL LEVANTAMIENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR

El artículo 235 de la Ley 1437 de 2011 dispone:

Artículo 235. Levantamiento, modificación y revocatoria de la medida cautelar. El demandado o el afectado con la medida podrá solicitar el

254 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 11001-03-26-000-2013-00127-00(48521). (13, febrero, 2014).

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.

Este artículo confiere facultades correctivas para modificar o revocar la medida cautelar previamente decretada, considerando posibles cambios en las condiciones que justificaron la decisión de decretar la medida cautelar: “ora porque se presta caución, ora porque desaparecen o cambian los hechos que la justificaron, o porque sea necesario tener en cuenta circunstancias especiales, como los plazos para tornar razonable esa medida”<sup>255</sup>. Con estas facultades, al tiempo que se persigue que la medida cautelar siga siendo eficaz y necesaria, se evitan cargas inequitativas y desproporcionadas para la parte afectadas que se hagan nugatorias las potestades administrativas.

El inciso segundo permite a la JCA, de oficio o a petición de parte y en cualquier estado del proceso, modificar, revocar o variar la tutela cautelar, en los siguientes casos: (i) cuando advierta que no se cumplieron los requisitos para ordenar la medida cautelar, (ii) cuando desaparecen o se superan los hechos que justificaron la medida, y, (iii) cuando deba variarse la cautela para facilitar su cumplimiento<sup>256</sup>.

255 Colombia. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Auto, Radicado: 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025). (11, agosto, 2015).

256 *Ibidem*.



Es preciso considerar el procedimiento para el embargo de recursos inembargables descrito por el parágrafo del artículo 594 del CGP, en el que se estatuye una regla de prohibición general para decretar embargos sobre bienes de naturaleza inembargable, al tiempo que se reconoce la relatividad del principio de inembargabilidad, con el listado de excepciones legales a dicha prohibición. Es así como se dispone:

- Se fija en el funcionario que decreta la medida cautelar, la carga procesal de invocar en la orden de embargo, el fundamento legal para la procedencia de la excepción a la inembargabilidad.
- Se confiere la potestad a cargo del destinatario de la comunicación de la medida cautelar, de abstenerse de dar cumplimiento a la orden, en razón a la naturaleza inembargable de los recursos, en cuyo caso debe comunicar al día hábil siguiente a la autoridad sobre el no acatamiento de la medida.
- Se otorga un plazo de tres (3) días hábiles siguientes al envío de la comunicación a la autoridad que decretó la medida para pronunciarse sobre la procedencia de la excepción a la regla de inembargabilidad, so pena de la revocatoria de la medida cautelar por ministerio de ley.
- En caso de insistencia del funcionario en la práctica de la medida cautelar, se obliga al destinatario de la orden, a cumplirla a través de la congelación de los recursos en una cuenta especial, que devengue intereses en las mismas condiciones de la cuenta o producto de la cual se produce el débito por cuenta del embargo.
- Se sujeta la entrega de los dineros congelados a órdenes del despacho competente, cuando cobre ejecutoria la sentencia o la providencia que le ponga fin al proceso que así lo ordene.

También vale la pena considerar en este punto, que a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE), le fueron atribuidas ciertas facultades en el CGP en los artículos 610 a 613, para actuar como interviniente o apoderado en los procesos judiciales en los cuales sea parte una entidad pública, en aquellos en que se considere necesario defender los intereses patrimoniales del Estado, y para promover el incidente de levantamiento de embargo por insostenibilidad fiscal o presupuestal del ente demandado, de conformidad con el artículo 597 numeral 11.

Artículo 597. Levantamiento del embargo y secuestro. Se levantarán el embargo y secuestro en los siguientes casos:

(...)

11. Cuando el embargo recaiga contra uno de los recursos públicos señalados en el artículo 594, y este produzca insostenibilidad fiscal o presupuestal del ente demandado, el Procurador General de la Nación, el Ministro del respectivo ramo, el Alcalde, el Gobernador o el Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, podrán solicitar su levantamiento.

(A) Levantamiento de la medida cautelar por constitución de caución

Según el artículo 235 del CPACA, el afectado con la medida cautelar puede solicitar el levantamiento de la medida cuando preste caución satisfactoria estimada por la administración judicial, en los casos en que esto sea compatible con la naturaleza de la medida, y se garantice la reparación de los daños y perjuicios que se llegaren a causar.

(B) Modificación de la medida cautelar

Establece el inciso 2º del citado artículo 235, que la medida cautelar decretada puede ser modificada, en cualquier estado del proceso, cuando se presenten circunstancias que hagan necesario variarla para que se cumpla.

Es por lo anterior, que el inciso 3º del mismo artículo obliga a la parte a favor de quien se otorga la medida cautelar, de 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.

Un caso que puede ejemplificar la potestad de modificación de la medida para facilitar su cumplimiento, se encuentra en el auto del 19 de junio de 2019 del Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Quinta Mixta, radicado 05 001 33 33 034 2019 00164 01 en el marco de una acción popular, en la que se habían decretado diversas medidas para intervenir una zona (comprendida entre la carrera 54 y las calles 54 a 57 de Medellín) en la que el fenómeno de la habitabilidad en calle conllevaba al aumento de comisión de delitos de impacto en la ciudadanía, la explotación sexual, el tráfico y consumo de sustancias estupefacientes, la acumulación de basuras, excrementos y escombros. En la providencia, se modificó la orden de retiro de las personas que están haciendo uso indebido del espacio público por considerar que ello se debía a factores antrópicos relacionados con la habitabilidad en calle y los hábitos de consumo de esta población, que son opciones de vida protegidas

en Colombia como expresión del libre desarrollo de la personalidad según lo ha señalado la Corte Constitucional en sus sentencias.

Ante la necesidad de adoptar medidas urgentes, se ordenó la disposición de un espacio interinstitucional y participativo en el que se convocara a todas las partes involucradas en la atención del problema, la creación de un calendario de trabajo conjunto en 4 meses, y la producción de un plan integral de contingencia para intervenir la zona:

El plan de contingencia deberá partir de la caracterización, desde el punto de vista demográfico y socioeconómico, de la población de calle que deambula en el sector, con el fin de identificar el perfil de la población, nivel académico, condiciones de salud, género, edades, pertenencia étnica, nacionalidad, entre otros determinantes sociales que pueden contribuir a determinar cuáles son las medidas y estrategias que se pueden adoptar o intensificar para invitarlos a que se acojan a la oferta pública existente para atender sus diferentes necesidades y evitar que su situación de vulnerabilidad se asocie a conductas como el microtráfico, la explotación sexual y la comisión de otras conductas punibles.

#### (C) Revocatoria de la medida cautelar

El inciso 2º del artículo 235 establece la posibilidad de revocar la medida cautelar, de oficio o a petición de parte, cuando se advierta que no se cumplieron los requisitos para su otorgamiento, o que estos no se presentan o fueron superados.

En este sentido, si con sustento en las pruebas allegadas por la parte afectada con la medida cautelar se llega al convencimiento de que los argumentos que inicialmente fundamentaron el decreto de la medida han desaparecido, se debe proceder a su revocatoria.

#### 4.2.5 LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR NO IMPLICA PREJUZGAMIENTO

De acuerdo al artículo 229 del CPACA, la decisión de adoptar medidas cautelares no implica prejuzgamiento. Si bien no se encuentra una definición legal sobre lo qué se debe entender por “prejuzgamiento”, este no es un concepto nuevo en nuestro sistema jurídico, dado que: (i) en materia disciplinaria o administrativa sancionatoria, se ha utilizado para definir la manifestación de opinión anticipada sobre el asunto materia de investigación, por parte de quien posteriormente ejercerá como fallador, y para definir conflictos de interés y causales de impedimento y recusación, y, (ii) en

mecanismos alternativos de solución de conflicto, se usa para aclarar que cuando el juez cumple con el deber de proponer las fórmulas conciliatorias que estime justas, ello no significa prejuzgamiento.

En las providencias del Consejo de Estado, desde el año 2013 a la fecha, se ha sostenido que la citada previsión legal en el CPACA, se constituye como una presunción *iure et de iure* sobre cómo acceder a la medida cautelar, sin ir en detrimento de la garantía de imparcialidad judicial, explicando lo siguiente:

En efecto, con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 CPACA expresamente dispone que “[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es brindar a los jueces ‘la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite’. Una suerte de presunción *iure et de iure* sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido<sup>257</sup>.

#### 4.2.6 LA LIMITACIÓN A LA JCA CUANDO LA MEDIDA IMPLICA EL EJERCICIO DE UNA DECISIÓN DISCRECIONAL

El parágrafo único del artículo 230 del CPACA en donde se enlistan los tipos de medidas de posible adopción por la JCA en los procesos declarativos, dispone que, cuando la medida cautelar a decretar comporte elementos de índole discrecional, no se podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que en ese caso, la orden se limitará a adoptar la decisión en el plazo que se defina 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.

257 Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Radicado: 11001-03-24-000-2013-00067-00. (30, septiembre, 2013). Reiterada en: Sección Primera. Radicado: 11001-03-24-000-2013-00503-00. (11, marzo, 2014). Sobre el tema ver: Radicados: 11001-03-24-000-2016-00046-00, 11001-03-24-000-2016-00073-00\_1, 11001-03-24-000-2016-00245-00, 11001-03-24-000-2016-00407-00, 11001-03-25-000-2015-00366-00, 11001-03-25-000-2016-00019-00 (0034-2016, 0052-16, 0156-16, 0271-16, 0184-16, 0155-16, 0053-16)\_4, 11001-03-28-000-2017-00040-00 20171123, 73001-23-33-006-2016-00079-01, 8500123-33-000-2017-00019-02 20170713\_2.

Para entender esta limitación es preciso acudir al artículo 44 del CPACA que desarrolla las decisiones discrecionales al sostener que “En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

Sobre este parágrafo, ha sostenido la Sección Tercera del Consejo de Estado:

Pero si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, la norma establece que el juez 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<sup>258</sup>.

#### 4.2.7 INCIDENTE DE RESPONSABILIDAD POR LA REVOCATORIA DE LA MEDIDA

Determina el artículo 240 del CPACA, 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.

Sobre el tema en concreto, el Consejo de Estado<sup>259</sup> ha destacado los dos presupuestos para la declaratoria de la responsabilidad por la revocatoria de una medida cautelar: (i) la improcedencia de la medida y (ii) cuando la sentencia sea desestimatoria. En relación a la improcedencia de la medida, se presenta en aquellos casos en donde no se cumplen los requisitos para decretar la medida cautelar, es decir, los contemplados en el artículo 231 del CPACA, que se analizaron anteriormente. En relación a la sentencia desestimatoria, se presenta cuando se resuelve de fondo el asunto negando las pretensiones impetradas por razones de forma o de fondo<sup>260</sup>.

258 Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado: 11001-03-26-000-2013-00129-00(48517). (16, marzo, 2016).

259 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto, Radicado: 85001-23-33-000-2013-00221-02(53586). (04, junio, 2015).

260 Ibid.

Ha debido aclarar el Consejo de Estado, que entre las causales que dan lugar a este incidente no se encuentra el levantamiento, modificación y revocatoria de la medida cautelar de que trata el artículo 235 del CPACA, dado que la cesación de la medida en ese caso, puede darse en razón a las pruebas allegadas con posterioridad a su decreto, o por situaciones sobrevinientes que permiten superar la necesidad por la cual la medida se venía ejecutando<sup>261</sup>. Para diferenciar una y otra hipótesis, lo que interesa no es la denominación que se dé a la decisión que cesa la medida cautelar, sino las razones para tomar esa decisión.

Durante el trámite del incidente y en el momento de definir una posible sanción, se deberá considerar, por último, que en nuestro ordenamiento legal está proscrita cualquier forma de responsabilidad objetiva en las distintas expresiones del derecho sancionatorio –artículo 28 constitucional–, por lo que habrá de considerarse en el trámite, el principio de culpabilidad.

#### 4.2.8 INCIDENTE DE DESACATO DE LA MEDIDA CAUTELAR DECRETADA

Contempla el artículo 241 del CPACA, un incidente de desacato por el incumplimiento de una medida cautelar:

Artículo 241. Sanciones. El incumplimiento de una medida cautelar dará lugar a la apertura de un incidente de desacato como consecuencia del cual se podrán imponer multas sucesivas por cada día de retardo en el cumplimiento hasta por el monto de dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes a cargo del renuente, sin que sobrepase cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

La sanción será impuesta al representante legal de la entidad o director de la entidad pública o al particular responsable del cumplimiento de la medida cautelar por la misma autoridad judicial que profirió la orden, mediante trámite incidental y será susceptible de los recursos de apelación en los procesos de doble instancia y de súplica en los de única instancia, los cuales se decidirán en el término de cinco (5) días.

El incumplimiento de los términos para decidir sobre una medida cautelar constituye falta grave.

Se debe tener presente, en el momento de evaluar el cumplimiento de la medida cautelar, si el mismo fue efectivo y si satisfizo las circunstancias que

---

<sup>261</sup> Ibid.

dieron lugar al decreto de la medida. En efecto, la Sección Primera en el marco de acciones populares, ha impuesto sanciones por desacato a autoridades que alegaron cumplimiento de la medida cautelar, pero sin satisfacer la necesidad que le dio origen, a saber:

En efecto, el debido cumplimiento de la medida cautelar no permite el solo hecho de que se haya aprobado un mecanismo provisional para el suministro de agua potable a los habitantes de la vereda Agua Blanca del municipio de Girardot, como lo es un tanque de almacenamiento de 2.000 l. o pila comunitaria, que se puede utilizar en la comunidad del líquido vital ocasionalmente, sino que se puede suministrar a la comunidad en forma regular, periódica e ininterrumpida, el servicio de agua potable, para que no se haga nada, como hacer una vida, de una fuente de la que se desconoce la capacidad para el consumo humano y en la que también consumen agua los animales<sup>262</sup>.

Las disposiciones transcritas facultan a la autoridad judicial de poderes correccionales frente al incumplimiento de las medidas cautelares decretadas, a través de sanciones pecuniarias.

---

262 Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Auto, Radicado: 25000-23-25-000-2004-00043-02 (AP). (30, agosto, 2007).

