

**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA**

DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, FINANCIERO  
Y PROCESAL

TESIS DOCTORAL

**“LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO. ANÁLISIS COMPARADO ENTRE EL RÉGIMEN COLOMBIANO Y ESPAÑOL”.**

Autora:

**CAROLINA BRAVO VESGA**

Dirigida por:

**PEDRO T. NEVADO- BATALLA MORENO**

**FRANCISCO JAVIER FRAGOSO**

Tutor:

**EMMANUEL JIMENÉZ FRANCO**

Salamanca, 2015



A mi padre y maestro, Juan Alonso Bravo.





## ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	13
INTRODUCCIÓN.....	15

### PRIMERA PARTE

## LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y LA AUTOTUTELA DE LA ADMINISTRACIÓN

### CAPITULO I.

## EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL DE LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO ESPAÑOL Y COLOMBIANO.

I. Evolución constitucional, legislativa y jurisprudencial de la suspensión cautelar del acto administrativo en el derecho español.....	25
1. La regulación de la suspensión cautelar en la legislación del Antiguo régimen.....	29
2. La Suspensión del acto administrativo en la Ley de 1958 de Procedimiento Administrativo.....	48
3. La Suspensión del acto administrativo en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre 1956.....	49
4. La influencia de la Constitución Española de 1978 en la regulación de la suspensión del acto administrativo.....	55
5. Influencia de la Jurisprudencia del TJCE.....	58
6. Algunos de los primeros pronunciamientos, relacionados con la suspensión del acto administrativo, de de los tribunales españoles a la luz de la nueva constitución y de la influencia del TJCE.....	67
7. La crisis de la medida suspensiva en regulación de 1956 y su reforma post-constitucional: la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo común de 26 de noviembre de 1992 y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998.....	73

## ÍNDICE

II. Evolución constitucional, legal y jurisprudencial de la suspensión cautelar del acto administrativo en el derecho colombiano.....	75
1. La asunción del principio de legalidad, de anulación de actos administrativos y de suspensión de los mismos en la Constitución de 1886.....	77
2. El Acto Legislativo 3 de 31 de octubre de 1910: la extensión de los actos administrativos susceptibles de suspensión y la judicialización de la institución cautelar.....	79
3. La Suspensión del acto administrativo en el primer código contencioso-administrativo colombiano, Ley 130 de 1913.....	80
4. La suspensión provisional de los actos administrativos en la regulación administrativa colombiana de 1920 a 1940.....	81
5. Ley 167 de 1941: segundo código contencioso-administrativo colombiano. Primera regulación integral de la institución suspensiva.....	82
6. Acto legislativo No. 1 de 1945 modificadorio de la Constitución de 1886.....	84
7. El Decreto 01 de 1984. Tercer código Contencioso-Administrativo colombiano.....	84
8. El Decreto 2304 de 1989 modificadorio del Decreto 01 de 1984.....	86
9. La influencia de la Constitución colombiana de 1991 en la regulación de la suspensión del acto administrativo.....	88
9.1 Un primer paso en la adecuación constitucional de las medidas cautelares y, en particular, de la suspensión de actos administrativos: el Decreto 2591 de 1991 por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el Art. 86 .....	90
9.2 Un paso más en la adecuación constitucional de las medidas cautelares y, entre ellas, la suspensión de los actos administrativos: Ley 472/98 de regulación del ejercicio de las acciones del Art. 88 CN.....	96
9.3 Algunos de los primeros pronunciamientos jurisprudenciales, relacionados con la suspensión del acto administrativo, de los tribunales colombianos a la luz de la Constitución de 1991.....	101
10. La Ley 270 de 1996 y 446 de 1998 modificatoria del Decreto 01 de 1984.....	106
11. La crisis de la medida suspensiva en la regulación de 1984 y su reforma post-constitucional: la Ley 1437 de 2011.....	108

**CAPITULO II**  
**CONSIDERACIONES SOBRE EL REGIMEN GENERAL DE MEDIDAS CAUTELARES**

I. Una Aproximación Al Concepto De Lo Cautelar.....	115
1. Sobre la potestad cautelar como manifestación de la potestad jurisdiccional.....	117
1.1 La potestad cautelar en vía de recurso administrativo.....	121
1.2 La reserva de ley de la potestad cautelar.....	132
1.3 La taxatividad en el del sistema cautelar.....	137
2. Nomen Iuris: medida cautelar y proceso cautelar.....	153
II. Autotutela de la administración: ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos.....	165
1. La ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo frente a los principios de legalidad y eficacia de las Administraciones Públicas.....	172
2. Sobre los conceptos de decisión ejecutiva- ejecutividad obligatoriedad y decisión ejecutoria - ejecutoriedad del acto administrativo.....	191
3. Sobre la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos sancionatorios.....	201

**SEGUNDA PARTE**

**EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DEL ACTO  
ADMINISTRATIVO EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS ESPAÑOL Y  
COLOMBIANO.**

**CAPÍTULO III.**  
**NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES**

I. La Tutela Cautelar como manifestación de La Tutela Judicial Efectiva y límite de la ejecutoriedad de los actos administrativos.....	210
1. La idea de Constitución como ordenamiento jurídico vinculante.....	210
2. El concepto de derecho fundamental.....	218
3. Criterios de fundamentalidad de los derechos subjetivos de conformidad con la Corte Constitucional Colombiana.....	223
4. La Tutela Judicial Efectiva como derecho fundamental.....	234
4.1 Una aproximación al concepto de Tutela Judicial Efectiva.....	235
4.2 ¿Qué caracteres de fundamentalidad se destacan en el derecho a la tutela judicial efectiva?.....	241

## ÍNDICE

4.3 Sobre el contenido esencial de la tutela judicial efectiva en el derecho español y colombiano.....	245
5. La tutela cautelar como elemento de la tutela judicial efectiva en el ordenamiento jurídico español y colombiano.....	259
5.1 La suspensión cautelar del acto administrativo una de las manifestaciones de la tutela cautelar y un límite a la ejecutividad de los actos administrativos.....	268
II. Instrumentalidad.....	274
1. Instrumentalidad en relación con la existencia de un vínculo entre la medida cautelar y el proceso principal.....	275
i. Respecto de las medidas cautelares susceptibles de ser solicitadas antes de la presentación de la demanda.....	288
ii. La “suspensión automática” de actos administrativos en el contencioso-administrativo colombiano.....	293
iii. Medidas cautelares independientes o autónomas respecto de un proceso principal.....	297
2. Instrumentalidad relacionada con la tramitación de la medida cautelar en cuaderno separado.....	329
3. Instrumentalidad como límite a los poderes cautelares del Juez.....	331
III. Provisionalidad.....	338
IV. Mutabilidad.....	340
V. Sumariedad y urgencia.....	348

### **CAPÍTULO IV.**

#### **REGULACIÓN DE LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DE LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO ESPAÑOL Y COLOMBIANO**

I. Requisitos sustantivos de adopción de la medida cautelar de suspensión del acto administrativo en el ordenamiento jurídico español y colombiano.....	358
1. Actos administrativos susceptibles de ser suspendidos cautelarmente.....	358
2. <i>Fumus Boni Iuris</i> o apariencia de buen derecho. Concepto, contenido y <i>modus procedendi</i> .....	370
3. <i>Periculum in mora</i> . Concepto, contenido y <i>modus procedendi</i> .....	421

4. Ponderación de intereses y ponderación de derechos.....	454
II. Requisitos procesales de adopción de la medida cautelar de suspensión del acto administrativo en el ordenamiento jurídico español y colombiano....	466
1. Tipos de procesos en los que procede la suspensión cautelar en el contencioso- administrativo.....	466
2. Oportunidad procesal.....	467
3. Contenido de la solicitud: sustentación de la medida.....	468
4. Audiencia de parte.....	469
5. Pruebas.....	476
6. Contracautelas.....	478
7. Auto resolutorio. Motivación de la decisión.....	481
8. Recursos contra el auto resolutorio.....	483
9. Sanción por levantamiento de la cautela.....	489

### **TERCERA PARTE**

## **LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN UN AMBITO PARTICULARMENTE PROPICIO PARA LA CORRUPCIÓN: EL URBANISMO.**

### **CAPÍTULO V**

## **LA SUSPENSIÓN CAUTELAR EN UN AMBITO CONCRETO: EL URBANISMO. UNA VISION DE CONJUNTO SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN DERECHO URBANÍSTICO ESPAÑOL.**

I. Algunas precisiones sobre el concepto de urbanismo.....	494
1. Breve referencia al proceso urbanístico español.....	496
1.1 Un Paso por la evolución histórica del derecho urbanístico en España desde 1956 hasta hoy.....	496
1.2 Distribución de competencias en materia de urbanismo.....	513
1.3 Algunos aspectos sobre la controversia en torno a la supletoriedad del Derecho Estatal.....	520
II. Las medidas cautelares en el planeamiento urbanístico.....	523
1. Generalidades sobre los instrumentos de planeamiento: contenido, naturaleza jurídica, régimen cautelar aplicable según su naturaleza, procedimiento para su aprobación y control de su discrecionalidad.....	524
2. Medidas cautelares en el procedimiento administrativo de formación y aprobación del planeamiento.....	538

## ÍNDICE

2.1 Suspensión de licencias en el procedimiento administrativo de elaboración del nuevo planeamiento urbanístico.....	539
2.1.1 Características generales de la suspensión de licencias durante la actuación preparatoria del planeamiento urbanístico.....	542
2.1.2 Rasgos comunes a la suspensión de licencias en los ordenamientos jurídicos del suelo de las Comunidades Autónomas de Castilla y León, Madrid, Cataluña, Galicia y País Vasco.....	545
2.1.3 Extinción de los efectos de la suspensión de licencias y tramitaciones.....	547
2.1.4 Consecuencias de la suspensión del otorgamiento de licencias.....	548
2.1.5 Algunas especialidades.....	549
3. Medidas cautelares en vía de recurso Contencioso – Administrativo frente a los instrumentos de planeamiento urbanístico.....	551
III. Medidas cautelares en la etapa de ejecución urbanística.....	569
1. Consideraciones generales sobre la ejecución de los planes urbanísticos.....	569
2. Suspensión cautelar de los instrumentos de gestión urbanística en el procedimiento administrativo de formación y aprobación del nuevo planeamiento.....	578
3. Suspensión cautelar de los instrumentos de desarrollo y de gestión urbanística en vía contenciosa.....	579
IV. Medidas cautelares en la etapa de disciplina urbanística.....	583
1. Observaciones generales sobre el concepto y contenido de la disciplina urbanística.....	583
1.1 Naturaleza jurídica de los actos dictados en la etapa de disciplina urbanística. ....	585
2. Medidas cautelares de protección de la legalidad.....	585
2.1 Rasgos comunes a la legislación autonómica citada en materia de medidas cautelares de protección de la legalidad urbanística en sentido estricto.....	587
2.2 Concepto de obras “en ejecución” o “curso de realización” .....	606
3. Medidas cautelares en materia de disciplina urbanística en vía contencioso administrativa.....	609
i) Los actos administrativos que ordenan demoliciones.....	610
ii) Los actos administrativos que declaran edificios en estado de ruina.....	611
iii) Los Actos Administrativos Sancionadores de infracción urbanística.....	612

V. Anotaciones Preventivas en el procedimiento administrativo y en el contencioso - administrativo en el ámbito urbanístico.....	614
1. Anotación preventiva en el procedimiento administrativo.....	615
2. Anotaciones preventivas ordenadas en proceso contencioso administrativo de anulación de instrumentos de planeación, ejecución o licencias urbanísticas.....	619
VI. Otras medidas cautelares en materia urbanística.....	626
1. Actividad impugnable en materia urbanística. Inactividad de la Administración y vías de hecho.....	626
2. Actos urbanísticos de contenido negativo. Adopción de medidas cautelares positivas en el ámbito urbanístico.....	627
VII. Sobre las medidas cautelares como mecanismos preventivos en materia de corrupción urbanística.....	635
CONCLUSIONES.....	641
BIBLIOGRAFÍA.....	675





## ABREVIATURAS

LRJPA	Ley 30/92 de Régimen jurídico de Administraciones públicas y procedimiento Administrativo Común.
LPA/58	Ley 17 de julio de 1958 de procedimiento administrativo común.
LRBRL	Ley 7/1985 Reguladora de bases del régimen local.
LJCA	Ley 29/1998 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
LJCA/1956	Ley de 27 de diciembre de 1956 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
TRLS76	Real Decreto 1346/1976 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.
TRLS92	Real Decreto 1/92 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.
TRLS2008	Real Decreto 1346/1976 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo.
TRLCSP	Real Decreto Legislativo 3/2011 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
CCA	Decreto 01/84. Código Contencioso- Administrativo.
LPACA	Ley 1437/2011. Ley de procedimiento administrativo y contencioso-administrativo.
LEC	Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.
LEC/1984	Ley 6/1984 de Enjuiciamiento Civil.
LOTC	Ley 2/1979 Orgánica del Tribunal Consti-

	tucional.
CE	Constitución española
CN	Constitución Colombiana.
TCE	Tratado de la Unión Europea.
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
LOPJ	Ley 6/1985 Orgánica del Poder Judicial.
TC	Tribunal Constitucional.
TSJ	Tribunal Supremo de Justicia.
CSJ	Corte Suprema de Justicia.
UE	Unión Europea.

## INTRODUCCIÓN

*“Todo el derecho de un pueblo y del individuo supone que el individuo y el pueblo estén dispuestos a defenderlo. He ahí la idea de justicia que sostiene, en una mano, la balanza donde pesa el derecho y, en la otra, la espada que sirve para defenderlo, para hacerlo efectivo. La espada sin la balanza es la fuerza bruta, la balanza sin la espada es el derecho en impotencia”*  
(Von Ihering, *La lucha por el derecho*, 1872)

La Constitución Española de 1978 (CE) consagró, en su Art. 24, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Dicho precepto, en su apartado primero, estableció el llamado *derecho al recurso o acceso al juez*, el cual se manifiesta, entre otros, mediante el derecho a la tutela cautelar, instrumento garante de la efectiva tutela jurisdiccional.

En esta interpretación del contenido de la tutela judicial efectiva fue pionero el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y, por su influencia, devino en el ordenamiento contencioso-administrativo Español una ampliación del modelo originario y tradicional de medidas cautelares basado en la excepcionalísima y única medida de suspensión del acto administrativo. Este derecho fundamental obligó a compatibilizar el privilegio de autotutela de la administración y su principal efecto: la ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo con la utilización, por parte del juzgador, de las medidas cautelares necesarias y adecuadas para garantizar la *finalidad legítima al recurso o la efectividad de la sentencia*.

En Colombia, la Constitución de 1991 (CN) no incorporó expresamente el derecho fundamental a tutela judicial efectiva, sin embargo los tratados internacionales y convenios válidamente suscritos y ratificados por Colombia, como por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 8) y la Convención Interamericana de los Derechos Humanos (Art. 8.1 y 25) establecen el derecho al recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces competentes que le ampare contra violaciones a sus derechos reconocidos por la constitución, así como obligaciones para los Estados signatarios de garantizar que la autoridad competente prevista decida sobre los derechos de quien interponga el recurso (acceso a la administración de justicia), garantizar el desarro-

llo del recurso (debido proceso) y el cumplimiento de la decisión (efectividad de la sentencia). En Colombia además el derecho fundamental de la Tutela Judicial Efectiva se construye a partir de los Art. 29 CN (Debido Proceso con todas las garantías) y 299 CN (acceso a la Administración de Justicia). Durante más 20 años de vigencia del texto constitucional y con una mora judicial en el contencioso-administrativo de un promedio de 15 años<sup>1</sup>, la única medida cautelar posible fue la suspensión cautelar del acto, utilizada exclusivamente como excepción a la ejecución de los actos de la Administración y únicamente procedente en situaciones de manifiesta ilegalidad de la actuación de la administración pública que fueran de tal magnitud que se pudieran apreciar a primera vez sin mayor análisis por parte del Juez. Durante todo ese tiempo los derechos, incluidos los fundamentales, e intereses legítimos de los administrados carecían de una garantía provisional que permitiera no sólo la conservación de la situación jurídica en litigio, sino no frustrar, *ab origine*, la *eficacia real del pronunciamiento futuro*. La suspensión cautelar del acto sólo permitía el mantenimiento del *status quo ante* del demandante. El reconocimiento de derechos llegaba, con bastante frecuencia, cuando el beneficiario ya había fallecido o cuando ya se le había generado otro tipo de situaciones irreversibles.

