



**ESTUDIO, LIMITACIONES Y ANALISIS CRITICO DE LAS MEDIDAS
CAUTELARES AL INTERIOR DEL PROCESO EJECUTIVO ANTE LA
JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Liliam Lucia Elena Meza Mendoza

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Bogotá, Colombia

2022

**ESTUDIO, LIMITACIONES Y ANALISIS CRITICO DE LAS MEDIDAS
CAUTELARES AL INTERIOR DEL PROCESO EJECUTIVO ANTE LA
JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Liliam Lucia Elena Meza Mendoza

Tesis o trabajo de investigación presentada(o) como requisito parcial para optar al título
de:

Magister en Derecho

Director (a):

Doctor, Héctor Enrique Quiroga Cubillos

Línea de Investigación:

Explicativa, Cuantitativa

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Bogotá, Colombia

Dedicatoria

Primeramente, a Dios que me regaló la provisión y la fortaleza para iniciar y culminar este nuevo peldaño académico, exaltarlo y alabarlo en esta oportunidad, por cada milagro que pude ver para hacerlo posible.

A mi adolescente hija que a pesar de no estar de acuerdo de exigirme tiempo y atención calló y me apoyó con su conformidad al aceptar no tener vacaciones o encuentros con sus amigos.

A mi madre por su apoyo incondicional con una taza de café en las madrugadas y un masaje antes de dormir cuando veía mi agotamiento.

Y en general a todos los que aportaron con su tiempo y comprensión para lograrlo.

Gracias.

Declaración de obra original

Yo declaro lo siguiente:

He leído el Acuerdo 035 de 2003 del Consejo Académico de la Universidad Nacional. «Reglamento sobre propiedad intelectual» y la Normatividad Nacional relacionada al respeto de los derechos de autor. Esta disertación representa mi trabajo original, excepto donde he reconocido las ideas, las palabras, o materiales de otros autores.

Cuando se han presentado ideas o palabras de otros autores en esta disertación, he realizado su respectivo reconocimiento aplicando correctamente los esquemas de citas y referencias bibliográficas en el estilo requerido.

He obtenido el permiso del autor o editor para incluir cualquier material con derechos de autor (por ejemplo, tablas, figuras, instrumentos de encuesta o grandes porciones de texto).

Por último, he sometido esta disertación a la herramienta de integridad académica, definida por la universidad.

Liliam Lucia Elena Meza Mendoza

Fecha 01/12/22

Resumen

Al demandar ejecutivamente a una persona, con el escrito de la demanda se pueden solicitar medidas cautelares que buscan asegurar de manera anticipada el cumplimiento del fallo. Cuando se trata de un proceso ejecutivo adelantado dentro de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se plantea una situación desventajosa para el demandante por cuanto los bienes del Estado gozan de especial protección constitucional, motivo por el cual sus bienes no se pueden embargar en virtud del principio de sostenibilidad fiscal y presupuestal. Esto ha producido una multiplicidad de medidas cautelares decretadas y fallos que no pueden ser ejecutadas porque los bienes del Estado son inembargables. Las medidas cautelares en este tipo de procesos pierden total eficacia y los fallos se vuelvan ilusorios, ya que la ley no establece mecanismos para asegurar su cumplimiento, situación que provoca una falla de la administración para con sus administrados.

Palabras claves: medida cautelar, proceso ejecutivo, embargo, inembargabilidad.

STUDY, LIMITATIONS AND CRITICAL ANALYSIS OF PRECAUTIONARY MEASURES WITHIN THE EXECUTIVE PROCESS BEFORE THE ADMINISTRATIVE JURISDICTION

Abstrac

When suing a person executively, with the letter of demand, precautionary measures can be requested that seek to ensure compliance with the ruling in advance. When it comes to an executive proceeding carried out within the contentious-administrative jurisdiction, a disadvantageous situation arises for the plaintiff since State assets enjoy special constitutional protection, which is why their assets cannot be seized by virtue of the principle of fiscal and budgetary sustainability. This has produced a multiplicity of decreed precautionary measures and rulings that cannot be executed because State assets cannot be seized. The precautionary measures in this type of process lose their effectiveness and the rulings become illusory, since the law does not establish mechanisms to ensure compliance, a situation that causes a failure of the administration towards its administrators.

Keywords: precautionary measure, executive process, embargo, unattachable.

Tabla de contenido

Resumen.....	5
Introducción	9
Estado del arte	11
Marco Teórico.....	25
Pignoris Capio – Corriente Clásica – Sistema Procesal Romano.....	25
Piero Calamandrei – Corriente Moderna – Tutela Jurisdiccional Efectiva.....	26
Héctor Enrique Quiroga – Corriente Contemporánea – Seguridad Jurídica	30
Sistema Jurídico Colombiano.....	32
Marco Conceptual	38
Objetivos	43
Objetivo General	43
Objetivos Específicos.....	43
1. Capítulo 1	44
1.1 Naturaleza jurídica de las medidas cautelares y los principales desarrollos doctrinales que se han dado sobre las mismas en el proceso civil y administrativo colombiano	44
1.2 Medidas cautelares dentro del proceso civil colombiano	62
1.3 Medidas cautelares dentro del proceso administrativo colombiano	64
1.4 Lo nuevo en medidas cautelares que introdujo el CPACA colombiano	70
2. Capítulo 2	73
2.1 Naturaleza constitucional y legal de los bienes estatales y si los mismos son garantía para respaldar las obligaciones que se derivan de la responsabilidad pecuniaria del Estado	73
2.2 Bienes de dominio público	75
2.3 Bienes de dominio privado	78
2.4 Desde una perspectiva Constitucional	84

3. Capítulo 3	96
3.1 Análisis crítico sobre las funciones que cumplen las medidas cautelares al interior del proceso ejecutivo en la jurisdicción contencioso administrativa ..	96
4. Propuesta de valor y conclusiones	112
5. Metodología	117
5.1 Tipo de investigación	117
5.2 Método de investigación.....	117
5.3 Enfoque de la investigación.....	118
5.4 Técnicas para la recolección de la información	118
Bibliografía	119

Introducción

Al demandar ejecutivamente a una persona, con el escrito de la demanda se pueden solicitar medidas cautelares que buscan asegurar de manera anticipada el cumplimiento del fallo. Sin embargo, cuando se trata de un proceso ejecutivo adelantado dentro de la jurisdicción de lo contencioso administrativo no ocurre lo mismo que en la jurisdicción civil ya que aquí una de las partes es el Estado y esto inmediatamente pone a su contraparte (si se trata de una persona natural) en una situación de desventaja ya que el Estado goza de especial protección en cuanto a sus bienes teniendo en cuenta que estos no se pueden embargar en virtud del principio de sostenibilidad fiscal y presupuestal. Así lo ha establecido la Constitución en su artículo 63, *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.* (Constitución Política de Colombia, 1991)

Así las cosas, al demandar ejecutivamente al Estado para el cumplimiento de una obligación que es clara, expresa y actualmente exigible, la medida cautelar se vuelve inoperante ya que, si bien el juez la decreta, la misma no puede ser efectivamente ejecutada porque es prácticamente imposible demandar bienes o cuentas de una entidad estatal.

Esta situación planteada junto con el proceso investigativo realizado nos lleva a concluir que en virtud del principio de inembargabilidad de los bienes estatales, pocas

veces es posible lograr cautelar los mismos al interior de procesos ejecutivos que se adelantan en la jurisdicción contencioso administrativa. De manera que nos enfrenamos a fallos ilusorios, ya que la ley no establece mecanismos para asegurar su cumplimiento.

Estado Del Arte

Para abordar el Estado del Arte, iniciaremos un recorrido por los postulados constitucionales, pasando por el ordenamiento legal, jurisprudencial y terminando con doctrina.

La Carta Política establece en el artículo 63 que (Constitución Nacional, 1991) 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.

Además de los enunciados en el texto constitucional, son también inembargables los enunciados en el artículo 594 de la ley 1564 de 2012: 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, 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, 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, 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, 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, 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, las condecoraciones y pergaminos recibidos por actos meritorios, los uniformes y equipos de los militares, los terrenos o lugares utilizados como cementerios o enterramientos. (Ley 1564 , 2012)

De conformidad con lo establecido en el artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), las medidas cautelares serán aplicables a los procesos declarativos. A continuación, las enunciadas en el artículo 230. (Ley 1437, 2011)

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer. (Ley 1437, 2011)

El numeral 5 permite inferir que existen unas medidas innominadas, es decir, las que menciona el artículo 230 son meramente enunciativas ya que pueden existir otras que el juez decreta a su arbitrio en atención a las necesidades particulares de cada proceso.

Para los ejecutivos, es importante mencionar que este es un proceso de naturaleza civil por lo cual se encuentra reglamentado en el Código General del Proceso (en adelante CGP) y le son aplicables las medidas cautelares de esta misma normatividad.

Las medidas del artículo 230 del CPACA hemos dicho que son aplicables solo a procesos declarativos, por lo cual, para iniciar un proceso ejecutivo contra una entidad pública se hace necesario tomar lo dispuesto en el Código Civil y el CGP y por analogía aplicarlo en la jurisdicción contencioso administrativo.

El problema surge cuando se solicitan medidas cautelares ya que las del proceso ejecutivo son embargo y secuestro y estas fueron pensadas y diseñadas para aplicar contra particulares, no contra entidades estatales. Así las cosas, cuando el demandante le pide al juez el embargo y secuestro de bienes y/o dineros de una entidad pública, sale inmediatamente a relucir el principio constitucional en virtud del cual los bienes del

Estado con inembargables, quedando así desprotegido el accionante al no tener herramientas que hagan efectivo el fallo.

La inembargabilidad busca ante todo proteger los dineros del Estado para asegurar en esa forma que se apliquen a los fines de beneficio general que les corresponden, haciendo realidad el postulado de prevalencia del interés común. El principio de inembargabilidad presupuestal no riñe con la Constitución, sino que, por el contrario, contribuye a desarrollarla en cuanto permite a los entes públicos realizar los postulados del Estado Social de Derecho, ya que, al eliminar el riesgo de embargos -que podrían paralizar la administración en el ramo correspondiente-, garantiza la disponibilidad de los recursos económicos que permitan el cumplimiento de los fines inherentes a la función respectiva. (Corte Constitucional. C-263 de 1994). La inembargabilidad de los recursos del estado ha dicho la Corte Constitucional que se trata de un principio orientado a la conservación de los recursos necesarios para garantizar los fines del Estado Social de Derecho. (Corte Constitucional. T-873 de 2012)

El proceso ejecutivo regulado actualmente en el Código General del Proceso y en disposiciones especiales en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo está dirigido a obtener el cumplimiento de una obligación clara, expresa y exigible que conste en un documento que de plena fe de su existencia. Lo anterior, porque el trámite de ejecución parte de una obligación probada y no busca determinar su existencia. (Corte Constitucional. T-111 de 2018)

Las medidas cautelares 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 del fallo correspondiente. (Corte Constitucional. T-206 de 2017).

Es importante mencionar que los bienes del obligado son la garantía del acreedor y que, en tal virtud, puede perseguirlos para lograr la satisfacción de sus acreencias. (Corte Constitucional. C-1064 de 2003).

Si bien es cierto que todo proceso conlleva incertidumbre, resuelta sólo en la sentencia, también es cierto que cuando se acude al Estado para que administre justicia se aspira no sólo a que dirima el conflicto, sino a que la decisión pueda cumplirse. En ese sentido, una adecuada regulación del régimen cautelar puede evitar que durante el curso del proceso se realicen actos tendientes a insolventarse o, en todo caso, a hacer ilusorios el fallo. (Blanco, 1989).

Para Carnelutti, (Enterría, 2006, pág. 228) la naturaleza de las medidas cautelares es evitar aquellas alteraciones en el equilibrio inicial de las partes que pueden derivar en la duración del proceso.

Su fin es asegurar el cumplimiento del fallo y con ello evitar alteraciones al equilibrio procesal durante el curso del proceso. Es decir, la medida cautelar brinda garantía al demandante para que el fallo no se convierta en una simple ilusión que no podrá ser ejecutada jamás.

Advierte González Pérez (Pérez, 2001, pág. 112) que en la construcción dogmática de las medidas cautelares, su función de atemperar los efectos perjudiciales de la demora en las actuaciones judiciales, y hacer menos severa la falta de credibilidad en la

administración de justicia. El tiempo necesario que toman las partes en probar sus afirmaciones y en lograr la convicción en el juez, al momento de resolver el litigio - dilatado muchas veces por la congestión judicial-, es el mismo que paradójicamente se toma enemigo del proceso y el mayor obstáculo del sujeto activo de la relación procesal.

Finalmente, aterrizamos con la obra del doctor Héctor Enrique Quiroga Cubillos, *la tutela cautelar*, quien sostiene que el fundamento de la medida cautelar se encuentra en la seguridad jurídica.

El tema de la seguridad jurídica ha sido objeto de mucho estudio por parte de la doctrina y jurisprudencia internacional, y se ha llegado a justificar la adopción de cautelas como desarrollo del valor denominado “seguridad jurídica”.

Nada más preocupante que un sistema jurídico inseguro, que no sea capaz de dar respuesta a la protección de los derechos de los ciudadanos. Por tanto, el anhelo de seguridad se convierte en una constante a través de la historia, porque en cualquier época de la vida social los derechos ciudadanos se han encontrado frente a innumerables y permanentes riesgos de ser desconocidos o vulnerados.

El concepto de seguridad jurídica como categoría jurídica, durante varios años, fue sometido al desprestigio total; los totalitarismos del siglo XX asestaron un rudo golpe a la seguridad, para dar paso al triunfo de las raíces idealistas, e irracionalistas del nazismo o los fascistas italianos que hicieron suyo el lema *vivere pericolosamente* (vivir en peligro). Tales posiciones luego de la posguerra fueron perdiendo terreno y se creó un ambiente de recuperación y rehabilitación de la seguridad.

El establecimiento del modelo político Estado social de derecho, que desarrolló un programa de bienestar, se ve desbordado hoy por la abdicación de las responsabilidades y compromisos que le son propios al poder político, o por la demora en dar respuesta a las apremiantes exigencias sociales, generando un clima de inseguridad en los ciudadanos y mostrando al poder político como incapaz de dar respuesta segura a las aspiraciones y necesidades de la sociedad.

El enfrentamiento teórico entre la modernidad y la llamada posmodernidad ha contribuido al desprestigio del concepto de seguridad. En donde los modernos advierten un compromiso en favor de la certeza y de la seguridad basado en la racionalidad, los posmodernos oponen las "fuerzas espontáneas de la imaginación" en donde la seguridad es reputada un disvalor, y por tanto la seguridad en su dimensión social y colectiva es una aspiración que, por lo demás, es inútil o inalcanzable.

La seguridad cuando ha alcanzado la condición de categoría jurídica en los ordenamientos legales y constitucionales no ha sido fruto de la elaboración doctrinaria de la filosofía o teoría del derecho, sino de las conquistas políticas que ha obtenido la sociedad en su evolución; por tanto, la seguridad jurídica ha dependido del desarrollo histórico de la idea genérica de seguridad de la que hace parte en su más significativa expresión.

La imprevisibilidad, la incertidumbre, la inseguridad constituyen el temor presente en la sociedad, que se acrecienta o se disminuye en la medida en que el poder político utilice o no recursos para su control. El medio más adecuado para despejar la incertidumbre y el temor no es otro que el derecho, a través de la figura jurídica de la

seguridad, y solamente en la medida en que se encuentra fortalecido, la seguridad jurídica surgirá como el mecanismo más eficaz para garantizar la necesidad social de la tranquilidad.

La seguridad jurídica como categoría jurídica ha sido elevada, por algunas constituciones como la española, a la condición de valor con el siguiente razonamiento: si las necesidades radicales humanas constituyen el soporte antropológico de todo valor, la seguridad jurídica tendrá tal condición, ya que la necesidad de seguridad ha sido uno de los principales motores de la historia jurídica.

La seguridad jurídica no es una categoría integrante del derecho o un fin del mismo. No, la seguridad jurídica emerge como un presupuesto del derecho que fluye de los derechos fundamentales, los cuales son el soporte del ordenamiento constitucional. Dicho de otra manera, la seguridad jurídica no surge como resultante de una legislación que pretende en forma impositiva el cumplimiento de la legalidad. Es decir, no es una finalidad del derecho sino un presupuesto o condición para hacer actuante los derechos fundamentales; por tanto el derecho cumple también la función de asegurar la realización de las libertades. De ahí que cualquier tipo de manipulación del derecho va en contravía de su propia función.

La seguridad jurídica en cuanto a la exigencia objetiva se concreta cuando el derecho cumple las siguientes condiciones:

1) Lege promulgata. La Ley, además de ser un precepto general, justo y estable, debe tener una adecuada promulgación, esto es, llevada al conocimiento de los asociados para que éstos la puedan cumplir. Las Leyes no pueden ser secretas; deben ser del dominio de los

ciudadanos. No constituiría garantía de seguridad jurídica si éstas no son dadas a la publicidad

2) *Lege manifesta*. Lo ideal de la Ley es que ésta sea clara y no de lugar a confusiones que induzcan a error. La utilización de expresiones ambiguas, equívocas u oscuras pone en peligro la seguridad jurídica. Una ley sin claridad aumenta la discrecionalidad de los operadores del derecho, dando lugar muchas veces a decisiones encontradas.

3) *Lege plena*. La ley debe agotar todas las posibilidades de aplicación, no puede dar lugar a lagunas. Si ello ocurriera puede llegarse a la utilización de los medios integradores del derecho, tales como interpretaciones extensivas, analogías, equidad, principios generales del derecho, etc., pero lo ideal es no llegar a tales circunstancias.

4) *Lege stricta*. La ley debe ser la definidora de los aspectos básicos del estatus jurídico de los ciudadanos (deberes y libertades fundamentales, responsabilidad criminal, prestaciones personales, patrimoniales). El sistema jurídico ha de establecer la prohibición de la derogación, modificación o infracción de las normas de rango superior. La seguridad jurídica será garantía en la medida en que refleje la obligatoriedad del respeto a las normas constitucionales.