<p><i>Ap</i></p>	<p><b>Actividades pedagógicas</b> <b>Investigación</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Indique las diferencias entre los requisitos formales y materiales de procedibilidad de una medida cautelar según el CPACA.</li> <li>- Señale las oportunidades procesales en las cuales se puede solicitar una medida cautelar.</li> <li>- Establezca en qué casos proceden los recursos de reposición, apelación y súplica respecto del auto que decreta una medida cautelar.</li> </ul> <p><b>Reflexión</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- De acuerdo al parágrafo del artículo 229 del CPACA, es posible el decreto de una medida cautelar de oficio en los procesos iniciados con ocasión del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos; a su turno, el inciso primero del mismo artículo faculta a la administración judicial conceder las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. ¿El decreto de la medida cautelar queda a la entera subjetividad de la administración judicial? o en su defecto, ¿qué requisitos debe cumplir la medida?</li> <li>- En el marco del régimen cautelares consagrado en el CPACA, ¿procede el decreto de una medida cautelar de urgencia desde antes de la presentación de la demanda o del cumplimiento de los requisitos de admisión?</li> <li>- ¿Cuál es el propósito del legislador al señalar, en el artículo 229 del CPACA, que la decisión de adoptar una medida cautelar no implica prejuzgamiento?</li> </ul>
<p><i>Ae</i></p>	<p><b>Autoevaluación</b></p> <p>Una Secretaría de Hacienda municipal, mediante Resolución Nro. 1, dispuso imponer una sanción por inexactitud a favor del municipio y en contra de Pedro Pérez, Notario, por cometer error en tarifa en el momento de presentar y pagar la declaración privada del impuesto del ICA del año gravable</p>



<p><i>Ae</i></p>	<p>de 2016, en una cuantía de \$100.000.000. Mediante Resolución n.º 2, se resolvió el recurso de reconsideración, negándolo y confirmando la decisión. El señor Pérez solicitó como medida cautelar de urgencia que se suspendiera el cobro de la sanción, no obstante, dicha solicitud no la hizo respecto de los actos administrativos citados.</p> <p>De acuerdo con el caso planteado:</p> <p>¿Es procedente otorgar la suspensión provisional del cobro de una sanción, a pesar de que no se solicitó la suspensión de los efectos de los actos administrativos sancionatorios?</p> <p>¿Se podría causar un perjuicio irremediable en contra del solicitante si no se concede la medida cautelar?</p> <p>En caso de conceder la medida cautelar, ¿se debe fijar caución para hacerla efectiva?, ¿cuál sería la cuantía de la caución?</p>
<p><i>J</i></p>	<p><i>Jurisprudencia</i></p> <p>Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-449. (27, agosto, 1998).</p> <p>Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-225. (15, junio, 1993).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Quinta. Auto, radicado: 13001233300020180039401. (2, agosto, 2018).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado: 25000233600020140131803(58935). (12, diciembre, 2017).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Primera. Auto, radicado: 05001233300020150179701. (27, noviembre, 2017).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Quinta. Auto, radicado: 11001032800020160008100. (3, agosto, 2017).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Quinta. Auto, radicado: 11001032800020170002900. (19, octubre, 2017).</p>

## J

Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 11001032600020160008800(57199). (23, agosto, 2017).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado: 11001032600020170008300(59493). (5, julio, 2017).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Primera. Radicado: 11001032400020160055600. (29, marzo, 2017).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Radicado: 11001032700020120004700 (19720). (10, marzo, 2017).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Radicado: 11001032700020130003400(20677). (9, marzo, 2017)

Colombia. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Radicado: 11001032700020150004500 (21849). (17, febrero, 2017).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado: 25000233600020150203501(56698). (14, febrero, 2017).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado: 11001032600020140014300 (52149). (9, febrero, 2017).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Quinta. Radicado: 41001233300020160008001. (9, febrero, 2017).

Colombia. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Auto, radicado: 2500023410002017000830. (9, febrero, 2017).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Radicado: 11001032700020140000900(20944). (14, diciembre, 2016).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado: 25000233600020150076201(55084). (22, noviembre, 2016).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Radicado: 11001032500020160102900(4657-16). (10, noviembre, 2016).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Auto, radicado 11001032500020120047400(1956-12). (29, noviembre, 2016).

J	Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado: 25000233600020150076201(55084). (22, noviembre, 2016).
	Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto, radicado: 25000234100020150045601(AG)A. (7, septiembre, 2016).
	Colombia. Consejo de Estado. Sección Primera. Auto, radicado: 11001032400020140057300. (5, septiembre, 2016).
	Colombia. Consejo de Estado. Sección Primera. Auto, radicado: 11001032400020140051000. (9, agosto, 2016).
	Colombia. Consejo de Estado. Sección Quinta. Auto, radicado: 85001233300020160006301. (30, junio, 2016).
	Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto, radicado: 11001032600020150012601(54850). (29, marzo, 2016).
	Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado: 11001032600020130012900(48517). (16, marzo, 2016).
	Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado: 11001032600020130007300(47316). (15, marzo, 2016).
	Colombia. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Radicado: 11001032700020160000800(22328). (15, febrero, 2016).
	Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B. Radicado: 25000234200020130600601(0722-15). (15, febrero, 2016).
Colombia. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Radicado: 11001032800020150002100(B). (13, agosto, 2015).	
Colombia. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Auto, radicado: 11001032600020140005400(21025). (11, agosto, 2015).	
Colombia. Consejo de Estado. Sección Primera. Radicado: 11001032400020140059800. (16, julio, 2015).	

## J

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto, radicado: 85001233300020130022102(53586). (4, junio, 2015).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Auto, radicado: 11001032400020140005400 (21025), 11001032400020130053400 (20946), 11001032400020130050900 (21047). (28, mayo, 2015).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado: 11001032600020150002200(53057). (13, mayo, 2015).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. Radicado: 11001032600020140014300 (52.149). (11, mayo, 2015).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Auto, radicado: 11001032500020140094200. (6, abril, 2015).

Colombia. Consejo de Estado. Sala Plena. Auto, radicado: 201403799. (17, marzo, 2015).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Auto, radicado: 11001032700020130003300(20676). (27, noviembre, 2014).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Quinta. Radicado: 11001032800020140009700. (8, octubre, 2014).

Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección Auto, radicado: **11001032600020130016200(49150)**. (3, septiembre, 2014).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Radicado: 11001032700020130003300(20676). (2, septiembre, 2014).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Quinta. Radicado: 25000234100020140063701(ACU). (21, agosto, 2014).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Quinta, Radicado: 20140005700. (13, agosto, 2014).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto, radicado: 11001032600020130011500 (48184). (17, junio, 2014).

<p><i>J</i></p>	<p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto, radicado: 11001032600020140003400(50221). (29, mayo, 2014).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Radicado: 11001032600020140003500(50222). (14, mayo 2014).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Primera. Radicado: 11001032400020130050300. (11, marzo, 2014.)</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Radicado: 11001032500020140036000 (113114). (13, mayo, 2014).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado: 11001-03-26-000-2013-00149-00(49058). (31, marzo, 2014).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Radicado: 25000234200020130687101. (5, marzo, 2014).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Quinta. Radicado: 76001233300020130131601. (25, febrero, 2014).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado: 11001032600020130012700(48521). (13, febrero, 2014).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Primera. Radicado: 11001032400020130006700. (30, septiembre, 2013).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Primera. Radicado: 11001-03-24-000-2013-00183-00. (24, julio, 2013)</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Quinta. Radicado: 11001032800020120006800. (24, enero, 2013).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Primera. Auto, radicado: 25000232500020040004302 (AP). (30, agosto, 2007).</p>
-----------------	---



# Unidad 5

## ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN ACCIONES CONSTITUCIONALES

### OBJETIVOS

Og	<p><b>Objetivo general</b></p> <ul style="list-style-type: none"><li>• Comprender el régimen especial aplicable a las medidas cautelares en los procesos de tutela, de defensa de derechos colectivos y de reparación de perjuicios causados a un grupo.</li></ul>
Oe	<p><b>Objetivos específicos</b></p> <ul style="list-style-type: none"><li>• Conocer el sistema abierto e innominado de las medidas cautelares en las acciones constitucionales.</li><li>• Distinguir el régimen especial y los requisitos de procedencia en cada acción.</li><li>• Estudiar el procedimiento para la adopción de las medidas cautelares en esos medios de control.</li></ul>

## Contenido



Fuente: Ana María Moncada

Una de las principales causas de la congestión judicial en la JCA, se debe al trámite especial y preferente que debe darse a mecanismos constitucionales como la tutela, las acciones de cumplimiento, populares y de grupo, ralentizando el impulso de los procesos ordinarios. Sin perjuicio de los intentos en resolver esta problemática, el último de los cuáles es la expedición del Decreto 1983 de 2017 referente a las reglas de reparto de la acción de tutela, es loable sostener que es en el marco de estas acciones, que mayor cantidad y desarrollo jurisprudencial ha tenido el instituto procesal de las medidas cautelares en la JCA.

### 5.1. MEDIDAS CAUTELARES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS

Como presupuesto para estudiar las medidas cautelares tramitadas ante la JCA, procedentes para la protección de los derechos e intereses colectivos –en adelante acción popular–, es menester considerar:



### 5.1.1. GENERALIDADES SOBRE EL MEDIO DE CONTROL

1. La Constitución, en su artículo 88, consagra la acción popular como un mecanismo para la protección de los derechos e intereses colectivos. A su turno, el artículo 2 de la Ley 472 de 1998 “por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”, en concordancia con el artículo 144 del CPACA, estipuló que las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

2. La acción popular se concibe como un procedimiento ágil, preferencial y despojado de formalismos en razón a que su objetivo se dirige a la protección de derechos colectivos<sup>263</sup>. Es de índole pública, naturaleza preventiva y carácter restitutorio. No puede ser utilizada para buscar la salida a una controversia particular, ni para evadir la utilización del medio de control correspondiente de acuerdo a la pretensión buscada<sup>264</sup>.

3. Hasta antes de la expedición de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), faltaba uniformidad en la jurisprudencia<sup>265</sup> y doctrina<sup>266</sup> en punto al alcance de la defensa de los derechos o intereses colectivos, frente a decisiones que exigieran un pronunciamiento sobre la legalidad de los actos o contratos de la administración. El artículo 144 del CPACA zanjó la discusión, al disponer expresamente que cuando la conducta vulnerante de un derecho u interés colectivo provenga de un acto administrativo o un contrato, no es posible anular dicho acto o contrato, sin perjuicio de que se puedan adoptar las medidas necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.

4. La competencia jurisdiccional para conocer de una acción popular, depende de si la misma se dirige en contra de una (i) entidad pública o particular que ejerza funciones públicas caso en el cual conoce la JCA, o, (ii) un particular como persona privada, caso en el cual conoce la jurisdicción civil.

5. La noción de derecho u interés colectivo no fue delimitada ni definida en la Constitución ni en la Ley 472, no obstante, se cuenta con la enunciación de

263 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-482. (28, octubre, 1994).

264 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-088. (2, febrero, 2000).

265 Colombia. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Radicado: 25000-23-24-000-1999-9001-01(AP-300). (31, mayo, 2002).

266 Hernández Enríquez, Alier. Las acciones populares y la validez de los contratos estatales. Conferencia dictada en la Universidad Externado de Colombia. Bogotá: agosto de 2003.

algunos de derechos e intereses colectivos. De igual forma, la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado<sup>267</sup>, y la doctrina<sup>268</sup> han afirmado que los derechos colectivos se configuran como los intereses que pertenecen a toda la comunidad, que no se limitan a la esfera de lo individual, y que se concretan ante la administración de justicia en ejercicio de la acción popular.

### 5.1.2. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LAS ACCIONES POPULARES

El artículo 25 de la Ley 472 de 1998 contempla un sistema abierto de medidas previas o cautelares a adoptar en el trámite de una acción popular, tanto en la JCA, como en la jurisdicción ordinaria.

Artículo 25. Medidas cautelares. Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado. En particular, podrá decretar las siguientes:

- a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;
- b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;
- c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;
- d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.

Parágrafo 1º. El decreto y práctica de las medidas previas no suspenderá el curso del proceso.

Parágrafo 2º. Cuando se trate de una amenaza por razón de una omisión atribuida a una autoridad o persona particular, el juez deberá ordenar el cumplimiento inmediato de la acción que fuere necesaria, para lo

267 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-215. (14, abril, 1999). Ver sentencias: Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 63001-23-31-000-2003-00861-01(AP). (13, febrero, 2006); Sección Primera. Radicado: 25000-23-25-000-2002-02261-01(AP). (20, enero, 2005).

268 Nicotra, Norberto. La Defensoría del Pueblo y las acciones populares: experiencia argentina. V.V.A.A. Acciones populares y de grupo, nuevas herramientas para ejercer los derechos colectivos. Memorias del Seminario Internacional de Acciones populares y de grupo. Santafé de Bogotá, septiembre 7, 8 y 9 de 1994. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 1996, p. 74.

cual otorgará un término perentorio. Si el peligro es inminente podrá ordenar que el acto, la obra o la acción la ejecute el actor o la comunidad amenazada, a costa del demandado.

Como se observa, el sistema cautelar en las acciones populares es abierto e innominado, sin perjuicio de las actividades que a título enunciativo se describen en literales a), b), c) y d). La Sección Tercera del Consejo de Estado ha afirmado, que dichas medidas no están previstas expresamente por el legislador, “pero éste faculta al juez para que en cada caso y mediante petición de parte la decrete si la encuentra razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión”<sup>269</sup>.

Con la expedición del CPACA (Ley 1437 de 2011) y su extenso régimen cautelar para los procesos declarativos, se puso en duda la vigencia de la ley 472 de 1998 en la materia, con incertidumbre en la JCA a la hora de definir el régimen cautelar aplicable a cada caso. Posteriormente, la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, coincidieron en que las medidas cautelares de la Ley 472 y el CPACA, deben armonizarse y complementarse, sin considerarse excluyentes.

Mediante Auto del 6 de febrero de 2014, la Sección Primera del Consejo de Estado sostuvo:

Considera la Sala que las disposiciones contenidas en el capítulo XI del CPACA sobre medidas cautelares, deben ser interpretadas de manera armónica con la Ley 472 de 1998 tratándose de la protección de derechos colectivos.

El artículo 25 de la Ley 472 de 1998, norma especial de las acciones populares, faculta al juez constitucional para que decrete las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado y en particular, puede decretar las siguientes:

[...]

Igualmente, el listado de medidas cautelares contenido en el artículo 230 del CPACA, no es taxativo, pues pese a que la mencionada disposición enumera una serie de medidas cautelares, el artículo 229 que lo precede

269 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 25000-23-41-000-2015-00456-01(AG). (7, septiembre, 2016).

indica que se pueden decretar las medidas cautelares que considere necesarias:

[...]

Visto lo anterior, la Sala, en aras de armonizar la aplicación de las normas en mención, entiende que el Juez popular sigue estando facultado para decretar cualquier medida cautelar y en particular, si así lo considera necesario, las contempladas en los artículos 25 y 230 de la Ley 472 de 1998 y del CPACA, respectivamente.

Advierte la Sala que la intención del legislador no fue derogar la Ley 472 de 1998 en relación con la posibilidad que tiene el juez de decretar cualquier medida cautelar, pues así se precisó en los antecedentes de la Ley 1437 de 2011, los cuales se transcriben a continuación: [...].

A su turno, la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de los artículos 229 a 241 del CPACA concluyó el legislador no violó los artículos 13, 88, 89, 228 y 229 de la Constitución, al ordenar que se aplique el citado régimen de medidas cautelares a procesos en defensa de derechos colectivos, ante la justicia administrativa, concluyendo lo siguiente:

En definitiva, a juicio de la Sala, el parágrafo del artículo 229, Ley 1437 de 2011, no viola los artículos 13, 86, 88, 89, 228 y 229 de la Carta, al extender la regulación de medidas cautelares previsto en capítulo XI, Título V, del CPACA, a los procesos que busquen la protección de derechos e intereses colectivos que sean de conocimiento de la justicia administrativa, por las siguientes razones: i. no reduce las medidas que puede decretar el juez, sino que las complementa; ii. El juez puede, en virtud suya, adoptar medidas cautelares de oficio o a petición de parte; iii. Sin necesidad de prestar caución, por parte de quien las solicita; iv. Si bien en general se prevé un espacio previo al decreto de la medida cautelar, dispuesto para darle traslado a la otra parte y para que esta pueda oponerse, se admite también la posibilidad medidas de urgencia que pretermitan esa oportunidad; iv. (sic) la decisión de decretar las medidas es susceptible de recurso de apelación o súplica, según el caso, pero de concederse sería en el efecto devolutivo; v. estas medidas se aplicarían en tales procesos, pero cuando sean de conocimiento de la justicia administrativa, lo cual en esta materia responde a un principio de razón suficiente<sup>270</sup>.

---

270 Sentencia C-284. (15, mayo, 2014).

De conformidad con los postulados normativos y jurisprudenciales expuestos, así como el procedimiento para resolver las medidas cautelares tratado en la Unidad III, se tiene:

**(A) Medidas cautelares que se pueden decretar en las acciones populares**

El listado de medidas cautelares contenido en el artículo 25 de la Ley 472, no es taxativo, pues pese a que la mencionada disposición enumera una serie de medidas cautelares, en virtud de los artículos 229 y 230 del CPACA, se pueden decretar las medidas cautelares que se consideren pertinentes, sin olvidar que dicha libertad se encuentra limitada por los siguientes presupuestos:

[Q]ue en el proceso esté demostrada de manera efectiva la inminencia de un daño [...], b) que exista la obligación de motivar la adopción de la medida, y c) que se tenga en cuenta lo solicitado por el demandante, aun cuando de manera oficiosa es posible, de acuerdo con los elementos de juicio presentes en la actuación, que se tenga que adoptar una medida cautelar<sup>271</sup>.