De los países de la Europa Continental, herederos de la tradición jurídica francesa, fue en España en donde, durante los últimos 20 años, se ha dado un gran debate doctrinal y un importante desarrollo jurisprudencial en materia de tutela judicial efectiva y tutela cautelar, por lo que un estudio de derecho comparado con su ordenamiento jurídico resulta pertinente.

Esta nueva perspectiva de las herramientas cautelares, en particular, de la suspensión cautelar del acto administrativo, como manifestación de un derecho fundamental, encaminada a ampliar las garantías del

---

<sup>1</sup> Anteproyecto de Plan complementario al Plan Nacional de descongestión 2011 – Jurisdicción de lo Contencioso- Administrativo”, elaborado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura Citado por: CORREA PALACIO, R.E., “*Fundamentos y objetivos de la reforma del Libro II sobre la jurisdicción de lo contencioso- administrativo y sus funciones jurisdiccional y consultiva*”. Biblioteca Luis Ángel Arango, Bogotá 1-3 febrero 2011.

administrado y a servir de verdadero límite a la autotutela de la Administración Pública, se reflejó en la reforma de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998 (LJCA) que amplió ostensiblemente la posibilidad adoptar medidas cautelares dentro de los procesos contencioso-administrativos. Así mismo, el cambio se manifestó en el Art. 1.28 de la Ley 4 de 1999 que modificó el Art. 111 la ley 30 de 1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP), relativo al régimen de suspensión de la ejecución del acto administrativo. En Colombia sólo hasta el año 2012, con la expedición Ley 1437 de 2011, vigente desde enero de 2012, el legislador reconoció las medidas cautelares como el más novedoso y eficaz instrumento para lograr la Tutela Judicial Efectiva.

A pesar de lo anterior, el mismo legislador colombiano y español en uso de su potestad de configuración democrática reguló y puso límites a los administrados para el ejercicio de la Tutela Judicial Efectiva y la Tutela Cautelar. Es así como sometió la adopción de medidas cautelares, entre ellas la suspensión cautelar del acto, al *periculum in mora*, es decir, el temor serio y razonable por el daño potencial a causarse, debido a una mora en la obtención del fallo, que podría modificar la situación jurídica existente al inicio del proceso, dejando, como consecuencia, una sentencia ineficaz y un recurso carente de finalidad; a la existencia del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho que exige la existencia de una situación jurídica que requiere ser cautelada; y a la controvertida ponderación de los intereses en juego -públicos Vs. particulares- o - públicos Vs. públicos-, cuyo contenido ha respondido a una ponderación de perjuicios "*cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto*"<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Entre otras el ATS 12 de Julio de 2002 (JUR 194769); 3 de junio de 1997 (RJ/5049). Debate abierto sobre si la ponderación de intereses debe ser o no un presupuesto para la adopción de la cautela, sobre el mismo *vid:* GARCÍA DE ENTERRIA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T.R. *Curso de Derecho Administrativo II*, vol. Ed. 10, 2010 Pág. 653 y ss.; RODRÍGUEZ ARANA - MUÑOZ, J., "Interés público y suspensión del acto administrativo. La doctrina del tribunal supremo ", en *Revista de Derecho Público Edersa* Volumen III, Núm. 104, 1986, pág. 537 - 553.; RODRÍGUEZ PONTÓN, F. J., *Pluralidad de intereses en la tutela cautelar del proceso Contencioso - Administrativo (adaptado a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998)*, Barcelona, 1999.

La razonabilidad y proporcionalidad los límites incorporados en los ordenamientos administrativos y contencioso-administrativos, de conformidad con el contenido de la tutela judicial efectiva, no resulta del todo clara, así como tampoco lo es el propio contenido y alcance del derecho fundamental mencionado en materia cautelar. En este sentido, se plantea el objetivo de establecer la suspensión cautelar del acto administrativo como una garantía de la tutela judicial efectiva. Para ello, resulta necesario identificar la naturaleza jurídica de la tutela judicial efectiva, establecer la suspensión cautelar como elemento integrador de la tutela judicial efectiva, analizar los límites impuestos por las Leyes 29/1998 (LJCA) y 1437/2011 (LPACA) a dicha medida cautelar de conformidad con el contenido de la tutela judicial efectiva y, para finalizar, hacer un análisis la tutela cautelar en un ámbito concreto y particularmente propenso a las prácticas corruptas: el urbanismo.

Han sido varios los criterios metodológicos manejados en esta investigación, pudiéndose destacar, a este respecto, la utilización del método histórico - comparativo que tiene especial incidencia evolución de los principios que deben irradiar las normas sobre medidas cautelares, en particular, en los límites a la suspensión cautelar del acto. Así como el método sistemático-interpretativo a través del cual se han puesto en relación las diferentes normas que concurren en la regulación del objeto estudiado.

Para el desarrollo de los objetivos se precisa sentar las bases del problema al que nos enfrentamos, analizando la medida cautelar suspensiva históricamente como una institución limitada por los privilegios de la Administración Pública, en particular por la denominada "*Decision exécutoire*", lo que se realizará en el **capítulo I**.

Es necesario continuar con el estudio de la suspensión cautelar desde los principios del Estado Constitucional. La suspensión cautelar del acto no se puede aislar del análisis de las prerrogativas derivadas de la potestad de autotutela de la Administración: ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos frente a los principios constitucionales de legalidad y eficacia de las Administraciones públicas y a la potestad jurisdiccional, así como, de cuestiones de máxima importancia como el concepto de lo cautelar y la potestad jurisdiccional, la facultad de suspensión de actos por las propias autoridades administrativas, la reserva de ley y la taxatividad en el sistema cautelar. Al estudio de los mismos se dedica el **capítulo II**.

Afirmada la potestad cautelar desde uno de los fundamentos constitucionales como lo es la potestad jurisdiccional (Arts. 117.3, 118 CE; Arts. 116 y 238 CN) se deberá analizar luego la tutela cautelar desde fundamento constitucional más dogmático, esto es, con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (derecho español) o derecho fundamental al acceso a la administración de justicia y al debido proceso (derecho colombiano) para, posteriormente, seguir identificando las medidas cautelares desde sus características de instrumentalidad, provisionalidad, mutabilidad, sumariedad y urgencia. El **capítulo III** se ocupa de estos puntos.

Constatada la tutela cautelar y, por lo tanto, la suspensión cautelar del acto, como parte del contenido esencial de la tutela judicial efectiva, así como, los criterios con los que el legislador podrá imponer requisitos para acceder a tal garantía, el **capítulo IV** se dedica al análisis de los requisitos legales establecidos por el legislador contencioso-administrativo Español (LJCA) y Colombiano (LPACA) para el ejercicio de la tutela cautelar, en particular, para la adopción de la medida de suspensión cautelar de los actos administrativos. Para ello, se ha dividido el capítulo en dos epígrafes. En el primero se analizarán los requisitos “sustantivos”: actos administrativos susceptibles de ser suspendidos, *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y ponderación de intereses en conflicto. El segundo se dedica al análisis de los requisitos “procesales”: tipos de proceso en los que procede, juez competente, oportunidad procesal, contenido y sustentación de la solicitud, audiencia parte, pruebas, contracautela, resolución motivada y recursos.

Las medidas cautelares tienen una particular función de protección de la legalidad y un alcance especial cuando se adscriben al ámbito del derecho urbanístico en sus tres áreas de referencia: planeamiento, ejecución y disciplina urbanística. Se dedicará por lo tanto el **capítulo V** a este particular espacio, de tanto impacto en España por ser un caldo de cultivo propicio para las prácticas corruptas, lo que hace que resalte aún más la importancia de la adopción temprana de medidas cautelares, especialmente, la de suspensión de los instrumentos de planeamiento o de las licencias para prevenir los devastadores efectos del fenómeno de la corrupción.

\*\*\*

No quisiera desaprovechar la oportunidad que me brindan estas páginas para expresar mi gratitud a todas aquellas personas que han hecho

parte, a lo largo de los años, de la aventura de realizar esta tesis doctoral. Es por ello que quiero agradecer, ante todo, a mis padres, especialmente a papá por su gran legado de disciplina y perseverancia, más que mi sueño, este es el suyo. A mis hermanos por haber apoyado mis decisiones, aún cuando los tiempos no fueron los mejores y la ausencia física resultó irremediable; a Eli a quien sólo le faltó sentarse a escribir esta tesis por mí para evitar que yo abandonara, nunca terminaré de decirle gracias y, por supuesto, a Javi por acompañarla a ella durante los malos ratos que este proceso le hizo pasar; a Jaime Andrés y Martha Liliana por haber sido mi familia en Europa. A la Universidad Santo Tomás, particularmente, a Fray Carlos Arturo Díaz Rodríguez O.P., maestro y absoluto responsable de la ejecución de este sueño; a Marilina Quintero quien visualizó este proyecto y facilitó el camino; al grupo de investigación Neoconstitucionalismo y Derecho de la Usta, en especial, a su director el Prof. Rodolfo Delgado Gamboa por confiar en mí desde siempre. A mis estudiantes, en particular, a Ana María Ayala y a Angélica Acevedo, gran parte de este escrito maduró en las aulas de clase; al Grupo de Estudios contra la Corrupción de la Universidad de Salamanca, en particular, al los Profs. Drs. Nicolás Rodríguez García y Eduardo A. Fabián Caparrós por hacerme sentir en la Usal como en mi *alma mater*; al Prof. Dr. Miguel Domínguez – Berrueta de Juan por sus consejos y apoyo dentro del Departamento de Derecho Administrativo; al Prof. Toti Musumeci por guiarme durante mi estancia de investigación en la Universidad de Torino y a la Familia Cerina por adoptarme como a uno más de sus hijos en esa ciudad. A Cata, Tere, Nacho, Graciela, Ximena... por todos esos buenos momentos, pero en especial por haber estado a mi lado en los malos. A todos los que hicieron que mi estancia en Salamanca fuera inolvidable. Paola Amaya y Paula Hoyos gracias por estar siempre.

Quiero que estas últimas líneas sean para dar las gracias los Profs. Drs. Francisco Javier Frago y Emmanuel Jiménez Franco por su gran disposición para orientarme adecuadamente durante todo este proceso y a la persona que me abrió las puertas de la Universidad de Salamanca y confió en mí aún cuando yo tenía muy poco que ofrecerle, al Prof. Dr. Pedro T. Nevado – Batalla Moreno, por la recomendación de un tema tan apasionante como el que aquí presento; gracias por haber sido más que un director de tesis, un amigo, por transmitirme el amor por la docencia, la investigación y por enseñarme a creer en un derecho administrativo absolutamente garantista.



**PRIMERA PARTE.**

**LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y  
LA AUTOTUTELA DE LA ADMINISTRACIÓN**



## CAPÍTULO I.

### EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL DE LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO ESPAÑOL Y COLOMBIANO.

Objeto de este trabajo es el análisis de la medida cautelar de suspensión del acto administrativo en el régimen contencioso-administrativo colombiano y español. Pues bien, el análisis de cualquier institución central del derecho administrativo, más aún el de la medida suspensiva del acto, conlleva enfrentarse a categorías dogmáticas de gran envergadura y diversa índole. Me estoy refiriendo, en general, al estudio de las “pre-rrogativas” que, tradicionalmente, han acompañado a la Administración y, más concretamente, al principio histórico de “*Decision exécutoire*”<sup>3</sup> de los actos. En efecto, para evitar que esta inmersión en la institución cautelar suspensiva adolezca de anacronismo, será indispensable, de la mano de los grandes tratadistas en la materia<sup>4</sup>, abordar históricamente su evolución en los sistemas legales Español y Colombiano.

---

<sup>3</sup> Como nos cuenta GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La formación, el desarrollo y la transformación radical en Europa de la Jurisdicción contencioso-administrativa”, en Administración de Andalucía, Núm. 73, 2009, pág. 12, el principio de legalidad de la Administración “es uno de los más grandes y duraderos legados de la Revolución Francesa”. La presunción de legalidad de las actuaciones de la administración conllevó su obligatoriedad, inmediata ejecución y el carácter no suspensivo del recurso en sede administrativa y contenciosa. En este sentido vid: HAURIUO, Précis de Droit Administratif, París, 1933, pág. 361 y ss.; LAFERRIERE, Traité de Jurisdiction administrative, París, 1968, pág. 145 y ss.

<sup>4</sup> Me refiero a autores de obligada lectura y análisis tratándose del estudio de las medidas cautelares en el ámbito administrativo y cuyas grandes obras acompañaran este pequeño estudio: Aunque por todos conocidos, son de obligado nombramiento, cuando se aborda cualquier tipo de investigación sobre medidas cautelares, los estudios del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA E, ya que gracias a ellos se introduce en España el impulso motivador del avance sobre la tutela cautelar. Estas investigaciones han sido publicadas individualmente en las revistas jurídicas más reconocidas del país y han sido recopiladas en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por las medidas cautelares, Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso - administrativo Español* 2da Ed. ed., Madrid, 1995, Así mismo los trabajos de BACIGALUPO, M., *La nueva tutela cautelar en el Contencioso- Administrativo*, Madrid, 1999, BOTIA TORRALBA, P., *Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa* Madrid 2007, CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., “Las medidas cautelares”, en *Estudios de Derecho Judicial. Ejemplar dedicado a la nueva ley de la Jurisdicción Contencioso - Administrativa*, Número 11, 1998, pág. 533 y ss. CHINCHILLA MARÍN, M. C., “Los criterios de la adopción de

En los países herederos de la tradición jurídica continental Europea, el principio de legalidad<sup>5</sup> y sus derivados “privilegios de la Administración” han sido el pilar en torno al cual se ha construido el Derecho administrativo, como Derecho estatutario, apartándose del *rule of law*. La Administración pública, “como organización llamada a la ejecución de la Ley”<sup>6</sup>, en su relación con los administrados, aparece revestida de una serie de prerrogativas heredadas del príncipe. Así definido por DICEY<sup>7</sup> y, posteriormente, por HAURIU<sup>8</sup> se crea “un derecho de equidad basado en la prerrogativa de la administración y organizado conforme a la teoría del acto”.

El propio acto administrativo ha sido calificado como un privilegio por su carácter de “Decisión Ejecutiva”, es decir, de imposición unilateral de la voluntad de la Administración a los administrados sin necesidad de acudir previamente a la jurisdicción<sup>9</sup>. La ejecutividad del acto adminis-

---

las medidas cautelares en la nueva Ley reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa”, en *Cuadernos de derecho judicial. Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Número. 8 1999, pág. 17-65. CHINCHILLA MARÍN, M. C., “Regulación de las medidas cautelares”, en *Justicia Administrativa*, Núm. extraordinario 1999, pág. 183-204, DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo : un estudio normativo y jurisprudencial*, Navarra, 2004, GIL IBAÑEZ, J. L., *Las medidas cautelares en el proceso contencioso - administrativo (una visión práctica)*, Madrid 2001, GONZÁLEZ - VARAS IBAÑEZ, S., “Medidas cautelares y jurisdicción contencioso-administrativa”, en *Revista de Derecho Procesal*, Numero 1-3, 2001, pág. 199 y ss, PAREJO ALFONSO, L., “La tutela cautelar en el orden contencioso - administrativo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 49, 1986, pág. RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa : análisis doctrinal y jurisprudencial*, Cizur Menor, 2001, TORNOS MAS, J., “Suspensión cautelar en el proceso contencioso - administrativo y doctrina jurisprudencial (Comentarios a los Autos de la Sala del Tribunal Supremo de 28, 29 y 30 de marzo y de abril de 1988)”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Número 61, 1989, pág. 124-126. VALORZI, A., *Tutela cautelare in processo amministrativo*, Padova, 1991,

<sup>5</sup> Art. 7 Declaración de los Derechos del Hombre de 1789.