5) *Lege previa*. Constituye seguridad jurídica el hecho de establecerse con anterioridad a la realización de conductas, los efectos jurídicos de los comportamientos. La seguridad jurídica se ve vulnerada cuando se aplican leyes con efectos retroactivos. Es decir, el no conocimiento previo de unos no encuentre piso firme

6) *Lege perpetua*. El asalto constante de lo nuevo pone en peligro la seguridad jurídica. Por tanto, el sistema jurídico debe tener el mayor grado de estabilidad en el tiempo. (Quiroga, 2007).

Si bien es cierto que la sentencia judicial proferida por el juez natural debe entenderse ajustada a derecho y producido con el respeto a los derechos fundamentales de los litigantes, ello no impide que cuando se advierta su vulneración no pueda revisarse tal decisión. La seguridad jurídica no puede utilizarse como caparazón para ocultar violación de derechos fundamentales; todo lo contrario. La seguridad jurídica exige la prevalencia de tales derechos y ejerce, una influencia muy superior que la simple ejecutoriedad de las providencias, judiciales. La legislación no puede ser manipulada para violentar derechos adquiridos con arreglo a la legalidad vigente en el momento de su conformación. La seguridad jurídica exigirá el respeto a ellos. (Quiroga, 2007)

Constituye un peligro de quiebra de la seguridad jurídica cuando el Estado se muestra incapaz de hacer cumplir la Ley, bien por su propia debilidad que le impide generar el respeto suficiente para que los ciudadanos voluntariamente cumplan la Ley, bien porque no utiliza y no cuenta con los medios adecuados para imponerla coactivamente, o bien, porque hace concesiones que llevan a una inaplicabilidad de la Ley. (Quiroga, 2007)

Investigación las medidas cautelares reguladas por la ley 1437 de 2011 como instrumento para el desarrollo de la tutela jurisdiccional efectiva (Londoño, 2015, pág. 3)

en donde el autor manifiesta que una de las constantes críticas a la jurisdicción contencioso administrativa consiste en la ausencia de regulación de medidas cautelares reales y efectivas que garanticen la ejecutividad de los fallos proferidos en los procesos ordinarios contencioso-administrativos, y anticipar de esta manera la eficacia del derecho que le asiste al demandante, dada la prolongada duración del proceso judicial. En el contexto del Decreto Ley 01 de 1984 se advierte la ausencia de un régimen de medidas cautelares amplio y eficaz que garantice la obtención de los resultados propuestos durante el desarrollo jurisdiccional de lo contencioso administrativo; fundamentalmente la protección de los derechos sustanciales de los ciudadanos a través de la decisión judicial. Las medidas cautelares buscan, en ese sentido, anticipar la eficacia del derecho que le asiste al demandante, dada la prolongada duración del proceso judicial administrativo y la apariencia del buen derecho de las pretensiones invocadas por este. Es así como bajo la vigencia de anteriores normas procedimentales se identificaba la insuficiencia de un régimen de medidas cautelares amplio que garantizara la obtención de los resultados propuestos con el proceso jurisdiccional contándose solo con la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, siempre y cuando fuese flagrante su violación a normas superiores. (Londoño, 2015, pág. 3)

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 era evidente la ausencia de un régimen de medidas cautelares, amplio y eficaz, que garantizara la obtención de los resultados propuestos durante el desarrollo del proceso jurisdiccional de lo contencioso administrativo, fundamentalmente en lo que tiene que ver con la protección de los derechos sustanciales conculcados a los ciudadanos. Vale la pena preguntar: ¿Las Medidas

Cautelares reguladas por la Ley 1437 de 2011 desarrollan la tutela judicial efectiva y la protección precauteladora de los derechos subjetivos de los ciudadanos que acuden a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo? ¿Hay elementos de juicio, doctrinales y jurisprudenciales, que determinen la necesidad de aplicar en el proceso ordinario contencioso administrativo, medidas cautelares efectivas para la protección de esos derechos vulnerados? (Londoño, 2015, pág. 4)

Dada la importancia que reviste el tema del régimen de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo tanto para los actores del proceso jurisdiccional como para la comunidad en general, que espera y reclama de esta jurisdicción una pronta y cumplida administración de justicia-, es que se pretende hacer una investigación dogmática para indagar el contenido, aplicación e interpretación, así como un análisis y descripción de los avances del nuevo régimen cautelar regulado por la Ley 1437.

Las medidas cautelares van de la mano de la tutela judicial efectiva, para así devolverle la confianza al conglomerado respecto al proceso judicial que se enfrenta; lo que permite justamente la medida cautelar es darle sentido a la palabra “eficacia” del derecho a la tutela judicial efectiva, a efectos de lograr una justicia administrativa plena y eficaz, la adecuación tiempo-resolución del fallo, es decir, corregir el desfase temporal del momento en que se produce la decisión con la realidad que pretende resolver. Sirve de poco reconocer a un sujeto de derecho, si en el momento en que el fallo se profiere no se puede resarcir efectivamente, o si se concede una indemnización por daños causados pudiendo no causarse, si cautelarmente se hubiera protegido su situación. La garantía de efectividad del fallo final es la médula misma de la institución cautelar; sin esa garantía no

hay tutela judicial. En la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de Venezuela, y de los Tribunales Superiores de Justicia de dicho país, es un genuino derecho fundamental el que ejercita el recurrente que impetra tutela cautelar, derecho fundamental que incluye el derecho a obtenerla si los motivos que invoca son fundados, esto es, peligra la efectividad de la tutela final del fondo del asunto si la medida cautelar no interviene (peligro que puede venir del simple retraso ordinario de la justicia) atendidas las circunstancias del caso, y que no requiere el riesgo de una total frustración, sino el de un simple demérito, según el principio jurisprudencial de que “a quien tiene la razón no puede resultarle perjuicio alguno por el proceso necesario para que se le reconozca esa razón; y porque, además, está en juego el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. (Londoño, 2015, pág. 20)

Pese a ser generosas las medidas cautelares señaladas por la Ley 1437 de 2011, pasarán muchos días para que los ciudadanos puedan acceder a ellas, pese a estar reguladas de manera tímida en el anterior estatuto; y se dice tímidas, porque las exigencias eran bastantes que impedían que el Juez director del proceso pudiera concederla, y aunque tampoco es una figura muy utilizada por los demandantes, por la dificultad en el cumplimiento de los requisitos o exigencias, que pese a ser muy claros en el nuevo estatuto siguen teniendo vigencia en los estrados judiciales, toda vez que al ahondar en el tema siguen reiterando que en las solicitudes de dichas medidas no se cumplen los requisitos para que el juez acceda en su aplicación. (Londoño, 2015, pág. 43)

Acceder a la Jurisdicción contencioso administrativo no es sencillo, debido a que siempre ha estado sometida, por decirlo de alguna manera, a trabas legales, bajo el

entendido de que en muchos procesos debe cumplirse con ciertos requisitos que dilatan en el tiempo lo pretendido. Es así como respecto a una nulidad y restablecimiento del derecho se tienen los siguientes pasos (algo que es conocido de vieja data): agotamiento de vía gubernativa, respuesta o silencio, recursos procedentes, agotamiento de requisito de procedibilidad, para entrar por fin a demandar, toda vez que hasta ahora se abrió la posibilidad, en sede prejudicial, de conciliar algunos asuntos. Yendo más allá, la aplicabilidad o no de las medidas cautelares distan mucho de efectivizar el derecho o de garantizar la mentada tutela judicial efectiva, debido a que el principio fundamental presente en los procesos civiles no es aplicable en este caso, pues la administración tiene amplias oportunidades de llevar la delantera. (Londoño, 2015, pág. 44)

Marco Teórico

El derecho procesal sufrió una evolución histórica desde el derecho romano que se enmarca dentro de tres sistemas distintos. El primero es el sistema de acciones de la ley que se basó en la ley de las doce tablas. El segundo es el sistema formulario que se encontraba basado en formulas científicas. Finalmente, el tercer sistema se denominó del proceso extraordinario, el cual se extendió desde Dioclesiano hasta Justiniano. (Trujillo Arroyo, 1938)

1. PIGNORIS CAPIO - CORRIENTE CLASICA – SISTEMA PROCESAL ROMANO – GAYO

La Pignoris Catio, era un procedimiento que consistía en la toma por el acreedor, como garantía, de determinados bienes del deudor, con el objeto de constreñirlo al pago de su deuda. Constituía una de las acciones de la ley ejecutiva del procedimiento procesal de la legis actio, consistente en la toma de un objeto, realizada por el acreedor de entre los bienes del deudor al mismo tiempo que pronunciaba determinadas palabras y sin ser necesaria, tal vez, la intervención del magistrado; tal derecho correspondía al soldado contra quien debía entregar el dinero para adquirir su caballo o debía pagar el forraje o alimento del mismo, y en otros supuestos, en favor de los publicanos y del que hubiese entregado un animal para un sacrificio y no recibiese el precio.

También constituía un medio de coacción de que gozaba el magistrado en virtud de su imperium para embargar bienes a la persona que desobedeciera sus mandatos. Con posterioridad, las legis actioes fueron reemplazadas por el procedimiento formulario, denominado de esa manera porque el magistrado redactaba un documento pequeño, en presencia y con la colaboración de las partes, en el cual se concretaban las pretensiones del actor y del demandado en el litigio y se indicaba al juez la cuestión a resolver otorgándole el poder de juzgar, así, la fórmula le daba a éste poder para condenar al demandado en la suma que anteriormente debería haber entregado para liberar la prenda

Finalmente, en el Derecho Romano, una vez trabada la litis con la contestación, la cosa litigiosa no podía ser enajenada, ni destruida, ni deteriorada, de manera que debería ser entregada al ganancioso en el estado en que se hallaba al iniciarse la contención. Aquí se

puede encontrar un símil con las medidas preventivas actuales, particularmente con la prohibición de enajenar y gravar y con el secuestro. (V, 2006)

la aplicación de la *pignoris capio* se produce a favor de los publicanos, como consecuencia de su poder para cobrar impuestos, dado que respecto de los arrendamientos y cobros de tributos a los contribuyentes, los poderes públicos reconocían a los publicanos una especie de delegación de competencias por parte de los órganos de poder. Algunas de las cláusulas de la *lex censoria* (BONET, 1983) posibilitaban, en la mayor parte de las ocasiones, el ejercicio de la mencionada facultad¹⁸ que con frecuencia proponían los propios censores al ofrecer a las sociedades de publicanos la adquisición del arrendamiento para el cobro de algunas tasas. De este modo, la *lex censoria* permitía al publicano ejercer contra los contribuyentes la *pignoris capio*, para obligar a los particulares a pagar los tributos pendientes es por este y otros motivos que afirma la doctrina: « ...la *pignoris capio*..., se manifiesta totalmente anómala y con un régimen jurídico próximo al *ius publicum* (Meléndez)

De acuerdo con algunos autores, hemos de poner de relieve que la razón fundamental que justificaba la utilización de un régimen procesal como el de la *legis actionem per pignoris capionem* radicaba en la existencia, dentro del régimen jurídico de las sociedades de publicanos, del privilegio -no reconocido para las sociedades ordinarias-, de la solidaridad activa. (SZLECHTER, 1947)

Así, la forma de la *pignoris capio* para el publicano es de naturaleza fingida, dado que permite condenar al deudor a la cantidad debida de haberse practicado la toma prenda, con el fin de que posteriormente se pueda rescatar dicha prenda. En general, las medidas

procesales ejercidas por los públicos en materia de recaudación de impuestos que, en nuestra opinión, parecen estar más acordes con la realidad, se basaban en la obtención de enormes beneficios económicos, aún en el caso de que el contribuyente se hallase en situación de insolvencia. Así, en primer lugar, la *pignoris capio* permitía la apropiación de los frutos si la cosa poseía la condición de productiva, si bien no parece tan probable la enajenación del bien concreto previa autorización del magistrado y transcurrido un tiempo determinado. (Meléndez)

2. CORRIENTE MODERNA – TUTELA JURISDICCIONAL PREVENTIVA – PIERO CALAMANDREI

Para el jurista italiano, el carácter distintivo de las medidas cautelares y su provisoriedad, difieren de todas las otras providencias jurisdiccionales no sólo por la cualidad de sus efectos sino por una cierta limitación en el tiempo de los efectos mismos. ¿Cuál es el interés específico que justifica el decreto de cualquiera de las modalidades de las medidas cautelares? Es el punto de reflexión y de partida del procesalista quien expresa que este interés surge siempre de la existencia de un peligro de daño jurídico derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva. Sobre este concepto del *periculum in mora*, es oportuno detenerse con alguna insistencia porque en él está la clave para alcanzar una definición de las providencias cautelares que agote el concepto. (calamandrei, 1947)

En primer término no se debe identificar el *periculum in mora* que es condición típica y distintiva de las providencias cautelares, con el peligro genérico del daño jurídico en vista del cual en ciertos casos la tutela jurisdiccional puede asumir el carácter preventivo. Es preciso no establecer confusión entre la tutela preventiva y tutela cautelar, aunque entre ellos puede existir la relación de género y especie. En ciertos casos también nuestro sistema procesal admite que el interés suficiente para invocar la tutela jurisdiccional puede surgir antes de que el derecho haya sido efectivamente lesionado por el solo hecho de que la lesión se anuncie como próxima o posible: en estos casos la tutela jurisdiccional en lugar de funcionar con la finalidad de eliminar a posteriori el daño producido por la lesión de un derecho, funciona a priori con la finalidad de evitar el daño que podría derivar de la lesión de un derecho del que existe la amenaza todavía no realizada. Se habla en estos casos de tutela jurisdiccional preventiva en la cual el interés en obrar surge no del daño sino del peligro de un daño jurídico. (calamandrei, 1947)

Para que surja el interés específico en reclamar una medida cautelar es necesario que a estos dos elementos *prevención y urgencia*, se añada un tercero que es en el que propiamente recibe el alcance característico del *peligro de la demora*, esto es hay necesidad de que para obviar oportunamente el peligro de daño que amenace el derecho la tutela ordinaria, se manifieste como demasiado lenta de manera que en espera de que se madure a través del largo proceso la Providencia definitiva se debe proveer con carácter de urgencia, para impedir con medidas provisorias que el daño temido se produzca o se agrave durante aquella espera, así pues la función de las providencias cautelares nace de la relación que se establece entre estos dos términos, la necesidad de que la providencia para

ser prácticamente eficaz se dicte sin retardo y la falta de aptitud del proceso para crear sin retardo una providencia definitiva. (calamandrei, 1947)

Las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias frecuentemente opuestas de la justicia la de la celeridad y la de la ponderación entre hacer las cosas pronto pero mal y hacerlas bien pero tarde las providencias cautelares tienden ante todo hacerlas pronto dejando que el problema de bien o mal esto es de la justicia intrínseca de la providencia se resuelva más tarde con la necesaria ponderación en las reposadas formas del proceso. Así las cosas el procesa lista italiano de derecho procesal concluye que el derecho procesal se distinguen dos clases de providencias judiciales la providencia de fondo o la Providencia definitiva del proceso y las demás providencias que el juez adopta en el trámite del proceso y entre estas se destacan las cautelares que tienen el carácter de la provisoriedad o temporalidad es decir de la limitación de la duración de sus efectos en el tiempo. En segundo lugar, la procedibilidad de la providencia cautelar requiere la presencia de un interés jurídico que surge ante la existencia de un peligro de daño jurídico derivado del retardo en la producción de la Providencia definitiva es lo que se denomina peligro de Mora es decir el riesgo o peligro que se corre mientras se dicta la Providencia definitiva y tal riesgo no será otro que la consumación del daño jurídico. Ante la eminencia del peligro se requiere que la providencia cautelar tenga el carácter de urgente es decir que el juez debe dictarla sin reparo. (calamandrei, 1947)

3. CORRIENTE CONTEMPORANEA – PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL – MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ

Las medidas cautelares son providencias adoptadas antes, durante o después de un proceso para asegurar o garantizar la eficacia de los derechos objeto de controversia judicial. Las cautelas, en rigor, no son un proceso. No se puede confundir el contenido –o parte de él- con el continente. Cosa distinta es que tengan lugar en el marco de un determinado juicio, que puede ser autónomo, si se agota en la práctica de las medidas cautelares autorizadas –bien porque la satisfacción del derecho se cumple, precisamente, a través de ellas, bien porque tendrán eficacia en el proceso que deba promoverse con posterioridad para que se defina el conflicto jurídico-, o corresponder, como ocurre las más de las veces, al que se impulsa para la realización del derecho reconocido en la ley sustancial. Desde esta perspectiva, las medidas cautelares califican mejor como un concepto transversal a los procesos que goza de unos rasgos propios, según se verá más adelante, por lo que su cabal entendimiento no puede comenzar por catalogarlas dentro de un proceso especial: los de conocimiento o los de ejecución, para citar dos relevantes.

(Gómez, 2014)

Todo el régimen de medidas cautelares previsto en las distintas codificaciones procesales, entre ellas, claro está, el Código General del Proceso, encuentra sólido respaldo en la Constitución Política –y desde luego en el bloque de constitucionalidad-, que no sólo establece una serie de principios que les brindan asidero, sino que incluye un conjunto de cautelas concretas de cuyo desarrollo se ocupa el legislador. Las medidas cautelares se

ofrecen como una valiosa herramienta para garantizar la materialización de los derechos, cualquiera que sea su linaje: fundamentales, reales, patrimoniales, etc., diseñadas a la medida de una Constitución que va más allá de su mero reconocimiento, para comprometerse con su realización. (Gómez, 2014)

En las actuaciones judiciales debe prevalecer el derecho sustancial (art. 228), razón por la cual el legislador está obligado a establecer reglas de procedimiento respetuosas de la garantía constitucional a un debido proceso –sin el cual todo ejercicio del poder se tiñe de arbitrariedad- , pero al mismo tiempo prever mecanismos que impidan que el derecho material se escape o diluya en la ritualidades o en los entresijos del proceso. De nada vale un juicio respetuoso del debido proceso, si el titular del derecho no encuentra abrigo cierto en la sentencia.