**(B) Se pueden adoptar medidas cautelares de oficio o a petición de parte.**

Tanto la Ley 472 de 1998 como la Ley 1437 de 2011 permiten decretar medidas cautelares de oficio o a petición de parte en este medio de control.

El accionante no debe prestar caución

El CPACA, en su artículo 232, expresamente excluyó al solicitante del deber de prestar caución en la acción popular.

**(D) Oportunidad para dar traslado a la parte demandada**

Aunque la Ley 472 no prevé un espacio previo al decreto de la medida cautelar para darle traslado a la otra parte para garantizar el derecho de contradicción, de acuerdo con lo afirmado por la Corte Constitucional, se dará el traslado de los cinco (5) días a la contraparte, para pronunciarse sobre la misma, acudiendo al trámite ordinario contenido en el artículo 233 del CPACA.

De igual forma, si se solicita por el accionante, existe la posibilidad de decretar medidas cautelares de urgencia, sin necesidad de darle traslado de

271 Gil Botero, Enrique; Rincón Córdoba, Jorge Iván. Los presupuestos de la responsabilidad ambiental. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2013, p. 138.

la solicitud al demandado, tal como lo establece el artículo 234 del CPACA. Al respecto, en la citada Sentencia C-284 señaló la Corte:

En cuarto lugar, según el régimen general de la Ley 1437 de 2011, para decretar una medida cautelar el juez debe en principio darle traslado de la solicitud a la contraparte, y esta tiene cinco (5) días para pronunciarse sobre la misma (art 233). Luego de vencido este término, el juez cuenta con diez (10) días para resolver la solicitud. La Corte considera que esta regulación tampoco vulnera la Constitución, en sus artículos 13, 88, 89, 228 y 229. No lo hace, precisamente, porque existe también en la misma Ley la posibilidad de que el juez, ante la urgencia, decrete medidas “sin previa notificación a la otra parte” (art. 234).

### **(E) Recursos frente al auto que conceden las medidas**

Si bien el artículo 26 de la Ley 472 prevé que el auto que decreta una medida cautelar puede ser objeto de los recursos de reposición y apelación, el artículo 236 del CPACA dispone que contra ese auto proceden únicamente los recursos de apelación y súplica según el caso.

De una primera lectura se puede reflejar una contradicción, en cuanto a que recurso debe incoar la parte sobre la cual recae la medida cautelar decretada, no obstante, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, han coincidido en afirmar, que contra el auto que concede la medida cautelar procede el recurso de apelación y súplica, y contra el que la niega el de reposición. En efecto, en la precitada sentencia C-284 sostuvo la Corte:

La decisión de decretar las medidas es susceptible de recurso de apelación o súplica, según el caso, y de concederse sería en el efecto devolutivo. En concepto de la Sala tampoco esta regulación desconoce los artículos 13, 86, 88, 89, 228 y 229 de la Carta. Para empezar, ambos recursos se conceden en el efecto devolutivo; es decir, que en ningún caso se suspende la ejecución del acto, ni tampoco se enerva la competencia del juez que lo expidió. En consecuencia, la medida puede seguir produciendo sus efectos, sin que esto implique tampoco la interrupción o entorpecimiento de la marcha del proceso. Debe decirse, además, que la previsión de recursos busca garantizar el derecho de defensa de la parte accionada en los procesos indicados, no solo porque es un derecho fundamental de toda persona (CP art 29), incluidas las personas jurídicas de derecho público, sino además porque es importante propiciar oportunidades de contradicción que ofrezcan al juez pluralidad de puntos de vista, lo cual contribuye a evitar errores en la decisión judicial. Es preciso señalar que, en la Ley 472 de 1998, también se prevén recursos (de reposición

y apelación) contra los actos que decreten medidas cautelares, y ambos se conceden también en el efecto devolutivo.

Respalda tal consideración la postura sentada por la Sección Primera del Consejo de Estado, en el expediente de Radicado: 07001-23-31-000-2003-0002-02(AP), donde se sostuvo:

En relación con la impugnación de las providencias relativas a medidas cautelares en procesos de acción popular, la Sala observa que existe norma que regula el punto, como lo es el artículo 26 de la Ley 472 de 1998, el cual circunscribe el recurso de apelación al auto que decreta tales medidas, de donde cabe deducir que no establece o prevé dicho recurso respecto del auto que las niega. Así las cosas, no existe vacío sobre el punto por cuanto tiene regulación especial en la ley que desarrolla la acción popular, pudiéndose decir que esa regulación excluye el auto que niega las medidas previas o cautelares del recurso de apelación.

Así las cosas, contra el auto que concede una medida cautelar procede el recurso de apelación y súplica según el caso, y el que niega es susceptible de reposición<sup>272</sup>, los cuales deberán ser resueltos en un término de cinco (5) días.

Por otra parte, la oposición a las medidas previas, únicamente procederá, de acuerdo a lo establecido en el artículo 26, en los siguientes eventos que deberán ser demostrados por quien los alegue:

- a) Evitar mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger;
- b) Evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público;
- c) Evitar al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable.

El primer ejemplo de lo anterior, se pudo evidenciar en el proceso que se tramitó en segunda instancia mediante auto del 8 de junio de 2016, rad: 81001-23-33-000-2015-00085-01(AP), en la Sección Primera del Consejo de Estado. En dicho proceso surgió la tensión entre los derechos colectivos de la seguridad y prevención de desastres, frente el acceso a los servicios públicos domiciliarios.

<sup>272</sup> Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Auto, Radicado: 07001-23-31-000-2003-0002-02(AP). (22, abril, 2004).



En efecto, el problema jurídico consistía en determinar si la ubicación escogida por la Administración Municipal para la construcción y puesta en funcionamiento de una planta de almacenamiento de gas comprimido, representaba un peligro inminente para la comunidad y el medio ambiente del sector que ameritara la adopción de medidas cautelares para prevenir la posible afectación de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, la seguridad y salubridad pública y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; frente a la presentación del servicio público domiciliario de gas para una comunidad que se iba a beneficiar de la planta que se pretendía construir. Al respecto, resolvió el Consejo de Estado:

Encuentra la Sala que, en relación con el grado de afectación del derecho colectivo al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, debe advertirse que si se permite el funcionamiento de la planta de almacenamiento de gas se garantizaría que la comunidad de los estratos 1, 2 y 3 del Municipio de Tame (Arauca) tengan un acceso efectivo al servicio público de gas natural, pues aquélla es indispensable para el cumplimiento de dicho fin; no obstante, su no instalación implicaría un grado de afectación leve, toda vez que no se está privando de dicho servicio a la población de manera definitiva, pues lo que se está cuestionando es el lugar escogido para la ubicación de la planta de almacenamiento de gas y no el desarrollo del proyecto como tal. Por el contrario, en relación con el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente de la población aledaña a la planta de almacenamiento de gas natural y de los usuarios del aeropuerto del Municipio de Tame, encuentra la Sala que su afectación es intensa, toda vez que de permitirse las operaciones inmediatas de dicha planta en la ubicación designada por el ente territorial, se pondría en peligro evidente la seguridad de las personas destinatarias de tal derecho, pues una vez inicie operaciones las instalaciones cuestionadas se activa un riesgo potencial de que la citada población pueda ver afectada su vida e integridad personal.

Finalmente concluyó lo siguiente:

En consecuencia, comoquiera que el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente tiene un mayor grado de afectación, resulta viable adoptar las medidas cautelares en aras de su protección preventiva, más aún si se tiene en cuenta que en este caso, el derecho a la seguridad está íntimamente ligado con el derecho a la vida e integridad personal de la población aledaña a la planta de almacenamiento de gas natural y de los usuarios del aeropuerto del Municipio de Tame, lo que



le otorga un grado superior de importancia frente al derecho de acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna y, a su vez, justifica la no satisfacción de este último.

De acuerdo con lo anterior, la administración judicial en el ámbito de una acción popular, para el decreto de una medida cautelar debe observar, además de los requisitos de los que se han venido tratando a lo largo de este módulo, los parámetros que podría alegar el afectado cuando impugna el auto mediante el cual se concede la medida, esto es i) Evitar mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger; ii) Evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público; iii) Evitar al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable.

El segundo ejemplo, se encuentra el auto del Consejo de Estado del 11 de mayo de 2017, respecto de la apelación de la medida cautelar decretada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en contra de la Superintendencia Nacional de Salud, Cafesalud EPS S. A. y otros, en el expediente 2016-01314, consistente en realizar un plan de acción inmediata con tiempos determinados, para garantizar los derechos colectivos al acceso al servicio público de seguridad social en salud y a su prestación eficiente y oportuna, recurso en el que se sostenía que la medida cautelar causaría perjuicios cuya gravedad haría imposible cumplir un eventual fallo desfavorable, por precipitar y poner en un riesgo alto su situación financiera. La Corporación confirmó la medida decretada, por considerarla urgente y necesaria para la prestación efectiva de los servicios cuya deficiencia no solo afecta derechos colectivos, sino derechos fundamentales de los usuarios. Se consideró adicionalmente que la medida no ponía en riesgo la situación financiera, por tratarse de la presentación de un plan aún no diseñado o implementado<sup>273</sup>.

Por último, se debe considerar el 41 de la Ley 472, en concordancia con el inciso 1 del artículo 241 del CPACA, según los cuales, la persona que incumpla una orden judicial proferida por la autoridad competente en los procesos que se adelanten por acciones populares, incurrirá en multa hasta de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales con destino al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, conmutables en arresto hasta de seis (6) meses, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar. La sanción será impuesta por la misma autoridad que profirió la orden judicial, mediante trámite incidental promovido dentro de los treinta (30)

273 Consejo de Estado. Sección Primera. Auto de 11 de mayo de 2017. Exp. 2500023410002016-01314-01. M.P: María Elizabeth García González.

días siguientes a la ejecutoria de la providencia. Contra el auto, procede el recurso de apelación o súplica según el caso.

### **(F) Posibilidad de audiencia de verificación de cumplimiento**

En el marco medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha venido implementando la realización de una audiencia pública especial que ha denominado “Audiencia de verificación de cumplimiento” para hacer seguimiento y monitoreo al cumplimiento de las medidas cautelares decretadas en el marco de esos procesos. En esas diligencias, las partes participan activamente, intercambian comunicaciones, rinden informes de avance en la gestión, o adquieren nuevos compromisos con el fin de concluir la implementación de las medidas decretadas.

Esta audiencia, no obstante no está consagrada expresamente en el CPACA o la Ley 472 de 1998, se ha convocado en procesos de cierta trascendencia social o complejidad, como en el proceso convocado por la Procuraduría General de la Nación en contra de la Concesionaria Ruta del Sol S. A. S. (vinculada a los escándalos de corrupción de la empresa Odebrethc), para verificar el cumplimiento de las medidas cautelares decretadas en los autos de 9 de febrero de 2017, 17 de febrero de 2017 y 14 de septiembre de 2017<sup>274</sup>.

Otro caso emblemático es el de los expedientes acumulados en contra de la Superintendencia Nacional de Salud, Cafesalud EPS S. A. y otros, en la que se convoca a audiencia conjunta de verificación de cumplimiento de las órdenes impartidas por el Tribunal en los autos de 2 de octubre de 2017 dentro de los expedientes 2016-01314 y 2017-00885; y 26 de octubre de 2017 que decretaron medidas cautelares de urgencia dentro de cada uno de los expedientes<sup>275</sup>. Como respaldo de este tipo de audiencias, se tiene el auto del Consejo de Estado del 11 de mayo de 2017, respecto de la apelación de una de las medidas cautelares en comento, en el que se sostuvo:

De igual forma, la Sala considera que el Tribunal de primer grado al ordenar que una vez se presente el plan de acción inmediata se debe realizar una audiencia con la comparecencia de la parte actora, las asociaciones de usuarios, las entidades accionadas, el Defensor Delegado

274 Colombia. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera Subsección A. Auto de 24 de octubre de 2017. Exp. 250002341000201700083-00. M.P: Luis Manuel Lasso Lozano.

275 Colombia. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera Subsección A. Auto de 9 de noviembre de 2017. Expedientes. 2500023410002016-01314-00 y 2500023410002017-00885-00. M.P: Luis Manuel Lasso Lozano y Claudia Elizabeth Lozzi Moreno respectivamente.

para la Salud la Seguridad Social y la Discapacidad de la Defensoría del Pueblo y el Ministerio Público, con el fin de examinar la implementación de las directrices presentadas, resulta pertinente, pues ante una situación tan compleja como la de Cafesalud, en la que convergen diferentes factores y cuyas fallas obedecen a un problema estructural del Sistema de Salud, es necesario que el Juez propicie estos espacios de diálogo en aras de adoptar soluciones concertadas que garanticen en mayor medida la realización de los derechos y que se ajusten a la realidad de la Administración para asegurar su efectividad y cumplimiento<sup>276</sup>.

**(G) Procedencia de pruebas anticipadas con destino a los procesos en que se adelanten acciones populares**

Recapitulando lo dicho sobre las medidas cautelares de naturaleza probatoria que son tratadas en el Estatuto Arbitral como medidas cautelares (Unidad II, numeral 2.3), se debe tener presente que la Ley 472 de 1998, consagró la prueba anticipada en los procesos que se adelanten en virtud de las acciones populares, así:

Artículo 31. Pruebas anticipadas. Conforme a las disposiciones legales podrán solicitarse y practicarse antes del proceso las pruebas necesarias con el objeto de impedir que se desvirtúen o se pierdan, o que su práctica se haga imposible y para conservar las cosas y las circunstancias de hecho que posteriormente deben ser probadas en el proceso.

Parágrafo. Los jueces de la república le darán trámite preferencial a las solicitudes y prácticas de pruebas anticipadas con destino a los procesos en que se adelanten acciones populares.

Al respecto, en el auto del 11 de abril de 2018<sup>277</sup>, la Sección Primera del Consejo de Estado se refirió sobre la prueba anticipada en las acciones populares, en un caso donde se decretó un dictamen pericial como medida cautelar, en el siguiente sentido:

Bajo estos términos, la Sala considera que esta medida cautelar resulta a todas luces improcedente, pues no partió de la existencia de un daño, el cual, por demás, encontró descartado, como se advierte en los argumentos expuestos para denegar las demás medidas cautelares solicitadas por el actor, sino de la ausencia probatoria, respecto de la cual la Ley 472 brinda la

276 Colombia. Consejo de Estado. Sección Primera. Auto de 11 de mayo de 2017. Exp. 2500023410002016-01314-01. M.P: María Elizabeth García González.

277 Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Radicado: 85001233300020170023001(AP)A. (11, abril, 2018).

posibilidad al juez de que, en la etapa correspondiente, practique las pruebas que estime necesarias en pro de una decisión de mérito.

La finalidad por la cual el Tribunal decretó el estudio se aleja sustancialmente del objeto de las medidas cautelares, las cuales no fueron instituidas para remediar la falta probatoria sino para contener un perjuicio hasta tanto se dicte el fallo correspondiente.

Para mayor ilustración, se presenta el cuadro comparativo y esquemático de lo expuesto, a continuación:

**Cuadro 10. Medidas cautelares en la acción popular – Ley 472 vs. CPACA**

<b>LEY 472 DE 1998</b> <i>Artículos 25 y 26</i>	<b>CPACA</b> <i>Artículos 229 y 230</i>
<b>Medida cautelar innominada:</b> <i>“las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado.”</i>	<b>Medida cautelar innominada:</b> <i>“las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo”.</i>
En particular, podrá decretar las siguientes: a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando; b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado; c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas; d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.	Podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión y se decretará una o varias de las siguientes: 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. 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.