<sup>6</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La formación, el desarrollo y la transformación radical...”, en *Administración De...Ob. cit.* pág. 15. Art. 3 Constitución Francesa de 1791 “No hay en Francia autoridad superior a la Ley. El Rey no reina más que por ella y sólo en nombre de la Ley puede exigir la obediencia”.

<sup>7</sup> DICEY, A. V., *An introduction to the Law of the Constitution*, Londres, 1965, pág. 193 y ss.

<sup>8</sup> HAURIU, *Precís de Droit Administratif*, *Ob. cit.*, pág. 362.

<sup>9</sup> En la legislación italiana el principio fundamental de la ejecutividad del acto administrativo y, por lo tanto la facultad excepcional de su suspensión en vía contenciosa “*per gravi*

trativo, y, con ella, la no suspensión del recurso, ha acompañado el derecho de la administración desde sus orígenes y se ha extendido a todos los sistemas legislativos latinos. La legislación española y la colombiana no fueron la excepción.

## I. EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL, LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL DE LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO ESPAÑOL.

**En la baja edad media**, época en la que el contencioso administrativo, tal como es conocido hoy, no veía todavía su nacimiento, se centralizaba toda idea de poder en el Rey<sup>10</sup>. “La trayectoria del estado preconstitu-

*ragioni*” se plasmó en el Art. 12 de la Ley de 31 de marzo de 1889, norma que instituyó la IV sección del Consejo de Estado y que mantuvo su vigencia hasta 1971; Posteriormente la misma regla “*I ricorsi in via contenziosa non hanno effetto sospensivo*” se reitera en Art. 8 de la Ley de 1 de mayo de 1890, el Art. 31 del Texto Único de 17 de agosto de 1907 y Art. 39 del Texto Único de 26 de junio de 1924. Normas diseñadas para garantizar la eficacia de los actos de la administración y evitar el enjuiciamiento de los mismos por la justicia ordinaria, un sistema coherente con sistema contencioso heredado del derecho francés. Sobre este argumento *vid*: PALEOLOGO, G., *Il giudizio cautelare amministrativo*, Padova, 1971, pág. 3 yss; FOLLIERI, E., *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981, pág. 7. En el derecho francés el principio citado aparece, en el Art. 3 del Decreto de 22 de julio de 1806, la consagración de la regla general de no suspensión de los actos administrativos, pudiendo suspenderse, excepcionalmente, por la sección de lo contencioso o la Asamblea plenaria del *Conseil d'Etat*.

<sup>10</sup> Lo afirmado a manera de presentación, se complementa con valiosos estudios como los del profesor RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ que abordan el origen de la ejecutividad del acto y la no suspensión del recurso contencioso administrativo desde la “realidad histórico – jurídica española” y las fuentes propias del derecho público español. Este autor, en su obra, a la cual remitimos para su estudio, remonta a la baja edad media el nacimiento de carácter no suspensivo del recurso contencioso, ubicando su ascendencia en las cartas expedidas por el Rey. El Rey administraba rodeado de sus oficiales, legislaba junto con las cortes y “era juez y conservador del derecho”. Entre otros estudios: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *La Suspensión del Acto Administrativo en vía de recurso*, Madrid, 1986, “La evolución histórica de la suspensión del acto administrativo en vía contenciosa en el Derecho español.”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* T. LVII, Núm. 57, 1987, pág. 697-736. En el mismo sentido: GARRIDO FALLA, F., “La evolución del recurso contencioso - administrativo en España”, en *Revista de Administración Pública*, Núm. 55, 1968, pág. 9: “El reconocimiento en manos del monarca de las facultades legislativa y de gobierno, está consagrado en las más viejas leyes españolas, la Ley I del Título I del libro IV de la Novísima Recopilación incluye las peticiones dirigidas a Don Enrique II por las Cortes de Toro el año 1371 y por las de Burgos del año 1377, y a Don Juan II por las cortes de

cional se caracteriza cabalmente por una concentración de poderes en manos del Monarca que se corresponde con una paulatina desaparición de los vestigios feudales”<sup>11</sup>. Poco a poco, con el sometimiento del Rey a la observancia de la ley<sup>12</sup>, se fue abriendo paso la facultad de impugnar los actos del Rey que resultasen lesivos de los derechos o intereses de los súbditos, a través del recurso extraordinario de suplicación<sup>13</sup>. Fue en 1293 cuando las Cortes de Valladolid previeron, por primera vez, que las cartas de Rey “no ajustadas a derecho”<sup>14</sup>, o que, “causaran un mal irreparable y cierto”<sup>15</sup> a los súbditos<sup>16</sup>, se suspendieran en su ejecución y efectos hasta tanto el mismo Monarca no volviera a pronunciarse sobre las mismas. Posteriormente, desde 1301 y hasta inicios del siglo XV, la competencia para determinar la suspensión de las cartas del Rey la tendrá el oficial del lugar donde la misma fuera recibida. Éste se encargaría de remitir la carta -acompañada de un memorial expositivo de las razones de suspensión- a las Cortes para su decisión final<sup>17</sup>. “El sistema se va generalizando hasta el punto de que la regla general era la suspen-

---

Valladolid el año 1442, sobre la prohibición de impedir las apelaciones de jueces inferiores a las Audiencias Reales”.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pág. 10.

<sup>12</sup> Herencia de la Revolución Francesa. En este sentido: Art.5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y Art. 3 de la Constitución Francesa de 1791.

<sup>13</sup> VILLAPALOS SALAS, G. A., *Los recursos contra los actos de gobierno en la baja edad media*, Madrid, 1976, Pág. 191.

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ ARANA - MUÑOZ, J., *La Suspensión del Acto... Ob. cit.*, pág. 65. El desacuerdo del pronunciamiento con la Ley vigente ha sido desde siempre el presupuesto *sine qua non* para la impugnación del mismo.

<sup>15</sup> VILLAPALOS SALAS, G.A., *Los recursos... Ob. cit.*, pág. 194. Como se puede apreciar el perjuicio ha acompañado el proceso de evolutivo de la suspensión de los actos administrativos desde épocas remotas.

<sup>16</sup> Dos requisitos que como veremos han acompañado la institución estudiada desde sus orígenes.

<sup>17</sup> Aunque la decisión final se mantiene en el Poder de Rey, el oficial obligado a hacerla cumplir examinaba la carta y estaba obligado a motivar por escrito las razones de la suspensión. La obligación de motivar se encuentra también incluida en la regulación más antigua de la suspensión cautelar. RODRÍGUEZ- ARANA MUÑOZ, J., “La evolución histórica de la suspensión...”, *Ob. cit.*, pag. 702.

sión de las cartas lesivas y la excepción de la ejecución de dichas cartas aun cuando se solicitase la decisión del Rey”<sup>18</sup>.

A partir del Siglo XV la práctica vuelve al extremo contrario: la no suspensión de las cartas de Rey. Pareciera que se retomaba lo establecido a finales del 1200: la suspensión de las cartas se permitía excepcionalmente cuando confluían los dos criterios clásicos: “la existencia de un acto escrito contrario a derecho y que la ejecución causara un daño real al particular”<sup>19</sup>. El desacuerdo del súbdito frente al cumplimiento de la carta, mediante la fórmula “se obedece, pero no se cumple” y la valoración por parte del oficial de la concurrencia de los requisitos arriba mencionados daba como resultado, por un lado, la suspensión de la ejecución de la misma hasta que recayese el pronunciamiento definitivo del juez y, por el otro, la obligación del oficial de trasladar la carta del Rey con el memorial expositivo de los motivos de suspensión a la Corte para su revisión<sup>20</sup>.

La prevalencia del principio de ejecutividad de los actos de la administración no dio cabida a ningún tipo de discusión. Los acuerdos de la administración que versaren sobre asuntos políticos, económicos o de policía<sup>21</sup>, tendrían fuerza ejecutiva inmediata, pudiendo impugnarse, en vía gubernativa<sup>22</sup> ante la propia Administración, a través del recurso “de apelación o contradicción”<sup>23</sup> y ser suspendidos solo excepcionalmente;

---

<sup>18</sup> *Idem*.

<sup>19</sup> De nuevo encontramos los dos requisitos originales a cuya existencia estaba supeditada la suspensión.

<sup>20</sup> En este sentido: VILLAPALOS SALAS, G.A., *Los recursos... Ob. cit.*, pág. 489; RODRÍGUEZ ARANA - MUÑOZ, J., *La Suspensión del Acto... Ob. cit.*, pág. 65.

<sup>21</sup> DOU Y BASSOLS, *Instituciones de derecho público general de España, con noticia particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno de cualquier estado*, vol. II, 1800, pág. 47.

<sup>22</sup> *Idem*, pág. 49 “las providencias o decretos hechos gubernativamente no tienen autoridad de cosa juzgada”. Sobre ello, nos dirá GARRIDO FALLA, F., “La evolución del recurso contencioso...”, en *Revista de Administración...*, *Ob., Cit.*, pág. 11 que “la diferencia entre la jurisdicción gubernativa y contenciosa se centra precisamente en la existencia de los trámites específicos del juicio, una diferencia que (...) no impide el que una cuestión gubernativa se haga contenciosa; lo cual constituye cabalmente el concepto de lo que hoy se llama contencioso - administrativo”.

<sup>23</sup> GALLEGO ANABINARTE, A., *Administración y jueces: gubernativo y contencioso*, Madrid, 1971, pág. 66.

mientras que, los acuerdos de la administración relativos a asuntos de derecho civil o criminal, que conllevaran litigio entre partes, deberían ser resueltos, mediante juicio, por magistrados en vía contenciosa<sup>24</sup> y suspenderse su ejecución hasta tanto el mismo no finalizara. “En este orden de cosas la Administración intentó evitar que los asuntos se hicieran contenciosos y empezó a asumir competencias sobre dichos asuntos remitidos a la justicia ordinaria a base de constantes normas”<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, pág. 92 y 128. Así mismo ver: DOU Y BASSOLS, *Ob. cit.*, pág. 47 “[...] jurisdicción contenciosa es la que procede con citación o audiencia de partes en juicio formal y contradictorio, como es la de casi todos los magistrados, comprendiendo también así, por lo común, a la gubernativa dentro de la misma esfera contenciosa, o con facultades para obrar en las cosas o negocios que deben despacharse gubernativamente, iguales a las que tienen en lo contencioso. Jurisdicción meramente gubernativa es la que procede sin figura, ni estrépito o trámites de juicio en los asuntos insinuados meramente gubernativos, como son casi todos los de policía y economía”.

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *La Suspensión del Acto Administrativo...*, *Ob. cit.*, pag. 68. Existían para entonces, administradas a menudo por los mismos magistrados, la jurisdicción ordinaria, encargada de conocer “todas las causas de sus territorios, a excepción de las privilegiadas”, a la cual se adscribían los ya descritos asuntos contenciosos y gubernativos, y la jurisdicción privilegiada, aquella que “por motivo de privilegio o ley especial tiene juzgado particular” (Entre ellas, los eclesiásticos, los grandes de España, las personas reales, los militares, los maestrantes, los nobles, los extranjeros, los que ascendían de determinadas rentas). La inexistencia de separación de poderes, “la confusión orgánica entre funciones gubernativa y jurisdiccional” y el abuso de los fueros de privilegios, predominantes en aquella época, arrojaban una incipiente, desigual y “mala” función jurisdiccional. Fueron estas las razones fundamentales, resaltadas por la comisión redactora en la exposición de motivos de la Constitución de Cádiz de 1812, para dar un giro al sistema y consagrar como principios vertebradores de la carta magna la separación de poderes y la unidad de fuero jurisdiccional. En este sentido: NIETO, A., “Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España”, en *Revista de Administración Pública*, Núm. 60, 1966, pág. 28 y GARRIDO FALLA, F., “La evolución del recurso contencioso...”, en *Revista de Administración...*, *Ob. cit.*, pág. 10 quien comenta que “La reconducción de las facultades jurisdiccionales a una única fuente originaria, el Rey, no evitó el pluralismo de fueros jurisdiccionales típico de la sociedad estamental”; *Ibidem*, pág. 11. Así mismo, Los magistrados españoles podían tener al mismo tiempo jurisdicción gubernativa y contenciosa. En este sentido: DOU Y BASSOLS, *Ob. cit.*, pág. 217. “Mala” función jurisdicción fue el adjetivo utilizado por la comisión redactora en la Exposición de Motivos de la Constitución de Cádiz para referirse a la administración de justicia. “La comisión no necesita detenerse a demostrar que una de las principales causas de la mala administración de justicia entre nosotros es el fatal abuso de los fueros privilegiados introducidos para la ruina de la libertad civil y oprobio de nuestra antigua y sabia constitución. El conflicto de autoridades que llegó a establecerse en España en el último reinado, de tal modo había anulado el imperio de las leyes, que casi parecía un sistema planteado para asegurar la impunidad de los delitos”.



## 1. La regulación de la suspensión cautelar en la legislación del Antiguo régimen<sup>26</sup>.

La aparición como tal de lo que hoy se conoce como contencioso administrativo "con su esfera de acción propia, sus tribunales y procedimientos"<sup>27</sup> data del siglo XIX, "por más que en los anteriores tiempos no dejen de hallarse indicaciones y antecedentes de su imperfecta existencia. Que ha debido existir siempre, parécenos indudable, un regulador de las relaciones entre la Administración y los administrados; desde que surge el Estado, surge lo contencioso administrativo, pero surge éste sin sus privativos caracteres, sin el necesario deslinde de lo que le es exclusivo y propio; no metodizado su procedimiento, ni señalada su esfera de acción. En estas condiciones, lo contencioso administrativo no disfruta la vida del derecho, sino la que le concede el poder público"<sup>28</sup>.

Inevitable resulta señalar que la jurisdicción contenciosa ha sido una de las grandes conquistas de la Revolución Francesa, eso sí, bajo la impronta propia que en su momento le dejó el haber sido creada por quienes ejercieron el poder ejecutivo después de la victoria. Es así como surge a finales del siglo XVIII<sup>29</sup>, con la finalidad de proclamar la supremacía de la

---

<sup>26</sup> En este periodo ya se puede hablar de la existencia de las bases del sistema contencioso administrativo. En la legislación decimonónica se encuentran los antecedentes más lejanos de la Ley de la Jurisdicción contenciosa de 1956 y del instrumento cautelar suspensivo. Sobre la evolución de la jurisdicción contencioso administrativa *vid*: NIETO, A., "Los orígenes de lo contencioso..." *Ob. cit.*, pág. 27 y CABALLERO Y MONTES, *Lo Contencioso Administrativo*, Madrid, 1902, pág. 5.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pág. 13.

<sup>28</sup> *Idem*. En el mismo sentido: GARRIDO FALLA, F., "La evolución del recurso contencioso...", en *Revista de Administración...*, *Ob.*, *Cit.*, pág. 9 explica cómo, durante este lapso, se van decantando cada una de las grandes cuestiones polémicas han acompañado la materia, estas son: separación de funciones gubernativa y contenciosa, unidad de jurisdicción, jurisdicción retenida *Vs* jurisdicción delegada y composición de tribunales.

<sup>29</sup> En 1799 el Art. 52 de la constitución napoleónica se crea el *Conseil d'Etat* como pilar sobre el pivota toda idea, en el sistema francés de justicia administrativa. En este sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La formación, el desarrollo y la transformación radical...", en *Administración De...Ob. cit.* pág. 17.

ley<sup>30</sup>, “madura en el siglo XIX y conoce un espectacular despliegue en el Siglo XX”<sup>31</sup>.