Las medidas cautelares son útiles preparar la ejecución de la sentencia para el caso de ser ella favorable al demandante. No se trata de anticipar la decisión, sino de adoptar medidas que posibiliten el cumplimiento de la providencia respectiva. Así, cuando en un proceso ejecutivo se autoriza el embargo y secuestro de bienes del ejecutado desde el momento en que se libra el mandamiento de pago, es porque el legislador quiere disponer lo necesario para que en la fase de ejecución forzada, una vez en firme la orden de seguir adelante con la ejecución, se proceda a los actos puntuales –avalúo, liquidación del crédito y remate- que permitirán la solución de la deuda. (Gómez, 2014)

4. NUESTRO SISTEMA JURIDICO COLOMBIANO

En nuestro régimen jurídico, las medidas cautelares están concebidas como un instrumento jurídico que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido, impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado. Las medidas cautelares no tienen ni pueden tener el sentido o alcance de una sanción, porque aún cuando afectan o pueden afectar los intereses de los sujetos contra quienes se promueven, su razón de ser es la de garantizar un derecho actual o futuro, y no la de imponer un castigo. (Sentencia C-054, 1997)

Tanto embargo como secuestro son medidas cautelares que buscan servir de garantía para el cumplimiento de un fallo a favor del demandante. El secuestro es la aprehensión de un bien que se le entrega en cuidado a un auxiliar de la justicia que para este caso es llamado secuestre. Por su parte, el embargo es la medida que saca los bienes del comercio para que su propietario no pueda disponer de ellos, es decir, limita el ejercicio del derecho de propiedad. El secuestro de bienes sujetos a registro, se practica luego de realizado el embargo.

El código general del proceso establece lo relacionado a éstas dos medidas en su artículo 599 que establece:

Desde la presentación de la demanda el ejecutante podrá solicitar el embargo y secuestro de bienes del ejecutado. Cuando se ejecute por obligaciones de una persona fallecida, antes de liquidarse la sucesión, sólo podrán embargarse y secuestrarse bienes del causante. El juez, al decretar los embargos y secuestros, podrá limitarlos a lo necesario; el valor de los bienes no podrá exceder del doble del crédito cobrado, sus intereses y las costas prudencialmente calculadas, salvo que se trate de un solo bien o de bienes afectados por hipoteca o prenda que garanticen aquel crédito, o cuando la división disminuya su valor o su venalidad. En el momento de practicar el secuestro el juez deberá de oficio limitarlo en la forma indicada en el inciso anterior, si el valor de los bienes excede ostensiblemente del límite mencionado, o aparece de las facturas de compra, libros de contabilidad, certificados de catastro o recibos de pago de impuesto predial, o de otros documentos oficiales, siempre que se le exhiban tales pruebas en la diligencia.

En los procesos ejecutivos, el ejecutado que proponga excepciones de mérito o el tercer afectado con la medida cautelar, podrán solicitarle al juez que ordene al ejecutante prestar caución hasta por el diez por ciento (10%) del valor actual de la ejecución para responder por los perjuicios que se causen con su práctica, so pena de levantamiento. La caución deberá prestarse dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del auto que la ordene. Contra la providencia anterior, no procede recurso de apelación.

Para establecer el monto de la caución, el juez deberá tener en cuenta la clase de bienes sobre los que recae la medida cautelar practicada y la apariencia de buen derecho de las excepciones de mérito. La caución a que se refiere el artículo anterior, no procede cuando

el ejecutante sea una entidad financiera o vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia o una entidad de derecho público. Cuando se trate de caución expedida por compañía de seguros, su efectividad podrá reclamarse también por el asegurado o beneficiario directamente ante la aseguradora, de acuerdo con las normas del Código de Comercio. PARÁGRAFO. El ejecutado podrá solicitar que de la relación de bienes de su propiedad e ingresos, el juez ordene el embargo y secuestro de los que señale con el fin de evitar que se embarguen otros, salvo cuando el embargo se funde en garantía real. El juez, previo traslado al ejecutante por dos (2) días, accederá a la solicitud siempre que sean suficientes, con sujeción a los criterios establecidos en los dos incisos anteriores.

Al interior de todo proceso ejecutivo es usual que el demandante solicite medidas cautelares, las cuales el juez decretará siempre y cuando la obligación que inspire el proceso se encuentre contenida en un título ejecutivo y esta sea clara, expresa y actualmente exigible. En virtud de lo dispuesto en el artículo 298 del CGP, tanto embargo como secuestro son medidas que no se notifican al demandado, si no que se practican directamente en la oficina correspondiente incluso antes de la notificación de la demanda, precisamente porque la idea es no poner ren aviso al demandado para evitar que enajene los bienes.

Finalmente es importante mencionar que contra el auto que decretal una medida de embargo o secuestro, no procede recurso, es decir, aunque el demandado impugne el auto que admitió la demanda o que libró mandamiento de pago, las medidas cautelares quedan inscritas hasta que se falle dentro del proceso.

Características de las medidas cautelares

La doctrina, al margen de la cuestión en torno a la naturaleza jurídica de las medidas cautelares, señala las siguientes características: jurisdiccionalidad, instrumentalidad, provisionalidad, sumariedad, urgencia, mutabilidad, preventividad, accesoriedad y taxatividad. Sobre ellas han dicho Restrepo-Medina (2006) y (López-Blanco, 1989) lo siguiente:

a) Se trata de un acto jurisdiccional, ya que con la medida cautelar se cumple una de las funciones del proceso, esto es, asegurar el cumplimiento de la decisión judicial. Su carácter jurisdiccional no resulta controvertido por el hecho de que su práctica la lleve a cabo una autoridad de orden policivo.

b) Tienen carácter instrumental, pues, como se ha insistido, las medidas cautelares no tienen sentido por sí mismas y se encuentran justificadas en función de un proceso en curso e incluso futuro, lo que no le quita tal calidad.

c) Son provisionales y mutables, puesto que sus efectos subsisten durante el tiempo que dure el proceso, o mientras persistan las situaciones de hecho que le dieron lugar. La medida cautelar puede modificarse o suprimirse a voluntad del beneficiado, o por el ofrecimiento del sujeto afectado de una contragarantía. Eventualmente se extienden más allá del mismo en los casos así determinados en la ley, cuando la medida cautelar que ha surtido efectos en un proceso, pueda continuar vigente en otro.

d) Sumariedad, si se tiene en cuenta que las medidas cautelares se encuentran estatuidas para salvaguardar los derechos subjetivos y asegurar la eficacia y efectividad de la administración de justicia, por lo que, aún si se ejecutan antes del auto que las ordena, no controvierten el debido proceso. Este mismo hecho, a saber, la práctica de medidas cautelares antes de la notificación del auto que las decreta, tampoco vulnera el principio de buena fe en favor del cumplimiento de la sentencia a través de la imposición de alguna medida, pues, en opinión de la Corte, el principio de buena fe no consiste en suponer que todas las personas se comportan siempre bondadosamente y cumpliendo con sus obligaciones, por lo que la ley puede prevenir actuaciones del demandado, encaminadas a sustraerse de los efectos de un fallo adverso.

e) Urgencia. (Gracia-Sarmiento & García-Olaya, 2005) estiman que la urgencia, antes que una característica, es un requerimiento para la aplicación de la medida, debido a que no es necesario tomar una medida excepcional cuando se tienen otras alternativas para proteger el derecho o el estado de cosas, sin necesidad de afectar a terceros, o afectándolo con instrumentos menos gravosos.

f) Preventividad de las medidas cautelares. Esta característica tiene un valor especial en la protección que realiza el derecho internacional de los derechos humanos, en vista de la necesidad de evitar, en el transcurso del proceso, la consumación irreparable de violaciones a derechos contenidos en convenios internacionales, o se afecte a las personas que deben participar del mismo o han participado como partes, testigos o peritos.

g) Taxatividad, puesto que las medidas cautelares deben ser expresamente autorizadas por el legislador, estableciendo en el ordenamiento jurídico el respectivo conjunto de medidas que proceden y los procesos en las que aplican; todo esto en estricto cumplimiento de los requisitos impuestos por la Constitución y la ley. En lo que concierne a la aplicación de medidas cautelares en materia de asistencia internacional, la misma debe ajustarse tanto a los tratados internacionales y convenciones que regulen el tema, como a las fórmulas jurídicas para su decreto y práctica en la normatividad interna. (Gómez, 2014)

Marco Conceptual

Para un mayor entendimiento del trabajo de grado y del contexto en el cual son utilizadas algunas de las expresiones, resulta conveniente precisar las siguientes definiciones:

- **Bienes inembargables:** Son todos los bienes que por expresa disposición constitucional o legal, se exceptúan o excluyen de la persecución del acreedor, en uso de la prenda general de que es titular. Dicha protección para el caso de los bienes públicos, busca satisfacer el cumplimiento de fines prioritarios del Estado, que de otra manera se podrían ver entorpecidos por la afectación de la integridad del patrimonio público a ellos destinado.
- **Embargo:** Es la materialización de la medida de aseguramiento sobre los bienes de contenido patrimonial del deudor, para garantizar la satisfacción de un crédito u

obligación en favor del acreedor, cuando el obligado no cumple de manera voluntaria con la prestación debida.

- **Ejecutoria de providencia judicial:** Una providencia conforme la previsión legal queda ejecutoriada y en firme tres días después de notificada, cuando carece de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos. No obstante, en caso de que se pida aclaración o complementación de una providencia, su firmeza sólo se producirá una vez ejecutoriada la que la resuelva. Entidad destinataria de la medida cautelar: Es la Entidad pública o privada, o la persona natural o jurídica, a quién se le comunica o notifica una medida cautelar de embargo, y en quién recae, en principio, el deber de acatar la misma; e informar al despacho remitente acerca de su cumplimiento, so pena de las sanciones previstas por la ley. Tal es el caso a manera de ejemplo, de las entidades financieras cuando reciben un oficio de embargo de sumas de dineros depositadas en cuentas bancarias, o de los empleadores cuando les es notificada una orden de embargo de salarios.
- **Funcionario ejecutor:** Es el funcionario judicial o el servidor público perteneciente a la rama ejecutiva del poder público, que ostenta la competencia para adelantar la prerrogativa del cobro coactivo, quienes decretan una medida cautelar como parte de un proceso jurisdiccional o administrativo, en su orden.
- **Medida cautelar:** Para la Corte Constitucional en la sentencia C-840 de 2001, las medidas cautelares: "...están concebidas como un instrumento jurídico que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o

convencionalmente reconocido impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho (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 desprotegida.

- **Rentas:** Según la jurisprudencia constitucional, el concepto de “rentas tributarias” se refiere, fundamentalmente, a los recursos efectivamente causados - recaudados o no recaudados -, en virtud de un determinado tributo. Y el artículo 362 de la Constitución consagra a favor de las rentas tributarias de las entidades territoriales, las mismas garantías que confiere a la propiedad y renta de los particulares.
- **Bienes:** Los bienes son cosas que prestan una utilidad al servicio del hombre y que hacen parte del patrimonio de una persona, pero la clasificación de los bienes no termina allí pues las cosas corporales, es decir, las que pueden ser percibidas por nuestros sentidos se clasifican en bienes muebles e inmuebles.
- **Estado:** El Estado es una forma de organización política que cuenta con poder administrativo y soberano sobre una determinada zona geográfica. Esta organización política se constituye en un determinado territorio y tiene el poder de ordenar y administrar la vida en sociedad. También se denomina Estado al conjunto de instituciones que tienen la finalidad de administrar los asuntos públicos.
- **Proceso Ejecutivo:** Es un tipo de proceso que se hace ante un juez y busca realizar el cobro coactivo de una obligación, esta debe estar consignada en un documento

ya sea un título valor o cualquier otro acuerdo entre las partes que contenga lo debido de forma clara y expresa.

- **Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:** La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado, la cual es competente para conocer de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo
- **Jurisdicción Civil:** es el conjunto de órganos jurisdiccionales encargados de examinar los litigios que versan sobre materias propias del derecho privado (derecho civil y mercantil)
- **Embargo:** El embargo es una medida cautelar que recae sobre los bienes de una persona (denominada deudor) que no ha cumplido con alguna obligación o que le adeuda algo a otra persona (denominada acreedor). El objetivo principal del embargo es garantizar que el deudor cumpla la obligación o pague la deuda a favor del acreedor.
- **Secuestro:** El secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituir al que obtenga una decisión a su favor.
- **Doctrina:** Doctrina, un término que proviene del latín doctrīna, es el conjunto de enseñanzas que se basa en un sistema de creencias. Se trata de los

principios existentes sobre una materia determinada, por lo general con pretensión de validez universal.

- **Derecho Fundamental:** Son los derechos que pertenecen de manera inherente a toda persona en razón a su dignidad humana sin distinción de raza, condición, sexo o religión y cuentan con una protección judicial reforzada.
- **Bienes Estatales:** Denominamos bienes del dominio público al conjunto de muebles e inmuebles propiedad del Estado o sujetos a su administración y control, afectos a la prestación de un servicio público, al uso común, o por su valor cultural; la ley los declara inalienables, imprescriptibles e inembargables.
- **Inembargable:** el adjetivo inembargable se emplea para calificar a aquello que no puede ser embargado. La inembargabilidad busca ante todo proteger los dineros y bienes del Estado, para asegurar en esa forma que se apliquen a los fines de beneficio general que les corresponden, haciendo realidad el postulado de prevalencia del interés común.
- **Inalienable:** Este término proviene de un vocablo latino que hace referencia a algo **que no se puede enajenar** (es decir, cuyo dominio no se puede pasar o transmitir de un individuo a otro). Lo inalienable, por lo tanto, no puede venderse o cederse de manera legal.
- **Imprescriptible:** Cuando algo es imprescriptible, en cambio, no se extingue más allá de los años. Esto quiere decir que, ante un hecho imprescriptible, nunca se pierde el derecho de ejercicio de una acción.

Objetivos

Objetivo General

Establecer si las medidas cautelares dentro del proceso ejecutivo administrativo cumplen una función de garantía de los derechos del demandante.

Objetivos Específicos

- Identificar la naturaleza jurídica de las medidas cautelares y los principales desarrollos doctrinales que se han dado sobre las mismas en el proceso civil y administrativo colombiano.
- Describir la naturaleza constitucional y legal de los bienes estatales y si los mismos son garantía para respaldar las obligaciones que se derivan de la responsabilidad pecuniaria del Estado.

- Realizar un análisis crítico de la función que cumplen las medidas cautelares al interior del proceso ejecutivo en la jurisdicción contencioso administrativa

CAPITULO 1

1.1 NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LOS PRINCIPALES DESARROLLOS DOCTRINALES QUE SE HAN DADO SOBRE LAS MISMAS EN EL PROCESO CIVIL Y ADMINISTRATIVO COLOMBIANO.

Para la Corte, las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido. Las medidas cautelares tienen amplio sustento constitucional, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas

a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal. Sin embargo, la Corte ha afirmado que “aunque el Legislador, goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos modos obrar cuidadosamente, por cuanto estas medidas, por su propia naturaleza, se imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio. Por ende, ... 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. **(Corte Constitucional. C-379 de 2004)**

Si bien es cierto que todo proceso conlleva incertidumbre, resuelta sólo en la sentencia, también es cierto que cuando se acude al Estado para que administre justicia se aspira no sólo a que dirima el conflicto, sino a que la decisión pueda cumplirse. En ese sentido, una adecuada regulación del régimen cautelar puede evitar que durante el curso del proceso se realicen actos tendientes a insolventarse o, en todo caso, a hacer ilusorios el fallo. (Blanco, 1989). Para Carnelutti, (Enterría, 2006, pág. 228) la naturaleza de las medidas cautelares es evitar aquellas alteraciones en el equilibrio inicial de las partes que pueden derivar en la duración del proceso. Su fin es asegurar el cumplimiento del fallo y con ello evitar alteraciones al equilibrio procesal durante el curso del proceso. Es decir, la medida cautelar brinda garantía al demandante para que el fallo no se convierta en una simple ilusión que no podrá ser ejecutada jamás. Advierte Gonzáles Pérez (Pérez, 2001, pág. 112) que en la construcción dogmática de las medidas cautelares, su función de atemperar los efectos perjudiciales de la demora en las actuaciones judiciales, y hacer menos severa la falta de credibilidad en la administración de justicia. El tiempo necesario que toman las partes en

probar sus afirmaciones y en lograr la convicción en el juez, al momento de resolver el litigio -dilatado muchas veces por la congestión judicial-, es el mismo que paradójicamente se toma enemigo del proceso y el mayor obstáculo del sujeto activo de la relación procesal. Al interior del trabajo de investigación las medidas cautelares reguladas por la ley 1437 de 2011 como instrumento para el desarrollo de la tutela jurisdiccional efectiva (Londoño, 2015, pág. 3), el autor manifiesta que una de las constantes críticas a la jurisdicción contencioso administrativa consiste en la ausencia de regulación de medidas cautelares reales y efectivas que garanticen la ejecutividad de los fallos proferidos en los procesos ordinarios contencioso-administrativos, y anticipar de esta manera la eficacia del derecho que le asiste al demandante, dada la prolongada duración del proceso judicial. En el contexto del Decreto Ley 01 de 1984 se advierte la ausencia de un régimen de medidas cautelares amplio y eficaz que garantice la obtención de los resultados propuestos durante el desarrollo jurisdiccional de lo contencioso administrativo; fundamentalmente la protección de los derechos sustanciales de los ciudadanos a través de la decisión judicial. Las medidas cautelares buscan, en ese sentido, anticipar la eficacia del derecho que le asiste al demandante, dada la prolongada duración del proceso judicial administrativo y la apariencia del buen derecho de las pretensiones invocadas por este. Es así como bajo la vigencia de anteriores normas procedimentales se identificaba la insuficiencia de un régimen de medidas cautelares amplio que garantizara la obtención de los resultados propuestos con el proceso jurisdiccional contándose solo con la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, siempre y cuando fuese flagrante su violación a normas superiores. (Londoño, 2015, pág. 3)