<b>Impulso:</b> de oficio o a petición de parte	<b>Impulso:</b> petición de parte
<b>Oportunidad:</b> antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso.	<b>Oportunidad:</b> antes de ser notificada la demanda o en cualquier estado del proceso.
<b>Reglas:</b> <i>Se decreta en providencia motivada.</i> <i>Se puede decretar una o varias medidas.</i>	<b>Reglas:</b> <i>- Se decreta en providencia motivada.</i> <i>-Se puede decretar una o varias medidas.</i> <i>-Deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.</i> <b>Requisitos:</b> 1. <i>Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.</i> 2. <i>Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.</i> 3. <i>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.</i> 4. <i>Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:</i> a) <i>Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o</i> b) <i>Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.</i>
<b>Oposición:</b> no se contempla traslado, pero la Corte Constitucional en Sentencia C-284 de 2014, sostuvo que en virtud del CPACA, se concede traslado para las ordinarias, y se admiten de urgencia, pretermitiendo la posibilidad. <b>Auto que decreta:</b> recursos de reposición y de apelación en el efecto devolutivo.	<b>Oposición:</b> se concede traslado para las ordinarias y se admiten de urgencia pretermitiendo la posibilidad. <b>Auto que decreta:</b> recursos de apelación y súplica en el efecto devolutivo. <b>Auto que niega:</b> reposición.

<p><b>Auto que niega:</b> reposición</p> <p><i>La oposición a las medidas previas sólo podrá fundamentarse en los siguientes casos:</i></p> <p><i>a) Evitar mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger;</i></p> <p><i>b) Evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público;</i></p> <p><i>c) Evitar al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable.</i></p> <p><i>Corresponde a quien alegue estas causales demostrarlas.</i></p>	
<p><b>Caución:</b> no se requiere.</p>	<p><b>Caución:</b> Se requiere salvo que: (i) se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, o (ii) la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.</p>
<p><b>Sanción por desacato:</b> multa de hasta 50 SMMLV conmutables con arresto</p>	<p><b>Sanción por desacato:</b> multa de hasta 50 SMMLV</p>

\* Fuente: Ana María Moncada

## 5.2. MEDIDAS CAUTELARES EN LAS ACCIONES DE TUTELA

Como presupuesto para estudiar las medidas “provisionales” procedentes en proceso de tutela que sean tramitadas ante la JCA, es menester considerar sobre la acción de tutela, lo siguiente:

### 5.2.1. GENERALIDADES SOBRE LAS ACCIONES DE TUTELA

1. La acción de tutela es un mecanismo constitucional que tiene por objeto la protección de los derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en los casos que disponga el legislador –artículo 86–. El procedimiento preferente y sumario para reclamar ante la administración judicial la protección de estos derechos, fue reglamentado en el Decreto 2591 de 1991.

2. En virtud del principio de subsidiariedad e inmediatez de la acción de tutela, la protección de los derechos fundamentales procede, siempre y

cuando, el accionante (a) no disponga de otro medio de defensa judicial, o (b) a pesar de su existencia, el mismo carezca de eficacia e idoneidad, o la tutela se instaure como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable<sup>278</sup>. A su vez, el perjuicio irremediable se determina por el cumplimiento concurrente de varios elementos: la inminencia, la urgencia, la gravedad de los hechos, y la imposterabilidad de la tutela.

3. En una larga línea jurisprudencial, la Corte ha desarrollado la naturaleza residual y subsidiaria de la acción de tutela y sus condiciones de procedencia cuando existe un mecanismo ordinario de defensa. Se ha indicado en múltiples oportunidades que las acciones y recursos judiciales ordinarios son el escenario prevalente para buscar la protección de los derechos, y a ellos, en principio, se debe acudir.

4. Entre los más álgidos debates en torno a la acción de tutela, se ha concluido, por regla general, su improcedencia para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos<sup>279</sup> y contratos estatales<sup>280</sup>. Se ha dicho que, para controvertirlos, están previstas acciones en la JCA, en las que se puede solicitar desde la presentación de la demanda, como medida cautelar, inclusive de urgencia, su suspensión.

Frente a actos administrativos, excepcionalmente se admite la tutela cuando el accionante logra demostrar que el acto administrativo enjuiciado causa o causará un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción se torna procedente como mecanismo transitorio, hasta tanto la persona acuda, dentro de un término perentorio, al proceso ordinario correspondiente<sup>281</sup>.

En controversias contractuales, excepcionalmente se admite la tutela si se verifica (i) la posible vulneración o amenaza de un derecho fundamental, en caso afirmativo, (ii) que a pesar de la existencia otro mecanismo ordinario que permita el amparo del derecho fundamental invocado, el mismo resulta ineficaz para lograr el amparo solicitado, por lo que se debe cotejar: i) que el tiempo de trámite no sea desproporcionado frente a las consecuencias de la decisión administrativa; ii) que las exigencias procesales no sean excesivas;

278 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-192. (29, octubre, 2009).

279 Ver, entre otras: Colombia. Corte Constitucional. Sentencias T-514. (19, junio, 2003); T-435. (28, abril, 2005); T-368. (18, abril, 2008); T-629. (26 junio, 2008); T-1231. (9, diciembre, 2008); T-243. (11, abril, 2014); T-427. (8, julio, 2015).

280 Ver, entre otras las siguientes sentencias: Colombia. Corte Constitucional. sentencia T-594. (9, diciembre, 1992); T-231. (23, mayo, 1996); T-1341. (11, diciembre, 2001); T-241. (19, abril, 2013); SU-772. (16, octubre, 2014).

281 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-733. (26, septiembre, 2014).

iii) que el remedio que puede ordenar el juez no sea adecuado para satisfacer el derecho de que se trate y; iv) cuando el otro mecanismo no permita atender las particularidades de los sujetos<sup>282</sup>.

### 5.2.2. MEDIDAS PROVISIONALES EN LAS ACCIONES DE TUTELA

Si bien el párrafo del artículo 229 del CPACA estableció que las medidas cautelares reguladas en su Título IV, Capítulo XI, regían en las acciones de tutela que conociera la JCA, la Corte Constitucional mediante sentencia C-284 del 15 de mayo de 2014 declaró inexecutable esta disposición. En la mencionada sentencia, se concluyó:

En definitiva, la Corte considera que el párrafo del artículo 229 del CPACA viola el principio de unidad de la jurisdicción constitucional, en tanto crea un régimen especial de medidas cautelares en procesos de tutela, aplicable únicamente por los jueces constitucionales que ordinariamente se adscriban a la justicia contencioso administrativa, sin que en esto se advierta una justificación razonable, pues todos los jueces, con independencia de su adscripción jurisdiccional ordinaria, están llamados a conocer de los mismos asuntos de tutela. Un régimen diferenciado de medidas cautelares, en este contexto, es una violación del derecho a la igualdad de trato de los sujetos en los procesos de tutela (CP arts. 13 y 86).

Así las cosas, el estudio de la procedibilidad de las medidas cautelares en las acciones de tutela que sean de conocimiento de la JCA, se debe circunscribir al marco jurídico establecido en el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, que preceptúa lo siguiente:

Artículo 7º. Medidas provisionales para proteger un derecho. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere.

Sin embargo, a petición de parte o de oficio se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante.

---

282 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-150. (31, marzo, 2016).



La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible.

El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como con secuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso.

El juez podrá, de oficio o a petición de parte por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado.

En desarrollo de la norma anterior, la Corte Constitucional<sup>283</sup>, como requisitos de procedencia del decreto de medidas cautelares en sede de tutela, ha establecido las siguientes hipótesis: (i) cuando éstas resultan necesarias para evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se concrete en una vulneración o; (ii) cuando, constatada la ocurrencia de una violación, sea imperioso precaver su agravación. Al respecto, ha precisado el alto tribunal:

La medida provisional de suspensión de un acto concreto que presuntamente amenaza o vulnera un derecho fundamental, pretende evitar que la amenaza al derecho se convierta en violación o que la violación del derecho produzca un daño más gravoso que haga que el fallo de tutela carezca de eficacia en caso de ser amparable el derecho. Como su nombre lo indica, la medida es provisional mientras se emite el fallo de tutela, lo cual significa que la medida es independiente de la decisión final.

El juez de tutela podrá adoptar la medida provisional que considere pertinente para proteger el derecho, cuando expresamente lo considere necesario y urgente. Esta es una decisión discrecional que debe ser *“razonada, sopesada y proporcionada a la situación planteada”*<sup>284</sup>.

En síntesis, y de acuerdo con el derrotero normativo y jurisprudencial, para el decreto de una medida cautelar en sede de una acción de tutela se deben considerar: (i) Por regla general la acción de tutela es improcedente frente a actos administrativos y asuntos contractuales; (ii) la controversia debe comprender la posible vulneración o amenaza de un derecho fundamental; (iii) el actor debe demostrar la inminencia de un perjuicio irremediable, o

283 Al respecto, ver entre otros, los autos A-258 de 2013, A-207 de 2012, A-040A de 2001, A-049 de 1995, A-041A de 1995 y A-031 de 1995.

284 Colombia. Corte Constitucional. Auto A-207. (18, septiembre, 2012).

que ocurrido este, se pretende evitar su agravación; *(iv)* la adopción de la medida provisional debe ser necesaria y urgente; y *(v)* esta debe ser razonada, sopesada y proporcionada a la situación planteada.

Contra el auto que decreta una medida cautelar en sede de tutela no procede ningún recurso<sup>285</sup>.

### 5.2.3. LA MEDIDA PROVISIONAL DE SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE SENTENCIAS Y OTRAS PROVIDENCIAS JUDICIALES

Desde el año 1991 ha sido recurrente el debate sobre la procedencia de la tutela contra sentencias y otras providencias judiciales, no obstante ha existido consenso en que, cuando el artículo 86 de la Constitución se refirió a autoridades como sujeto pasivo de esta acción, en general, incluyó a las autoridades judiciales. La posible verificación, vía tutela, de las decisiones judiciales que vulneren garantías fundamentales, fue objeto de importante pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia C-543 de 1992 en la que se declararon inexecutable los artículos 11, 12 y 40 Decreto 2591 de 1991. No obstante esa decisión, la Corporación planteó que la acción de tutela sí procede contra una providencia judicial, cuando esta es producto de una manifiesta situación de hecho que implique la trasgresión o amenaza de un derecho fundamental. Posteriormente, y caso a caso, se fueron definiendo las reglas que condicionan su procedencia.

Así, mediante sentencia C-590 de 2005, la Corte Constitucional recogió los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, definiendo, como requisitos generales: *(i)* que la cuestión discutida resulte de evidente relevancia constitucional, *(ii)* que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance del afectado, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio fundamental irremediable, *(iii)* que se cumpla la inmediatez, *(iv)* que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible, *(v)* que no se trate de sentencias de tutela; y como requisitos especiales, al menos uno de los siguientes vicios o defectos: defecto orgánico, defecto procedimental absoluto, defecto fáctico, defecto material o sustantivo, error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente, o violación directa de la Constitución.

---

<sup>285</sup> Sentencia C-284 de 2014. Op. cit.

Mediante sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 Constitucional y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características<sup>286</sup>.

Ese panorama forzó a preguntarse si procedían las aludidas medidas provisionales del artículo 7 del Decreto 2591 de 1991 para suspender los efectos de las sentencias u otras providencias judiciales contra las cuales se interponía una tutela. La respuesta de la Corte Constitucional ha sido afirmativa, desde el Auto 133 del 25 de marzo de 2009, en el que, en aras de proteger un derecho fundamental, se resolvió suspender los efectos de una sentencia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, hasta tanto la Corporación proferiera el fallo definitivo en el trámite de revisión que se adelantaba.

En ese caso, se sostuvo que las medidas provisionales se dirigen a la protección del derecho del accionante, mediante la suspensión del acto específico de la autoridad pública, administrativa o judicial, que amenace o vulnere su derecho. En palabras de la Corte:

La medida solicitada se subsume en el supuesto previsto del inciso 4º del artículo 7º del Decreto 2591 de 1991, al dirigirse a precaver posibles “daños” relacionados con los hechos que originaron la tutela, como lo podría ser el patrimonio de una de las partes del proceso de tutela en cuestión. Igualmente, puede aludirse al inciso 2º del artículo citado para invocar la medida provisional, a fin de evitar que un eventual fallo a favor del solicitante de la cautela devenga en ilusorio. La Corte considera que se encuentran fundados los argumentos expuestos por el peticionario y el coadyuvante, pues la situación jurídica de liquidación que afecta a algunas de las sociedades que integran la parte demandada, hace procedente la adopción de medidas provisionales de protección.

En Auto 207 de 18 de septiembre de 2012, en el que se decretaron medidas cautelares en el marco de acciones de tutela contra sentencias adoptadas en un proceso penal, se sostuvo que el juez de tutela puede adoptar la medida provisional que considere pertinente para proteger el derecho, cuando lo

286 Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Radicado: 211001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). (5, agosto, 2014).

considere necesario y urgente. Destacando la naturaleza discrecional de esa decisión, se sostuvo que la medida debe ser *“razonada, sopesada y proporcionada a la situación planteada”*. Se agregó que el pronunciamiento sobre la cautela no implicaba anticipar la decisión en torno a la procedencia de la acción de tutela, dado que ese aspecto se revisaría en la sentencia.

Por lo expuesto, esta Sala considera que el cumplimiento de la orden dictada por el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Bogotá y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia da lugar a la pérdida del derecho de propiedad, a raíz de la cancelación de la escritura pública y de la anotación en la matrícula inmobiliaria, sin que los afectados con dicha medida hubiesen tenido oportunidad alguna de defenderse, lo cual podría constituir una afrenta a los derechos fundamentales de los accionantes.

La Sala consideró que debían ser suspendidas las ordenes emitidas por un Juzgado Penal del Circuito de Bogotá y por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, *“Esto a efectos de evitar la consumación de un perjuicio irremediable en el patrimonio de los actores con ocasión de la presunta violación de derechos fundamentales que se pretenden amparar mediante el estudio de los casos, y hasta tanto se dicte sentencia definitiva”*.

Posteriormente, mediante Auto 259 de 12 de noviembre de 2013, se reiteró que, en el marco de las acciones de tutela, las medidas cautelares son un medio excepcional para que el derecho fundamental pueda ser hecho efectivo en el caso de que la decisión de tutela se ampare el derecho. Se destacó que las medidas provisionales son una herramienta para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y que, para que proceda su decreto se requiere:

Que, con base en los elementos de juicio existentes en el proceso, se advierta la probabilidad de que el amparo prospere porque surja una duda razonable sobre la legalidad de la actuación de la cual se deriva la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados.

b) Que concurra alguna de las siguientes hipótesis: (i) que sea necesario evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se concrete en una vulneración o; (ii) cuando, constatada la ocurrencia de una violación, sea imperioso precaver su agravación.

En ese caso, se decretó de oficio, como medida provisional, la suspensión de la ejecución de una sentencia de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, hasta se decidieran de fondo las pretensiones de amparo constitucional.

En Auto 219 del 8 de mayo de 2017, dando por sentada la posibilidad del decreto de medidas provisionales en ciertas hipótesis y para proteger provisionalmente los derechos fundamentales de dos menores de edad que se encontraban en proceso de adoptabilidad, en el que podrían adelantarse actuaciones administrativas irreversibles, se ordenó, entré otras medidas provisionales, suspender los efectos de unas sentencias, hasta cuando la Corporación dictara el fallo definitivo en el trámite de la revisión de las tutelas.

#### 5.2.4. TUTELA PARA GARANTIZAR LA EJECUCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES DECRETADAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Mediante acciones de tutela se ha sostenido, que las medidas cautelares decretadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -CIDH- comportan carácter vinculante a nivel interno y deben ser acatadas por el Estado, por cuanto: (i) éste es un órgano de la Organización de Estados Americanos (OEA), del cual Colombia hace parte, (ii) al igual que es Estado Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y, (iii) el Estatuto de la CIDH fue adoptado por la Asamblea General de la OEA, en la cual participa Colombia. Dado que las medidas se incorporan de manera automática a los ordenamientos jurídicos internos, sin requerir una norma de transformación, deben ser acatadas de buena fe por los Estados.