### 1.1 La suspensión bajo la Constitución de Cádiz de 1812<sup>32</sup>.

La carta gaditana recordada en la historia por su ideología liberal, doctrinaria y por promulgar el principio de unidad de jurisdicción, es decir, por eliminar la mayor parte de las jurisdicciones privilegiadas, reconduciendo el conocimiento de todos los asuntos a la jurisdicción ordinaria, conservando solamente las jurisdicciones especiales para los asuntos eclesiásticos, militares, relacionados con la hacienda pública, consulados y con la minería<sup>33</sup>. Así mismo, la constitución de Cádiz se caracterizó por establecer el principio de separación de poderes, especialmente, por diferenciar las funciones gubernativa (correspondiente al Rey y sus ministros) de la judicial (ejercida por los tribunales ordinarios, sobre los asuntos civiles y criminales, y los pocos jueces especiales remanentes)<sup>34</sup>.

No existía, hasta el momento el momento, un órgano revisor de las decisiones gubernativas. Los acuerdos ministeriales no permitían más recurso que “la suplica del Rey (...) al mismo ministro para que reforme o

---

<sup>30</sup> Idea que se plasma en el Art. 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789: “Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a lo que la Ley no ordena”.

<sup>31</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La formación, el desarrollo y la transformación radical...”, en *Administración De...Ob. cit.* pág. 13.

<sup>32</sup> En: <http://www.constitucion1812.org/enlaces1.1.asp>.

<sup>33</sup> Art. 248 Constitución de 1812 “En los negocios comunes, civiles y criminales no habrá más que un solo fuero para toda clase de personas”. Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Sobre la génesis del derecho administrativo español en el siglo XIX, (1812 - 1845)*, Sevilla, 1973, pág. 75 y ss.

<sup>34</sup> Título II del territorio de las Españas, su religión y gobierno, y de los ciudadanos españoles. Capítulo III Del Gobierno: Art. 15 “la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey”, Art. 16 “la potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey”, Art. 17 “la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la Ley”. Título V de los Tribunales, de la administración de justicia en lo civil y criminal. Capítulo I de los Tribunales, Art. 243 “Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar a abrir los juicios fenecidos” y Art. 245 “ Los tribunales no podrán ejercer otra función que la de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado” de la Constitución de Cádiz.

revoque, si lo tiene a bien, su propia decisión”<sup>35</sup>. El Consejo de Estado, regulado en el Título IV Capítulo VI Arts. 231 a 241, carecía de toda función jurisdiccional y limitaba su quehacer a dar consejo al Rey “sobre los asuntos graves gubernativos”. Para RODRÍGUEZ- ARANA MUÑOZ, el sentido de los Arts. 14,243 y 245 de la constitución gaditana era la atribución a los jueces ordinarios de los asuntos del Estado, es decir, “anteponer el poder judicial al aparato administrativo”<sup>36</sup>, espíritu que se vio debilitado por la “labor antijudicialista” llevada a cabo en el posterior trienio liberal. Con todo lo anterior, el resultado del periodo comprendido entre 1812 y 1845 arrojaba una sensación de vacío judicial y arbitrariedad administrativa. Frente a esta situación, se alzaron críticas de los tratadistas del momento que, de una parte, resaltaban la inexistencia de regulación legal respecto de los asuntos que no eran, exclusivamente, contenciosos ni administrativos, sino que se caracterizaban por su naturaleza mixta, los cuales, al no poder develarse ante los Tribunales ordinarios ni ante los jueces especiales<sup>37</sup>, creaban “una peligrosa zona de nadie”<sup>38</sup> y eran protagonistas de “agravios y lesión de derechos puramente administrativos”<sup>39</sup>. Se entendían por asuntos mixtos, aquellos que “sien-

---

<sup>35</sup> SIVELA, F. A., *Estudios prácticos de Administración*, Madrid, 1839, pág. 326.

<sup>36</sup> RODRÍGUEZ- ARANA MUÑOZ, J., “La evolución histórica de la suspensión...”, *Ob. cit.*, pag. 706. En Francia se crea el *Conseil d’Etat* en 1799 con la primera Constitución Napoleónica. El Art. 52 del mencionado documento le encomienda al nuevo órgano la redacción de proyectos de Ley y reglamentos de la Administración pública y la resolución de las dificultades que surjan en materia administrativa. Asimismo, La Ley Napoleónica del 28 pluvioso del año VIII (1799) le encomienda al *Conseil d’Etat* el conocimiento de los recursos contra los actos de las autoridades centrales de la Administración y a los consejos de prefectura el de los recursos contra los actos de las autoridades departamentales o de provincia.

<sup>37</sup> Entre otros: SIVELA, F. A., *Estudios prácticos... Ob., Cit.*, pág. 327; ABELLA, J., *Tratado de Derecho Administrativo Español* vol. III, 1888, pág. 91 y ss; ORTIZ DE ZUÑIGA, *Elementos de derecho administrativo*, vol. III, 1843, pág. 367 y ss; NIETO, A., “Los orígenes de lo contencioso...” *Ob. cit.*, pág. 30 “Las consecuencias de este vacío fueron tan deplorables como se puede imaginar; pero sin que la doctrina ni el legislador (absorbido éste por las urgentes atenciones de la guerra civil y de las convulsiones políticas) acertaran a dar una solución (...) mediaba una unidad de criterio muy generalizada: en la necesidad de construir unos Tribunales administrativos de competencia general”.

<sup>38</sup> *Idem*. En el mismo sentido: POSADA HERRERA, *Lecciones de Administración*, vol. I, 1843, pág. 101 “el poder judicial sólo puede entrar en competencia con el administrativo en los casos que son, generalmente conocidos, con el nombre de materias contencioso – administrativas (y que carecen de regulación precisa)”.

<sup>39</sup> ABELLA, J., *Tratado de Derecho Administrativo... Ob. cit.*, pág. 91.

do contenciosos (o civiles) por naturaleza, en razón al derecho preexistente en que se fundan, participan a la vez de la cualidad de administrativos por el carácter de su objeto y por la circunstancias de los que en ellos tienen interés"<sup>40</sup>. Por otra parte, como consecuencia de las anteriores afirmaciones, la doctrina también vislumbró la necesidad de una reforma que contemplara, particularmente, la creación de Tribunales administrativos de competencia general<sup>41</sup>.

La incertidumbre legislativa y los múltiples conflictos de competencia existentes respecto a la autoridad competente para el conocimiento de los recursos frente a los negocios contencioso – administrativos (Administración Vs Poder Judicial) llevaron, en la práctica, a que la Administración asegurara la ejecución de sus decisiones en aquellos asuntos relacionados con la Hacienda y el régimen local<sup>42</sup>. Tal situación se reflejó en la expedición de los Decretos de 27 de junio de de 1822, de 13 de febrero de 1823 y la Real Orden de 8 de mayo de 1939. El primero de ellos, permitió a la Administración Tributaria ejecutar sus decisiones y no suspenderlas por la interposición del recurso judicial<sup>43</sup>; el segundo

---

<sup>40</sup> ORTIZ DE ZUÑIGA, *Elementos de derecho... Ob. cit.*, pág. 370.

<sup>41</sup> GIL DE ZÁRATE, "Administración de los Tribunales contencioso-administrativos", en *Revista de Madrid*, 1838, pág. Reproducido asimismo en GALLOSTRA Y FRAU, J., Colección Bibliográfica de lo contencioso – administrativo, 1882, pág. 145 y ss. En el mismo sentido: SIVELA, F. A., *Estudios prácticos... Ob. cit.*, pág. 181 y ORTIZ DE ZUÑIGA, *Elementos de derecho... Ob. cit.*, pág. 371: "(...)éste es uno de los grandes vacíos que se encuentran en la legislación (...) si en estos casos es la Administración quien toma a su cargo el conocimiento, el interés individual no tiene suficiente garantía en sus litigios con los intereses comunes, y, por el contrario si son los Tribunales los que entienden y deciden, escuchados en su inamovilidad, con sus pausadas formas, con todas sus solemnidades, la Administración se ve a cada paso llena de trabajas, sin poder usar aquella libertad de acción que necesita para obrar con desembarazo y para llenar cumplidamente los objetos de su institución".

<sup>42</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Sobre la génesis del derecho administrativo... Ob. cit.*, pág. 78. En el mismo sentido: RODRÍGUEZ- ARANA MUÑOZ, J., "La evolución histórica de la suspensión...", *Ob. cit.*, pag. 708. El Decreto de 12 de mayo de 1822 autoriza, provisionalmente, a los intendentes para que puedan obrar por sí y sin necesidad de implorar el auxilio de Poder Judicial ni otra autoridad.

<sup>43</sup> Sobre la consagración del principio *Solve et repete* y la no suspensión de las decisiones relacionadas con la Hacienda *vid*: RODRÍGUEZ- ARANA MUÑOZ, J., *La Suspensión del Acto Administrativo...*, *Ob. cit.*, pag. 69. En el mismo sentido: PARADA VÁZQUEZ, R., "Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 55, 1968, pág. 60. "El talón de Aquiles de todo sistema de Administración y justicia administrativa, que es la recaudación de los Tributos. La generosidad de garantías, excesivas

está dirigido a las diputaciones provinciales, entidades que deberán conocer de toda queja que hagan los Ayuntamientos respecto al reparto del cupo de contribuciones, sin que dicho reparto se suspenda en su ejecución<sup>44</sup>; y el tercero, más general, ordena que las decisiones de los Ayuntamientos y diputaciones provinciales, tomadas en el marco de sus competencias, se ejecuten “sin que los tribunales admitan contra ellas interdictos posesorios de manutención o restitución, aunque deberán administrar justicia a las partes cuando entablen las acciones le legalmente les competen”<sup>45</sup>. Bajo esta Real Orden, para pretender la suspensión de los de las decisiones Administrativas de los Ayuntamientos o Diputaciones, el particular debía recurrir ante la Jurisdicción (para algunos asuntos ante Tribunales ordinarios, para otros a una jurisdicción especial conformada por la misma Administración<sup>46</sup>).

---

quizá para los contribuyentes españoles, máxime los de aquel tiempo turbulento, originaron sin duda un colapso de tal importancia en el sistema recaudatorio que obligaron a las propias Corles a establecer una grave excepción para la materia tributaria, hasta el punto de trasladar todos los poderes judiciales a los órganos de la Administración, suprimiendo toda garantía jurisdiccional”.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pág. 70.

<sup>45</sup> En este sentido: GALLEGO ANABINARTE, A., *Administración y jueces... Ob. cit.*, pág. 138 y 141; RODRÍGUEZ- ARANA MUÑOZ, J., *La Suspensión del Acto Administrativo...*, *Ob. cit.*, pag. 71: “Aún convirtiéndose en asunto en contencioso se postula la previa ejecución de la resolución al igual que en la nominada Administración interina del Antiguo Régimen”.

<sup>46</sup> RODRÍGUEZ- ARANA MUÑOZ, J., “La evolución histórica de la suspensión...”, *Ob. cit.*, pag. 710 afirma que bastaba que los particulares acudieran a los jueces de primera instancia o de las Audiencias para suspender la decisión administrativa. En todo caso, con la constitución de administraciones interinas que resolvieran los recursos relacionados con asuntos contencioso-administrativos se evitaba la paralización de las decisiones administrativas por la jurisdicción ordinaria. Sobre el punto: PARADA VÁZQUEZ, R., “Réplica a Nieto sobre el principio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso - administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, Núm. 59, 1969, pág. 61 “Resumiendo, en el sistema de Cádiz prima el principio de unidad judicial que quiebra en materia tributaria, lo cual estaba en cierto modo previsto en el Preámbulo de la propia Constitución de 1812 con una expresa referencia: *el sistema de rentas, mientras no se reforme de raíz, podrá requerir una excepción al sistema de Tribunales*”.

## 1.2 La suspensión de los actos administrativos en las Leyes de 2 de abril, relativa a la organización de Consejos Provinciales, y 6 de septiembre de 1845, reguladora del Consejo Real.

Estas normas resultan ser los antecedentes más certeros de la jurisdicción contencioso-administrativa como jurisdicción especial. Los asuntos contenciosos se dividieron en aquellos propios de la competencia de los Tribunales ordinarios y otros, denominados contencioso-administrativos, de competencia de los nuevos Tribunales administrativos especiales<sup>47</sup>. Unos Tribunales que, en el contexto político y académico de la época<sup>48</sup>, formaban parte de la Rama Ejecutiva; era el Rey quien, previa consulta al Consejo Real<sup>49</sup> (Consejo de Estado en 1858) y con refrenda posterior de uno de sus Ministros, poseía la competencia para administrar justicia<sup>50</sup>. Este sistema se conoció como el "sistema de justicia administrativa retenida"<sup>51</sup>, precisamente porque la decisión final del

---

<sup>47</sup> Cfr. GALLEGU ANABINARTE, A., *Administración y jueces... Ob. cit.*, pág. 151. En el mismo sentido: LÓPEZ RODÓ, L., "Las medidas cautelares en la jurisdicción Contencioso-Administrativa", en *Libro homenaje a Jesús López Medel*, Madrid, 1999, pág. 1952.

<sup>48</sup> La influencia francesa y el pensamiento de los especialistas de ese momento llevan a consagrar en las leyes estudiadas al "Administrador supremo como Juez supremo". En este sentido: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., "La evolución histórica de la suspensión...", *Ob. cit.*, pag. 712.

<sup>49</sup> Como nos lo cuenta GARRIDO FALLA, F., "La evolución del recurso contencioso...", en *Revista de Administración...*, *Ob. cit.*, pág. 13: "la ley se dicta bajo la vigencia de la Constitución de 23 de mayo de 1845, que para nada se refería al Consejo Real ni a la vía contencioso-administrativo". El Consejo Real se convierte en Consejo de Estado en 1858 por decreto de 14 de julio de 1858. También existían los consejos provinciales.

<sup>50</sup> Art. 217, 222 R.D. 21 de mayo de 1853.

<sup>51</sup> Así enunciado por: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La formación, el desarrollo y la transformación radical...", en *Administración De...Ob. cit.* pág. 17. Del mismo autor y en el mismo sentido: "Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del Siglo XX. Una visión histórica comparatista" en *Revista de Administración Pública* Núm. 152 2000, pág. 93 y ss. Este mismo sistema de jurisdicción retenida imperó en Francia desde 1790 Ley 16-24 de agosto. Era el Emperador, con previa escucha de *Conseil d'Etat*, quien decidía sobre la materia administrativa en general. Tal situación se mantuvo hasta 1870 cuando la decisión final en materia de recursos administrativos correspondió, solamente, al *Conseil d'Etat*. Posteriormente, en 1872 se dio la jurisdiccionalización total del Consejo de Estado Francés.

enjuiciamiento de las resoluciones de los ministros (únicas decisiones contra las que procedía recurso) dependía del propio poder ejecutivo.

Algunos autores afirman que la elección de Tribunales especiales adscritos al poder ejecutivo responde a la influencia francesa<sup>52</sup>. Otra línea doctrinal<sup>53</sup> sin disentir de lo anterior, introduce un matiz que diferencia la regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa francesa de la española para esta época: mientras en Francia se escogía al Poder Ejecutivo para conocer de los recursos contra los actos de la Administración - con la finalidad de que el Poder Judicial, sin duda alguna autónomo del ejecutivo, no perturbara la eficacia de la Administración-, en España, la mayoría de los administrativistas consideraba al Poder Judicial como parte del Poder Ejecutivo en cabeza del Monarca<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> GARRIDO FALLA, F., "La evolución del recurso contencioso...", en *Revista de Administración...*, *Ob. cit.*, pág. 14. PARADA VÁZQUEZ, R., "Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 55, 1968, pág. 65 y ss., afirma que la importación de este sistema de jurisdicción especial, que otorgó funciones judiciales a órganos administrativos, vulneró el principio de unidad de jurisdicciones plasmado en la Constitución de Cádiz. En Francia desde la Constitución de 1791 se confió al Rey la potestad de anular los actos de las Administraciones de Departamento contrarias a la Ley y a sus órdenes (Art. 8). Tal potestad no fue confiada al Poder Judicial en respeto el principio de separación entre la Administración y la Justicia (Ley 16-24 agosto de 1790) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La formación, el desarrollo y la transformación radical...", en *Administración De...Ob. cit.* pág. 17.

<sup>53</sup> NIETO, A., "Los orígenes de lo contencioso..." *Ob. cit.*, pág. 32.