Las medidas cautelares van de la mano de la tutela judicial efectiva, para así devolverle la confianza al conglomerado respecto al proceso judicial que se enfrenta; lo que permite justamente la medida cautelar es darle sentido a la palabra “eficacia” del derecho a la tutela judicial efectiva, a efectos de lograr una justicia administrativa plena y eficaz, la adecuación tiempo-resolución del fallo, es decir, corregir el desfase temporal del momento en que se produce la decisión con la realidad que pretende resolver. Sirve de poco reconocer a un sujeto de derecho, si en el momento en que el fallo se profiere no se puede resarcir efectivamente, o si se concede una indemnización por daños causados pudiendo no causarse, si cautelarmente se hubiera protegido su situación. La garantía de efectividad del fallo final es la médula misma de la institución cautelar; sin esa garantía no hay tutela judicial. En la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de Venezuela, y de los Tribunales Superiores de Justicia de dicho país, es un genuino derecho fundamental el que ejercita el recurrente que impetra tutela cautelar, derecho fundamental que incluye el derecho a obtenerla si los motivos que invoca son fundados, esto es, peligra la efectividad de la tutela final del fondo del asunto si la medida cautelar no interviene (peligro que puede venir del simple retraso ordinario de la justicia) atendidas las circunstancias del caso, y que no requiere el riesgo de una total frustración, sino el de un simple demérito, según el principio jurisprudencial de que “a quien tiene la razón no puede resultarle perjuicio alguno por el proceso necesario para que se le reconozca esa razón; y porque, además, está en juego el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. (Londoño, 2015, pág. 20)

Las medidas cautelares son el mecanismo idóneo para proteger las garantías de un proceso, sin que esto implique una presión o afectación a la decisión del juez. Debido a esto,

al momento de solicitar la aplicación de estas medidas, se debe pasar por un juicio de ponderación lo que se está pretendiendo con la demanda y la proporcionalidad de las medidas, ya que estas no deben ser distantes de lo que el proceso pretende. Para los procesos declarativos, el Código General del Proceso, en su artículo 590 menciona las medidas cautelares aplicables. Este numeral cuenta con 3 incisos, donde los dos primeros describen las medidas cautelares nominadas, es decir, aquellas que están expresamente descritas en la ley, como lo es la inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro. Existen unas medidas muy comunes, que son el embargo y el secuestro de bienes, pero, aunque estas sean las más utilizadas, es importante mencionar que existen otras que introdujo el nuevo CGP, y el último inciso habla de lo que podríamos denominar medidas cautelares innominadas, pues estas son decretadas a discrecionalidad del juez y a diferencia de las medidas cautelares nominadas, no se encuentran contempladas expresamente en el Código. Estas nuevas medidas buscan un derecho más justo con las partes procesales y la sociedad, actualizado a los avances tecnológicos. Algunos doctrinantes consideran que este tipo de medidas en sistemas judiciales como el colombiano, ayudan de algún modo a descongestionar los despachos judiciales y a volver efectivas las condenas de las sentencias. Por otro lado, se amplía el campo de acción para los jueces dado que se les ofrece la oportunidad de proteger diversos tipos de derechos, como sería por ejemplo en los casos de protección al fuero sindical, maternidad o acoso laboral. Estas medidas buscan entonces justicia por parte del Estado frente a sus gobernados, sobre todo cuando existen relaciones jurídicamente desequilibradas como lo pudieran ser un patrono frente a su trabajador. Por otro lado, otra cara de la doctrina considera que las medidas innominadas no son justas ya que permiten al

juez emitir un aparente fallo sin haberse agotado toda la instancia procesal, convirtiéndose estas en un eventual fallo anticipado.

Es por esto, que más allá del dilema que genera el hecho de que el legislador le haya dado a los jueces el poder de decretar este tipo de medidas, se debe analizar si los mecanismos con los que cuenta el ordenamiento jurídico Colombiano son suficientes y adecuados para poder implementar en los procesos las medidas cautelares innominadas.

El poder discrecional para autorizar cautelas preocupa a la comunidad jurídica ante el peligro de abuso de estas, tanto por los jueces como por los litigantes. Pero tal preocupación se apacigua cuando se establece un marco legal dentro del cual pueden el juez y las partes hacer uso de tal mecanismo. De otro lado, nuestra legislación colombiana, desde hace mucho tiempo tiene consagradas vestigios de cautela genérica, por ejemplo, en el artículo 450 del código de procedimiento civil, al regular los procesos posesorios encontramos que cuando la demanda se dirija a precaver el peligro que se teme de ruina de un edificio, de árbol mal arraigado, de otra cosa semejante, y al hacerse el reconocimiento por parte del juez encuentre que se está ante un peligro inminente, éste “tomará las medidas que sean necesarias para conjurarlo”. (Quiroga, 2007)

Efectivamente los presupuestos que debe analizar el juez para decretar la medida cautelar si están consagrados en la norma, en la misma Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, Artículo 590, literal c) y marcan la pauta para que el juez decrete la medida cautelar innominada. Las medidas cautelares innominadas dentro del análisis que se ha ido construyendo se puede evidenciar que más que un capricho del legislador son una herramienta importante dentro del sistema judicial para promover la verdad y emitir fallos

consistentes, pero lo más importante para determinarlas es el análisis de los jueces, que los lleva a que cada día tengan mayor capacitación en como determinar cada caso en concreto sin tener parcialidades en sus decisiones. (Bolívar, 2017).

Las naturalezas de estas medidas son, de carácter preventivo y provisional, ya que, durante el curso del proceso, el operador judicial tiene la necesidad de proteger las garantías y derechos del accionante frente a eventualidades que puedan suceder.

Frente al proceso ejecutivo, el Código General del Proceso en su artículo 599 señala al embargo y secuestro como las medidas útiles para el proceso ejecutivo, en donde se le permite al juez embargar una parte considerable del bien objeto de embargo, sea un salario o bienes muebles e inmuebles. Por su parte, el demandado puede solicitar que el demandante preste una caución del 10% con el fin de resarcir los daños causados durante el curso del proceso.

En su libro *Medidas cautelares innominadas*, Jairo Parra Quijano señala las especies que existen de medidas cautelares innominadas, a saber:

1. **Inhibitoria:** Debe probarse la amenaza que existe sobre el objeto del litigio, para esto se debe acudir a cualquier medio de prueba, generalmente se acude a la prueba indiciaria. Sin embargo, para que este tipo de prueba funcione, el hecho sobre el que se basan todas las pretensiones debe estar probado. De allí se deben analizar todas las pruebas existentes que puedan ayudar a calcular una probabilidad. (Quijano, 2012)

2. Prohibición de innovar: Por ejemplo, en el artículo 2327 del Código Civil se señala que “cada comunero debe contribuir a las obras y reparaciones de la comunidad proporcionalmente a su cuota”. Este artículo señala que los comuneros de una propiedad pueden realizar únicamente las obras necesarias para el mantenimiento de la propiedad, pero no se pueden exceder con otro tipo de arreglos, pues esto podría resultar afectando a los demás comuneros. Este ejemplo funciona para explicar esta especie de medida cautelar innominada pues en el caso en que se inicie un proceso divisorio, se puede solicitar que no se le hagan modificaciones al bien mientras sale la sentencia. (Quijano, 2012)

3. La medida cautelar anticipada: Como ya se ha mencionado, estas medidas buscan de alguna manera anticiparse a cualquier daño irreversible que pueda causar la demora del fallo. Por lo tanto, el juez debe evaluar si efectivamente lo más probable es que el fallo sea a favor de quien solicitó la medida (apariencia de buen derecho). Además, se debe tener en claro si efectivamente el no tomar esa medida puede llegar a causar un daño irreversible. (Quijano, 2012)

La medida cautelar por excelencia del derecho contencioso administrativo ha sido la suspensión provisional, que se encontraba regulada por el anterior código administrativo junto con sus requisitos y procedimientos para su solicitud.

Las medidas previstas en los diferentes códigos procesales, dentro de los cuales, por supuesto se encuentran el Código General del Proceso y el Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, encuentran su sustento en la Constitución Política de Colombia y de paso en el Bloque de Constitucionalidad, a saber:

Artículo 20. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

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

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

Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial.

Desde un ámbito internacional, los tratados ratificados por Colombia entrar a formar parte del Bloque de Constitucionalidad, en donde las medidas cautelares tienen especial regulación en la normatividad que se enuncia a continuación:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos: Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.

- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Artículo 2 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los

derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

- Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre Artículo XVIII - Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

- Convención Americana de Derechos Humanos Artículo 25. Protección Judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

A comienzos de los años 90 del siglo XX especialmente en Italia y Francia, surge la importancia de un eficaz acceso a la justicia con miras a garantizar los derechos de los administrados. Por esta razón, “insisten en la necesidad de tomar conciencia de las limitaciones de la suspensión provisional como único dispositivo cautelar, si se pretende la obtención de un más amplio amparo provisorio de los derechos e intereses litigiosos” (Cardona, 1999). Sostiene García de Enterría “... la reducción de la medida cautelar a la

sola medida suspensiva es completamente insuficiente” (Enterría, 1992). Ha sido evidente la batalla asumida desde la doctrina por demostrar la precariedad del acceso a la justicia. “La lucha contra el abuso de los procesos ha desencadenado en todo el mundo occidental la puesta en marcha de juicios provisionales (como lo han sido históricamente los interdictos, que dispensan de largas acciones declarativas), juicios sumarísimos y autónomos o no accesorios de otro principal, que no causan fuerza de cosa juzgada formal (los famosos réferés, desarrollados sobre todo en el derecho francés) y de un incremento resuelto de las llamadas “medidas cautelares”, que permiten reequilibrar desde el inicio del proceso, sin necesidad de esperar las lejanas sentencias firmes, la situación real de que se parte, cuando esta aparece en términos suficientemente claros.” (Fernández, 2008)

El Consejo Superior de la Judicatura a través de su escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla, en su Módulo de Autoaprendizaje describe algunos principios de las medidas cautelares en el Código General del Proceso que resulta importante revisar a continuación.

➤ Principio de Legalidad:

No existe medida cautelar sin una ley previa que la autorice. En esto consiste el principio de legalidad de las cautelas, lo que no significa necesariamente que sea el legislador quien determine todas y cada una de las medidas cautelares posibles. Quiere ello decir que es el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración normativa, el que determina si en un determinado proceso caben o no medidas cautelares, y eventualmente cuáles. Si no las habilita el juez no puede ordenarlas porque, de hacerlo, violaría el principio de legalidad. Más aún, aunque el legislador reglamente distintas cautelas, el juez sólo podrá ordenar en un determinado juicio las que sean permitidas en él, o las que

el propio juzgador considere cuando la ley lo autorice para proceder de este modo. Ahora bien, a este principio no le sigue necesariamente que el legislador deba señalar las cautelas que proceden; bien puede “delegarle” esa tarea al juzgador, sin que por ese motivo pueda afirmarse que se trata de una excepción al principio de legalidad. Con otras palabras, el principio de legalidad no supone ni reclama la taxatividad de las medidas. Esta es una opción del legislador, por lo que puede afirmarse, sin asomo de duda, que también en las apellidadas medidas cautelares innominadas se refleja el principio en cuestión, porque si el juez puede proceder de ese modo, es porque la ley lo ha autorizado. En el Código General del Proceso el asunto es absolutamente claro porque, de una parte, se prevén y regulan distintas medidas cautelares: el embargo, el secuestro, la inscripción de la demanda, la caución, etc.; también se precisa cuáles de ellas son viables en determinados procesos: inscripción de la demanda en procesos declarativos de responsabilidad civil contractual o extracontractual, o cuando la discusión guarde relación con un derecho real principal; embargo y secuestro en procesos ejecutivos, etc. Pero el Código también establece que en los procesos declarativos el juez puede decretar “cualquiera otra medida que... encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio...”, entre otros propósitos (art. 590, numeral 1º, literal c)). Queda claro, entonces, que sin un visado legal no es posible disponer una medida cautelar, y que la taxatividad no es inherente al principio de legalidad, puesto que el legislador bien puede establecer qué medidas son posibles y en qué proceso, o puede permitirle al juez que sea él quien determine el tipo de medida que mejor le sirva a la pretensión.

➤ Apariencia de buen derecho:

Por regla general toda medida cautelar tiene como fundamento la plausibilidad del derecho objeto de la pretensión (*fumus boni iuris*), merecimiento que, es lo usual, despunta de las pruebas aportadas con la demanda. Si el derecho cuya protección o satisfacción se reclama luce factible o probable; si el juez encuentra que el soporte probatorio da pie para considerar –*prima facie*– que la pretensión eventualmente podría ser concedida; si, en fin, la reclamación ofrece una apariencia racional de buen derecho, es viable decretar una medida cautelar, con apego a la autorización legal. La apariencia de buen derecho es, pues, el principio cardinal de las medidas cautelares, porque de una u otra manera legítima institucionalmente la decisión. Una cautela adoptada para respaldar o asegurar un derecho que se ofrece débil resulta arbitraria y, desde luego, constituye una notoria injusticia. Esa apariencia, como se anticipó, usualmente emerge de las pruebas aportadas por el interesado en la medida. Un arquetípico ejemplo de ello son las cautelas fuertes y robustas habilitadas en el proceso ejecutivo: si el demandante presenta el título de ejecución, podrá obtener un decreto de embargo y secuestro sobre bienes del deudor. Aquí el título da la apariencia de buen derecho (CGP, art. 599). Otro caso se presenta en la regulación de las medidas cautelares en procesos declarativos, porque el legislador, expresamente, autorizó al juez para decretar medidas cautelares discrecionales si –entre otros requisitos– advierte que el demandante tenía buen derecho, por lo menos en forma aparente, lo que necesariamente remite la actividad judicial a un escrutinio preliminar de las pruebas acompañadas por aquel (art. 590, num. 1, lit. c), inc. 3, ib.). Los asuntos de familia no son la excepción, y un ejemplo elocuente se halla en los procesos de investigación o impugnación de la paternidad o la maternidad, en los que fue autorizado un decreto de alimentos provisionales, “siempre que el juez encuentre que la demanda tiene fundamento razonable o desde el momento en que

se presente un dictamen de inclusión de la paternidad”. Por lo mismo, agrega el Código, el juez “podrá suspenderlos desde que exista fundamento razonable de exclusión de la paternidad.” (art. 386, num. 5). Pero es bueno –y útil- aclarar que el decreto cautelar no presupone que el derecho sustantivo sea cierto; basta que sea creíble, aparente. Por eso la medida se adopta bajo la responsabilidad de la parte que la solicita, a la cual, por regla, se le exige que previamente preste una caución. Es importante señalar que esa plausibilidad puede establecerla previamente el propio legislador, evento en el cual no existe margen de actuación para el juez, quien, por ende, debe plegar su actividad a las reglas previstas por aquel, o puede dejarse su escrutinio al buen criterio del juzgador. De lo primero son evidencia las medidas cautelares autorizadas en procesos declarativos para cuando la sentencia de primera instancia es favorable al demandante (CGP. art. 590, num. 1, lit. a), o aquella otra permitida en procesos en los que se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual (art. 590, num. 1, lit. b). De lo segundo son ejemplo los ya referidos sobre alimentos en procesos vinculados al estado civil de las personas y las medidas cautelares innominadas, sin que en estos u otros casos de comprobación judicial previa medie juzgamiento, porque el juez simplemente adquiere un conocimiento sumario del caso. Eso será suficiente. También es necesario resaltar que no siempre se exige apariencia de buen derecho para que el juez ordene una determinada cautela. 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. Así por ejemplo, en los procesos de pertenencia es obligatorio inscribir la demanda aunque el juez, desde un comienzo, advierta algunas

inconsistencias en la configuración de la prescripción adquisitiva (CGP, arts. 375, num. 6 y 592). En un proceso de divorcio el juez deberá decretar el embargo y secuestro de los bienes que puedan ser objeto de gananciales y que estuvieren en cabeza del otro cónyuge, sin parar mientes en la plausibilidad de la pretensión que persigue romper el vínculo matrimonial (art. 598, num. 1, ib.). ¿Por qué procede así el legislador? ¿Porque otro principio, el de riesgo de tardanza judicial, se antepone a aquel otro para evitar que una eventual sentencia estimatoria resulte vana o inocua?

➤ Peligro de mora judicial

Todo proceso demanda tiempo. La justicia que se dispensa con precipitud puede tornarse en injusticia. El debido proceso, que es garantía constitucional, impone, además, el agotamiento de ciertas fases o etapas que no pueden ser desconocidas sin violentar tan caro derecho fundamental. Pero que la administración de justicia requiera tiempo no significa que este pueda volverse contra el derecho sustancial, al punto que, por gracia de él, la satisfacción del derecho conculcado se haga imposible por haberse modificado una determinada situación jurídica. El principio al que nos referimos busca, precisamente, evitar que la demora judicial, justificada o injustificada, impida la materialización del derecho sustancial, el cual, como se sabe, debe prevalecer en toda actuación. Y aunque el Código General del Proceso hizo énfasis –en buena hora- en que los procesos deben tener una duración razonable, cuestión que constituye derecho fundamental, muchas veces desconocido sin rubor, no por ello podía ser ajeno a la necesidad de garantizar el derecho objeto de la pretensión desde el mismo comienzo del juicio o a partir de ciertos momentos del proceso. Así se explica que el legislador autorice muchas medidas cautelares para que

se decretan simultáneamente con la primera providencia que se dicte, llámese auto admisorio o mandamiento de pago, o que habilite unas más fuertes cuando ya se ha obtenido sentencia favorable impugnada por el demandado perdidoso, dado que el trámite de los recursos, ordinarios o extraordinarios, exigen cierto tiempo adicional que puede dar al traste con la ejecución del fallo. Expresado con otras palabras, el principio conocido como *periculum in mora* nos llama la atención sobre el peligro que tiene para el derecho sustantivo la demora de los jueces. No es que el legislador desconfíe del juez; simplemente reconoce que la justicia no siempre es tempestiva; mejor aún, que usualmente no lo es, por lo que las medidas cautelares despuntan como una valiosa herramienta para contrarrestar ese riesgo. Conviene distinguir el peligro de mora judicial (*periculum in mora*) del peligro de daño (*periculum in damni*) que le sirve de fundamento complementario a muchas medidas cautelares, principalmente a las de tipo personal. La separación provisional de los cónyuges o los alimentos provisionales al niño, niña o adolescente que busca establecer su filiación ejemplifican bien la aplicación de este último cimiento, pero también lo hace la suspensión provisional de la decisión societaria impugnada. En estos, como en otros casos, se busca precaver la demora judicial y, al propio tiempo, el eventual daño que podría generar mantener la situación jurídica cuestionada.