En algunos casos ejemplificativos, las personas amparadas por medidas cautelares de la CIDH, han debido pedir a la JCA, mediante tutela, ordenar a las autoridades competentes, su cumplimiento:

El Consejo de Estado- Sección Segunda-Subsección B, mediante sentencia de tutela del 15 de enero de 2015, Rad: 11001-03-15-000-2014-03081-00, amparó los derechos de un periodista, ordenando al Estado colombiano dar cumplimiento a las medidas previamente decretadas por la CIDH, adoptando los procedimientos necesarios para garantizar la vida e integridad física propia y de su familia, debido a los riesgos existentes por su ejercicio profesional. Para el efecto, sostuvo que el esquema de seguridad proporcionado por la Unidad Nacional de Protección debía contar con los viáticos de desplazamiento, para garantizar el cumplimiento de su labor.

El Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, mediante sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2011. Rad: 76001-23-31-000-2011-01525-00, exhortó al Estado a acatar las medidas cautelares proferidas por la CIDH a favor de la población campesina e indígena del norte del Cauca, impidiendo los enfrentamientos armados que pusieran en riesgo a la población civil de la zona.

- El Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección C, mediante sentencia del 1 de abril de 2016. Rad 05001-23-31-000-2010-00292-02 (55079), en el marco de una acción de reparación directa, sostuvo que las medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos son de carácter obligatorio e imperativo de cumplimiento para los Estados. Señaló que: “Las medidas cautelares decretadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos son instrumentos precautorios de los derechos humanos que tienen fuerza vinculante jurídica derivada del ordenamiento convencional fundado en el principio de buena fe objetiva”. Tras reconocer su connotación, de “verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo”, se concluyó que todo Estado se encuentra en la obligación de acatar dichas medidas y darles aplicación conforme a los cauces institucionales internos.

También en providencias de la Corte Constitucional se ha sostenido de manera uniforme, que la tutela es procedente para exigir el cumplimiento de esas medidas cautelares, agregando que de no cumplirse o implementarse, se vulnera el debido proceso. En palabras de la Corporación: “El juez de tutela podrá entonces emitir una orden específica para que las autoridades competentes realicen las medidas tendientes a proteger un derecho fundamental que se encuentra en riesgo de ser vulnerado y justificó la adopción de una medida cautelar ordenada por un organismo internacional.” En ese sentido ver la sentencia T-558 de 2003, en la que primero se analizó el tema de la incorporación y efectos en el ordenamiento jurídico interno de las medidas cautelares de la CIDH, reiterada en las sentencias T-786 de 2003, T-327 de 2004, T-524 de 2005, T-435 de 2009, T-367 de 2010, T-078 de 2013, T-976 de 2014, T-009 de 2018.

La importancia de esta problemática en el presente Módulo, radica en que, según las reglas de reparto de las acciones de tutela, a la JCA le corresponde resolver gran parte de ellas, máxime cuando, en estos casos, las autoridades accionadas son por regla general, entidades públicas.

### 5.3. MEDIDAS CAUTELARES PARA LA REPARACIÓN DE PERJUICIOS CAUSADOS A UN GRUPO

#### 5.3.1. GENERALIDADES SOBRE LAS ACCIONES DE GRUPO

Para el estudio de las medidas cautelares aplicables en la JCA durante el trámite del medio de control de reparación de perjuicios causados a un grupo, cuando se deriven de la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, es preciso recapitular lo siguiente:

1. El inciso 2º del artículo 88 de la Constitución, creó la acción de grupo o de clase, como un mecanismo constitucional para proteger los derechos de un número determinado de personas, frente a un daño causado a su interés común.

2. En el artículo 3 y 46 de la Ley 472 de 1998, se definieron como “aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas”. A partir del artículo 46, se desarrolla el proceso, regulando la procedencia, la caducidad, la jurisdicción, la competencia, y el procedimiento aplicable, con términos perentorios.

3. Por expresa disposición legal, se trata de una acción eminentemente reparatoria que se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios. Propende por la economía procesal y la agilidad en la administración de justicia, en los eventos en que los afectados reúnen condiciones especiales que los identifican como un grupo<sup>287</sup>.

4. El artículo 145 del CPACA, recapituló algunos aspectos generales sobre el medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo, así:

Artículo 145. Reparación de los perjuicios causados a un grupo. Cualquier persona perteneciente a un número plural o a un conjunto de personas que reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que les originó perjuicios individuales, puede solicitar en nombre del conjunto la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado y el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios causados al grupo, en los términos preceptuados por la norma especial que regula la materia.

Cuando un acto administrativo de carácter particular afecte a veinte (20) o más personas individualmente determinadas, podrá solicitarse su nulidad si es necesaria para determinar la responsabilidad, siempre que algún integrante del grupo hubiere agotado el recurso administrativo obligatorio<sup>288</sup>.

Este último inciso cerró un debate recurrente que se venía presentando, al permitir que se solicite la nulidad de un acto administrativo en el marco de una acción de grupo, cuando dicho acto causó perjuicios a un número plural de personas. Retomando lo señalado por la Corte Constitucional, mediante

287 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 25000-23-41-000-2013-02635-01. (13, agosto, 2014)

288 Corte Constitucional. Sentencia C-302 de 2012.



sentencia C-302 de 2012, la norma no restringe la posibilidad de que se trate de la nulidad de actos administrativos de carácter general. Simplemente, frente a los actos de contenido particular, se previó como requisito de procedibilidad de la acción, que alguno de los miembros del grupo hubiera interpuesto el recurso administrativo obligatorio.

5. En términos similares a lo expuesto para la acción popular, la posición que impera en punto a la vigencia de las disposiciones de la Ley 472 de 1998 luego de la expedición del CPACA, es que sus disposiciones no fueron derogadas y deben observarse, por tratarse de una normativa especial. El Consejo de Estado reitera que no son normas excluyentes, sino que deben armonizarse en cuanto sean compatibles.

### 5.3.2. MEDIDAS CAUTELARES EN LAS ACCIONES DE GRUPO

#### (A) Clases de medidas procedentes

El artículo 58 de la Ley 472 regula las medidas cautelares procedentes en las acciones de grupo, a saber:

Artículo 58. Clases de medidas. Para las acciones de grupo proceden las medidas cautelares previstas en el Código de Procedimiento Civil para los procesos ordinarios. El trámite para la interposición de dichas medidas, al igual que la oposición a las mismas, se hará de acuerdo con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil. (Negrilla fuera de texto).

La articulación de lo dispuesto en la Ley 472 y el CPC, mientras se aplicaron de manera concomitante, fue objeto de controversia y diversos pronunciamientos del Consejo de Estado, luego de los cuales se concluyó, que en la acción de grupo, sólo procedían las medidas cautelares previstas en el numeral 8 del artículo 690 del CPC que regulaba los procesos ordinarios donde se solicitaba el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual, y en los que se podía solicitar el embargo y secuestro de bienes de propiedad del demandado cuando el demandante obtenía sentencia favorable de primera instancia y esta fuera apelada o consultada. Se agregó, no era posible decretar medidas diferentes, ni en momento procesal previo<sup>289</sup>.

Posteriormente y como es sabido, el CPACA reguló las medidas cautelares para todos los procesos declarativos que se adelantan ante la

289 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto de 24 de enero de 2007, exp. AG-250002324000200501395-01. Reitera radicado en: Sección Tercera. Auto, Radicado: 25000-23-27-000-2002-02662-01(AG). (26, marzo, 2007).



JCA, entre los que se encuentran las acciones de grupo, al tiempo que el CGP derogó el CPC.

Ante esas circunstancias, la Sección Tercera del Consejo de Estado, sostiene que las medidas cautelares reguladas en las dos normas citadas (Ley 472 y CPACA) no son excluyentes, sino que deben armonizarse en cuanto sean compatibles. En auto del 27 de febrero de 2017, se preguntó por la: “Ley aplicable a las acciones de grupo (hoy medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo) en relación con el tema de las medidas cautelares: ¿Ley 472 de 1998 y/o Ley 1437 de 2011?”, a lo cual respondió que ambas:

Así las cosas, ante la complementariedad-y no incompatibilidad-de esas normas, forzoso resulta concluir que los jueces contenciosos administrativos, en los procesos que se tramitan en ejercicio de la acción de grupo, pueden decretar las medidas cautelares previstas en la Ley 1437 de 2011, así como en la Ley 472 de 1998 (concretamente las del CGP, porque la Ley 472 remite a ese estatuto procesal), normas que se complementan, además, en materia procedimental<sup>290</sup>.

Según esta posición, en este medio de control era viable solicitar y decretar las medidas cautelares contempladas en el artículo 230 del CPACA, de conformidad con los parámetros que se han estudiado a lo largo de este módulo, además de las establecidas en el artículo 590 del CGP aplicables a los procesos declarativos, y en cuanto sean compatibles con la naturaleza indemnizatoria de la acción.

En distinto pronunciamiento de la Sección Tercera, se sostuvo que en las acciones de grupo no resulta aplicable el régimen ordinario contemplado en el CPACA, así:

Siguiendo lo preceptuado en el artículo 58 de la Ley 472 de 1998, para las acciones de grupo proceden las medidas cautelares previstas, para los procesos declarativos, en el Código de Procedimiento Civil, en la actualidad Código General del Proceso.

(...) De la lectura al artículo 590 del CGP se advierte que se amplió el espectro de posibilidades en relación con las medidas cautelares en procesos declarativos que contenía el Código de Procedimiento Civil,

290 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto, Radicado: 68001-23-33-000-2014-00821-01(AG)A. (23, mayo, 2017).

ya que conservó las medidas que este estatutó e incluyó las innominadas en el literal c del numeral 1 del referido artículo.

Debido a que la parte actora realizó la petición de unas medidas cautelares con fundamento en la Ley 1437 de 2011 y, de conformidad con lo expuesto, para el presente asunto no le resulta aplicable el régimen ordinario contemplado en el CPACA sino el especial contenido en la Ley 472 de 1998, se adecuará la solicitud a las medidas innominadas que contempla el CGP<sup>291</sup>.

Pese a la ausencia de uniformidad de criterios, es dable concluir que las medidas cautelares procedentes en las acciones de grupo, son:

- Las aplicables cuando en el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual (CGP, artículo 150 numeral 1, literal b), que son: (i) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado, y, (ii) si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante: (a) el embargo y secuestro de los bienes afectados con la inscripción de la demanda, y (b) el embargo y secuestro de los bienes que se denuncien como de propiedad del demandado, en la cantidad suficiente para el cumplimiento de aquella.
- Las innominadas del CGP, es decir, cualquier otra medida que se encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión, en cuanto sean compatibles con la naturaleza indemnizatoria de la acción de grupo (artículo 150 numeral 1, literal c).
- Las innominadas del CPACA, es decir, las que se consideren necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo, que podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, en cuanto sean compatibles con la naturaleza indemnizatoria de la acción de grupo (artículos 229 y 230).

### **(B) Procedimiento para solicitar la medida cautelar**

De acuerdo al artículo 59 de la Ley 472, la parte demandante puede solicitar medidas cautelares en la demanda, las cuales se decretarán con el

291 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto, Radicado: 25000-23-41-000-2015-00189-01. (18, marzo, 2019).

auto admisorio. A su turno, el artículo 60 *ibíd.*, dispuso que las medidas decretadas se cumplirán antes de la notificación de la demanda.

Teniendo en cuenta lo anterior, si las medidas cautelares son la que trata el artículo 590 del CGP, (i) se pueden solicitar desde la presentación de la demanda, (ii) no se corre traslado al demandado de la solicitud, pues el CGP no dispone de dicha oportunidad y, (iii) se decretan en el auto admisorio de la demanda. Así mismo y como ya se explicó, de acuerdo al citado artículo 590, se debe evaluar el cumplimiento de los requisitos materiales, de: (i) legitimación en la causa; (ii) la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho, (iii) la apariencia de buen derecho, (iv) la necesidad, la efectividad y la proporcionalidad de las medidas solicitadas; y (v) prestación de la caución con el fin de garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar con la medida cautelar.

Por otra parte, si las medidas cautelares son las establecidas en los artículos 229 y 230 del CPACA, se debe seguir el procedimiento descrito en el artículo 233 del CPACA, conforme se expuso en la Unidad III del Módulo.

En las siguientes providencias puede evidenciarse la aplicación de las medidas cautelares, según uno y otro estatuto procesal.

(i) *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 7 de septiembre de 2016, Rad.: 25000-23-41-000-2015-00456-01(AG)*

En este caso, se encuentra una medida cautelar innominada, en el medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo, solicitada en el marco del CGP (fundamentada en el literal c) numeral 1º del artículo 590 del CGP).

En enero de 2015, un grupo de personas, mediante apoderado judicial, interpusieron demanda contra el Congreso de la República y otros, con el fin de obtener una serie de declaraciones y condenas. En el momento de la presentación de la demanda y en escrito separado, se solicitó, en salvaguarda de los derechos a la salud y vida del grupo de personas afectado, el decreto de medidas cautelares de cesación y suspensión inmediata del uso, comercialización, explotación, importación y producción de asbesto, entre otras de similar naturaleza.

Debido a que la medida cautelar era una de las previstas en el artículo 590 del CGP, se tramitó de acuerdo a esta codificación, concluyendo que solicitud no cumplió con todos los requisitos establecidos la norma citada, esto es: i) la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho, ii) la apariencia de

buen derecho, iii) la necesidad, iv) la efectividad y v) la proporcionalidad de las medidas solicitadas. Concluyó el Consejo de Estado: “Así las cosas, y comoquiera que las medidas pedidas resultan excesivas en relación con lo pretendido en la demanda, es decir, no son proporcionales y no son indispensables ni útiles para el cumplimiento de la sentencia y, por tanto, no son necesarias, no se accederá a su decreto”.

(i) *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 23 de mayo de 2017, Rad.: 68001-23-33-000-2014-00821-01(AG)*

En este caso, se trata de una medida cautelar innominada en el medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo, solicitada en el marco del CPACA. Se debía resolver sobre la procedencia del decreto de una medida cautelar de urgencia en una acción de grupo (fundamentada en el artículo 234 del CPACA).

En junio de 2014, un grupo de personas, por conducto de apoderado judicial, interpusieron la demanda en contra de la Empresa de Aseo de Bucaramanga S. A. ESP y otros, con el fin de que se les declara responsables, por una serie de perjuicios ocasionados en su condición de usuarios o suscriptores del servicio. En el curso de la segunda instancia, se solicitó como medida de urgencia que se ordenara la suspensión de un proceso de contratación, en el que se comprometería como remuneración, por 30 años, el cobro de la disposición final cuya legalidad y devolución se estaba solicitando a través de ese medio de control. Sostuvo la Corporación, que cualquier medida diferente a la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo debía cumplir con los requisitos materiales del 231 del CPACA, decidiendo denegar la solicitud, así:

*El perjuicio irremediable, según la Corte Constitucional, debe ser inminente, grave, que, además, requiera de medidas urgentes e impostergables. En este caso, aunque el contrato está próximo a celebrarse, su suscripción no compromete de manera inminente o inmediata el “cobro de la disposición final”, porque el contratista es quien va a asumir todos los costos de la construcción de la planta, etapa de la cual no se tiene certeza su tiempo de duración, de ahí que no se cumpla la condición del artículo 231.4, literal a), del CPACA, consistente que “al no otorgarse la medida se cause o un perjuicio irremediable”.*

Igualmente, se destaca que la situación puesta de presente no supone un detrimento para los demandantes, toda vez que, en caso de que a

través de la presente acción de grupo se ordene la devolución del “cobro de la disposición final”, la empresa de aseo tendrá que pagar a los actores lo cobrado por ese concepto, al margen de que se suscriba el negocio en cuestión, razón por la cual “no existen serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios”-artículo 231.4, literal b), del CPACA.

Así pues, no resulta procedente decretar la medida cautelar de urgencia solicitada, porque no se cumplen las condiciones exigidas por el artículo 231.4 del CPACA.