<sup>54</sup> Esta aseveración, que se mantiene hasta principios del siglo XX, la sustentan los trabajos de GIL DE ZÁRATE, Administración de los Tribunales contencioso... *Ob. cit.*, pág. Reproducido asimismo en GALLOSTRA Y FRAU, J., Colección Bibliográfica... pág. 147. "El gobierno de toda nación se divide, como es sabido, en dos grandes ramas: el poder legislativo y el Poder ejecutivo (...) lo que regularmente se llama Poder Judicial no es más que uno de los ramales del Poder ejecutivo (...)", SIVELA, *Estudios prácticos...* *Ob. cit.*, pág. 189. "El supremo administrador del estado debe ser, al propio tiempo, el Juez supremo de las contiendas administrativas, bajo la responsabilidad de sus ministros (...) de tiempo inmemorial en España, el Rey está en posesión de ejercer aquel derecho". COLMEIRO *Derecho administrativo español*, Madrid, 1870, pág. 356 y, más tarde, los de ABELLA, *Tratado teórico-práctico de lo contencioso-administrativo*, 1889, pág. 36. "La subdivisión del Poder Ejecutivo en administrativo y en judicial (...)", y CABALLERO Y MONTES, *Lo Contencioso Administrativo...* *Ob. cit.*, pág. 2. Frente a estas afirmaciones se alzan posiciones como la de PASO Y DELGADO *Teoría de los procedimientos contencioso-administrativos*, 1889, pág. 9, que discrepan de tal diferencia de origen y consideran que el poder público estatal se manifestaba a través de la función legislativa, ejecutiva y judicial.

Ni los estudiosos del derecho administrativo ni los legisladores del momento eran partidarios de la judicialización (por Tribunales ordinarios) de la Administración.<sup>55</sup> Fueron reiterativos argumentos relacionados con: el carácter particularísimo de los asuntos en los que forma parte la Administración; los inconvenientes que se presentarían si los mismos magistrados que conocen los litigios comunes asumieran el conocimiento de materias de tan distinta naturaleza y ajenas a sus estudios; la preferencia del bien público frente a la utilidad particular; la imposibilidad de someter a la Administración a los demorados trámites y procedimientos seguidos por los Tribunales ordinarios so pena vulnerarse el interés general inmerso en sus decisiones; las mayores garantías ofrecidas, por los Tribunales especiales adscritos al Poder Ejecutivo a los particulares ofendidos por la Administración si sus pretensiones son decididas por ella misma. Sólo una línea minoritaria, encabezada por MARTÍNEZ DE ALCUBILLA<sup>56</sup>, defendería la posición judicialista. En este contexto, mantener los designios de la Constitución de Cádiz -es decir, la adjudicación a los Tribunales ordinarios del enjuiciamiento de las decisiones administrativas-, no era posible en la práctica<sup>57</sup>. La doctrina logra un giro en la regulación de la Administración contenciosa que le atribuye la titularidad de funciones jurisdiccionales con la finalidad de que a la Administración le sea más fácil la obtención de sentencias ejecutorias<sup>58</sup>.

Estas ideas plasmadas en las normas de 1845, dieron origen a una Administración ampliamente fortalecida; por un lado, titular de potestades de mando en pro de los intereses generales, (llamada Administración "directa o activa") y, por otro, con funciones jurisdiccionales y tribunales

---

<sup>55</sup> OLIVAN, A., *De la Administración pública con relación a España*, 1843, pág. 197. En el mismo sentido COLMEIRO, M., *Derecho administrativo...*, *Ob. cit.*, pág. 357 y ss.; GIL DE ZÁRATE, "Administración de los Tribunales contencioso..." *Ob. cit.*, pág. Reproducido asimismo en GALLOSTRA Y FRAU, J., Colección Bibliográfica... pág. 152; POSADA HERRERA, *Lecciones de... Ob. cit.*, pág. 270 y SIVELA, F. A., *Estudios prácticos... Ob. cit.*, pág. 218.

<sup>56</sup> Citado por NIETO, A., "Los orígenes de lo contencioso..." *Ob. cit.*, pág. 33.

<sup>57</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Sobre la génesis del derecho administrativo... Ob. cit.*, pág. 150.

<sup>58</sup> Cfr. PARADA VÁZQUEZ, R., "Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 55, 1968, pág. 65-112. Este mismo autor afirma que si bien la constitución de Cádiz no era incompatible con la especialidad de los jueces, si lo era con una jurisdicción contenciosa formada por órganos en cabeza de funcionarios y autoridades políticas.



especiales (Consejo Real y Consejos provinciales) integrados por los mismos miembros de la Administración activa que dilucidaban reclamaciones que, fundamentadas en los derechos individuales, se interponían contra los actos de la Administración (denominada “pasiva”<sup>59</sup> o contenciosa)<sup>60</sup>.

Sobre si, en la Leyes de 2 de abril y 6 de septiembre de 1845, se consagró o no el principio de “*decisión excècutorie*” no existe un criterio unánime. Tal principio, presente en los orígenes del contencioso-administrativo, ha sido objeto de discordias entre los tratadistas españoles modernos. Famosas son las posiciones contrarias de los profesores PARADA Y NIETO<sup>61</sup> al respecto. El primero de ellos, niega que la Administración, con carácter general, tuviera reconocido el principio de decisión ejecutoria en 1845, pues ésta debía adoptar la posición de demandante ante los Tribunales administrativos (Consejo Real o provincial) cuando el particular se opusiera a su decisión modificatoria de una situación posesoria. La Administración “activa” estaba obligada, en virtud de los principios constitucionales, a respetar las situaciones posesorias de los súbditos y sólo podía pretender su remoción, previa instauración de una acción jurisdiccional, mediante sentencia judicial que así lo ordenara. El desacuerdo del ciudadano frente a la decisión administrativa paralizaba la decisión de la Administración; a partir de ese momento, el asunto se convertía en contencioso y su solución sería sólo competencia

---

<sup>59</sup> SIVELA, F. A., *Estudios prácticos...* *Ob. cit.*, pág. 181, en la proposición del Ley base para las normas administrativas de 1845 “(...) el supremo administrador del Estado de ser, al propio tiempo, el Juez supremo en las contiendas administrativas, bajo la responsabilidad de sus Ministros”.

<sup>60</sup> OLIVAN, A., *De la Administración pública...* *Ob. cit.*, pág. 187. “La Administración funciona necesariamente en dos distintas esferas: o caminando directa e indirectamente a su objeto, consulta la utilidad pública, provee a los varios servicios y obra espontáneamente sin haberse visto provocada, o bien encuentra en su marcha los intereses individuales con que se roza y que reclaman contra ella”.

<sup>61</sup> PARADA VÁZQUEZ, R., “Privilegio de decisión ejecutoria ...”, en *Revista de Administración ...*, *Ob. cit.*, pág. 65-112; NIETO, A., “Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso - administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, Núm. 37, 1968, pág.15 y ss.; PARADA VÁZQUEZ, R., “Réplica a Nieto sobre el principio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso - administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, Núm. 59, 1969, pág. 40 y ss.

de los Tribunales<sup>62</sup>. Solamente en casos excepcionales<sup>63</sup> la Administración dictaba actos firmes, pudiendo ejecutarlos de manera directa. Afirma PARADA, que el hecho de que el artículo 1-2 del Reglamento del Consejo Real, atribuya la competencia a éste último para decidir en primera instancia de las demandas contenciosas contra las resoluciones de los Ministros, no demuestra que tales resoluciones sean firmes y ejecutorias. Tampoco considera que lo gubernativo haya sido una exigencia previa a lo jurisdiccional ya que, tanto en el procedimiento civil como en la impugnación ante tribunales administrativos, el demandante debía, antes de accionar, formular una reclamación previa al demandado.

El segundo de ellos (NIETO) considera que, desde sus mismos orígenes, la jurisdicción contencioso-administrativa ha sido siempre revisora de actos administrativos. Los acuerdos de la Administración activa no quedaban paralizados por la oposición del particular ya que eran normalmente ejecutorios. La vía gubernativa era, necesariamente, previa a la contenciosa, puesto que el acto administrativo, junto con infracción de un derecho administrativo preexistente del particular, era un presupuesto necesario para acudir a juicio ante la jurisdicción. “Mientras la Administración activa no declara terminantemente injusto o precipitado el procedimiento gubernativo que dio margen a la reclamación, será

---

<sup>62</sup> PARADA VÁZQUEZ, R., “Réplica a Nieto sobre el principio de decisión ejecutoria...” en *Revista de Administración... Ob. cit.*, pág. 46. “La situación de las partes en el proceso contencioso de 1845 era la misma que la que se da en el proceso civil: el demandante o accionante debe antes de accionar formular una reclamación previa al demandado (...) sin que la negativa del demandado tenga otra significación que la de un simple requisito procesal (...) la desestimación no adquiere por el transcurso de un plazo el valor de acto firme y consentido y por ello no se convierte nunca en judicialmente inatacable”.

<sup>63</sup> PARADA VÁZQUEZ, R., “Réplica a Nieto sobre el principio de decisión ejecutoria...” en *Revista de Administración... Ob. cit.*, pág. 70. “Se trataba de casos de necesidad o urgencia, de funcionarios o autoridades de otro orden” y, citando a SIVELA, F. A., *Estudios prácticos... Ob. cit.*, “hay decisiones urgentes, porque hay necesidad de dirimir pronto ciertas controversias entre los intereses privados y el interés colectivo de la Administración, y siendo dichos negocios de naturaleza contenciosa, deben observarse en su resolución las apariencias de un juicio”. Eran estos particulares asuntos (urgentes), los que se confiaban a los Tribunales Administrativos de Excepción. *Ibidem*, pág. 64. “La jurisdicción administrativa de 1845 responde, sin embargo, a los criterios del siglo XVIII de especialización dentro de una misma organización, de órganos gubernativos y judiciales, sistemas dentro del que la distinción entre lo que es gubernativo y lo que es judicial no puede decidirse con el simplísimos criterio actual de la prioridad de las decisiones gubernativas, ya que un asunto puede ser *ah initio* de carácter contencioso”.

ocioso acudir a la vía contenciosa y de seguro perjudicial y dispendioso”<sup>64</sup>. Como consecuencia de ello, la Administración adquiriría la cómoda posición de demandado dentro del proceso instaurado ante una jurisdicción meramente revisora de actos<sup>65</sup>. En esta línea, el recurso interpuesto ante la jurisdicción contencioso-administrativa no suspendía la ejecución del acto.

Ante tal postura, PARADA, en su réplica, manifiesta que, desde el punto de vista constitucional, tanto en la Carta de Cádiz como en las posteriores de 1837 y 1845, se consagró, como función exclusiva de los Tribunales y Juzgados las potestades, la de aplicar las Leyes en los juicios civiles y criminales, de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado<sup>66</sup>. Ninguna de las constituciones hace referencia a otras especialidades ni excepciones a este sistema, razón por la que, los juicios en los que formara parte la Administración sólo podrían ser juzgados por los Tribunales ordinarios. Con la expedición de las Leyes de 1845 y la implementación del sistema de Consejos Provinciales y Consejo Real, se pretendió atribuir las mismas funciones jurisdiccionales de los Tribunales civiles (es decir, la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado en aquellos litigios en que formara parte la Administración) a estos órganos administrativos, “lo que implicaba que ningún otro órgano de la misma [Administración], salvo casos excepcionales, tenía poderes decisorio-ejecutorios (...)” A dos conclusiones importante llega Parada: la primera, que fue la propia jurisdicción contencioso-administrativa instaurada en 1845 la que, contrariando los principios constitucionales y demás leyes, desvirtuó el sistema reconociendo los efectos de firmeza y ejecutoriedad a los actos de la administración; la segunda, que el propio sistema de 1845 quebrantó el principio fundamental de unidad de jurisdicciones al otorgar carácter judicial a los órganos de la Administración (Consejo Real y Consejos

---

<sup>64</sup> NIETO, A., "Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes...", en *Revista de Administración... Ob. cit.*, pág. 17 citando a ARRAZOLA, Enciclopedia de derecho y Administración, Vol. I, Madrid, 1948, "Voz administración pública".

<sup>65</sup> Lo acompaña en esta postura: GALLEGO ANABINARTE, A., *Administración y jueces... Ob. cit.*, pág. 151 y ss.

<sup>66</sup> Art. 63 de la Constitución de 1837 y art. 66 de la Constitución de 1845. En contra de este argumento: NIETO, A., "Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes...", en *Revista de Administración... Ob. cit.*, pág. 24. "(...) al margen de que todos los autores de la época pudieran estar equivocados en su interpretación, es cierto que se daba por obvia la legitimación constitucional del nuevo sistema".

Provinciales), pero, aún con esta nueva configuración, la función de juzgar y ejecutar lo juzgado se mantuvo en los órganos jurisdiccionales.

Este sistema estuvo vigente hasta 1888, con interrupciones en los periodos comprendidos entre 1854-56<sup>67</sup> y, 1968-75<sup>68</sup>.

En el intermedio de estos periodos surgen importantes reformas de cara a la regulación positiva de la suspensión de actos administrativos, así:

- El Decreto 21 de mayo de 1853 que generaliza el principio de la "decisión exécutoire". Las decisiones de la Administración relacionadas con la Hacienda causarían estado<sup>69</sup>.
- El Real Decreto de 14 de julio de 1858 que reorganiza el Consejo Real y lo denomina Consejo de Estado.
- El Real Decreto de 4 de julio de 1861<sup>70</sup> que regula, por primera vez, la suspensión en vía contenciosa<sup>71</sup> limitada a los procedimientos

<sup>67</sup> Llamado "bienio progresista" en el que se suprimen el Consejo Real y los Consejos Provinciales y adjudican sus competencias a la Diputación provincial y a un Tribunal contencioso- administrativo (esté último también adscrito al poder ejecutivo por los Reales Decretos de 7 de agosto de 1854).

<sup>68</sup> Periodo en el que se suprimió la Jurisdicción administrativa, privando a la Administración de sus prerrogativas, y se trasladó su competencia al Tribunal Supremo y a las Audiencias provinciales en virtud del Decreto de 13, 16 de octubre y 26 de noviembre de 1868. Cfr. JORDANA DE POZAS, L., *El Consejo de Estado Español y sus influencias francesas a lo largo de su evolución*, Madrid, 1953.

<sup>69</sup> Art. 1 " En los negocios en los que vienen impuestas obligaciones de la hacienda y particulares, causarán estado las resoluciones que en su nombre adopte el Ministerio de Hacienda, y serán revocables por vía contenciosa, a que podrán recurrir sobre ellas tanto el Gobierno como los particulares si creyesen perjudicado su derecho". Esta norma es considerada, por algunos administrativistas, como la primera disposición que estableció la firmeza y obligatoriedad de las decisiones administrativas en el derecho español. Por el contrario, para la línea doctrinal que afirma la ejecutoriedad de los actos de la administración desde 1845, el real decreto de 21 de mayo de 1853 se "dirigía a evitar que el recurso contencioso se convirtiera en una vana sombra" Así mismo, la norma en mención previó un plazo de caducidad de 6 meses para la interposición del recurso contencioso. Así para: PARADA VÁZQUEZ, R., "Privilegio de decisión ejecutoria...", en *Revista de Administración...*, *Ob. cit.*, pág. 89; CALLOSTRA, *Lo contencioso administrativo*, Madrid, 1881, pág. 430; SANTAMARÍA PASTOR, J. F., "El problema de los plazos en el recurso contencioso- administrativo: ¿prescripción o caducidad?", en *Revista de Administración Pública* Núm. 58, 1969, pág. 189; GALLEGO ANABINARTE, A., *Administración y jueces... Ob. cit.*, pág. 156 y SANTAMARÍA PASTOR, J. F., "El problema de los plazos en el recurso contencioso- administrativo...", *Ob. cit.*, pág. 190.