➤ Sospecha del deudor:

El último de los fundamentos objetivos de las medidas cautelares es el recelo hacia el demandado, la desconfianza que genera frente al cumplimiento de la decisión judicial. Es la

llamada *suspectio debitoris*. En el derecho colombiano suele pasar inadvertido este principio porque el legislador, sin decirlo expresamente, lo presume de manera general. Todo ejecutado es sospechoso de eludir el pago; todo demandado en un proceso de responsabilidad civil contractual o extracontractual es sospechoso de evadir la reparación del daño. Por eso las normas sobre medidas cautelares han sido diseñadas de modo tal que los jueces no tengan que hacer ese escrutinio. En el Código General del Proceso se mantiene esa presunción, pero en ciertas hipótesis el juez deberá reparar en dicho fundamento, como en el caso de las medidas cautelares discrecionales, porque su decreto demanda un análisis de la necesidad de la medida (art. 590, num. 1, lit. c). Más aún, el asunto puede ser inverso porque en algunas otras hipótesis el legislador excluyó la posibilidad de cautela, mejor aún de contracautela, por la calidad del obligado, de quien no desconfía. Nos referimos a la caución que el ejecutado proponente de excepciones puede exigirle a su ejecutante para garantizar el pago de los perjuicios que puedan ocasionarle las medidas cautelares que soporta, evento del que fueron excluidas las instituciones financieras y las entidades públicas, frente a las cuales no hay sospecha de evasión de su deber de prestación, si hubiere lugar a él (GÓMEZ, 2014)

1.2 Medidas cautelares dentro del proceso civil colombiano

Al respecto revisemos la normatividad vigente.

Artículo 2488. Código civil: persecución universal de bienes. Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presente o futuros (Código Civil, 1873).

Artículo 599. Embargo y secuestro. Desde la presentación de la demanda el ejecutante podrá solicitar el embargo y secuestro de bienes del ejecutado. (Código Civil, 1873)

Artículo 298. Cumplimiento y notificación de medidas cautelares. Las medidas cautelares se cumplirán inmediatamente, antes de la notificación a la parte contraria del auto que las decrete. Si fueren previas al proceso se entenderá que dicha parte queda notificada el día en que se apersone en aquel o actúe en ellas o firme la respectiva diligencia.

Los oficios y despachos para el cumplimiento de las mencionadas medidas solamente se entregarán a la parte interesada.

La interposición de cualquier recurso no impide el cumplimiento inmediato de la medida cautelar decretada. Todos los recursos se consideran interpuestos en el efecto devolutivo. (Código Civil, 1873)

Las medidas cautelares por excelencia al interior de procesos ejecutivos son embargos y secuestros, las cuales se encuentran reguladas por el CGP entre los artículos 593 y 595. Su importancia en estos procesos es fundamental ya que sirve como medida de protección preventiva que se decretan y practican incluso sin haber notificado al demandado.

Los embargos y secuestros pueden, entonces, solicitarse desde la presentación de la demanda y decretarse a la par con el mandamiento de pago. Más, el Código avanzó en la tutela jurisdiccional efectiva del crédito, porque a diferencia del Código de Procedimiento Civil no condicionó el decreto cautelar a que el acreedor ejecutante prestara una caución. Al

fin de cuentas, si el acreedor presenta título de ejecución, que es plena prueba de su derecho de crédito, no tiene porqué pagar un “peaje” para hacerlo efectivo. Así las cosas, una vez entre en vigencia el Código General del Proceso, no deberá exigirse caución al ejecutante para obtener un decreto cautelar. Y que no cause extrañeza la medida, porque esa era la regla general cuando el demandado ya había sido notificado, o cuando el ejecutivo se ocupaba de acreencias laborales y fiscales. Sin embargo, consciente el legislador de la necesidad de proteger a la persona afectada con la medida cautelar, sea el ejecutado opositor o un tercero poseedor, previó que a petición de cualquiera de ellos el juez podía ordenarle al ejecutante que prestara caución hasta por el diez por ciento (10%) del valor actual de la ejecución, para responder por los perjuicios que se causen con su práctica, so pena del levantamiento, garantía que, en cuanto a su monto, debe fijarse con miramiento en la clase de bienes sobre los que recae la medida cautelar practicada y –fíjese bien- en la apariencia de buen derecho de las excepciones de mérito. Por tanto, si esas defensas lucen atendibles, la caución debe estar cercana o ser equivalente al diez por ciento (10%); sino parecen viables el juez puede reducir el monto de la garantía. Y aunque la ley no lo dijo expresamente, la plausibilidad también debe examinarse en el caso del tercero que pide el levantamiento de la medida cautelar, porque donde existe una misma razón de hecho debe existir una misma disposición en derecho (CGP, art. 12). Destaquemos que sólo el ejecutado que propone excepciones de mérito tiene derecho a exigir que su ejecutante preste caución. Si el ejecutado silente carece de ese derecho es porque su conducta es interpretada por la ley como aceptación de las pretensiones, en la medida en que, ante ese supuesto, el juez debe ordenar –por autola continuidad de la ejecución (CGP, art. 440, inc. 2). Uno y otro, entonces, se hallan en hipótesis disímiles. Conviene señalar que esa caución a ruego del ejecutado o de un tercero

no procede cuando el ejecutante sea una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera o una entidad de derecho público (CGP, art. 599). La excepción parece odiosa; y sin duda lo es porque por más que la calidad de la parte sugiera solvencia, está sola suposición luce insuficiente para justificar ese trato diferencial, por lo menos frente a la institución financiera (GÓMEZ, 2014).

1.3 Medidas cautelares dentro del proceso administrativo colombiano

A continuación, se enunciarán los apartados normativos aplicables que trae consigo el Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto emisorio 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.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

Parágrafo. <aparte tachado inexequible> 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 (Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2011).

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:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

Parágrafo. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.

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 los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.

3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.

4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:

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

b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios. (Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2011)

En la Sentencia C-835/13, la Corte Constitucional advierte que: Para tal efecto, el citado literal preceptúa que ‘el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho’. Igualmente, ‘el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada’. (...) Así, aunque las medidas cautelares innominadas no significan arbitrariedad, sino una facultad circunstancialmente atribuida al juez técnicamente para obrar consultando la equidad y la razonabilidad, al servicio de la justicia, los parámetros para su imposición se encuentran previamente establecidos en la ley, cosa que no ocurre en el caso ahora analizado, dejando al absoluto arbitrio de la Dirección Nacional de Derecho de Autor establecer no solo cuál sería la medida cautelar adoptada,

sino también los parámetros de necesidad y razonabilidad para acudir a la misma (Sentencia C-835/13).

El artículo 230 del CPACA establece una clasificación amplia de las distintas medidas cautelares que se pueden adoptar en un proceso contencioso administrativo. Señala que éstas podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión. Las medidas de conservación permiten al Juez ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta que vulnera o amenaza, cuando fuere posible; en tanto las de suspensión hacen posible suspender un acto administrativo, un procedimiento o una actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. Las medidas de anticipación encierran una orden para adoptar 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; así como el fundamento para impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer. La no taxatividad ni imperatividad de estas nociones permite afirmar que, por ejemplo, aun cuando no se prevea así, una medida anticipativa debería permitir imponer también una obligación de dar, siempre y cuando, claro, ello no comporte la adopción de una decisión que por su carácter de irreversible o definitiva deje de ser provisional, pues en ese evento es lógico que la misma naturaleza provisional de la medida cautelar constituya un límite a una decisión semejante. Se afirma además que el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias siempre que tengan relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Aun cuando esta disposición ofrece una descripción del sentido de cada una de estas medidas, es claro que

los conceptos aportados son meras referencias orientativas que no pueden erigirse en camisa de fuerza para el criterio del Juez (Ayala).

En este sentido, las medidas cautelares son una herramienta valiosa para la protección de los derechos no solo pecuniarios, si no muchas veces fundamentales del acreedor.

I. Naturaleza jurídica de las medidas cautelares.

Previo a la distinción de las medidas de protección, providencias precautorias y medidas cautelares, es importante hacer referencia a la naturaleza de dichas figuras jurídicas. Para la comprensión de las medidas cautelares, tanto de naturaleza penal como civil, se parte de una premisa cierta que no puede ser de otro modo, la realización de un procedimiento de cualquier naturaleza implica cierto tiempo en su desarrollo, para el derecho penal esta circunstancia viene a transformarse en una garantía tan esencial como lo es el juicio previo, pero para que exista el mismo previamente debe desarrollarse un proceso que se tramite bajo el principio de legalidad; por lo que en este contexto, las medidas cautelares son instrumento procesal idóneo para contrarrestar los diferentes tipos de riesgos que resultan, por lo que constituyen medidas de aseguramiento que persiguen garantizar la eficacia de una eventual sentencia condenatoria. . La concepción de medidas cautelares corresponde a una figura procesal que fue elaborada en el ámbito del derecho procesal civil por la doctrina italiana de comienzos del siglo XX y adaptada en posterior momento al ámbito procesal penal, con lo que se desarrolló una doctrina seguida principalmente en España e Iberoamérica; sin

embargo, en Alemania se ha preferido la noción de medidas coercitivas o medios de coerción penal.

1.4 Lo nuevo en medidas cautelares que introdujo el CPACA.

A continuación se describirán los postulados de Guillermo Vargas Ayala frente a lo nuevo en medidas cautelares con ocasión a la ley 1437 de 2011, quien inicia su análisis diciendo que sin renunciar al protagonismo que tradicionalmente ha tenido entre nosotros la suspensión provisional, la cual se conserva como insignia del esquema de la protección anticipada que ofrece el contencioso administrativo y a la cual se dedica una reglamentación particular, el legislador estableció un completo régimen para esta materia, sobre cuya base no solo se busca suplir el déficit de protección cautelar que acusaba el contencioso administrativo, sino además cambiar su perfil. En efecto, tanto por la interpretación restrictiva que se hizo de la suspensión provisional por la jurisprudencia –que llevó a su inoperancia practica- como por las limitaciones propias del esquema previsto por el CCA la justicia administrativa fue siempre una justicia cuya protección se obtenía solo en la sentencia después de muchos años de espera.

En el Artículo 229 del CPACA se describen las medidas cautelares así:

“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.”

“La decisión sobre la medida cautelar no significa prejuzgamiento.”

“La medida cautelar en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los intereses colectivos y en los procesos de tutela de conocimiento de

la jurisdicción de lo contencioso administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio”.

Tenemos entonces que la reforma quiso dotar y dota a los jueces de la jurisdicción de lo contencioso administrativo de competencia suficiente para proteger derechos, prevenir o mitigar daños *ex ante*, adoptando al efecto las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, sin que ello signifique prejuzgamiento.

Con este fin, el Código define de manera amplia el sentido y la finalidad de las medidas cautelares, regula sus diferentes modalidades, establece los requisitos necesarios para que sean decretadas, determina el procedimiento que deben seguir los jueces para adoptarlas - tanto en los casos ordinarios, como en los excepcionales, prevé la posibilidad de que una medida adoptada sea revisada en el curso del proceso y las reglas para su impugnación. Reglamenta también las consecuencias en el caso de que alguna autoridad reproduzca un acto administrativo suspendido o anulado.

Inicialmente de la descripción del artículo 229, y para los fines allí previstos, se dispone que:

- El Juez puede adoptar la(s) medida(s) cautelar(es) que considere necesaria(s) para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.
- Las medidas anticipadas pueden ser solicitadas y decretadas en cualquier clase de proceso declarativo que se tramite en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y ya no solo en los juicios de anulación de actos administrativos.
- El Juez podrá ordenarlas una vez presentada la demanda, en cualquier estado del proceso.
- La solicitud deberá estar sustentada por la parte y tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.

- En las acciones populares y de tutela las el Juez puede decretar de oficio las medidas cautelares.
- El Juez deberá motivar debidamente la medida.
- El decreto de medidas cautelares no constituye prejuzgamiento. 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”¹. 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. La jurisprudencia ya ha sido señalado que este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o “prejuzgamiento” de la causa². La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar

¹ GONZALEZ REY, Sergio. “Comentario a los artículos 229-241 CPACA”, en *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 492.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 31 de julio de 2013, Rad. No. 110010324000 2013 00018 00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia. (Ayala)

CAPITULO 2

2.1 NATURALEZA CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LOS BIENES ESTATALES

Y SI LOS MISMOS SON GARANTÍA PARA RESPALDAR LAS OBLIGACIONES QUE SE DERIVAN DE LA RESPONSABILIDAD PECUNIARIA DEL ESTADO.

La tutela cautelar encuentra su sustento constitucional principalmente en el artículo 229 de la constitución política, el cual garantiza a toda persona el derecho a acceder a la administración de justicia. Entonces surge la pregunta, ¿acceder para que? La respuesta no es otra que para obtener la tutela de sus derechos. Pero tal tutela no puede simplemente conducir a una decisión judicial que así lo disponga, si no a que sus derechos sean reestablecidos por quienes los violaron o se aseguren ante el riesgo de desconocimiento o vulneración. Ello implica que la sentencia sea cumplida. La sentencia también corre el riesgo de ser burlada en su ejecución por maniobras fraudulentas de los obligados a su cumplimiento, o por el simple paso del tiempo, como cuando desaparecen las condiciones fácticas que la harían ejecutable. En tal evento, encontramos que la administración de justicia deberá salir al paso para contrarrestar toda acción que se pueda oponer al cumplimiento de la futura sentencia con la utilización de los mecanismos que le permita la ley para tal efecto. Y si los adecuados son las cautelares, estas tendrán vigencia y respaldo

constitucional porque hacen efectiva la garantía otorgada a los ciudadanos del acceso a la administración de justicia. (Quiroga, 2007)

La doctrina contemporánea, ha definido los bienes como aquellas entidades individualizadas capaces de otorgar alguna utilidad económica a sus titulares logrando así satisfacer sus distintas necesidades o carencias. En ese sentido, el concepto jurídico de bien, abarca tanto las cosas (jurídicamente entendidas como objetos corporales con valor económico), como los objetos inmateriales (derechos), también con valor económico.

Universalmente, la clasificación de bienes estatales es: (a) bienes de dominio privado, también llamados bienes patrimoniales; y, (b) bienes de dominio público. Tener clara esta diferenciación permitirá conocer la aplicación de los principios de inembargabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad establecidos en nuestra Carta Política, propios de los bienes estatales.

A continuación, se describirán los conceptos de bienes de dominio público y privado que el tratadista Walter Vásquez Rebaza recopiló en su artículo *Acerca del Dominio Público y el Dominio Privado del Estado*. (Rebaza)

2.2. Bienes de dominio público:

Actualmente se suele sostener que el mencionado régimen se encuentra integrado por aquellos bienes estatales adscritos a un fin público o a un uso público. Sin embargo, dicha definición resulta insuficiente debido a que el estudio de la totalidad de bienes estatales pertenece al Derecho Administrativo, el cual se encontrará siempre orientado hacia la satisfacción del interés general. Consecuentemente, ya sea mediata o inmediatamente, los

bienes estatales siempre se encontrarán destinados a cumplir una finalidad pública. Ahora bien, de manera previa a la definición de esta categoría, resulta necesario hablar de las teorías que buscan explicar la naturaleza de las atribuciones que el dominio público le confiere al Estado. Alrededor del dominio público se teje un importante debate doctrinario orientado a determinar si dicha categoría establece a favor del Estado algún tipo de estatuto particular de propiedad, o si constituye un régimen singular sustancialmente distinto del mencionado derecho real. Sobre el particular, existen dos posturas contrapuestas a las que llamaremos la postura funcional y dominical.