Adicionalmente, de los documentos allegados por la parte demandante no se desprende el hecho “[de] que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla”-artículo 231.3 *ibidem*-, pues, en este caso, sería más gravoso para el interés público suspender el proceso de contratación para la construcción, implementación y operación de la planta de tratamiento, en razón a que no podría resolverse con celeridad “el problema actual de los residuos sólidos”, en la ciudad de Bucaramanga.

En síntesis, de acuerdo la normativa y jurisprudencia expuesta, en el ejercicio del medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo, es procedente el decreto, tanto las medidas cautelares del artículo 590 del CGP, como las del 230 del CPACA, en tanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza indemnizatoria de la acción.

<p><i>Ap</i></p>	<p><b>Actividades pedagógicas</b> <b>Investigación</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Indague la razón por la cual las medidas cautelares no se pueden decretar de oficio en el trámite del medio de control la reparación de perjuicios causados a un grupo.</li> <li>- Indique las diferencias de las medidas cautelares que se pueden decretar en el medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos respecto del de reparación de perjuicios causados a un grupo.</li> <li>- Señale las oportunidades procesales en las cuales se debe solicitar una medida cautelar en los medios de control para la protección de los derechos e intereses colectivos, reparación de perjuicios causados a un grupo y las acciones de tutela.</li> </ul>
------------------	---

<p><i>Ap</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Establezca en qué casos proceden los recursos de reposición, apelación y súplica respecto del auto que decreta una medida cautelar en los medios de control para la protección de los derechos e intereses colectivos, reparación de perjuicios causados a un grupo y las acciones de tutela.</li> </ul> <p><b>Reflexión</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- De acuerdo al parágrafo del artículo 229 del CPA-CA, en todos los procesos declarativos el accionante puede solicitar una medida cautelar en cualquier etapa del proceso. En una acción de grupo, ¿es posible solicitar la inscripción de la demanda después de practicada la audiencia inicial?</li> <li>- ¿Cuál es su opinión sobre la decisión de la Corte Constitucional de declarar inexecutable la norma que sujetaba las acciones de tutela al régimen cautelar del CPACA?</li> <li>- ¿Qué opina de las providencias judiciales en las que se señala que el régimen cautelar y el del CPACA, debe armonizarse y complementarse?</li> </ul>
<p><i>Ae</i></p>	<p><b>Autoevaluación</b></p> <p>Pedro Pérez y otros presentaron el medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo en contra de una empresa minera y otros, con el fin de que se declare que son civil y solidariamente responsables de los perjuicios patrimoniales y morales causados a todos y cada uno de los miembros del grupo, por la actividad minera que desplegaron unos años atrás.</p> <p>En escrito separado, solicitaron como medida cautelar de urgencia, (i) el diseño de un plan de manejo ambiental, con el fin de prevenir los daños causados por la actividad minera, (ii) el embargo y secuestro de los inmuebles y maquinaria de la empresa demandada.</p> <p>De acuerdo con el caso planteado, ¿es procedente el decreto de las medidas cautelares solicitadas por la accionante? Justifique su respuesta.</p>

<i>j</i>	<b><i>Jurisprudencia</i></b>
	Colombia. Corte Constitucional. Auto 219. (8, mayo, 2017).
	Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-106. (21, febrero, 2017).
	Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-150. (31, marzo, 2016).
	Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-427. (8, julio, 2015). Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-976. (18, diciembre, 2014).
	Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-772. (16, octubre, 2014).
	Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-733. (26, septiembre, 2014).
	Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-284. (15, mayo, 2014).
	Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-243. (11, abril, 2014).
	Colombia. Corte Constitucional. Auto 259. (12, noviembre, 2013).
	Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-712. (17, octubre, 2013).
	Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-241. (19, abril, 2013).
	Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-078. (14, febrero, 2013).
	Colombia. Corte Constitucional. Auto A-258. (12, noviembre, 2012).
	Colombia. Corte Constitucional. Auto A-207. (18, septiembre, 2012).
Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-302. (25, abril, 2012).	
Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-367. (11, mayo, 2010).	

*j*

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T -192. (29, octubre, 2009).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-435. (2, julio, 2009).

Colombia. Corte Constitucional. Auto 133. (25, marzo, 2009).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1231. (9, diciembre, 2008).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-629. (26 junio, 2008).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia 368. (18, abril, 2008).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-590. (8, junio, 2005).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-524. (20, mayo, 2005).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-435. (28, abril, 2005). Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T- 1225. (7, diciembre, 2004).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-327. (15, abril, 2004).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-1070. (13, noviembre, 2003).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-789. (11, septiembre, 2003).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-558. (10, julio, 2003).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-514. (19, junio, 2003).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1341. (11, diciembre, 2001).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-544. (24, mayo, 2001).



<i>j</i>	Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1670. (5, diciembre, 2000).
	Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-088. (2, febrero, 2000).
	Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-2015. (14, abril, 1999).
	Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-231. (23, mayo, 1996).
	Colombia. Corte Constitucional. Auto A-049. (23, noviembre, 1995).
	Colombia. Corte Constitucional. Auto A-031. (13, junio, 1995).
	Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-482. (28, octubre, 1994).
	Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-225. (15, junio, 1993).
	Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-594. (9, diciembre, 1992).
	Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-543. (1, octubre, 1992).
	Colombia. Consejo de Estado. Sección Primera. Auto. Radicado: 85001233300020170023001(AP)A. (11, abril, 2018).
	Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto. Radicado: 68001-23-33-000-2014-00821-01(AG)A. (23, mayo, 2017).
	Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado: 25000-23-41-000-2015-00456-01(AG). (7, septiembre, 2016).
	Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado: 05001-23-31-000-2010-00292-02 (55079). (1, abril, 2016).

<p><i>j</i></p>	<p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Radicado: 11001-03-15-000-2014-03081-00. (15, enero, 2015).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado: 250002341000201302635-01. (13, agosto, 2014).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Radicado: 211001031500020120220101. (5, agosto, 2014).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado: 44001-23-31-000-2005-00328-01(AC). (18, marzo, 2010).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto, radicado: 25000-23-27-000-2002-02662-01(AG). (26, marzo, 2007).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado: 63001-23-31-000-2003-00861-01(AP). (13, febrero, 2006)</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Primera. Radicado: 25000-23-25-000-2002-02261-01(AP). (20, enero, 2005).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Primera. Auto, Radicado: 07001-23-31-000-2003-0002-02(AP). (22, abril, 2004).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Radicado: 25000-23-24-000-1999-9001-01(AP-300). (31, mayo, 2002).</p> <p>Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado: 05001233100020010201201. (25, abril, 2002).</p>
-----------------	---

# Unidad 6

## AUTONOMÍA JUDICIAL Y CONTROLES FRENTE AL DECRETO DE MEDIDAS CAUTELARES APLICABLES EN LA JCA

### OBJETIVOS

Og	<p><b>Objetivo general</b></p> <p>Revisar los principios de autonomía e independencia judicial frente a los controles disciplinarios, penales y de tutela por providencias que resuelven sobre medidas cautelares.</p>
Oe	<p><b>Objetivos específicos</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Estudiar el régimen constitucional y legal del principio de autonomía judicial en relación con el decreto de medidas cautelares.</li> <li>• Revisar casos emblemáticos con consecuencias sancionatorias por el decreto de medidas que se dictan o practican infringiendo el régimen cautelar.</li> <li>• Conocer los casos en que se ha otorgado el amparo de tutela contra providencias que decretan medidas cautelares.</li> </ul>

## CONTENIDO



\* Fuente: Ana María Moncada

El principio de autonomía funcional de los jueces de la República es condición esencial y necesaria para el correcto cumplimiento de su misión, tal como se reconoce expresamente en la Constitución, en el artículo 228, según el cual, las decisiones de la administración de justicia son independientes, y el artículo 230, según el cual, los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley. También en tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone en su artículo 8 que: “toda persona tiene derecho a ser oída (...) por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial.”

En desarrollo de esas normas superiores, el legislador, en el artículo 5 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), definió, como uno de los principios de la administración de justicia, la autonomía e independencia de la Rama Judicial, señalando incluso que: “Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias”. La Corte Constitucional, en la sentencia C-037 de 1996, ratificó el sustento constitucional de esa disposición.

Lo anterior, no obsta para que los funcionarios y empleados judiciales como servidores públicos, sean destinatarios de la ley disciplinaria –artículo 257A de la Constitución modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015, artículo 19–, y penal –artículo 413 del Código Penal–<sup>292</sup>.

Dichos controles, se reitera, no se extienden al contenido de las decisiones y providencias que dictan dentro del ejercicio de sus funciones. Solo en

<sup>292</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-335. (16, abril, 2008).

situaciones excepcionales en las que la discrecionalidad judicial se transforme en arbitrariedad o se emitan decisiones que desatiendan o contraríen textos legales cuya claridad no admita interpretación razonable, puede la autoridad disciplinaria o penal cuestionar los contenidos. Existe, en ese sentido, una línea jurisprudencial invariable desde la sentencia C-417 de 1993, según la cual:

La responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados no puede abarcar el campo funcional, esto es el que atañe a la autonomía en la interpretación y aplicación del derecho según sus competencias. Por consiguiente, el hecho de proferir una sentencia judicial en cumplimiento de la función de administrar justicia no da lugar a acusación ni a proceso disciplinario alguno. Si se comprueba la comisión de un delito al ejercer tales atribuciones, la competente para imponer la sanción es la justicia penal en los términos constitucionales y no la autoridad disciplinaria. Ello resulta de la autonomía garantizada en los artículos 228 y 230 de la Constitución<sup>293</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, en punto al instituto de las medidas cautelares, se enuncian a continuación las siguientes prescripciones legislativas que impactan los asuntos disciplinarios y penales de las autoridades que administran justicia:

- El artículo 195, parágrafo 2 del CPACA, señala que “El monto asignado para sentencias y conciliaciones no se puede trasladar a otros rubros, y en todo caso serán inembargables, así como los recursos del Fondo de Contingencias. La orden de embargo de estos recursos será falta disciplinaria”.

- El artículo 594, parágrafo del CGP, en punto a los bienes inembargables señalados en la Constitución o en leyes especiales, dispone que: “Los funcionarios judiciales o administrativos se abstendrán de decretar órdenes de embargo sobre recursos inembargables. En el evento en que por ley fuere procedente decretar la medida no obstante su carácter de inembargable, deberán invocar en la orden de embargo el fundamento legal para su procedencia”.

- El artículo 19 del Decreto 111 de 1996 (Estatuto Orgánico del Presupuesto), advierte que: “Los funcionarios judiciales se abstendrán de decretar órdenes de embargo cuando no se ajusten a lo dispuesto en el presente artículo, so pena de mala conducta”.

---

293 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-238 de 2011.

- El artículo 96 de la Ley 715 de 2001 sobre normas orgánicas del Sistema General de Participaciones, prevé entre sus sanciones que: “Incurrir en falta disciplinaria gravísima los servidores públicos que desvíen, retarden u obstaculicen el uso de los recursos del Sistema General de Participaciones para los fines establecidos en la presente ley o el pago de los servicios financiados con estos. Dichos servidores serán objeto de las sanciones disciplinarias correspondientes, sin perjuicio de las demás sanciones previstas por la Ley penal”.

- El artículo 21, parágrafo 2 del Decreto ley 28 de 2008 sobre el Sistema General de Participaciones: “Las decisiones de la autoridad judicial que contravengan lo allí dispuesto sobre inembargabilidad de recursos del Sistema General de Participaciones, no producirán efecto alguno, y darán lugar a causal de destitución del cargo conforme a las normas legales correspondientes”.

- El artículo 413 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) consagra el delito de prevaricato por acción, que es el que más recurrentemente se invoca frente a providencias judiciales, según el cual “El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años”.

En las decisiones que se presentan a continuación, se juzgaron funcionarios judiciales por conductas relacionadas con el decreto y práctica de medidas cautelares. Esto, para fines ilustrativos en el contexto del presente Módulo, y en lo pertinente para la JCA.

## 6.1 CONTROL DISCIPLINARIO POR CUESTIONAMIENTOS SOBRE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

Según el artículo 257A de la Constitución “adicionado” por el artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015, corresponde a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial ejercer la función jurisdiccional disciplinaria sobre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

Así las cosas, el titular de la acción disciplinaria en los eventos de los funcionarios que administran justicia es la jurisdicción disciplinaria, y el régimen se encuentra en la Ley 1952 de 2019 “Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario”, la cual se prevé que regirá a partir del 1 de julio del año 2021, derogando de paso la Ley 734 de 2002 “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único” que rige en la actualidad.

A continuación, se presentan algunas providencias que ilustran a los lectores sobre los asuntos disciplinarios más recurrentes que recaen sobre los funcionarios y empleados judiciales, relacionados con el decreto de medidas cautelares, aplicables en la JCA.

(A) *Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Sentencia del 15 de septiembre de 2016, Rad.: 760011102000201403164-01*

En este caso la Jueza investigada ordenó librar orden de embargo preventivo de los dineros propiedad del Instituto de Seguros Sociales a fin de garantizar el pago de lo debido en el marco de una reclamación por concepto de incremento a la pensión de vejez. Posterior a ello, la entidad bancaria alegó que los recursos gozaban del beneficio de inembargabilidad de acuerdo con el artículo 134 de la Ley 100 de 1993. La investigada, citando la Sentencia T-1195 de 2004, alegó que la medida cautelar de embargo era procedente en tanto se enmarcaba en la excepción a la inembargabilidad consistente en el pago de acreencias de tipo laboral.

Con fundamento en lo anterior, se consideró que “la decisión de ordenar la medida cautelar en comento pertenece al fuero autónomo de los servidores judiciales en el ejercicio de la función pública a ellos encargada”, para con ello confirmar la decisión impugnada por la cual se terminaba la investigación contra dicha Jueza. Este caso es relevante lo que actualmente dispone el artículo 594 del CGP según el cual, en el evento en que por ley fuere procedente decretar la medida no obstante su carácter de inembargable, deberá invocarse en la orden de embargo el fundamento legal para su procedencia.

(B) *Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Sentencia del 21 de julio de 2016, Rad.: 270011102000201200107 01 /F*

En este caso, un Juez Administrativo ordenó en distintos procesos el embargo sobre recursos de regalías, Sistema General de Participaciones, recursos de la salud y recursos propios, lo que originó que la Secretaría de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Chocó compulsará copias para que se investigara su actuación. Luego de analizar los resultados de la investigación, se impuso sanción mediante sentencia que fue apelada con fundamento, entre otros, en el argumento según el cual el *a quo* no había analizado los componentes objetivos y subjetivos que exige la responsabilidad disciplinaria.

Sobre este último, indicó el *ad quem* que “la responsabilidad subjetiva se encuentra plenamente demostrada, de una parte por el daño ocasionado

y de la otra por el descuido o negligencia de un asunto que no es admisible para un funcionario de su categoría y nivel en el cual se desempeñaba”. En consecuencia, el Consejo Superior de la Judicatura resolvió en este caso confirmar la sentencia impugnada, por medio de la cual se impuso sanción de suspensión por término de un (1) mes en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial por el mismo término, “por hallarlo responsable del deber consagrado en el numeral 1º del artículo 153 de la Ley 270 de 1996; la cual de conformidad con el artículo 46 de la Ley 734 de 2002”.

La primera norma citada establece que son deberes de los funcionarios y empleados “1. Respetar, cumplir y, dentro de la órbita de su competencia, hacer cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos.” Es decir, puede evidenciar cómo la infracción fue derivada del incumplimiento de una norma general como lo es el numeral 1 del artículo 153 de la Ley 270 de 1996.

(C) *Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Sentencia del 4 de mayo de 2011, Rad.: 130011102000200700501 01*

En este caso una Jueza Laboral del Circuito de Cartagena libró mandamiento de pago y decretó el embargo y retención de las sumas de dinero que recibía el Departamento de Bolívar por impuesto al consumo, distribución y/o venta de cervezas y otros semejantes, así como el embargo de los dineros que tuviera o llegare a tener en los Bancos de Cartagena.