<sup>70</sup> El derecho francés reguló la institución suspensiva en 1806.

contenciosos contra la Administración en Ultramar. A los Consejos de Administración, ubicados en cada una de las provincias de Ultramar y presididos por el gobernador superior civil respectivo, les correspondió la competencia para decidir sobre la suspensión de las decisiones administrativas. Para acordar la suspensión del acto de la Administración era necesario que éste ocasionara perjuicios graves e irreparables al particular interesado y que, tal solución suspensiva, a juicio de la Autoridad que hubiese dictado el acto reclamado, no fuera inconveniente para los intereses públicos.<sup>72</sup> Así mismo, era indispensable que la solicitud de suspensión se elevara, con posterioridad a la presentación de la demanda en el Consejo (demostrada mediante certificación con el visto bueno del presidente del mismo), ante el Ministro autor de la decisión impugnada, aunque, en ocasiones, se supeditaba su resolución a la admisión de la demanda<sup>73</sup>. Bajo esta regulación, la institución suspensiva se mantenía como una excepción al principio de la ejecutoriedad de las actuaciones de la Administración y la resolución de suspensión correspondía, de manera discrecional, al Poder Ejecutivo. De esta manera, el Real Decreto de 1861 encuentra correspondencia con el criterio doctrinal de jurisdicción contencioso-administrativa retenida<sup>74</sup>.

- El Reglamento del Ministerio de la gobernación de 1870. En la península, se debió esperar hasta que vio la luz el Reglamento de 30 de noviembre de 1870 para tener una regulación positiva de la suspensión de actos administrativos. El Art. 84 de la normativa mencionada

---

<sup>71</sup> GALLOSTRA, *Lo contencioso administrativo, Ob., cit.*, pág. 496 afirma que el Art. 3 del Real Decreto de 1861 establece sanos principios de defensa del particular frente a las providencias administrativas.

<sup>72</sup> Art. 3 "la interposición de la demanda no suspende la ejecución de lo mandado; pero si en algún caso puede producir ésta perjuicios graves e irreparables al interesado, podrá suspenderse, sin ulterior recurso, siempre que ello no resultare inconveniente para los intereses de la Administración, a juicio de la Autoridad que hubiese dictado la providencia reclamada".

<sup>73</sup> Para los autores de la época solamente después de admitida la demanda se entendía entablado el litigio. Cfr. GALLOSTRA, *Lo contencioso administrativo, Ob. cit.*, pág. 496.

<sup>74</sup> RODRÍGUEZ- ARANA MUÑOZ, J., "La evolución histórica de la suspensión...", *Ob. cit.*, pag. 77 considera que, si bien el momento histórico responde a una jurisdicción contenciosa retenida, los Consejos de Administración de Ultramar poseían naturaleza mixta: por un lado gubernativo y por el otro judicial. No obstante lo anterior, el reforzamiento de la autoridad gubernativa como decisora de la suspensión del acto es notorio.

consagró expresamente la ejecutividad inmediata de las órdenes dadas por los Ministerios y la no suspensión de dichas órdenes por la mera incoación del recurso contencioso, exceptuando aquellas que, con su ejecución, pudieran causar “*perjuicios a los intereses públicos o daño irreparable a los particulares*”<sup>75</sup>.

- El Reglamento regulador del régimen y tramitación de los negocios en el Ministerio de Hacienda de 18 de febrero de 1871. Esta normativa reafirmó la firmeza y obligatoriedad de las resoluciones ministeriales y su posibilidad de suspensión, en vía de recurso contencioso, cuando “*pudiera su ejecución causar perjuicios a los intereses públicos, o daño irreparable a los particulares*”<sup>76</sup>.

Como hemos visto arriba, el sistema contencioso-administrativo de 1845, en vigor hasta 1888, tuvo dos paréntesis en su vigencia. El Reglamento del Ministerio de la gobernación de 1870 y el Reglamento regulador del régimen y tramitación de los negocios en el Ministerio de Hacienda de 18 de febrero de 1871<sup>77</sup>. En este marco, las competencias que se encontraban bajo la titularidad del Consejo de Estado<sup>78</sup> y los Consejos Provinciales se trasladaron, respectivamente, a las Salas especiales del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales. El procedimiento de suspensión se mantuvo, en líneas generales, como en el Real Decreto de 1861: el particular instauraba el recurso contencioso-administrativo, solicitaba una certificación a la Secretaría del Tribunal Supremo (antes al Consejo de Estado) con el visto bueno del presidente y, con dicho certificado, acudía al Ministerio autor de la orden impugnada, órgano que decidía sobre la suspensión o la conservación de los efectos de su pronunciamiento<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> Art. 84 Reglamento del Ministerio de la Gobernación de 1870. Negritas fuera del texto.

<sup>76</sup> Cfr. Art. 54 Reglamento de 18 de febrero de 1871. Negritas fuera del texto.

<sup>77</sup> Normas que fueron escritos con la pluma del legislador de la revolución de 1868 (segundo paréntesis de la normativa de 1845).

<sup>78</sup> Las malas experiencias del siglo XIX con el Consejo de Estado llevaron a un sistema contencioso-administrativo “plenamente judicialista”. En este sentido: REBOLLO PUIG, M., “*Venticinco puntos sobre la jurisdicción administrativa y el reto de la eficacia*”, en *Cuadernos de derecho judicial*, Núm.12, 2003, pág. 352.

<sup>79</sup> Cfr. ALFARO, *Tratado completo de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1875, pág.313.

- La Ley Provincial y Municipal de 1877 que define la competencia para resolver sobre las solicitudes de suspensión. Se designó al Tribunal ante el cual se instauraba el recurso contencioso-administrativo como competente para resolver, de manera discrecional y con el fin de evitar perjuicios graves, sobre la suspensión de la orden impugnada<sup>80</sup>.
- La Ley de Bases Reguladora del procedimiento judicial, gubernativo y contencioso de Hacienda de 31 de diciembre de 1881, y su Reglamento provisional. Esta normativa ratifica la firmeza de las providencias en vía gubernativa<sup>81</sup>. Exceptuando la situación en la que el particular afectado, previa interposición de la demanda contenciosa, solicite a la propia Administración (Ministro) la suspensión de la decisión y ésta, a su juicio, considere *irreparables los daños* que se le causarían con tal ejecución. La segunda instancia gubernativa y la vía contenciosa podían ser contemporáneas, de hecho, la solicitud de suspensión en segunda instancia administrativa requería previa incoación de la acción contenciosa<sup>82</sup>.

En el campo científico, la Real academia de Jurisprudencia, en el año 1886, celebró el Congreso Jurídico Español o Congreso Nacional de Jurisconsultos, evento que dedica gran parte al estudio de la Jurisdicción contencioso-administrativa y en el que, de *lege ferenda*, se realizan, por primera vez, una serie de consideraciones, traídas del derecho comparado, de cara a una próxima reforma de la suspensión de los actos de la administración. En líneas generales, se propugnó por la suspensión como una medida cautelar general rodeada de una lista de excepciones. En esta misma línea, se puso de manifiesto que la diversidad de las funciones de la Administración y sus diferentes consecuencias hacen que la suspensión de resoluciones administrativas se plantee desde el caso

---

<sup>80</sup> Considera RODRÍGUEZ- ARANA MUÑOZ, J., "La evolución histórica de la suspensión...", *Ob. cit.*, pág. 81 que esta normativa careció de claridad y mantuvo un conflicto relacionado con la suspensión de los acuerdos esbozados por la Administración central, ya que, sobre los efectos de los mismos, era la propia Administración la que resolvía.

<sup>81</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 85. El procedimiento Administrativo de Hacienda se desarrollaba en dos fases: la primera gubernativa, con segunda instancia incluida, y la segunda contencioso-administrativa. Para acudir a la segunda fase: la vía contenciosa, era necesaria la finalización de la segunda instancia gubernativa, así como que, en dicha instancia, se hubiera resuelto sobre lo solicitado en la vía contenciosa.

<sup>82</sup> Arts. 266 a 277 del Reglamento provisional de 30 de diciembre de 1881.

concreto. Ello no obstante, fundamentados en el principio de justicia, se sugirieron exclusiones a la medida general en aquellos casos en los que con la suspensión se cause “perjuicios irreparables” o que, específicamente, se afecte a un “servicio público de carácter urgente”<sup>83</sup>. Fue en 1886 cuando, por primera vez, los administrativistas españoles evalúan el resultado arrojado hasta el momento por la regulación de la institución suspensiva, la que consideraron como restrictiva, “grave y delicada”<sup>84</sup>.

### 1.3 La Suspensión cautelar en la Reforma de 1888.

La ley de 13 de septiembre de 1888 surge en un contexto histórico en el que la Jurisdicción contencioso-administrativa española ya había experimentado los resultados tanto de la “jurisdicción retenida” en cabeza del Consejo de Estado, como el “sistema judicialista” con competencia de una sala especial del Tribunal Supremo<sup>85</sup>. El autor intelectual y defensor

---

<sup>83</sup> RODRÍGUEZ- ARANA MUÑOZ, J., "La evolución histórica de la suspensión...", *Ob. cit.*, Pág. 83. Postura en la que influyó la Ley italiana 2.248 de 1865, anexo E, de 20 de marzo, sobre el contencioso-administrativo. En el mismo sentido: LÓPEZ RODÓ, L., "Las medidas cautelares en la jurisdicción Contencioso-Administrativa", en *Libro homenaje a Jesús López Medel*, Madrid, 1999, pág. 1950 y ss.

<sup>84</sup> MARTÍN REBOLLO, L., *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Madrid, 1975, pág. 91.

<sup>85</sup> Políticamente, los progresistas pretendían mantener el sistema judicialista, mientras que los conservadores eran partidarios del Consejo de Estado como órgano concededor de los asuntos contenciosos. El texto final de la norma “fue el resultado de una transacción y avenencia entre los defensores de la jurisdicción retenida, y los de la delegada, en este orden de la realización del derecho y del producto del estudio y asiduo trabajo de importantes personalidades de los diferentes partidos políticos que sostienen en este punto distinto criterio”. Nos cuenta GARRIDO FALLA, F., "La evolución del recurso contencioso...", en *Revista de Administración...*, *Ob. cit.*, pág. 16 y ss., que durante la discusión del proyecto de Ley que, posteriormente, sería la Ley de 1888 se produjeron intervenciones que pretendían demostrar el carácter revolucionario de las tesis judicialistas, las mismas que se adjudicaban a Diputados de ideas bastante avanzadas. En este sentido: Exposición de Motivos Real Decreto 22 de junio de 1894 y GARRIDO FALLA, F., "La evolución del recurso contencioso ...", en *Revista de Administración...*, *Ob., cit.*, pág. 18 "(...) los partidarios de la jurisdicción delegada, que evidentemente estaban en mayoría, discrepaban en cuanto a si la delegación había de hacerse a los Tribunales ordinarios (distinguiéndose de nuevo: Salas ordinarias o Salas especiales), al Consejo de estado o a un Tribunal especial e independiente de ambos poderes (el Ejecutivo y el Judicial) (...) postura en la que debió in-



la reforma fue SANTAMARÍA PAREDES quien ideó el denominado “*sistema armónico mixto*”. Un orden donde lo contencioso-administrativo no formara parte ni del Poder Ejecutivo ni del Poder Judicial, sino que, por el contrario, conformara un “Poder Armónico o regulador”<sup>86</sup>. En este sentido, se creó el Tribunal Superior Contencioso – administrativo, que formó parte del Consejo de Estado, con la atribución exclusiva de la jurisdicción contenciosa<sup>87</sup>. Este sistema mantuvo su vigencia hasta la promulgación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956<sup>88</sup>.

---

fluir la Ley Francesa de 24 de mayo de 1872, que atribuyó la jurisdicción delegada al Consejo de Estado”. Así mismo, *Ibidem*. Pág. 19. En la línea defensora de la jurisdicción retenida: SIVELA, F. A., *Estudios prácticos... Ob. cit.*, pág. 124 y COLMEIRO, M., *Derecho administrativo... Ob., cit.*, pág. 339.

<sup>86</sup> Un poder llamado a resolver todos los conflictos de acuerdo con la opinión y con las Leyes, aquel Poder que participa en algo en la vida de los poderes especiales, sin deber confundirse con ninguno, y cuya misión más propia es la representar la unidad del Estado, velar por independencia de cada uno de los poderes y resolver sus conflictos para mantener el orden constitucional” así lo define Nieto, A., “Los orígenes de lo contencioso...” *Ob. cit.*, pág. 43. Amén de ello, esta normativa previó una clausula general que limitaba los actos recurribles sólo a aquellos que infringieran derechos subjetivos, dejando por fuera la posibilidad de acudir a la jurisdicción contenciosa por vía de interés legítimo o a impugnar actos discrecionales y políticos. En este sentido: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R: *Curso de derecho administrativo II*, 10 ed., Madrid, 2006, pág. 575.

<sup>87</sup> Conformado, a partes iguales, por personas que cumplieran los requisitos para ser magistrados del Tribunal Supremo y del Consejo de Estado. Famosa es la defensa de la reforma a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa hecha por SANTAMARÍA PAREDES en el Congreso de los diputados el 14 de diciembre de 1877 (*Diario de Sesiones*, pág. 224 y 225). En ella, además de enumerarse 5 fórmulas de organización de lo contencioso-administrativo, se dejó claro el contenido *sui generis* de los asuntos contenciosos en cuya naturaleza confluían intereses de diversa índole (públicos y privados) y para cuya resolución era imprescindible la representación tanto del Derecho público como del privado.

<sup>88</sup> No obstante lo anterior, la disputa sobre la dependencia del Tribunal Superior Contencioso-administrativo al Consejo de Estado o al Tribunal Supremo trajo consigo las reformas de 1894 y 1904. La primera de ellas, la Ley de 22 de junio de 1894, redujo el Tribunal Superior Contencioso-administrativo a una Sección del Consejo de Estado (siempre con jurisdicción delegada) y la segunda, Ley de 5 de abril de 1904, conocida como la Ley de Maura, trasladó la jurisdicción contencioso-administrativa a una Sala Especial del Tribunal Supremo con magistrados “de competencia técnica especializada”. NIETO, A., “Los orígenes de lo contencioso...” *Ob. cit.*, pág. 44. En este mismo sentido: GARRIDO FALLA, F., “La evolución del recurso contencioso...”, en *Revista de Administración...*, *Ob. cit.*; VILLAR PALASI, J. L., *Principios de derecho administrativo II*, Madrid, 1982, pág. 47 y ss. Algunos au-

El Art. 100 de la Ley de 13 de septiembre de 1888 estableció que *“los Tribunales de lo Contencioso Administrativo podrán acordar, oído el fiscal, la suspensión de las resoluciones reclamadas en vía contenciosa, cuando la ejecución pudiera ocasionar daños irreparables, exigiendo fianza de estar a resueltas el que hubiera pedido la suspensión. Si el fiscal se opusiese a la suspensión, fundado en que de ésta puede seguirse perjuicio al servicio público, no podrá llevarse a cabo sin acuerdo del Gobernador o del Gobierno, según que la resolución proclamada proceda de la Administración local o provincial, o de la central, los cuales expondrán como fundamento de su acuerdo las razones que aconsejan tal medida. Cuando la suspensión de las resoluciones de que trata el párrafo anterior puede seguirse el menoscabo del servicio público, se limitará el Tribunal a dar curso a las resoluciones de suspensión, elevándolas con su informe al ministerio o autoridad a quien incumba la resolverlas”*.

Esta regulación de la institución suspensiva se caracterizó principalmente por: la discrecionalidad del Tribunal contencioso-administrativo para resolver sobre las peticiones de suspensión; la doble protección de los intereses del Estado, a través, primero, del fiscal y, en caso de que éste se oponga, mediante la intervención del Gobernador o del Gobierno; el traslado de la competencia para resolver sobre la suspensión a la propia Administración, autora del acto recurrido cuando el fiscal se oponga a la misma; los daños irreparables que se han de causar con la ejecución de la resolución impugnada; la fianza que se debía prestar y acreditar, por el particular, en caso de serle concedida la suspensión so pena de que la medida cautelar no se llevara a efecto<sup>89</sup>.