A continuación, señalaremos de manera esquemática los términos esenciales de cada una de ellas. La postura funcional niega el hecho de que el Estado ostente alguna clase de propiedad sobre sus bienes de dominio público. Los partidarios de esta postura argumentan que el uso, disfrute y disposición (facultades inherentes a cualquier estatuto dominical) son incompatibles con las tutelas de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad que excluyen del tráfico jurídico económico a los bienes pertenecientes a esta clase de dominio. En ese sentido, se señala que, en vez de las facultades y poderes que el mencionado derecho confiere, la Administración contará con ciertas potestades que constituirán el título jurídico de intervención sobre el demanio público. En virtud de dichas potestades, la Administración deberá regular y ordenar su utilización y aprovechamiento, debiendo destinarlo a una finalidad de interés general externo, es decir, que trascienda su estructura organizativa. Así lo entiende Villar Pala para quien el dominio público, antes que un conjunto de bienes, lo que representa es un soporte jurídico de potestades, un título jurídico de intervención que lo que permite

es que la Administración titular esté en posición jurídica hábil para disciplinar las conductas de quienes utilizan las cosas calificadas como públicas, ordenándolas de acuerdo con las exigencias de los intereses generales. (Palasí) En otras palabras, según la teoría funcional, el Estado ostenta poderes de guardia y vigilancia sobre el demanio público, pero no es titular de una propiedad en el sentido civil del término. El dominio público sería por tanto una potestad pública (función) y no una relación dominical. De otro lado, los que adoptan postura dominical (teniendo a Maurice Hauriou como referente) señalan que la negación de la posibilidad de apropiación privada sobre los bienes de dominio público solo podía predicarse respecto de categorías globales (como por ejemplo los mares o los bosques), pero no de bienes individualizados (como la sede de una universidad estatal) que, al igual que los primeros, forman parte del dominio público. Consecuentemente, sobre dichas entidades individualizadas recaería un auténtico derecho de propiedad por parte del Estado. Asimismo, los partidarios de postura consideran que las facultades que confiere la propiedad a sus titulares no se ausentan en el régimen de dominio público, sino que simplemente se modulan a éste. En ese sentido, el uso puede ser llevado a cabo directamente o cedido a los particulares a través de la concesión; los frutos son apreciables a través de las tasas y otros mecanismos; la disposición, a pesar de encontrarse seriamente cuestionada por el principio de inalienabilidad, puede ser llevada a cabo previo procedimiento de desafectación del bien. De ello se desprende que los mecanismos de protección de carácter exorbitante no responderían a características intrínsecas del dominio público, sino que

precisamente serían el resultado de su afectación a un destino de carácter público. La postura dominical tiene el mérito de dejar expuesta la antigua observación realizada por Duguit: el demanio público presenta distintas escalas de afectación. En efecto, resulta claro que el territorio nacional soberano, los recursos naturales, el local institucional de la Corte Suprema de un Estado (todos ellos bienes de dominio público) no se encontrarán en un nivel de intervención similar. Ello se manifiesta, por ejemplo, en la necesidad de inscribir en los registros públicos, no existiendo el mencionado deber en los otros dos casos. A pesar de la validez de los postulados de la mencionada teoría, el solo hecho de ser titular de un bien no determina las competencias que la Administración tenga sobre los bienes de esta categoría. De tal forma, pierde importancia la titularidad estatal como hecho relevante que fundamenta las facultades sobre éstos y cobran relevancia las competencias que el orden jurídico le otorga. En esta línea de ideas, el dominio público vendría a ser aquella categoría compuesta por bienes estatales afectos a un fin o uso público, sobre los cuales la Administración intervendrá en base ciertas potestades o competencias predeterminadas por el ordenamiento jurídico. Dicha intervención se concretizará en la puesta en marcha de actividades destinadas a regular su uso y afectación, debiendo orientarse siempre a fines de interés general externo al funcionamiento institucional de la Administración. Es decir, tales actividades no configuran de manera directa aspectos relativos a su estructura organizativa o uso doméstico. Cabe señalar que dicha categoría contará con las tutelas de imprescriptibilidad, inembargabilidad e inalienabilidad, siendo esta última menos flexible según disminuya el grado de afectación del bien en cuestión.

2.3. Bienes de dominio privado:

Lo primero que debemos mencionar acerca de los bienes de dominio privado (también llamados bienes patrimoniales) es que conforman una categoría disciplinada por auténtico régimen de propiedad privada estatal. Ello se debe, en primer lugar, a que comprende bienes que se ubican dentro del tráfico comercial, sin que resulten de aplicación las inmunidades reservadas al demanio público. En segundo lugar, si bien la utilización de estos bienes debe servir al interés público (lo que naturalmente deriva de su comprensión por el Derecho Administrativo), la consecución del mismo solo se logrará medianamente. En ese sentido, la Administración deberá ejercer sobre su dominio privado un uso que coadyuve a la consecución de su finalidad institucional o interna, y ya no a una meta externa a su estructura, por más que se trate de una finalidad pública. En otros términos, los bienes de dominio privado deberán ser empleados de acuerdo a los fines propios dentro de la Administración, deberán ser destinados a una finalidad privativa, uso interno o doméstico. Ahora bien, como ya se ha señalado con anterioridad, las entidades estatales no ejercen sobre los bienes de dominio privado su derecho de propiedad como lo haría particular. Ello se debe a que, si bien el régimen del dominio privado se encuentra integrado por normas de la propiedad civil, la aplicación de éstas últimas va a ser sustancialmente trastocada por dos tipos de regulaciones administrativas: (i) por aquellas que constituyan el régimen básico al que hicimos referencia anteriormente; y, (ii) por aquellas especialmente previstas atendiendo a su singularidad. Dichas regulaciones se superponen y desnaturalizan al régimen de la propiedad civil, transformándolo en un régimen

especial distinto a este último. Consecuentemente, la aplicación de normas privadas a los bienes estatales de dominio privado deviene siempre en subsidiaria, lo cual, evidentemente, no ocurre en el régimen de la propiedad de los particulares. En otros términos, el régimen privado constituye un derecho singular regulado por el Derecho Administrativo lleno de exorbitancias o derogaciones respecto del derecho común. Sin perjuicio de ello, se debe mencionar que, a pesar de tratarse de un régimen especial, el dominio privado presentará ciertas semejanzas al régimen de propiedad civil. Ello se debe a que los bienes patrimoniales del Estado, al igual que los bienes de los privados, se encuentran dentro del tráfico económico, siendo, en consecuencia, susceptibles de diferentes actos de disposición y afectación (compraventas, permutas, hipotecas, etc.) mediante negocios jurídicos. En atención a lo antes expuesto, definiremos al dominio privado como aquella categoría de bienes de propiedad privada estatal cuya utilización obedece a fines internos o domésticos de la Administración Pública. Dicha categoría se encuentra dentro del tráfico jurídico comercial por carecer de las inmunidades características del demanio público: inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad. Sin embargo, contrariamente a lo que se sostiene, su régimen será sustancialmente distinto al de la propiedad civil debido a que su disciplina (genérica y específica) corresponde al Derecho Administrativo, el cual establece procedimientos especiales que regulan su uso, disfrute, disposición y reivindicación.

El Consejo de Estado en Fallo 6171 de 2000, dijo al respecto que los bienes del Estado, se consideran clasificados en bienes patrimoniales o fiscales del Estado y bienes de uso público. Integran la categoría de "Bienes patrimoniales o fiscales del Estado", aquellos

cuya titularidad corresponde siempre a una persona jurídica de derecho público de carácter nacional, departamental o municipal, y que sirven como medios necesarios para la prestación de las funciones y los servicios públicos. Por su parte, los llamados "Bienes de uso público", cuyo soporte se encuentra en los artículos 63 y 72 de la Constitución Política, son aquellos cuya titularidad no radica en agencia estatal alguna, puesto que están destinados al uso y goce de todos los habitantes, son inalienables, imprescriptibles e inembargables. El derecho que tiene el Estado sobre los bienes, tanto "los patrimoniales" como "los bienes de uso público", ha sido considerado por la doctrina, como un derecho igual al de los particulares. No obstante, el derecho real de propiedad sobre algunos bienes de uso público, suspende las características propias de ser total, esto es, el ius utendi, el ius fruendi y el ius abutendi, pero se mantiene la persecución, la preferencia, rango y publicidad. En otros bienes de uso público, ese uso, goce y disposición del Estado lo ejerce por conducto de todos los habitantes, en razón a la misma naturaleza del bien, como el espacio aéreo. Se tiene entonces que si bien es cierto que sobre los bienes patrimoniales y fiscales el Estado detenta una propiedad similar a la del particular, se pone de relieve la existencia de los llamados bienes de uso público universal, esto es, aquellos que por su propia naturaleza no se pueden desafectar de su destino común para todos los habitantes, sobre los cuales no existe ninguna propiedad similar a la particular, y el Estado ni detenta derecho real sobre el mismo, ni puede otorgar un uso exclusivo para ningún sujeto. Aquí, según ha señalado la teoría clásica o tradicional, el Estado sólo tiene unos derechos de policía y de administración.

Decreto 1504 de 1998, acoge en su artículo 2° la definición antes trascrita y en el su artículo 3°, ibídem, precisa que comprende los siguientes aspectos: a) Los bienes de uso público, es decir aquellos inmuebles de dominio público cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio nacional, destinados al uso o disfrute colectivo; b) Los elementos arquitectónicos, espaciales y naturales de los inmuebles de propiedad privada que por su naturaleza, uso o afectación satisfacen necesidades de uso público; c) Las áreas requeridas para la conformación del sistema de espacio público en los términos establecidos en este decreto. De conformidad con lo antes expuesto, el bien propiedad del Municipio de Villavicencio que constituye la inconformidad del actor, donde funciona una escuela de preescolar, no se reputa bien de uso público sino bien fiscal. Por ende, no constituye espacio público y en modo alguno puede estimarse conculcado el derecho colectivo previsto en el literal d) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998. De otra parte, el bien tampoco viene ocupando espacio público.

Con la Carta Política de 1991 nace la responsabilidad patrimonial del Estado, la que en su artículo 90 estipula que: “El Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables y que sean causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este. (Constitución Nacional, 1991)” siendo el daño antijurídico el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado. Un Estado como persona jurídica está obligado a responder por los daños o las afectaciones a que dé lugar con ocasión de su funcionamiento, independientemente de si se despliegan o no en virtud de un ejercicio lícito de sus

atribuciones, pues ello puede desprenderse de los principios universales de moral y justicia a que se obligan las naciones civilizadas, tal y como expresó la Corte Suprema de Justicia, quien manifestó: “El Estado en atención al principio de equidad, debe hacerse responsable de los daños que causa a una persona, cuando ésta no tenga el deber jurídico de soportarlo, pues de lo contrario, se estaría fomentando la irresponsabilidad del mismo y trasladándosele a los particulares cargas que no les corresponden, más aún, cuando tiene el Estado la obligación de proteger a sus habitantes” (Sentencia de 22 de Oct. de 1896)

Por su parte, el Consejo de Estado al interpretar el principio de reparación integral, en diversas providencias judiciales desde el año 2007 ha venido reconociendo con amplitud remedios judiciales de tipo no pecuniario, como lo son las medidas de satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición, en aquellos casos en donde se ha causado un daño antijurídico a particulares derivado de violaciones de derechos humanos, con el fin de garantizarle a las víctimas la *restitutio in integrum*. En este sentido, el Consejo de Estado colombiano reconoce en sus providencias judiciales otro tipo de medidas diferentes a las tradicionalmente aceptadas que son las de carácter netamente económico en aquellos casos en los que se causen transgresiones a derechos humanos; medidas tales como las consignadas en la Convención Americana de Derechos Humanos, que, si bien corresponden a un tratado tienen una aplicación preferente, en consonancia con la teoría del bloque de constitucionalidad reconocida en el artículo 93 de nuestra Carta Política (Mejía, 2017). Del mismo modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce la posibilidad de aplicar varias categorías de reparación, lo que se materializa en el artículo 63-1 de esta Convención, como lo son: la restitución (colocar a la víctima en la

situación en la que ella se encontraría si el hecho dañino no se hubiese producido), la rehabilitación (permitir a la víctima superar el posible trastorno psicológico producido por la lesión), la compensación (indemnización pecuniaria para el daño material e inmaterial), la satisfacción (que permite el restablecimiento de la dignidad humana) y las garantías de no repetición (que tienen por objeto garantizar que el hecho dañino no se repita)

(Convención Americana de Derechos Humanos, 1978)

2.4 Desde una perspectiva constitucional

Desde una perspectiva constitucional, los bienes estatales encuentran su sustento en los siguientes artículos:

ARTICULO 72. 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. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.

ARTICULO 63. 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.

Es importante mencionar que al hablar de bienes no solo nos referimos a los inmuebles, sino también a los dineros y en general recursos. Como regla general y por mandato constitucional, los bienes del Estado gozan de protección especial y de 3 importantes cualidades:

- i. Inalienabilidad: que implica que los mismos se encuentren fuera del comercio y por ende no se pueden negociar (vender, donar, permutar, etcétera),
- ii. Inembargabilidad: que constituye la condición que impide que estos bienes puedan ser objeto material de medidas cautelares en procesos judiciales
- iii. Imprescriptibilidad: el cual apunta a que no sean susceptibles de adquirir por usucapión.

Es precisamente la característica de ser inembargables lo que inspira el presente trabajo de grado ya que cuando nos encontramos frente a un proceso ejecutivo en donde el demandado es una entidad del Estado, pareciera que no existen garantías que le permitan al demandante hacer exigible el pago de la sentencia, en virtud del principio constitucional de la inembargabilidad de los bienes y recursos públicos.

Nataly Vargas Ossa en su artículo, hace un recuento jurisprudencial y legal sobre este tema que se considera pertinente mencionar a continuación. (Ossa, El principio de inembargabilidad de los bienes y recursos públicos: las excepciones en la jurisprudencia constitucional y su aplicación en las decisiones del Consejo de Estado, 2020)

La discusión sobre la posibilidad de no observar la aplicación de normas que fundamentan la inembargabilidad de los bienes y recursos públicos (en adelante IBRP) tiene su antecedente inmediato en la Sentencia de inconstitucionalidad 1992 de 22 de marzo de 1990, en la que la Corte Suprema de Justicia estudió la inexecutableidad del artículo 16 de la Ley 38 de 1989, que estableció la inembargabilidad de rentas y recursos incorporados al presupuesto de la Nación. En el caso referenciado, el accionante característico que la norma acusada contrariaba lo dispuesto en los artículos 210 y 211 de la Constitución de 1886 por consagrar una "norma de carácter permanente, en una ley de naturaleza transitoria" (Sentencia de Inconstitucionalidad 1992, 1990), lo que, a su juicio, quebrantaba las estipulaciones taxativas que sobre la materia debía establecer la Ley del Presupuesto. Explicó la alta corporación que el artículo 16 de la Ley 38 de 1989 modificó normas contenidas en los códigos Laborales y de Procedimiento Civil, al establecer prohibiciones para embarcar a la Nación y que ello desconocía el ordinal 2 del artículo 80 de la Carta Política. La Corte Suprema de Justicia, que para la época ejercía el control de constitucionalidad de las leyes, explicó que el estatuto orgánico podía contemplar reglas de inembargabilidad de las rentas y recursos públicos a pesar de que no existiera norma constitucional que lo contemplara. Argumentó que se buscaba proteger el equilibrio fiscal y el estricto cumplimiento de los principios constitucionales a los cuales debe sujetarse a 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. (...) (Sentencia de inexecutableidad 44, 1990)

Esta misma discusión fue retomada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-546, pero esta vez planteó que el papel que cumple el equilibrio presupuestal tiene un

sentido diferente; explicó que dicho principio pasó de tener un sentido económico a un significado meramente formal, es decir, anteriormente se entendía que los ingresos corrientes siempre deberían ser suficientes para atender el rodaje normal del Estado, y el recurso al endeudamiento solo se utilizaba para financiar gastos extraordinarios (Sentencia C-546, 1992).

También invoca el principio de dignidad humana a la luz de la racionalidad kantiana, es decir, como valor inherente y absoluto del hombre, a partir del cual "la prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique la violación de los derechos fundamentales de unos pocos en beneficio de interés de todos" (Sentencia C-546, 1992). De esta manera, la decisión en comento se convierte en la sentencia hito que funda un importante precedente, según el cual se fija una regla que permite exceptuar la inembargabilidad de las rentas y recursos incorporados al presupuesto de la nación, cuando frente al pago de obligaciones de origen laboral, el derecho al trabajo, por su especial protección en la Carta y por su carácter de valor fundante del Estado social de derecho, merece una especial protección respecto de la inembargabilidad del presupuesto. En consecuencia, esta Corporación estima que los actos administrativos que contengan obligaciones laborales en favor de los servidores públicos deben tener la misma garantía que las sentencias judiciales, esto es, que pueden 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. (Sentencia C-546, 1992)

Para los años 1993 y 1994 la Corte Constitucional profirió las sentencias C-013 de 21 de enero de 1993 y C-103 de 10 de marzo de 1994, en las que reiteró la regla fijada en la Sentencia C-546 de 1992 y explicó que, si bien el asunto hizo referencia a los bienes y recursos del Fondo de Pasivo Social ya los bienes muebles e inmuebles de la Empresa Puertos de Colombia en liquidación, esta conservaba plena validez y se extendió al caso de los fondos que se crearon, como parte del presupuesto general de la Nación (Sentencia C-013, 1993). De una parte, mediante de la Ley 01 de 1991 se seguramente la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia, Colpuertos, y se concedió facultades extraordinarias al Gobierno nacional para crear un fondo que permitiera atender las obligaciones de la entidad y temas regulares de contratación, régimen laboral y presupuesto, norma demandada por vicios de constitucionalidad, que suscitó su revisión a través de la Sentencia C-013 de 1993. De otra parte, en desarrollo del ejercicio de las competencias otorgadas al Gobierno Nacional por la citada Ley 01 de 1991, el Ejecutivo expidió los decretos leyes 035, 036 y 037 de 1992 y creó el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia (en liquidación) y con el fin de preservar este patrimonio de los acreedores incorporó en su normativa la inembargabilidad de sus bienes muebles e inmuebles, así como de sus rentas y recursos.

Para la Corte, la medida de protección jurídica de inembargabilidad del Fondo Pasivo atentaba contra los derechos de los trabajadores portuarios y los del Fondo, porque los despojaban de las garantías efectivas para la protección y pago de las acreencias su trabajador. En esta oportunidad reiteró su doctrina originaria a favor de la protección de los derechos de los trabajadores y aunque resolvió declarar la exequibilidad del precepto acusado, detectó que vía jurisprudencia se había establecido un límite en la aplicación de

la inembargabilidad (Sentencia C-013, 1993). Posteriormente surge la revisión de la constitucionalidad de la Ley 15 de 1982, por contemplar la inembargabilidad de los dineros oficiales destinados al pago de pensiones, y en esta oportunidad la Corte reiteró los argumentos ya expuestos en la Sentencia C-013 de 1993 (Sentencia C -017, 1993). Lo mismo ocurre con la Sentencia C- 555 de 1993, decisión en la que la Corte reitera el precedente fijado en la Sentencia C 546 de 1992, insistiendo esta vez en que los pagos de los créditos judiciales se acojan a las normas presupuestales. De ahí que considerara ajustado a la Carta el término de inejecutabilidad de 18 meses establecido por el Decreto 01 de 1984, según el cual, durante dicho plazo no es exigible título ejecutivo, lo que inhibe la posibilidad de ejercer la pretensión ejecutiva hasta tanto se cumpla dicho plazo (Sentencia C-555, 1993).