El Consejo Superior de la Judicatura señaló que los recursos embargados tienen destinación específica por hacer parte del Sistema General de Participaciones y, por lo tanto, se manejan por disposición legal en cuentas separadas. Así las cosas, la investigada “debía inicialmente efectuar las averiguaciones sobre la posibilidad de embargar todas las cuentas del departamento, estableciendo qué tipo de recursos se manejaban en cada una de ellas”. En relación con el elemento subjetivo de la responsabilidad disciplinaria, sostuvo la Sala que su actuar había sido negligente en los siguientes términos:

[...] su actuar negligente se confirma, cuando al contestar una de las solicitudes de los apoderados de los demandados, señaló que ella no tiene conocimiento de los valores embargados toda vez que eso le corresponde a otra dependencia de la rama judicial, es decir, fue conocedora de su falta de cuidado al ordenar el embargo, también fue consciente de los excesos de la medida decretada, no solo en este proceso, sino también en los otros de su conocimiento.



Con fundamento en lo anterior, se resolvió confirmar el fallo impugnado, por medio del cual se declaró la responsabilidad disciplinaria por la comisión de la falta descrita en el numeral 1 del artículo 153 de la Ley 270 de 1996, “imponiéndole como sanción suspensión de doce (12) meses en el ejercicio del cargo e inhabilitación especial por el mismo periodo, conforme con la parte motiva”.

## 6.2 CONTROL PENAL POR CUESTIONAMIENTOS SOBRE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

La responsabilidad penal de servidores de la rama judicial se rige por el Código Penal (Ley 599 de 2000), en especial en el Título XV dedicado a delitos contra la administración pública. En punto al decreto de medidas cautelares, las investigaciones más recurrentes recaen sobre el delito de prevaricato por acción –artículo 413–, según el cual:

Artículo 413. Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

A continuación, se presentan algunas providencias que ilustran a los lectores sobre los asuntos penales más recurrentes que recaen sobre los funcionarios y empleados judiciales, relacionados con el decreto de medidas cautelares, aplicables en la JCA.

(A) *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 16 de noviembre de 2011, Rad.: 36519*

Dentro de los antecedentes, se inició proceso ejecutivo laboral contra el municipio de San Jacinto (Bolívar), con el fin de obtener la cancelación de la suma de \$26.598.000, como consecuencia del no pago del contrato de prestación de servicios como interventor de las obras civiles que se realizarían en dicho municipio. El Juez Promiscuo del Circuito del Carmen de Bolívar libró mandamiento de pago y decretó el embargo y secuestro de las sumas de dinero que el ente local tuviera o llegara a tener en cualquier cuenta corriente de los Bancos de Bogotá y Agrario de Colombia de San Jacinto (Bolívar), y Popular de la ciudad de Cartagena sucursales principal y Mamonal.

Como defensa, el Alcalde de San Jacinto alegó la excepción de ‘contrato no cumplido’, la cual no fue tomada en cuenta por haberse presentado

extemporáneamente, situación que dio lugar a la denuncia contra dicho Juez. Estableció la Corte en esta oportunidad como presupuestos del delito de prevaricato “(i) que se cometa por sujeto activo calificado, esto es, servidor público y (ii) que ese servidor profiera resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley”. Este segundo elemento incluye los siguientes elementos, según la providencia citada:

- Falta de *sindéresis* y de fundamento para juzgar los supuestos fácticos y jurídicos del asunto, no por la incapacidad del servidor público y sí por la evidente, ostensible y notoria actitud suya por apartarse de la norma jurídica que lo regula.
- Decisiones que, sin reflexión o con ellas, ofrecen conclusiones opuestas a lo que muestran las pruebas o al Derecho bajo el cual debe resolverse el asunto, de tal suerte que el reconocimiento que se haga resulta arbitrario y caprichoso por una deliberada y mal intencionada voluntad del servidor público.
- No caben en este concepto las simples diferencias de criterios respecto de un determinado punto de derecho, especialmente frente a materias que por su enorme complejidad o por su misma ambigüedad admiten diversas interpretaciones u opiniones.
- Tampoco cabe en este concepto la controversia en la apreciación de los medios de convicción, mientras su valoración no desconozca de manera grave y manifiesta las reglas que nutren la sana crítica.

La Corte encontró que la controversia debía ser dirimida por la JCA y que el embargo no era procedente, concluyendo, ante la falta de competencia del Juez y que se trataba de recursos inembargables –de ingresos corrientes del municipio–, que confirmaba la sentencia por medio de la cual el Tribunal Superior de Cartagena condenó al Juez como autor responsable del delito de prevaricato por acción.

(B) *Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia de 21 de agosto de 2013, Rad.: 39751*

En el presente caso, el Juez Promiscuo Municipal de San Jacinto-Bolívar, amparando los derechos laborales de varios accionantes en el marco de una acción de tutela instaurada contra dicho municipio, ordenó “Oficiar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que éste sitúe los dineros que sean girados al municipio por concepto general de participaciones de propósito general del porcentaje destinado a inversión u otros gastos inherentes al funcionamiento de la administración municipal, en la cuenta

de depósitos judiciales del Despacho a efectos de hacer efectivo el eventual amparo constitucional de los derechos de los accionantes”.

Lo anterior a pesar de las alertas del Ministerio de Hacienda en el sentido de que: “en la actualidad este ministerio no gira recursos a los municipios por concepto de su participación en los ingresos corrientes de la Nación, pues dicho concepto fue excluido de nuestro ordenamiento constitucional por medio del acto legislativo 01 de 2001”. La orden judicial fue emitida en un fallo de tutela y posteriormente en el trámite de dos incidentes de desacato, lo que originó que contra dichas actuaciones se interpusiera otra tutela por violación del debido proceso.

En el trámite de esta última tutela, se amparó el derecho al debido proceso en primera y segunda instancia; siendo el Tribunal que confirmó el fallo de tutela quien ordenó la compulsión de copias de la actuación del Juez ante la Fiscalía General de la Nación. Una vez el caso llegó a la Corte Suprema de Justicia, esta realizó un recuento normativo sobre el principio de inembargabilidad y la grave situación que al respecto se estaba presentando en la Costa Atlántica:

[...] Tal pronunciamiento refleja el colapso en la situación administrativa y financiera de varios entes territoriales al norte del país para el año 2008, como consecuencia de las medidas de embargo ordenadas por los jueces de la Costa Atlántica, en una interpretación caprichosa de las normas constitucionales y legales previamente reseñadas, que impedían que los recursos del Sistema General de Participaciones, se destinarán a los sectores educación, salud, saneamiento básico y agua potable.

Crisis que el gobierno pretendió remediar mediante la expedición del Acto Legislativo 4 de 2007 y, posteriormente, del Decreto 28 de 2008, tal como se puede observar en los apartes del pronunciamiento precitado.

En relación con el análisis del aspecto subjetivo, la Corte señaló que el comportamiento consciente y voluntario del acusado fue evidente, “cuando hizo caso omiso a los requerimientos contenidos en las decisiones adoptadas el 27 de noviembre de 2003 por el Juzgado Promiscuo del Circuito del Carmen de Bolívar y del 9 de marzo de 2004 por la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior de Cartagena, decisiones que por haber sido proferidas en segunda instancia tenían efecto vinculante; no obstante, prefirió imponer sus expectativas personales o, si se lo quiere, su concepción académica de las instituciones jurídicas, pensando que una solución por fuera del tenor literal de la ley era más justa, cuando lo cierto es que su postura ético-política no lo excusa del acatamiento del ordenamiento jurídico”.

Con fundamento en lo anterior, la Corte Suprema de Justicia resolvió confirmar el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cartagena, en el sentido de declarar al exjuez Promiscuo Municipal de San Jacinto-Bolívar, “autor responsable del delito de prevaricato por acción, imponiéndole una pena de 50 meses de prisión, multa de 50 salarios mínimos mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por un término de 60 meses”.

(C) *Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia de 17 de enero de 2018, Rad.: 50023*

En este caso, el Juez Primero Laboral del Circuito de Quibdó, embargó los recursos del Departamento del Chocó, al interior de unos procesos ejecutivos laborales, por obligaciones contraídas y reconocidas por la Asamblea Departamental, transgrediendo el artículo 513 del Código de Procedimiento Civil, con decisiones consideradas manifiestamente contrarias a la ley. La Corte concluyó que el funcionario, en forma caprichosa, desconoció la ley y las decisiones judiciales de su superior funcional, que le impedían embargar los recursos de una entidad territorial que no ostentaba la condición de deudora.

Se consideró que el acusado tuvo una actitud obstinada y arbitraria al desconocer los pronunciamientos de su superior jerárquico, las oposiciones del representante del Departamento del Chocó, así como su propio análisis en casos similares, argumentos que le ofrecían elementos de juicio suficientes para adoptar la decisión ajustada a derecho. También se consideró que no se estaba ante un inexperto en la materia que le impidiera asumir una correcta interpretación de la norma, por lo que se confirmó la sentencia condenatoria por el delito de prevaricato por acción en concurso homogéneo y sucesivo.

(D) *Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia de 7 de marzo de 2018, Rad.: 49334.*

En este caso, el Juez Primero Civil Municipal de Quibdó, embargó los dineros de una entidad prestadora de servicios de salud sujeta a intervención forzosa administrativa y posteriormente se abstuvo de resolver un incidente de desembargo. Se concluyó que las providencias eran prevaricadoras por carecer de “una debida fundamentación, de la cual se pueda emitir un juicio de razonabilidad, al tiempo que resultan contrarias a la ley y al entendimiento que sobre el asunto tenía el entonces servidor judicial”. En la providencia, la Corte sostuvo que el Tribunal ha debido mantener el concurso entre los dos delitos: prevaricato por acción y prevaricato por omisión, y condenar por las dos conductas que lo integran.

Y aun cuando el a quo –aparte de señalar que la acción omisiva fue el efecto querido con la conducta activa– no precisa suficientemente en qué hace consistir el doble juzgamiento, lo cierto es que el prevaricato por acción no desaparecería por el hecho de que el juez hubiera corregido sus equivocadas determinaciones al resolver oportunamente y en derecho el incidente de desembargo, pues aunque –en gracia a discusión– se dijera que los embargos eran procedentes, de todos modos las providencias que los ordenaron carecían casi por completo de un sustento adecuado que permitiera su controversia y estudio. Es por esto que se dice que el prevaricato por omisión no tiene una relación de dependencia o vinculante respecto del prevaricato por acción, el desvalor del primero no queda subsumido en el desvalor del segundo, sino que configuran injustos independientes, así hubieran estado guiados por la misma finalidad”.

### 6.3. TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS QUE DECRETAN MEDIDAS CAUTELARES

Se ha sostenido en algunos pronunciamientos judiciales que frente a los autos de decretan medidas cautelares puede resultar procedente la tutela, de manera excepcional, siempre que se cumplan los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, definidos por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-590 de 2005.

A continuación, se llama la atención sobre algunos casos en los que se revocaron medidas cautelares por incurrir en graves falencias que las hacían incompatibles con la Constitución afectando los derechos fundamentales de los destinatarios.

No obstante que en la jurisdicción ordinaria la Corte Suprema de Justicia recientemente se manifestó en un sonado caso que la acción de tutela no es el recurso adecuado para impugnar las medidas cautelares en tanto que ello es posible mediante solicitud de revocatoria de la medida, directamente ante el juez del proceso<sup>294</sup>, los siguientes casos evidencian cómo en ocasiones, se dejan sin efectos las medidas cautelares ya decretadas:

---

294 Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Radicado: 11001-22-03-000-2016-01414-01 (STC 12539-2016). (7, septiembre, 2016): “No es viable, entonces, acudir al juez de tutela para que sustituya la actividad de los funcionarios judiciales, cuando estos son los legalmente habilitados para desatar la controversia puesta a su consideración”.

(A) *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de julio de 2015, Rad.: 76001-23-31-000-2006-00871-01 (36.634)*

En este caso se analizó una medida cautelar (ilegal) que fue ordenada y confirmada en sede de tutela y posteriormente revocada por la Corte Constitucional dando lugar a la reparación de los daños antijurídicos sufridos por el actor ante la JCA<sup>295</sup>.

El Juzgado 30 Penal Municipal de Cali y el Juzgado 12 Penal del Circuito de Cali restringieron toda actividad comercial (exhibición, publicación, distribución y comercialización) del libro “La corrupción de la justicia en Colombia – proponen robo al Estado”, con el fin de proteger el buen nombre de los funcionarios que habían dirigido el proceso penal objeto de críticas en el aludido libro. La medida se profirió sin escuchar los argumentos del demandado y en consecuencia, la Corte Constitucional revocó las decisiones en sede de revisión, al considerar que se había vulnerado la libertad de expresión. Con esta decisión, el Consejo de Estado posteriormente reconoció los perjuicios correspondientes al señor Luis Armando Carpio Caicedo en el marco de la acción de reparación directa<sup>296</sup>.

En el mencionado caso, las medidas cautelares iban dirigidas a cuatro librerías así como a los organizadores de la Feria Internacional del Libro y consistían en órdenes de ‘no hacer’ consistentes en suspender inmediatamente la exhibición, distribución y comercialización del libro.

En ese sentido, queda en evidencia que quienes imparten justicia deben analizar la procedencia de la medida cautelar a la luz del criterio de proporcionalidad<sup>297</sup> que, por ejemplo, en el caso aludido, implicaba un análisis cuidadoso sobre la tensión entre el derecho al buen nombre y la libertad de expresión.

(B) *Corte Constitucional, Sentencia T-042 de 2012*

La Corte Constitucional concedió la tutela interpuesta por el Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduciaria La Previsora S.A., en contra del Juzgado Civil de Circuito de Lorica, por las órdenes de embargo de recursos inembargables proferidas en un proceso ejecutivo laboral, argumentando un defecto sustantivo, que

295 Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-213. (8, marzo, 2004).

296 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 76001-23-31-000-2006-00871-01 (36.634). (16, julio, 2015)

297 Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Auto, Radicado.: 11001-03-25-000-2015-00389-00. (30, octubre, 2017).

se presenta "cuando el juez deja de tener en cuenta preceptos aplicables al caso y produce una decisión abiertamente con la normatividad que estaba obligado a aplicar". Explicó la Corporación:

El desconocimiento por el juez de la normatividad que gobierna la materia tiene el efecto de permitir el adelantamiento de un proceso ejecutivo no podía surtir, pues es indudable que, por disponerlo así la normatividad, las resoluciones aportadas junto con la demanda no podían surtir ningún efecto, ni tener mérito ejecutivo que el funcionario judicial les otorgó, luego al someter a las demandadas, que lo fueron la Fiduciaria de Córdoba y/o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a un proceso que no ha debido adelantarse se vulneró su derecho al debido proceso, más aún, si habiendo puesto de presente la situación, el juez insistió en proseguir la ejecución y en adoptar medidas orientadas a llevar a cabo.

(B) *Corte Constitucional, Sentencia T-206 de 2017*

En este caso, el Juzgado Tercero Civil Municipal de Fusagasugá decretó en el marco de un proceso ejecutivo, el embargo y secuestro sobre bienes de propiedad de la Asociación Renacer, entidad sin ánimo de lucro conformada por las actoras. La anterior decisión fue atacada mediante acción de tutela que, en primera instancia, resolvió conceder el amparo a los derechos al debido proceso, al mínimo vital y al trabajo de las peticionarias. En segunda instancia, el Tribunal Superior de Cundinamarca –Sala Civil Familia– decidió que la tutela era improcedente.

Una vez seleccionado el proceso por la Corte Constitucional en sede de revisión, se revocó el último fallo dejando sin efectos aquel que había decretado las medidas cautelares, aduciendo que se había incurrido en un defecto sustantivo al inaplicar el numeral 11 del artículo 594 del Código General del Proceso, según el cual son inembargables las herramientas de trabajo.