Los Arts. 187 a 193 del Reglamento general para ejecución de la Ley 13 de septiembre de 1888, expedido el 29 de diciembre de 1890, desarrollan el Art. 100 antes transcrito. En particular, lo hacen en lo relacionado con el procedimiento para obtener la suspensión de una resolución. En líneas generales, al tenor de la reglamentación citada, la solicitud suspensiva podía hacerse en cualquier estado del proceso antes de estar señalada la vista (Art. 188) y la decisión sobre la misma carecía de recurso alguno (Art. 187). A juicio del Tribunal, el incidente se tramitaba

---

tores como DE PASO Y DELGADO, N., *Exposición histórico-exegética de la teoría de los procedimientos contencioso-administrativos de España y sus posesiones de Ultramar*, Madrid, 1880, pág. 11 y ss., afirmaron que la balanza se había inclinado al judicialismo.

<sup>89</sup> Cfr. Art. 187 a 191 del Reglamento general de 29 de diciembre de 1890.

en pieza separada y, en segunda instancia, sólo podía pedirse la suspensión ante el Tribunal Superior (Art. 189).

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, en sus estudios sobre la evolución histórica de la suspensión, rescata de los anaqueles algunas de las primeras jurisprudencias contencioso-administrativas del siglo XX. Su estudio nos permite identificar los principales cambios interpretativos sufridos por la regulación de institución suspensiva desde la Ley Santamaría Paredes de 1988 hasta la entrada en vigencia de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956. Para nuestro objetivo, bastará repasar la evolución de la figura estudiada y reunir los argumentos del Supremo en dos grupos: los referidos al procedimiento cautelar y los alusivos a los requisitos sustantivos necesarios para ordenar de la medida suspensiva.

Desde el punto de vista del procedimiento cautelar, el Tribunal de lo contencioso-administrativo<sup>90</sup>, previa audiencia al fiscal, mantuvo la competencia para decidir los incidentes de suspensión, exceptuando aquellos casos en que las providencias eran suspendidas por las autoridades administrativas en vía gubernativa<sup>91</sup>. Así mismo, la fianza requerida para la ejecución de la suspensión, cuando la medida fuera acordada, fue interpretada como una facultad discrecional del Tribunal, que dependía de la presunción racional de la causación de perjuicios con la ejecución de la suspensión<sup>92</sup>.

Ahora, desde el punto de vista de los requisitos sustantivos necesarios para el acuerdo de la medida, se subrayan: la pre-existencia de un acto administrativo que haya causado estado; los daños, en principio, irreparables y, posteriormente, de difícil reparación que habrían de causarse con la ejecución del acto, a excepción de aquellos daños evaluables económicamente susceptibles de ser indemnizados debido a la solvencia

---

<sup>90</sup> En este punto tener en cuenta las reformas de 1894 y 1904 antes citadas.

<sup>91</sup> El Autor estudiado hace referencia a las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1901; 27 de mayo de 1905 sobre el carácter ejecutivo de los actos administrativos; 8 de octubre de 1927; 7 de febrero de 1933 sobre la competencia de los Tribunales de lo contencioso-administrativo y 6 de noviembre de 1935 sobre la intervención de la autoridad gubernativa en la resolución de la solicitud de suspensión.

<sup>92</sup> Cfr. AATS 7 de febrero de 1933 y 22 de junio de 1936 sobre los daños y perjuicios a asegurarse mediante la constitución de la fianza; 13 de abril de 1931 sobre el carácter discrecional de la constitución de la fianza.

económica del estado; el interés público, entendido, a principios del siglo XX, como límite al acuerdo de la medida cautelar<sup>93</sup>.

## **2. La Suspensión del acto administrativo en la Ley de 17 de julio de 1958, de Procedimiento Administrativo.**

Desde sus orígenes, La institución suspensiva de los actos administrativos en la legislación española ha estado adscrita a las competencias procesales de los órganos de la Administración Pública y, posteriormente, se ha extendido a la jurisdicción contencioso administrativa. Ninguna norma ha suprimido la facultad de la Administración para suspender, en vía de recurso administrativo, los efectos de las decisiones por ella misma proferidas. En este sentido, los efectos de los actos administrativos (ejecutividad, obligatoriedad y ejecutoriedad) han estado sujetos, únicamente, al nacimiento (conforme a los requisitos legales de cada momento) a la vida jurídica del propio acto. Lo anterior significa que, en principio, no resulta necesaria para que el acto administrativo surta efectos (sea ejecutivo y ejecutorio) la resolución de los recursos (administrativos y contenciosos) que contra dichas decisiones hayan podido interponerse. La interrupción de los efectos de tales decisiones, mientras se tramitan los correspondientes recursos, sólo podrá obtenerse mediante el acuerdo de suspensión del mismo.

El Art. 116<sup>94</sup> de la Ley de procedimiento administrativo de 1958 (LPA/58) contemplaba, como regla general, el carácter no suspensivo de los recursos en vía administrativa. Como excepción, la misma norma facultaba a las autoridades administrativas para que, bien de oficio, bien a instancia de parte, suspendieran la ejecución del acuerdo recurrido. Dicha suspensión sólo sería susceptible de acordarse en el caso de que con la ejecución de la decisión pudieran causarse **perjuicios de imposible o difícil reparación**.

---

<sup>93</sup> “La suspensión no debe irrogar menoscabo o perjuicio al servicio público”. En este sentido las STS de 8 de octubre de 1927 sobre la intervención del ministerio fiscal y AATS de 3 de mayo de 1928 sobre la pre-existencia del acto administrativo; 22 de junio de 1932; 7 febrero de 1933; 23 de mayo de 1932; 13 y 20 de abril de 1931 todas sobre los perjuicios de difícil o imposible reparación; 10 de junio de 1927 y 26 de febrero de 1929 sobre perjuicios a los servicios públicos.

<sup>94</sup> (RCL\1258)

Posteriormente, la Ley 164/1963, de 2 de diciembre<sup>95</sup>, modificó algunas disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1858, entre ellas, el Art. 116 mencionado. La norma en comento adicionó el criterio conocido como *fumus boni iuris*, al ya citado *periculum in mora*. En otras palabras, el nuevo Art. 116 LPA/58 permitió a las autoridades administrativas suspender la decisión sujeta a recurso cuando la impugnación fuese fundamentada en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas, para el momento, en el artículo cuarenta y siete de la norma estudiada.

### **3. La Suspensión del acto administrativo en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre 1956<sup>96</sup>.**

La generalidad de los administrativistas españoles, de mediados del siglo XX en adelante, coinciden en afirmar que sólo hasta el año 1956 la jurisdicción contencioso-administrativa se acercó, de manera más contundente, al sistema judicialista<sup>97</sup>. Así mismo, la doctrina mayoritaria reconoce la gran importancia de esta norma para el derecho público español, especialmente por el alto nivel de tecnificación del tema contencioso, por las garantías ofrecidas al administrado, y por la claridad y consistencia de su exposición de motivos que, durante toda su vigencia, sirvió de fuente modernizadora de interpretación de su articulado<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> (RCL\2271)

<sup>96</sup> TORNOS MÁ, J., "La suspensión judicial de la eficacia de los actos en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa", en *Revista Jurídica de Catalunya*, Num. 4, 1986, pág.71-92.

<sup>97</sup> La Exposición de Motivos de la Ley de 1956 proclamó que "(...) *confía la jurisdicción contencioso-administrativa a verdaderos Tribunales encuadrados en la común organización judicial e integrados por Magistrados profesionales, con los deberes e incompatibilidades propias de los mismos*".

<sup>98</sup> Cfr. GARRIDO FALLA, F., "La evolución del recurso contencioso...", en *Revista de Administración...*, *Ob. cit.*, pág. 19.

GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>99</sup> nos da cuenta de las principales modificaciones realizadas por la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 así: los Tribunales contencioso-administrativos pasaron, como órganos especializados, a formar parte del poder judicial<sup>100</sup>. La Ley de 1956 hizo posible que el particular acudiera a la jurisdicción contencioso-administrativa legitimado tanto por un derecho subjetivo, como por un interés directo; permitió el enjuiciamiento de los actos administrativos discrecionales; mantuvo la competencia para la ejecución de sentencias en la Administración y la inembargabilidad de los fondos públicos. Asimismo, otorgó poderes eficaces a los Tribunales para la dirección del proceso; subordinó las finalidades del proceso a la efectividad de la tutela y sustituyó los Tribunales provinciales por las Salas de lo contencioso-administrativo de las Audiencias territoriales. Sin embargo, "no impidió el mantenimiento de la vía gubernativa previa, que ha de ser agotada, y el carácter revisor de la jurisdicción"<sup>101</sup>.

### **3.1 De los Art. 122 a 125 de la norma estudiada se deducen como principales reformas en la suspensión cautelar de actos administrativos:**

#### **α. Desde el punto de vista procesal:**

- El recurso contencioso mantuvo su carácter de no suspensivo, siendo los actos y disposiciones administrativas ejecutivos y ejecutorios<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R: *Curso de derecho administrativo... Ob. cit.*, pág. 578. En el mismo sentido: MENDOZA OLIVAN, V., "La Jurisdicción Contenciosa Administrativa", en *Documentación Administrativa* Núm. 78-79, 1964, pág. 114 y ss.

<sup>100</sup> Cfr. GARRIDO FALLA, F., "La evolución del recurso contencioso...", en *Revista de Administración...*, *Ob., Cit.*, pág. 20. "La nueva Ley de 27 de diciembre de 1956 se discute dentro de un clima de preocupaciones bien distinto al de la anterior(...) En general, se piensa que el Contencioso de la Administración central debe seguir en manos de una (o unas) sala especial del Tribunal Supremo(...) los jueces con destino en ella tengan una autentica formación jurídico administrativa". En el mismo sentido: GASCÓN Y MARÍN, "El nuevo régimen jurídico de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", en *Revista de Estudios de la Vida Local* Núm. 21, 1957, pág. 34 y ss.

<sup>101</sup> *Ibidem*, pág.21.

<sup>102</sup> Se plantea, por la jurisprudencia del Constitucional y del Supremo, la excepción en materia de actos administrativos sancionatorios. En este sentido vid: SSTS 17 y 21 de julio de

- La competencia exclusiva para la para la tramitación y resolución del incidente de suspensión se atribuyó a los Tribunales contencioso-administrativos. El procedimiento se llevaba a cabo con audiencia previa de las partes. En esta etapa si se oponía a la suspensión el abogado del estado, fundamentándose en la gravedad de los perjuicios a causarse al interés público, se debía solicitar, antes de acordarse o denegarse la medida por el Tribunal, el informe del Ministerio o de la autoridad de la cual emanó el acto impugnado<sup>103</sup>.
- La solicitud de suspensión se podía realizar en cualquier estado del proceso. No existía, hasta el momento, ningún tipo de diferenciación en cuanto a la oportunidad procesal para solicitar la suspensión de actos administrativos y disposiciones generales. Lo anterior no obstaba para que si, en cualquier etapa del proceso, variaban las circunstancias que llevaron al Tribunal acordar la suspensión o de ejecución del acto, el mismo pudiera modificar su decisión<sup>104</sup>.
- La carga de la prueba, de acreditar, sucintamente, la concurrencia de los daños o perjuicios ocasionados con la ejecución del acto, así como, la irreparabilidad o dificultad de reparación de los mismos, recayó en el recurrente, pero, la norma no dejó a la Administración exenta de carga probatoria. Como se desprende de la regulación antedicha, para acordar la suspensión del acto impugnado no sólo era necesario acreditar los daños y perjuicios que se irrogarían al particular con la ejecución del acto, sino que, además, era indispensable que el Tribunal apreciara en qué medida la suspensión afectaría al Interés público. Sólo la Administración, a través de su representante, poseía la idoneidad para

---

1982 (RJ\4428) M.P. Excmo. Sr. Pablo García Manzano y (RJ\4442) M.P. Excmo. Sr. Antonio Agúndez Fernández respectivamente; 6 de junio de 1984; 13 de mayo y 20 de junio de 1985 (RJ\2297) Ponente: Excmo. Sr. Teodoro Fernández Díaz y (RJ\3850) Ponente: Excmo. Sr. Fernando Roldán Martínez respectivamente.

<sup>103</sup> Ya no resuelve el incidente la autoridad gubernativa, ahora, ésta sólo emitía un informe al Tribunal contencioso-administrativo quien era el encargado de la decisión final sobre la suspensión. Cfr. RODRÍGUEZ- ARANA MUÑOZ, J., *La Suspensión del Acto Administrativo...*, *Ob. cit.*, pag. 96.

<sup>104</sup> La mutabilidad de la medida cautelar, fundamentada en que el auto que resuelve sobre la procedencia o no de la medida cautelar no constituye excepción de cosa juzgada, ha acompañado desde siempre al sistema administrativo continental. Sobre este punto: AATS 11 de junio de 1968 y 18 de noviembre de 1985.

probar los motivos o causas por las que la suspensión del acto producía daños o perjuicios a los intereses públicos<sup>105</sup>. Posteriormente, era el Tribunal quien tenía la última palabra para determinar si los daños acreditados en el expediente eran susceptibles de considerarse “irreparables o difícilmente reparables”.

- El auto de denegación de la suspensión debía ser obligatoriamente motivado, expresar de forma suficiente y explícita el razonamiento hecho con la finalidad principal de salvaguardar el derecho de defensa de las partes frente al recurso posterior (Art. 93 LJCA/56) contra el auto de primera instancia<sup>106</sup>.
- La constitución y el alcance de la contracautela eran determinados por el Juez de acuerdo a las circunstancias propias del caso, con particular atención a sí, con la suspensión del acto impugnado, pudiera resultar algún daño o perjuicio a los intereses públicos o de un tercero<sup>107</sup>. Una vez determinada la procedencia de la caución, siguiendo los criterios antedichos, la prestación de la misma operaba como una condición necesaria para la efectividad de la suspensión acordada<sup>108</sup>. Asimismo, la doctrina de la época consideró que, tal como se establecía en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el valor de la garantía debía ser fijado por el Juez teniendo en cuenta el importe del posible perjuicio a causarse con la suspensión del acto y la solvencia del recurrente<sup>109</sup>.

---

<sup>105</sup> En este sentido: AATS 4 de octubre de 1983 (RJ\5023) Ponente: Excmo. Sr. José Luis Martín Herrero; 2 de abril de 1984 (RJ\4063) Ponente: Excmo. Sr. Diego Espín Cánovas; 8 de octubre de 1968; 11 de junio de 1980 (RJ\4453) Ponente: Excmo. Sr. José Luis Ruiz Sánchez; 17 de enero de 1984 (RJ\127) Ponente: Excmo. Sr. José María Reyes Monterreal y 30 de noviembre de 1983 (RJ\5431) Ponente: Excmo. Sr. Paulino Martín Martín.

<sup>106</sup> Se incluyó esta obligación como desmembración del genérico deber de motivar los autos, específicamente, los denegatorios de derechos. En este sentido los trabajos de: FERNANDO PABLO, M., *La motivación del acto administrativo* Madrid, 1993, y JUSO, R., *Motivi e Motivazione nel provvedimento amministrativo*, Milán, 1963.

<sup>107</sup> STC 7 de febrero de 1984.

<sup>108</sup> AATS 14 de abril de 1978 y 20 de mayo de 1981 (RJ\2112) Ponente: Excmo. Sr. Rafael Pérez Gimeno.

<sup>109</sup> Sobre el principio de suficiencia de la caución vid: SAINZ MORENO, F., "Suspensión del acto administrativo y caución suficiente", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Num.15, 1977, pág.662.



- La competencia para la ejecución del auto que acuerda la suspensión se mantiene en el órgano autor del acto impugnado<sup>110</sup>. Dicho órgano tenía dos meses para adoptar una resolución cuyo contenido podía ser la ejecución, suspensión o inejecución, total o parcial, del auto del Tribunal siempre que concurrieran las causas previstas en el Art. 105.2 de LJCA/56<sup>111</sup>. En caso de que fuera ordenada la suspensión o inejecución del auto del Tribunal, la Administración acarrea la responsabilidad de asumir la indemnización por los perjuicios resultantes de tales decisiones<sup>112</sup>.
- La sentencia de fondo sobre el litigio, estimatoria o no de las pretensiones del demandante, conlleva la extinción de la medida de suspensión y, si es el caso, el inicio del incidente para el cobro de la indemnización por los daños causados debido a la suspensión del acto (Art. 124.4 LJCA/56).