Prosiguiendo con la revisión de las tendencias decisionales de la Corte sobre la inembargabilidad de los recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación, el inciso segundo del artículo 40 de la Ley 331 de 1997 arremete de nuevo, esta vez infundiendo temor entre los jueces que pensarán excepcionar el principio de inembargabilidad, al contemplar drásticas sanciones contra aquellos que ordenaran el embargo de rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación y amenazándolos con abrirles un juicio fiscal de cuentas para recuperar los dineros embargados

La Corte desearía que en este caso "la norma desborda el contenido propio de una disposición presupuestal instrumental" (Sentencia C-402, 1997). No sin antes citar las

Sentencias C-546 de 1992 y 357 de 1997 para reiterar la embargabilidad del Presupuesto General de la Nación en los casos allí contemplados. De nuevo el legislador ejerce una presión sobre los jueces, (a través de lo ordenado en el artículo 40 de la Ley 848 de 2003), al establecer el deber de verificar la naturaleza de los recursos que se vayan a someter a la medida cautelar de embargo, y en caso de ser inembargable, ordena abstenerse de practicar la medida o de levantarla, so pena de sanción. La Corte declara exequible esta disposición, no sin antes advertir que: es un trámite razonable si se entiende que, con esta prueba, el juez del proceso, determinará si la orden de embargo la mantiene o no, al examinar si el crédito que se reclama ante las autoridades judiciales, corresponde a los que pueden ser objeto de excepción al principio general de la inembargabilidad presupuestal. (Sentencia C 192, 2005) Además de dar luz verde a los jueces para que continúen aplicando las excepciones al principio de inembargabilidad, cita en dicha decisión la Sentencia 354 de 1997, indicando claramente que se acoge a su precedente.

Se identifican dos casos muy concretos donde la Corte no excepciona el PIBRP: El primero tiene origen en revisión que hizo la Corte en virtud la objeción presidencial propuesta al proyecto de ley 016 de 1999, a partir del cual se buscó crear un fondo para la reposición y renovación del parque automotor (fondo para fiscal) y se refiere a la inembargabilidad indicando que no se traduce en una burla a los compromisos adquiridos por los ahorradores con terceros que ven en el patrimonio personal del deudor su garantía de cumplimiento, pues este principio permanecerá vigente toda vez que los aportes voluntarios que hagan los transportadores, única y exclusivamente se pueden retirar para utilizarlos en la reposición de los vehículos, lo cual no significa que dichos vehículos no puedan ser objeto de prenda general o especial, o que no pueda ser embargado. (Sentencia

C-090, 2001). En esta oportunidad, el fundamento al que apela la decisión es la protección de los dineros públicos para posibilitar la prevalencia del interés común, citando la sentencia 263 de 1994 y C-546 de 1992, cuando paradójicamente dichas providencias lo que hacen es ratificar la aplicación de excepciones al PIBRP.

La segunda norma es el Decreto extraordinario 4819 de 2010, por el cual se declara una emergencia económica y se crea el Fondo Nacional de Calamidades, justamente para atender las contingencias que superar la emergencia. Por tratarse de dineros indispensables para atender la emergencia económica, la Corte se dedica a explicar la pertinencia de la medida al indicar que

(...) es el legislador, en este caso extraordinario, quien puede determinar los bienes que no pueden ser embargados. En el presente asunto, tal medida es absolutamente proporcional y necesaria para que los recursos del Fondo sean utilizados e invertidos en la recuperación de las zonas afectadas. En efecto, en una situación de emergencia la paralización de los recursos debido a una orden de embargo puede afectar gravemente las labores encomendadas. (Sentencia C-251, 2011). En esta oportunidad, los criterios que utiliza la Corte para evaluar las medidas están relacionadas con su proporcionalidad y temporalidad para superar el estado de emergencia; mal haría en permitir que el Fondo pueda paralizarse con medidas de embargo que impidan superarla.

La Corte en la Sentencia C-876 de 2000 revisa la constitucionalidad de la primera frase del artículo 336 del Código de Procedimiento Civil, que establece: *"La Nación no puede ser ejecutada, salvo en el caso contemplado en el artículo 177 del Código*

Contencioso Administrativo (Decreto 2282, 1989). En esta oportunidad, la Corte se remitió a lo resuelto en la Sentencia C-103 de 1994, en la que ya se había declarado la exequibilidad de la norma, pero de nuevo condicionada a la aplicación de la excepción reconocida en la Sentencia C-546, de 1° octubre de 1992, con relación con los créditos laborales.

Por su parte, el Código General del Proceso, ley 1564 de 2012, establece:

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 legalmente 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.

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. (Código General del Proceso, 2012)

Así mismo, del análisis de la Sentencia C-1064 de 2003 podemos destacar los casos en que la Corte dijo que procede o no el embargo.

1. Son inembargables los bienes destinados a un servicio público "cuando éste se preste directamente por un departamento, una intendencia, una comisaría, un distrito especial, un municipio o un establecimiento público, o por medio de concesionario de éstos." Es decir, cuando el servicio se presta a través de una entidad estatal.

2. Es embargable, para las entidades públicas que prestan el servicio público "hasta la tercera parte de los ingresos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decreten excedan de dicho porcentaje". Es decir, aún para las entidades estatales prestadoras del servicio público, está previsto que se pueda embargar hasta la tercera parte de los ingresos del servicio.

3. Son embargables los bienes destinados al servicio público prestado por particulares y la renta líquida que producirán, en los siguientes términos: "el servicio lo presten particulares, podrá embargarse Los bienes destinados a él, así como la renta líquida que producirán, y el secuestro se practicará como el de empresas industriales. (Sentencia C-1064, 2003)

El numeral 2 que se considera la vía más rápida para lograr un embargo contra una entidad el Estado, tiene un límite "hasta la tercera parte de los ingresos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decreten excedan de dicho porcentaje" y en la práctica lo que sucede es que existen una multiplicidad de embargos contra entidades públicas que impide a nuevos embargos hacerse efectivos debido a que en ningún caso el pagador de la entidad puede permitir que los mismos excedan la tercera parte de los respectivos ingresos.

Así las cosas, el principio de inembargabilidad y las mismas excepciones planteadas por la jurisprudencia, se convierten en una limitante para que los particulares puedan hacer efectivos sus derechos cuando el deudor es una entidad pública, concluyendo entonces que los bienes y recursos públicos, no son una garantía útil para respaldar las obligaciones que se derivan de la responsabilidad pecuniaria del Estado.

CAPITULO 3

3.1 ANÁLISIS CRÍTICO DE LA FUNCIÓN QUE CUMPLEN LAS MEDIDAS CAUTELARES AL INTERIOR DEL PROCESO EJECUTIVO EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

La ley 1437 de 2011, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dedica el **CAPÍTULO XI** a hablar de las medidas cautelares, el cual analizaremos a continuación.

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. (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso , 2011)

La norma es clara al indicar que las medidas cautelares que se tratarán en el capítulo, serán aplicables a los procesos declarativos y nada se dijo frente a los procesos ejecutivos que son los que inspiran este trabajo investigativo. La finalidad de estas medidas será entonces suspender por ejemplo los efectos de un acto administrativo, pero

no garantizar el pago de una obligación en cabeza del Estado que en últimas es lo que busca el proceso ejecutivo.

Revisemos por otro lado el artículo 230 y siguientes.

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:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

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 los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o

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

Artículo 233. Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares. La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

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

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

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.

Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso.

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.

Artículo 235. Levantamiento, modificación y revocatoria de la medida CAUTELAR. El demandado o el afectado con la medida podrá solicitar el levantamiento de la medida cautelar prestando caución a satisfacción del Juez o Magistrado Ponente en los casos en que ello sea compatible con la naturaleza de la medida, para garantizar la reparación de los daños y perjuicios que se llegaren a causar.

La medida cautelar también podrá ser modificada o revocada en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, cuando el Juez o Magistrado advierta que no se

cumplieron los requisitos para su otorgamiento o que estos ya no se presentan o fueron superados, o que es necesario variarla para que se cumpla, según el caso; en estos eventos no se requerirá la caución de que trata el inciso anterior.

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

Estas medidas cautelares están guiadas al proceso ordinario para evitar que un acto administrativo cause o siga causando perjuicios mientras se surte el proceso.

Dentro de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las medidas cautelares del CPACA no se aplican a procesos ejecutivos, luego, no cumplen ninguna función útil para este tipo de procesos. Tan es así, que las medidas de embargo y secuestro (propias del derecho civil – Código General del Proceso), son aplicables en demandas ejecutivas dentro de la jurisdicción administrativa solo en 3 casos particulares:

- Sentencias ejecutoriadas
- Incumplimiento de contratos
- Conciliaciones extrajudiciales aprobadas

Como es de esperarse, el CGP tiene direccionadas sus medidas cautelares a la aplicación de estas en procesos contra personas del derecho privado, por lo cual se encuentra un vacío en la regulación de estas medidas cuando el demandado es una persona del derecho público.

Como quiera que no se pueden embargar bienes de uso público ni fiscales, lo que resta es acudir a los recursos públicos que entre otras cosas se encuentran protegidos por otras leyes que los vuelven inembargables o que les asigna un límite muy reducido de embargabilidad.

En la práctica procesal encontramos en los juzgados administrativos de La Guajira una carga considerable de procesos ejecutivos que engruesan el inventario de cada dependencia judicial debido que se encuentran con sentencia de ejecución pero sin recaudar los recursos necesarios para el pago de obligación fin esencial de las medidas cautelares.

A manera de ejemplo me permitiré citar algunas de las providencias que se han proferido a lo largo del tiempo en estos despachos con el fin de verificar lo inane que resultan las medidas cautelares en este medio de control veamos:

EL JUZGADO PRIMERO DEL CIRCUITO JUDICIAL ADMINISTRATIVO DE RIOHACHA, ORDENA:

- 1. Se decreta el embargo y retención de los dineros que tenga o llegare a tener La Universidad de La Guajira en las cuentas que posea en los bancos Popular, Bogotá, Davivienda, Agrario, BBVA, AV VILLAS y Bancolombia de esta ciudad, así como los que tenga o llegare a tener en cuentas que posea en Bancafé, municipio de Villanueva y en los Bancos BBVA y Bogotá en el municipio de Fonseca, limitando tal medida a la suma de Doscientos Cincuenta y Seis Millones Setecientos Cuarenta y Cinco Mil Doscientos Sesenta y Ocho Pesos (\$256.745.268), exceptuando de dicha medida los bienes señalados en los*

numerales 1, 2 y 4 del artículo 684 del C.P.C., los recursos pertenecientes al sistema general de participaciones de conformidad con el artículo 91 de la ley 715 de 2001 y los dineros depositados en cuentas de ahorro, en el monto definido como inembargable por la superintendencia financiera de conformidad con el artículo 126, numeral 4º del decreto 663 de 1993.

2. *Por secretaría comunicar esta medida a los gerentes de las entidades bancarias, quienes deberán consignar la suma retenida en la cuenta de depósitos judiciales No. 440012045001 del Banco Agrario de esta ciudad, a órdenes de este Juzgado, dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de esta comunicación; con la recepción del oficio queda consumado el embargo, y el desacato a esta orden, responderá por dichos valores e incurrirá en multa de dos (2) a cinco (5) salarios mínimos, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias y penales a que haya lugar.*
3. *Se reconoce personería al doctor ELKIN DANIEL GOMEZ FRIAS como apoderado sustituto del doctor ROBERTO CARLOS DAZA CUELLO, en los términos y para los fines del poder conferido.*

Nótese como la única posibilidad del ejecutante es embargar las cuentas del ejecutado, claro con la clara advertencia que en aquel tiempo consagraba el C.P.C. respecto a la excepción en la orden de embargo, que eran los bienes señalados en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 684 del C.P.C., los recursos pertenecientes al sistema general de participaciones de conformidad con el artículo 91 de la ley 715 de 2001 y los dineros depositados en cuentas de ahorro, en el monto definido como inembargable por la superintendencia financiera de conformidad con el artículo 126, numeral 4º del decreto 663 de 1993.

Pensemos que si el dinero depositado en esas cuantas era de los exceptuados esa orden quedaba solo como una providencia obligada a definir la solicitud del ejecutante, pero con la cruda realidad que no sería posible la consecución del recurso.

Más adelante se publicó la ley 1551 de 2012, la que en su artículo 45 dispuso: “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.

La norma en cita de manera explícita dispone que respecto a los Municipios, parte procesales comúnmente demandados en la jurisdicción contenciosa solo se podrá decretar embargos una vez ejecutoriada la sentencia que ordena seguir adelante con la ejecución.

Disposición legal que a mi juicio imposibilita aún más que se materialicen las medidas cautelares en estos procesos, cuando un particular puede solicitar al tiempo mandamiento de pago y el embargo de los bienes del deudor en aras de garantizar la obligación que persigue, en los procesos contra los municipios es necesario notificar personalmente al deudor, permitirle que excepcione las pretensiones del ejecutante, y se produzca una sentencia ejecutoriada que defina si hay lugar o no a decretar una medida de embargo tiempo suficiente para que las cuentas de esa ficción legal estén protegidas por la inembargabilidad.

Es claro para mí que esta protección atiende a que ese municipio está al servicio del interés general y que sus recursos están destinados para que este fin se cumpla a cabalidad, no obstante, es menester recordar que esa misma entidad debe disponer un rubro para el pago de sentencias judiciales, no esperar ser ejecutado para proveer con su pago, en este orden cual sería la dificultad para embargar junto con el mandamiento de pago, si ese dinero viene dispuesto para ese fin, en caso de tratarse de una ejecución que tenga como título una sentencia o una conciliación judicial o prejudicial.

Frente a estos hechos La Honorable Corte Constitucional en múltiples pronunciamientos ha tenido la oportunidad de enfatizar los bienes que tienen el carácter de inembargables conforme lo demanda el artículo 63 de nuestra Constitución Política³, del

³ “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”

cual también se deriva el sustento constitucional del principio de inembargabilidad presupuestal, siendo una garantía de especial protección que recae en proteger los recursos destinados a cubrir las necesidades esenciales de la población, ya que de no ser así, permitiéndose 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 1 y el preámbulo de la Carta Superior⁴.

Sin embargo, debo resaltar, que este principio no es absoluto sino relativo, ya que la misma Corte Constitucional ha contemplado las excepciones a la regla general para armonizar el principio de inembargabilidad de recursos públicos con otros principios, valores y derechos constitucionales, entre los que se encuentran, la dignidad humana, la vigencia de un orden justo y el derecho al trabajo. Éstas son⁵:

(i) Satisfacción de créditos u obligaciones de origen laboral con el fin de hacer efectivo el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas⁶.

(ii) Pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y la realización de los derechos en ellas contenidos⁷.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-546 de 1992. Magistrados Ponentes: Ciro Angarita Baron y Alejandro Martinez Caballero.

⁵ Sentencia C-543/13.

⁶ C-546 de 1992

⁷ En la sentencia C-354 de 1997 (Antonio Barrera Carbonell), se expuso que aunque el principio general de inembargabilidad que consagraba la norma acusada resultaba ajustada a la Constitución. Precisó que tratándose de los créditos a cargo del Estado, bien sean que consten en sentencias o en otros títulos legalmente

(iii) Títulos emanados del Estado que reconocen una obligación clara, expresa y exigible⁸.

(iv) Las anteriores excepciones son aplicables respecto de los recursos del SGP, siempre y cuando las obligaciones reclamadas tuvieran como fuente alguna de las actividades a las cuales estaban destinados dichos recursos (educación, salud, agua potable y saneamiento básico⁹)

De lo anterior se concluye que, podrán ser embargados los recursos que posean las entidades públicas, siempre y cuando los ingresos de los rubros que se pretenden embargar, se encuentren acordes con las actividades que generaron la obligación a favor del ejecutante, es decir, si se pretende el embargo de recursos de salud, solo procedería en el caso de obligaciones causadas en este sector.

En los casos en que el título de ejecución es una sentencia judicial a favor de la parte ejecutante y en contra del deudor (Estado), circunstancia que alude a la segunda causal de excepción, sobre la cual la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado ha admitido en

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.

⁸ La sentencia C-103 de 1994 (Jorge Arango Mejía), se estableció una segunda excepción a la inembargabilidad del Presupuesto General de la Nación, así: para hacer efectiva una obligación que conste en un acto administrativo que preste mérito ejecutivo, esto es, que sea expresa, clara y exigible, procederá la ejecución después de los diez y ocho (18) meses.

⁹ C-793 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

la Circular No. 007 del 19 de octubre de 2016¹⁰ la procedibilidad del embargo de recursos que por su naturaleza gozan de la protección de inembargabilidad con fundamento en la sentencia C-1154 de 2008 emitida por la Corte Constitucional:

“Existe entonces un soporte constitucional, legal y jurisprudencial, protector del principio de inembargabilidad de los recursos públicos de obligatoria observancia por parte de los jueces y funcionarios administrativos. No obstante, la inembargabilidad no es un principio absoluto. En efecto existen una serie de excepciones contenidas tanto en instrumentos legales, como en precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional, que permiten la aplicación de medidas cautelares sobre bienes o recursos públicos, en principio cobijados con dicha protección. En este sentido, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1154 de 2008, limitó el beneficio de inembargabilidad cuando se trate de:

(...)

EL PAGO DE SENTENCIAS JUDICIALES para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos en dichas providencias, tal y como se postuló en la sentencia C-354 de 1997, donde además la Corte señaló que en tratándose de providencias proferidas por la jurisdicción contenciosa administrativa, era menester acatar los plazos para su cumplimiento y ejecución señalados en los artículos 176 (30 días contados desde la

¹⁰ “LINEAMIENTOS DE PREVENCIÓN Y DEFENSA JURÍDICA EN MATERIA DE MEDIDAS CAUTELARES CONTRA RECURSOS PÚBLICOS INEMBARGABLES”

comunicación de la sentencia) y 177 del C.C.A. (18 meses después de la ejecutoria de la sentencia), trascurridos los cuales es viable ordenar el embargo de los recursos del presupuesto, comenzando con el rubro destinado al pago de sentencias y conciliaciones.”