(C) *Corte Constitucional, Sentencia T-678 de 2017*

En este caso, se interpuso una acción de tutela en contra del Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Wilches, por decretar la medida de embargo del 50% del valor de la pensión de actor, quien aducía la afectación a su mínimo vital.

Si bien resultaba procedente la embargabilidad de la pensión de vejez a favor de cooperativas hasta en un cincuenta por ciento –artículo 344 del



Código Sustantivo del Trabajo–, se concedió el amparo por tratarse de una persona cuya edad, condición de salud y situación económica, hacían de él un sujeto de especial protección constitucional. Se concluyó que el Juez no argumentó las razones por las cuales decretó el máximo monto que le permite la ley, y no tuvo en cuenta las consideraciones particulares del caso concreto, aplicando un embargo desproporcionado frente al mínimo vital del actor. Se señaló en la providencia que el Juez incurrió en un exceso ritual manifiesto, concediendo la tutela como mecanismo transitorio mientras se profería un nuevo auto:

La norma le concede al juez un margen para determinar el monto del embargo. Dicho margen discrecional –que no arbitrario– obliga al juez a valorar los elementos fácticos del caso. Así, él podrá determinar el monto del embargo de manera suficientemente sustentada en los hechos del caso y atendiendo las circunstancias particulares del afectado.

110. Esta circunstancia da lugar al segundo aspecto que determina la aplicación indebida de la norma sustancial. Precisamente ese margen de discrecionalidad en la determinación del porcentaje de la medida cautelar a aplicar, obliga al juez a ponderar la procedencia y contenido del embargo tomando en consideración no solamente el derecho patrimonial del acreedor ejecutante, sino también los derechos fundamentales del deudor ejecutado, deudor que en la hipótesis de la norma, goza de especial protección constitucional.

111. De esta manera, el juez debió analizar si las ventajas que se obtienen al decretar el embargo del cincuenta por ciento de la mesada pensional del hoy tutelante, a favor del derecho de crédito de la cooperativa, compensan el sacrificio que ello implica para el mínimo vital del señor Severiche Cárdenas.

*(D) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 15 de marzo de 2018, Rad.: 23001-23-33-000-2017-00435-01(AC)*

En este caso, se interpuso una acción de tutela en contra del Juzgado Quinto Administrativo de Montería, por considerar el actor que se vulneraron sus derechos fundamentales con el auto que denegó las medidas cautelares que solicitó en el marco de un proceso ejecutivo contra una ESE. Pretendía el embargo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, aduciendo la ocurrencia de dos excepciones al principio de inembargabilidad de recursos de la salud. La Corporación negó el amparo pretendido, argumentando:



A juicio de la Sala, no se configuró el defecto sustantivo, pues es evidente que la providencia cuestionada tuvo sustento en las sentencias C-1154 de 2008, C-539 de 2010 y C-313 de 2014, que señalan que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud pueden ser embargados solo cuando la obligación reclamada tiene sustento en una sentencia judicial que reconoce derechos laborales y siempre y cuando los recursos de libre destinación no sean suficientes para pagar.

La Sala considera que la parte actora está inconforme con la interpretación que razonadamente adoptó la autoridad judicial demandada, pero eso no significa que exista vulneración de derechos fundamentales. Se reitera, la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario y no es procedente para cuestionar las interpretaciones razonadas de los jueces ordinarios.

Queda resuelto el problema jurídico: la providencia cuestionada no incurrió en defecto sustantivo frente a las sentencias de constitucionalidad que regulan las excepciones al principio de inembargabilidad de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

(E) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 7 de junio de 2018, Rad.: 11001-03-15-000-2018-01366-00(AC)

En este caso, se interpuso una acción de tutela en contra del Tribunal Administrativo de Nariño, por negar la medida de embargo de recursos y rentas incorporados en el presupuesto general de la Nación, aduciendo que la actora no cumplió con el deber de señalar sobre cuáles de los recursos debe recaer la medida cautelar de embargo solicitada. Se concluyó que la medida de embargo fue negada conforme a derecho, argumentando que:

Si bien de las providencias sobre las cuales la actora alegó el desconocimiento del precedente, se extrae el principio de inembargabilidad no es una regla absoluta, lo cierto es que en el caso *sub examine* no son aplicables, habida cuenta que en ellas el análisis giró en torno a las excepciones del referido postulado, empero, lo referente a las condiciones que debe cumplir el interesado en que se ejecute dicha medida, no fue objeto de debate.

Es claro que la actora en su escrito de solicitud tampoco invocó el fundamento legal mediante el cual se demuestre que los bienes sobre los cuales requiere la medida, autorice de alguna manera la flexibilización del principio de inembargabilidad, aunado a lo anterior, que se limitó a señalar un número de cuenta del Banco Popular, y no aportó ningún otro medio de convicción que le permitiera al Tribunal tener la certeza de la naturaleza de los recursos resguardados en dicha cuenta.

(F) *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 21 de junio de 2018, Rad.: 11001-03-15-000-2017-03015-01(AC)*

En este caso, la UGPP interpuso una acción de tutela en contra del Tribunal Administrativo de Arauca, por el decreto de una medida cautelar en el marco de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, que contrariaba la interpretación fijada por la Corte Constitucional sobre el IBL en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Para la Sala de Decisión, se cumplían las condiciones necesarias para otorgar el amparo transitorio deprecado por la entidad accionante, cuyos derechos fundamentales estaban en riesgo de sufrir un perjuicio irremediable “dándose así las condiciones de inminencia, gravedad, evidencia y urgencia, para amparar transitoriamente el debido proceso de la UGPP en el presente caso”.

En esa providencia, se ordenó suspender la medida cautelar, hasta que la Subsección B, Sección Segunda del Consejo de Estado resolviera el recurso de apelación que la tutelante promovió en contra del auto interlocutorio.

<p style="font-size: 2em; font-weight: bold; text-align: center;">Ap</p>	<p><b>Actividades pedagógicas</b></p> <p><b>Investigación</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Señale la importancia del principio de autonomía funcional de los jueces de la República para el cumplimiento de su misión.</li> <li>- Identifique las prescripciones legislativas en las que se contemplan faltas o sanciones relacionadas con la práctica de medidas cautelares.</li> <li>- Estudie 3 sentencias de tutela de órganos de cierre de la jurisdicción, en las que se decreta el amparo por un defecto sustantivo en el decreto o práctica de una medida cautelar.</li> </ul> <p><b>Reflexión:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Identifique las principales dificultades que se presentan en torno a la figura cautelar en la JCA, y proponga actividades que minimicen en la práctica, la aparente confrontación entre los principios de autonomía judicial y seguridad jurídica.</li> <li>- Recapacite respecto de la máxima de Piero Calamandrei, según la cual: “Sé cauto en conceder medidas cautelares, tal debería ser una de las primeras máximas del buen juez”.</li> </ul>
--	---

<i>Ae</i>	<p><b><i>Autoevaluación</i></b></p> <p>Un Juez ordena librar orden de embargo preventivo de los dineros de propiedad de la Nueva EPS a fin de garantizar el pago de lo debido en el marco de una reclamación por concepto de incremento a la pensión de vejez de Pedro Pérez. La entidad bancaria alegó que los recursos gozan del beneficio de inembargabilidad de acuerdo con el artículo 134 de la Ley 100 de 1993. El Juez persiste en la medida invocando la Sentencia T-1195 de 2004, según la cual, la misma es procedente en tanto se enmarca en la excepción a la inembargabilidad consistente en el pago de acreencias de tipo laboral.</p> <p>De acuerdo con el caso planteado:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Defina cómo impacta la autonomía judicial en la toma de la decisión de embargar o no recursos sobre los que opera la regla de inembargabilidad.</li> <li>- Si resulta procedente adelantar una investigación disciplinaria por tratarse de recursos inembargables.</li> <li>- Si influye en una decisión disciplinaria, el hecho de haber invocado en la orden de embargo el fundamento legal para su procedencia –artículo 594 del CGP–.</li> </ul>
<i>J</i>	<p><b><i>Jurisprudencia</i></b></p> <p>Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-678 de 2017. (16, noviembre, 2017).</p> <p>Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-238 (1, abril, 2011).</p> <p>Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-335. (16, abril, 2008).</p> <p>Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-590 (8, junio, 2005).</p> <p>Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-213. (8, marzo, 2004).</p> <p>Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-037 (5, febrero, 1996).</p>

*j*

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-417 (4, octubre, 1993).

Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera. Auto, radicado: 11001-03-25-000-2015-00389-00. (30, octubre, 2017).

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-206 de 2017. (4, abril, 2017).

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia radicado: 11001-03-15-000-2017-03015-01(AC) (21, junio, 2018).

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia radicado: 11001-03-15-000-2018-01366-00(AC) (7, junio, 2018).

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia radicado: 23001-23-33-000-2017-00435-01(AC). (15, marzo, 2018).

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia radicado: 76001-23-31-000-2006-00871-01 (36.634). (16, julio, 2015).

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia, radicado: 49334. (7, marzo, 2018).

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia, radicado: 50023. (17, enero, 2018).

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Radicado: 11001-22-03-000-2016-01414-01. (7, septiembre, 2016).

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Penal, Sentencia radicado: 39751. (21, agosto, 2013).

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia radicado: 36519. (16, noviembre, 2011).

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado: 29433. (15, mayo, 2008)

<i>j</i>	<p>Colombia. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Sentencia, radicado: 27001-1102-000-2012-00107-01/F. (21, julio, 2016).</p> <p>Colombia. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Sentencia radicado: 76001-1102-000-2014-03164-01. (15, septiembre, 2016).</p> <p>Colombia. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Sentencia radicado: 13001-1102-0000-2007-00501-01 (4 de mayo, 2011).</p>
----------	---



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alvarado Vallejo, Adolfo. *El procedimiento cautelar y la solución urgente y anticipada de una pretensión*. XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: Universidad Libre. 2013.

Álvarez Gómez, Marco Antonio. *Las medidas cautelares en el Código General del Proceso*. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2014.

Arboleda Perdomo, Enrique José. *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Ley 1437 de 2011. Bogotá: Legis. 2ª Edición.

Arcila Salazar, Beatriz. *Las medidas cautelares en el proceso ambiental*. *Opinión Jurídica* Vol. 12 (enero-junio), 2013, [en línea] [Fecha de consulta: 28 de noviembre de 2017] Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=94528404003> > ISSN 1692-2530, p. 35-37.

Betancur Jaramillo, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. VIII Edición. Bogotá: Señal Editora. 2013, pp. 364-370.

Calamandrei, Piero. *Las providencias cautelares*. Leyer: Bogotá, 2008.

Calamandrei, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América. 1973.

Calamandrei, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*. Lima: Ara Ediciones. 2006.

Calamandrei, Piero. *Providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina. 1984.

Campo Cabal, Juan Manuel. *Medidas cautelares en el Contencioso Administrativo*. Bogotá: Editorial Temis. 1989.

Campo Cabal, Juan Manuel. *Perspectivas de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo*. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia. 1997.

Carnelutti, Francesco. *Derecho y Proceso*. Buenos Aires: Ejea, 1971, p. 413.

Cassagne, Ezequiel. *Las medidas cautelares contra la administración*. Tratado de Derecho Procesal Administrativo (Dir. Juan Carlos Cassagne), T. II, 2ª edición actualizada, La Ley, 2007.

Cassagne, Juan Carlos. *Procedimiento y Proceso Administrativo*. Buenos Aires: Lexis Nexis. 2005.

Chavarro Colpas, Roberto Mario. Análisis de las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Colombiano, desde una perspectiva constitucional. *Advocatus* vol. 18: 33-44. Barranquilla: Universidad Libre de Barranquilla. 2012.

Chiovenda, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. II Edición. Madrid: *Editorial Revista de Derecho Privado* vol. I. 1948.

Couture, Eduardo J. *Vocabulario jurídico*. Buenos Aires: Ed. Depalma. 1993.

Dromi, Roberto. *Derecho administrativo*. Cuarta Edición. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina. 1995.

Dromi, Roberto. *El Acto Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina. 1997.

Echandía, Devis, *Compendio de Derecho Procesal*. Tomo I: Teoría general del proceso, IV Edición. Bogotá. Editorial ABC. 1974.

Fajardo Gómez, Mauricio. *Medidas Cautelares*. Memorias del Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Bogotá: Imprenta Nacional. 2011.

García de Enterría, Eduardo. *La batalla por las medidas cautelares*. Tercera edición. Madrid: Ed. Thomson Civitas. 2004.

García Sarmiento, Eduardo. *Medidas cautelares, introducción a su estudio*. 2ª ed. Bogotá: Temis, Ediciones Jurídicas Radar. 2005.

Gil Botero, Enrique; Rincón Córdoba, Jorge Iván. *Los presupuestos de la responsabilidad ambiental*. Serie Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2013

González Pérez, Jesús. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. 2ª Edición. Madrid: Civitas. 1984.



Hernández Enríquez, Alier. *Las acciones populares y la validez de los contratos estatales*, Conferencia dictada en la Universidad Externado de Colombia. Bogotá: agosto de 2003.

López Blanco, Hernán Fabio. *Código General del Proceso, Parte Especial*. Bogotá: Dupré Editores. 2017.

López Blanco, Hernán Fabio. *Código General del Proceso, Parte General*. Bogotá: Dupré Editores Ltda. 2016.

López Blanco, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil colombiano*. Tomo II, Parte Especial, 7ª Edición. Bogotá: Dupré. 2004.

López Blanco, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil, Parte General*. 9ª Edición. Bogotá: Dupré Editores. 2005.

Mairal, Héctor A. *Control judicial de la Administración Pública*. Buenos Aires: Depalma. 1984.

Morales Molina, Hernando. *Curso de derecho procesal civil, Parte General*. Undécima Edición. Bogotá: Editorial ABC, 1991, p. 686.

Morales Molina, Hernando. *Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General*. 4ª Edición, Bogotá, Lerner.

Muñoz Machado, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo I. 3ª edición. Iustel 2011.

Nicotra, Norberto. La Defensoría del Pueblo y las acciones populares: experiencia argentina. V.V.A.A. *Acciones populares y de grupo, nuevas herramientas para ejercer los derechos colectivos*. Memorias del Seminario Internacional de Acciones populares y de grupo. Santafé de Bogotá, septiembre 7, 8 y 9 de 1994. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 1996.

Ospina Fernández, Guillermo; Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. 7ª Edición. Bogotá: Temis. 2005.

Palacio Hincapié, Juan Ángel. *Derecho Procesal Administrativo*. 9ª Edición. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 2017.

Parra Quijano, Jairo. Medidas Cautelares Innominadas. Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 300-318 (Instituto Colombiano de Derecho Procesal, ICDP, Medellín, 2013). Disponible en: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/12jairo-parra-quijano.pdf>.

## BIBLIOGRAFÍA

Quiroga Cubillos, Héctor Enrique. *Procesos y medidas cautelares*. Bogotá: Ed. Librería del Profesional. 1985.

Restrepo Medina, Manuel Alberto. La necesidad de ampliar la tutela cautelar judicial en el proceso contencioso administrativo. *Estudios Socio-Jurídicos* vol. 7(2): 191-205. 2005. [Fecha de consulta: 28 de noviembre de 2017] Disponible en: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0124-05792005000200008&lng=en&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792005000200008&lng=en&tlng=es).

Rocco, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil, Parte Especial, Proceso Cautelar*. Volumen V. Bogotá-Buenos Aires: Temis-Depalma. 1977

Rodríguez, Libardo. *Derecho Administrativo General y colombiano*. Tomo II. Vigésima Edición. Bogotá: Editorial Temis. 2017.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. Volumen II. 4ª edición. Madrid: Editorial Iustel.

Solano Sierra, Enrique Jairo. *Derecho procesal contencioso-administrativo*. Segunda Edición. Bogotá: Ediciones doctrina y ley Ltda. 2014.

Trujillo Londoño, Francisco Javier. Las medidas cautelares en el contexto del Código General del Proceso colombiano. *Criterio Jurídico Garantista* vol. 11: 176-185 (julio-diciembre) 2014. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia. ISSN 2145-3381.