Estos mismos argumentos fueron acogidos por los Jueces del Circuito Administrativo de La Guajira como lo he venido sosteniendo.

Finalmente, con la expedición del C.G.P. el pronunciamiento de la Corte Constitucional fue empañado con el parágrafo del artículo 594 que expresa

PARÁGRAFO. 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.

Recibida una orden de embargo que afecte recursos de naturaleza inembargable, en la cual no se indicare el fundamento legal para la procedencia de la excepción, el destinatario de la orden de embargo, se podrá abstener de cumplir la orden judicial o administrativa, dada la naturaleza de inembargable de los recursos. En tal evento, la entidad destinataria de la medida, deberá informar al día hábil siguiente a la autoridad que decretó la medida, sobre el hecho del no acatamiento de la medida por cuanto dichos recursos ostentan la calidad de inembargables. La autoridad que decretó la medida deberá pronunciarse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de envío de la comunicación, acerca de si procede alguna excepción legal a la regla de inembargabilidad. Si pasados tres (3) días hábiles el destinatario no se recibe oficio alguno, se entenderá revocada la medida cautelar.

En el evento de que la autoridad judicial o administrativa insista en la medida de embargo, la entidad destinataria cumplirá la orden, pero congelando 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. En todo caso, las sumas retenidas solamente se pondrán a disposición del juzgado, cuando cobre ejecutoria la sentencia o la providencia que le ponga fin al proceso que así lo ordene.

Ya estamos en presencia de un fundamento legal no jurisprudencia que era el que teníamos en voces de la Corte Constitucional, muy a pesar que el mismo compendio legal más adelante manifiesta en su artículo 599. EMBARGO Y SECUESTRO. Desde la presentación de la demanda el ejecutante podrá solicitar el embargo y secuestro de bienes del ejecutado.

De los argumentos antes esbozados partimos para sostener que se desnaturaliza la función que deben cumplir las medidas cautelares al interior del proceso ejecutivo en la jurisdicción contencioso administrativa.

Frente al sector de la doctrina internacional, principalmente el tribunal constitucional español, que considera como fundamento de las medidas cautelares la “tutela judicial efectiva”, nos quedamos con la tesis planeada por el Dr. Quiroga, quien manifiesta en su obra que, si se le quita la eficacia a la tutela judicial, no sería tutela. Por tanto, al hablar de tutela judicial “efectiva” estaremos en una repetición innecesaria o pleonasma y sacando del concepto de tutela judicial parte de su contenido y dándole un tratamiento de apéndice a la

efectividad. En conclusión, para que exista tutela jurídica, ésta, en su esencia, debe ser eficaz. (Quiroga, 2007)

Además, si la tutela judicial no es efectiva, vulnera el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, por cuanto el estado no estaría garantizando la eficacia de sus sentencias. La tutela no puede simplemente conducir a una decisión judicial que así lo disponga, sino a que sus derechos sean reestablecidos porque quienes los violaron o se aseguren ante el riesgo de desconocimiento o vulneración. Ello implica que la sentencia sea cumplida.

La sentencia también corre el riesgo de ser burlada en su ejecución por maniobras fraudulentas de los obligados a su cumplimiento, o por el simple paso del tiempo, como cuando desaparecen sus condiciones fácticas que la harían ejecutable. En tal evento, encontramos que la administración de justicia deberá salir al paso para contrarrestar toda acción que se pueda oponer al cumplimiento de la futura sentencia con la utilización de los mecanismos que le permita la ley para tal efecto. Y si los adecuados son cautelas, estas tendrán vigencia y respaldo constitucional porque hacen efectiva la garantía otorgada a los ciudadanos del acceso a la administración de justicia. (Quiroga, 2007).

4. PROPUESTA DE VALOR Y CONCLUSIONES

Pregunta Problema:

¿Es posible cautelar bienes estatales al interior de procesos ejecutivos que se adelantan ante la jurisdicción contencioso administrativa?

De acuerdo al análisis legal, jurisprudencial y doctrinal que se ha desarrollado al interior de este trabajo investigativo, hemos podido concluir que, solo en algunos pocos casos es posible cautelar bienes estatal al interior de procesos ejecutivos que se adelantan ante la jurisdicción contencioso administrativa, esto, en virtud del principio de inembargabilidad de los bienes estatales y de los fines que cumple el Estado.

En palabras de Álvarez Gendín, “la función administrativa es una expresión compleja” (Santofimio), siendo el acto administrativo la expresión de su voluntad para con sus administrados, dejando presente que no todas las manifestaciones de los poderes del estado pueden ser calificadas como administrativas, en la medida que las fuentes de las decisiones públicas revisten distintas naturalezas, como lo son las emanadas de los jueces (judiciales), las que devienen del Congreso de la República y las emitidas por los organismos de control.

Así las cosas, consideramos que, la cautela en sí misma no debería analizarse como el mecanismo idóneo para garantizar el cumplimiento de una obligación pecuniaria del estado, si no que la sentencia debería ser garantía suficiente por cuanto es emanada también de operarios estatales como lo son los jueces de la república.

En ese sentido, este proyecto investigativo plantea las siguientes propuestas que de ser implementadas por las entidades estatales, pudieran resultar efectivas a la hora de cumplir fallos judiciales.

1. Crear un registro de servidores públicos sancionados por hacer condenar pecuniariamente al Estado.

La responsabilidad de una sanción disciplinaria no es oponible a la sanción penal, es por esto, que debería establecerse la posibilidad de crear un registro con el objetivo de lograr que aquellas personas que durante el periodo que fungieron como servidores públicos y fueron hallados responsables fiscalmente por generar un detrimento patrimonial al erario público y como consecuencia fueron destituidos e inhabilitados por un periodo determinado, les sea extensible esta inhabilidad para ejercer su profesión, labor u oficio en el sector privado y público cuando el objeto del contrato esté relacionado directamente con el hecho que causó la sanción. Esto se lograría creando un registro de agresores al erario público, que por sus acciones, omisiones o extralimitaciones generaron una condena en contra del Estado, el cual contaría con una estricta reserva que únicamente se accedería al momento de una posible vinculación laboral. La permanencia en esta lista será establecida por un periodo fijo y su exclusión se materializará por el cumplimiento del plazo o por el pago de la sanción pecuniaria en virtud de la cual condenaron al Estado.

2. Que las condenas por vigencia, ingresen obligatoriamente para pago al presupuesto de la vigencia inmediatamente siguiente.

Aun teniendo sentencia favorable y medida cautelar decretada y practicada, las listas de sentencias por pagar de las entidades estatales son interminables, y lo que en la práctica sucede es que desde el momento en que sale el fallo condenatorio, hasta el pago efectivo de la obligación, pueden transcurrir años. Entonces al final del día, ni teniendo una medida cautelar, se garantiza a tiempo el derecho del accionante que ha resultado vencedor dentro del proceso judicial.

Es por esto, que este proyecto propone incluir los fallos condenatorios de la vigencia, dentro de las cuentas por pagar de la vigencia inmediatamente siguiente, con lo cual se logrará, primero que se pague prontamente la sentencia y segundo, evitar el cúmulo de fallos por pagar que también generan intereses al Estado.

La Constitución Colombiana establece que somos un estado social de derecho, cuando comprendemos que no es solo un asunto que debemos repetir como lección, que lo que verdaderamente significativo es que es un principio soporte de la actual forma de estado deviene entonces que todas las actividades estatales, particulares e inclusive el ordenamiento jurídico deben ser pensadas en función de dicho principio rector de ahí que la ley 1437 de 2011 en su artículo 194 disponga “Todas las entidades que constituyan una sección del Presupuesto General de la Nación, deberán efectuar una valoración de sus contingencias judiciales, en los términos que defina el Gobierno Nacional, para todos los procesos judiciales que se adelanten en su contra.

Con base en lo anterior, las mencionadas entidades deberán efectuar aportes al Fondo de Contingencias de que trata la Ley 448 de 1998, o las normas que la modifiquen o sustituyan, en los montos, condiciones, porcentajes, cuantías y plazos que determine el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el fin de atender, oportunamente, las obligaciones dinerarias contenidas en providencias judiciales en firme.

Esta disposición también se aplicará a las entidades territoriales y demás descentralizadas de todo orden obligadas al manejo presupuestal de contingencias y sometidas a dicho régimen de conformidad con la Ley 448 de 1998 y las disposiciones que la reglamenten.

No obstante no se evidencia cumplimiento a una norma pensada en el desarrollo de un estado social de derecho, el que debe en primera medida ser garante de los derechos fundamentales que trae consigo esta nueva forma de organización social, conlleva a que el ser humano este provisto de una serie de perspectivas que se concretan en derechos subjetivos que implican acciones positivas del estado – prestaciones – o en otros casos unas acciones omisivas que garanticen los mismos derechos. Por ello entonces es la dignidad humana el eje central de este tipo de estados quien debe velar constantemente por las garantías, permanencia, protección y restablecimiento de la dignidad humana.

Para ello en el planteamiento que he venido sosteniendo si no ha sido posible ser cumplidor de las normas que el mismo expide debemos pensar en corregir las causas que concluyen en sentencias condenatorias y consecuentemente en procesos donde ese ejecuta el patrimonio que a la vez debe garantizar los fines del estado, y eso puede ocurrir cuando los agentes del estado actúan realmente respetando los principios que rigen la función

pública un actuar estatal impregnado de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de todas sus funciones en los diferentes frentes que representa, llevaría consigo menos inconformidad en los coadministrados y de allí menos procesos y menos condenas, esta investigación quiere invitar a quienes representamos a Estado Social de Derecho, a que realmente respetemos y apliquemos la constitución que como bien lo sostiene el maestro Héctor Quiroga tiene un solo límite y son los derechos fundamentales si realmente los garantiza y preserva la institución de las medidas cautelares sería insigne en las diferencias civiles.

Por ello creo que las sanciones a los servidores responsables de los hechos, omisiones, operaciones entre otras causas que declaran administrativamente responsable al estado deberían ser espejo para quienes aspiran a representarnos con intereses diferentes al servicio del interés general

5. METODOLOGÍA

Tipo de Investigación: explicativa

Este tipo de investigación es aquella que estudia fenómenos puntuales nuevos o que no se han abordado en profundidad, con lo cual se aportarán nuevos conocimientos que permitirán conocer más a fondo sobre el tema objeto de estudio, el cual ha sido poco estudiado.

Método de investigación: explicativo

Es aquel que busca encontrar las razones y causas que ocasionan ciertos fenómenos. Su objetivo último es explicar por qué ocurre un fenómeno (Ing.Meriche, 2011, pág. 1). Dentro del método de investigación explicativo encontramos cuatro elementos principales. El sujeto que es la persona que desarrolla la investigación. El objeto hace referencia al tema que se está estudiando. El medio son las herramientas que se requieren para llevar a cabo el estudio y el fin, son los propósitos que persigue la investigación, es decir, la solución al problema planteado.

Para el caso que nos ocupa, el método a utilizar será el explicativo por cuanto va de la mano del tipo de investigación y además centrará su estudio en la búsqueda de circunstancias y razones que llevan a cuestionarnos la eficacia de las medidas cautelares al interior de los procesos ejecutivos administrativos, motivo por el cual se considera el método ms apropiado para adelantar la investigación.

Enfoque de la investigación: cuantitativo

El enfoque cuantitativo de investigación utiliza la recolección y análisis de datos para contestar preguntas de investigación y probar hipótesis establecidas previamente. (Hernández, 2003)

- Fuentes y técnicas para la recolección de información.

Fuentes Primarias: la recopilación de información será tomada principalmente de la Constitución, la Jurisprudencia y la Ley. Además, utilizaremos la técnica de muestreo para recolectar información de procesos ejecutivos que cursan al interior del juzgado segundo administrativo de Riohacha.

Fuentes Secundarias: lo interpretado por doctrinantes en sus textos jurídicos nutren nuestras fuentes secundarias, teniendo en cuenta que la doctrina no es fuente vinculante de derecho. Además, diccionarios jurídicos y datos recopilados de la red.

Pertinencia de la elección del esquema metodológico. Teniendo en cuenta que el tipo de investigación explicativa es aquel que **estudia fenómenos puntuales nuevos o que no se han abordado en profundidad y que el** método explicativo da razón de porque ocurre un fenómeno, la metodología es la más adecuada para desarrollar el tema de investigación planteado por cuanto si bien es cierto existen muchas demandas contra el estado en donde no se pueden embargar los bienes, no es menos cierto que existen pocos trabajos de investigación en torno a ese tema. Del mismo modo, con el método explicativo se pretende exponer las razones por las cuales difícilmente se puede embargar un bien del estado debido al principio de inembargabilidad de los bienes estatales.

BIBLIOGRAFÍA

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

Ayala, G. V. (s.f.). *Medias Cautelares en el CPACA*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Blanco, H. F. (1989). *Derecho procesal civil colombiano*. Bogotá: Temis.

Bolívar, M. A. (2017). LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS Y SU RELACION CON EL. Colombia: Universidad Católica de Colombia.

BONET, A. (1983). *Le classi dirigenti romane sotto la Repubblica: Ordine Senatorio e Ordine Equestre*. Milán,.

calamandrei, p. (1947). *introduccion al estudio sistematico de las providencias cautelares*. buenos aires: bibliografia argentina.

Cardona, E. G. (1999). *Derecho Administrativo Social y Democrático*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

Chávez, H. G. (2015). *Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo del derecho comunitario europeo*. México: Boletín mexicano de derecho comparado .

Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, LEY 1437 DE 2011 (2011).

Código Civil, LEY 84 DE 1873 (1873).

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

Código General del Proceso, Ley 1564 (Congreso de la República 2012).

Constitución Nacional (Constitución Política de Colombia 20 de julio de 1991).

Constitución Política de Colombia, artículo 63 (Congreso de la República 1991).

Convención Americana de Derechos Humanos (1978).

Corte Constitucional. C-1064 de 2003, Exp. D-4712 (Corte Constitucional).

Corte Constitucional. C-263 de 1994, Exp. D-462 (Corte Constitucional).

Corte Constitucional. C-379 de 2004, Exp. D-4974 (Corte Constitucional).

Corte Constitucional. T-111 de 2018, Exp. T-6.512.063 (Corte Constitucional).

Corte Constitucional. T-206 de 2017, Exp. T-5.859.402 (Corte Constitucional).

Corte Constitucional. T-873 de 2012, Exp. T-3.518.305 (Corte Constitucional).

- Enterría, E. G. (1992). *Hacia una nueva justicia administrativa*. Madrid: Vicitas S.A.
- Enterría, G. d. (2006). *La batalla por las medidas cautelares*. Madrid: S.L. Clivitas Ediciones.
- Fernández, E. (2008). *Curso de derecho administrativo*. Bogotá: Temis S.A.
- Fernández, E. E. (2013). Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo. *Revista de investigación y cultura*.
- Gómez, M. A. (2014). *LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO*. Bogotá, Colombia.
- GÓMEZ, M. A. (2014). *LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO*. Bogotá.
- Hernández, S. (2003). *Metodología de la Investigación*. México.
- Ing.Meriche. (1 de diciembre de 2011). *Club Ensayos*. Obtenido de <https://www.clubensayos.com/Psicolog%C3%ADa/Metodo-Explicativo/109082.html#:~:text=%C3%BAltimo%20es%20explicar%20por%20qu%C3%A9,que%20condiciones%20se%20da%20%C3%A9ste.&text=conocimiento%20cient%C3%ADfico%E2%80%9D.&text=El%20m%C3%A9todo%20explicativo%2C%2>
- Ley 1437, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Congreso de la República 2 de julio de 2011).
- Ley 1564 (Congreso de la República 12 de julio de 2012).
- Londoño, E. Á. (2015). Las medidas cautelares reguladas por la ley 1437 de 2011 como instrumento para el desarrollo de la tutela jurisdiccional efectiva. *Universidad Pontificia Bolivariana*.
- Mejía, P. B. (2017). *la responsabilidad patrimonial del Estado*.
- Meléndez, E. P. (s.f.). *MEDIDAS EJECUTIVAS RECONOCIDAS A LOS PUBLICANOS*. España.
- Ossa, N. V. (2020). El principio de inembargabilidad de los bienes y recursos públicos: las excepciones en la jurisprudencia constitucional y su aplicación en las decisiones del Consejo de Estado. *Scielo*.
- Ossa, N. V. (2020). El principio de inembargabilidad de los bienes y recursos públicos: las excepciones en la jurisprudencia constitucional y su aplicación en las decisiones del Consejo de Estado. *Scielo*.
- Palasí, V. (s.f.). *En B. Públicos*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Pérez, G. (2001). *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*. S.L. Civitas ediciones.
- Quijano, J. P. (2012). *Medidas cautelares innominadas*. Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- Quiroga, C. H. (2007). *La tutela cautelar*. Bogotá: Sabiduría Limitada.

Rebaza, W. V. (s.f.). *Acerca del dominio público y el dominio privado del estado*. Obtenido de file:///C:/Users/CONTROL/Downloads/Dialnet-AcercaDelDominioPublicoYEldominioPrivadoDelEstadoA-7792863%20(1).pdf

Santofimio, J. O. (s.f.). *Tratado de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sentencia C-054, Expediente D-1384 (Corte Constitucional 06 de febrero de 1997).

Sentencia C-1064 (Corte Constitucional 2003).

Sentencia C-835/13 (Corte Constitucional).

Sentencia de 22 de Oct. de 1896 (Corte Suprema de Justicia).

Solís, L. D. (28 de mayo de 2019). *Enfoque Cualitativo de investigación*. Obtenido de <https://investigaliacr.com/investigacion/el-enfoque-cualitativo-de-investigacion/>

SZLECHTER. (1947). *Le contrat de société en Babylonie, en Grèce et a Rome. Elude de droil comparé de VAntiquité*. Paris.

Trujillo Arroyo, J. (1938). *derecho romano comparado*. la luz.

V, N. O. (2006). Las medidas cautelares. 1,2.