### **β. Desde el punto de sustantivo o de los criterios necesarios para acordar la suspensión:**

- “Procedía” ordenar la suspensión cuando, de la ejecución del acto impugnado, se desprendieran *daños o perjuicios de imposible o difícil reparación*<sup>113</sup>. La interpretación de lo que se debía entender *por daños de imposible o difícil reparación* mantuvo, en principio, su carácter discrecional aunque matizada por lo dispuesto en la exposición de

---

<sup>110</sup> Art. 103 LJCA/56 “La ejecución de las sentencias corresponderá al órgano que hubiere dictado el acto o la disposición objeto del recurso”.

<sup>111</sup> “La suspensión o inejecución a que se refieren los dos últimos casos del párrafo anterior sólo podrá decretarse por el Consejo de Ministros, con carácter extraordinario, fundándose en alguna de las causas siguientes: 1. Peligro de trastorno grave del orden público. 2. Temor fundado de guerra con otra potencia, si hubiera de cumplirse la sentencia. 3. Quebranto en la integridad del territorio nacional. 4. Detrimiento grave de la Hacienda Pública”.

<sup>112</sup> Art. 106 LJCA/56.

<sup>113</sup> En este sentido AATS. 14 de abril de 1978 y 8 de julio de 1981 (RJ\3237) Ponente: Excmo. Sr. Ángel Martín del Burgo y Marchán. Hasta antes de la Ley de 1956, sólo se permitía la suspensión para actos con cuya ejecución se causarían daños irreparables. Fue la legislación del régimen local y la jurisprudencia de la época las que empezaron a permitir que los actos con cuya ejecución causarían daños difícilmente reparables también fueran susceptibles de suspensión.

motivos de la propia Ley. Diferente regulación se encontraba en la entonces vigente Ley del procedimiento administrativo para la suspensión de los actos en la vía administrativa (Art. 116). En esta sede, la autoridad administrativa “podía” suspender el acto impugnado en caso de que su ejecución ocasione daños o perjuicios irreparables o de difícil reparación. Frente a tal diferencia, la doctrina mayoritaria concluyó que, si bien la Administración está facultada por la Ley para decidir sobre la suspensión de la ejecución de sus propios actos, esta potestad se convierte en un “deber” cuando se constata que, efectivamente, con la ejecución del acto se puedan causar perjuicios irreparables o difícilmente reparables<sup>114</sup>.

- El *interés público* (en la Ley de 1888 entendido como servicio público) se tomó como criterio a valorarse para acordar la medida cautelar. Este requisito no sólo se consagró expresamente el Art. 123.2<sup>115</sup>, sino que opera como un requisito esencial a partir de la propia exposición de motivos de la Ley<sup>116</sup>. La incidencia del interés público en el procedimiento de suspensión, específicamente la interpretación general de “prevalente frente al interés particular”, que el Tribunal Supremo ha dado a este **presupuesto ha acompañado a normativa contenciosa hasta el momento**<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> En este sentido: SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos”, en Madrid, 1972, pág. 421 y ss; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Arbitrariedad y discrecionalidad en la doctrina jurisprudencial constitucional y administrativa”, en *Revista General de Derecho Administrativo* Núm. 4, 2003, pág. 1-12 versión electrónica; SAINZ MORENO, F., “Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 8, 1976, pág. 63 - 93.

<sup>115</sup> Herencia del la participación que tuvo el Fiscal, dentro de los procesos en vía contenciosa, en la legislación del Siglo XIX.

<sup>116</sup> “Al juzgar sobre su procedencia se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exige la ejecución, para otorgar la suspensión con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego”.

<sup>117</sup> RODRÍGUEZ- ARANA MUÑOZ, J., *La Suspensión del Acto Administrativo...*, *Ob. cit.*, pág. 124 máximo defensor de la importancia del interés público en los procedimientos cautelares, afirma que fue a partir de 1979 cuando la jurisprudencia da un giro y coloca el “interés público” como criterio determinante para el acuerdo de la medida cautelar. En este sentido: AATS 3 de mayo de 1979 (RJ\2255), 9 de mayo de 1979 (RJ\2425) Ponente: Excmo. Sr. Aurelio Botella Taza, 20 de mayo y 13 de abril de 1981 (RJ\2112) Ponente: Excmo. Sr. Rafael Pérez Gimeno, 17 de enero de 1984 (RJ\127) Ponente: Excmo. Sr. José María Re-

#### 4. La influencia de la Constitución Española de 1978 en la regulación de la suspensión del acto administrativo<sup>118</sup>.

La Carta Magna de 1978 (CE) trajo consigo un movimiento generalizado de reforma, actuada a través de los Tribunales, de las normas preconstitucionales. La nueva Constitución elevó a rango constitucional el principio de legalidad (preámbulo y Art. 9.3), incluyó la Jurisdicción contencioso-administrativa dentro del Poder Judicial (Art. 117) asignándole el control de la legalidad sobre los actos de la Administración, sobre el ejercicio la potestad reglamentaria (Art. 106.1), y sobre las normas reglamentarias de la Administración autonómica (Art. 153c). En el mismo sentido, la Administración pública quedó sometida a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, cumplimiento pleno de la Ley y el Derecho (Art. 103).

Sin lugar a dudas, la joya de la corona de la nueva Constitución Española que hace las veces de marco dentro del cual se hace efectivo todo el control de la Jurisdicción contenciosa es el Art. 24: *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”*. El derecho a la Tutela Judicial Efectiva está configurado por la CE como derecho fundamental *“strictu sensu”* (Sección I Capítulo II) y, en virtud de dicha condición, goza de especial protección por Art. 53 CE; esto es: aplicación directa de su contenido normativo, es decir, la posibilidad de ser invocados directamente ante cualquier Tribunal; vinculación a todos los poderes públicos; reserva de su regulación a la Ley orgánica que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial; procedimiento preferencial y sumario ante los Tri-

---

yes Monterreal, 10 de octubre de 1984 (RJ\5646) Ponente: Excmo. Sr. Antonio Hierro Echevarría y 23 de mayo de 1985.

<sup>118</sup> “La Constitución de 1978 impuso una novedad de gran bulto, la calificación de todo el sistema jurisdiccional (...) como un sistema llamado a otorgar la “tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos” (...) el sistema judicial entero se ha subjetivado” así lo afirmó: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Contencioso-administrativo objetivo y Contencioso - administrativo subjetivo a finales del siglo XX”, en *Revista de Administración Pública*, Número 152, 2000, pág. 99.

bunales Ordinarios para su protección y, también, la garantía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional<sup>119</sup>.

El procedimiento preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales ante los Tribunales contencioso-administrativos cobra vigencia con el Art. 6 y ss. de la Ley 26 de diciembre de 1978<sup>120</sup>, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. Esta normativa crea un régimen más favorable (que todavía vigente de los Art. 122 y ss. LJCA/56) para la suspensión cautelar de los actos recurridos cuando los mismos fueran violatorios de derechos fundamentales<sup>121</sup>.

A partir de ese momento, para los procedimientos que tuvieran por objeto la impugnación de actos administrativos cuya ejecución vulnerara un derecho fundamental, se invirtió la regla general en materia cautelar. En estos casos, la suspensión del acto administrativo devino norma general y la no suspensión sólo podía decidirse excepcionalmente cuando

<sup>119</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R: *Curso de derecho administrativo... Ob. cit.*, pág. 599 afirma que el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva “por sí solo basta para eliminar, sin más, todas las viejas restricciones, cautelas, salvaguardas con las que históricamente hubo de montarse la experiencia nueva de un control judicial o parajudicial de la Administración”. Ya en 1980 (Decreto de 12 de marzo) en Francia se dota a juez contencioso de poderes de ejecución forzosas (posibilidad de imponer multas a la Administración) de sus decisiones de nulidad y de condena. Este sistema fue decididamente afianzado y enriquecido con la Ley francesa de 8 de febrero de 1995 *Code de Justice Administrative*. De esta normativa resulta especialmente significativa la ampliación del sistema de medidas cautelares.

<sup>120</sup> Norma que, como veremos más adelante, fue derogada por la vigente Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

<sup>121</sup> EL Art. 7 de la normativa en comento disponía: “1. Para la interposición de estos recursos no será necesaria la reposición ni la utilización de cualquier otro recurso previo administrativo. 2. En el mismo escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, o en cualquier momento posterior, podrá solicitarse la suspensión de la efectividad del acto administrativo impugnado. 3. De esta solicitud, y en pieza separada, se dará traslado al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado y se requerirá al órgano del que dimana el acto impugnado para que en el plazo de cinco días puedan informar acerca de la solicitud de suspensión. 4. Deducidos los dictámenes e informes a que se refiere el párrafo anterior o transcurrido el plazo concedido al efecto, la Sala acordará la suspensión del cumplimiento del acto impugnado, salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general, suspensión que podrá concederse con o sin afianzamiento de los perjuicios de cualesquiera otra naturaleza que pudieran derivarse (...)”.

se encontrara justificada la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general<sup>122</sup>.

La posibilidad, bastante excepcional, de acordar la suspensión de los actos administrativos bajo la regulación de 1956, la imposibilidad de pretender, en el mismo régimen, otra clase de medidas cautelares, el alto grado de discrecionalidad en vía administrativa para suspender sus propias actuaciones y el nuevo panorama constitucional (específicamente, el nuevo derecho fundamental a la tutela judicial efectiva) se convirtieron en un terreno especialmente abonado para que irrumpieran en el escenario múltiples manifestaciones doctrinales<sup>123</sup>. Estas voces se alzaron para exigir una nueva normativa para la materia, inclusive pidiendo la aplicación, en todos los supuestos, de los Art. 7 y ss de la Ley de protección de los derechos fundamentales, ya que, en todos ellos, se encuentra presente el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva<sup>124</sup>, o, por lo menos, un cambio en la restrictiva interpretación de los criterios que, hasta ese momento, estaba empleando el Tribunal Supremo.

A partir de ese momento, el Tribunal Supremo, apoyándose en nuevo Art. 24 CE y en diferentes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de

---

<sup>122</sup> Ante la excepcionalidad de la medida cautelar por vía contenciosa, esa inversión de principios en cuanto a la suspensión cautelar conllevó la masiva utilización del procedimiento especial contemplado en la Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales para obtener la suspensión del acto (negada en vía ordinaria) por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Sobre el tema: CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., "Las medidas cautelares ", en *Estudios de Derecho Judicial. Ejemplar dedicado a la nueva ley de la Jurisdicción Contencioso - Administrativa*, Número 11, 1998, pág. 533 y ss. 538 y ss.

<sup>123</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A., "Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso", en *Revista de Administración Pública*, Número 100- 102, 1983, pág. 1609 y ss.; GÓMEZ-FERRER MORANT, R., "Derecho a la Tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 34, 1982, pág.189 y ss.; PAREJO ALFONSO, L., *Estado Social y Administración Pública*, Madrid, 1983, pág. 283 y ss.; CANO MATA, A., "Limitaciones al Principio de la Ejecutividad Administrativa ", en *Revista Española de Derecho Administrativo* Núm. 37, 1983, pág.209 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, 1984, FONT I LLOVET, T., "Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 34, 1982, pág. 477 y ss.

<sup>124</sup> FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., "La influencia de la Constitución en la jurisprudencia sobre la suspensión de los actos administrativos", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 120, 1989, pág. 281.

la Comunidades Europeas (TJCE), inicia toda una adaptación constitucional de los Art. 122 y ss LJCA/56. Ello permitió que esta normativa perviviera hasta la expedición de la Ley de 13 de julio de 1998, reguladora de la Jurisdicción contencioso- administrativa.

## 5. Influencia de la Jurisprudencia del TJCE.

El derecho a la tutela cautelar, tal como hoy lo conocemos, es decir, como parte inescindible del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sólo se reconoció con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978. La reinterpretación hecha por el Tribunal Supremo de Justicia y el Tribunal Constitucional de los preceptos administrativos reguladores del sistema cautelar respondió a la afluencia de posiciones doctrinales en ese sentido y decisiones capitales tomadas por el TJCE sobre la materia<sup>125</sup>. Entre las decisiones tomadas por el órgano de justicia comunitario, podemos hacer referencia a las siguientes:

α. Sentencia Factortame de 19 de junio de 1990.

Sucintamente, los hechos y fundamentos fueron los siguientes: el Gobierno inglés, para preservar su cuota nacional de pesca, adopta la norma denominada “*Merchant Shipping Act 1988*”. Este nuevo régimen tuvo como objetivo reservar la pesca a un determinado tipo de embarcaciones que mantuvieran una “*relación genuina*” con el Reino Unido<sup>126</sup>. Una

---

<sup>125</sup> Todas las sentencias que se analizaran en este punto han sido ampliamente estudiadas y compiladas por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por las medidas cautelares, Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso - administrativo Español* 2da Ed. ed., Madrid, 1995, En este mismo sentido *vid*: DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo: un estudio normativo y jurisprudencial*, Navarra, 2004, pág. 79 y ss. Como nos ilustra la última autora, la recepción en España de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia cautelar es bastante positiva, tanto que, dichos pronunciamientos han sido considerados como un mecanismo para ampliar las garantías existentes en el ordenamiento jurídico español. Sobre este punto: Bacigalupo, M., *La nueva tutela cautelar en el Contencioso- Administrativo*, Madrid, 1999, pág. 85 y ss.

<sup>126</sup> Tenían una genuina relación aquellos barcos con bases en los aeropuertos británicos que descargaran preferentemente en puertos británicos y cuyo propietario o explotador fuera un ciudadano británico residente en el Reino Unido o, una sociedad británica con residencia en su territorio con un capital en un 75% británico y que fuera administrada por

serie de sociedades constituidas y adquiridas en el Reino Unido, entre ellas, la sociedad *Factortame Ltd*, administradas por ciudadanos españoles, cuya descarga se hacía preferiblemente en puertos españoles, recurrieron esta norma ante la *High Court of Justice*<sup>127</sup>.

La argumentación del recurso se apoyó en la contradicción existente entre la norma nacional y algunas disposiciones de derecho comunitario (principalmente con el derecho a la no discriminación y a la libertad de establecimiento)<sup>128</sup>. Asimismo, los recurrentes, ante el peligro inminente de no poder seguir ejerciendo su actividad y las consiguientes pérdidas económicas, solicitaron la adopción de la medida cautelar de suspensión de la norma impugnada, hasta tanto no fueran resueltas sus pretensiones. La *High Court of Justice*, acordó esta medida cautelar y planteó ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la correspondiente cuestión prejudicial<sup>129</sup>.

El auto de adopción de la medida cautelar fue impugnado, por el Secretario de Estado de Transporte<sup>130</sup> ante la *Court of Appeal*. Este órgano, mantuvo la cuestión prejudicial, pero revocó la medida cautelar de suspensión, justificándose en el principio inglés de supremacía parlamentaria y la prohibición de suspender temporalmente sus leyes. En una segunda apelación de los recurrentes ante el *Appellate Committee of the House of Lords*, la decisión mantuvo la cuestión prejudicial, pero también la exclusión de la medida cautelar con fundamento en la imposibilidad,

---

británicos o residentes en la misma proporción. La sentencia se puede encontrar en: <http://curia.europa.eu/es/content/juris/index.htm>.

<sup>127</sup> En el Reino Unido tanto los ciudadanos como las Autoridades públicas están sujetos a un mismo derecho. Sobre el *judicial review* inglés *vid*: DEL GUAYO CASTIELLA, I., *Judicial review y justicia cautelar*, Madrid, 1997, pág. 16 y ss. Sobre el caso *Factortame* ver también: JIMÉNEZ-BLANCO, A., "De nuevo sobre el asunto *Factortame*", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 66, 1990, pág.255 y ss. Así como: GACÍA DE ENTERRÍA, E., "Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la Unión Europea", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 103, 1999, pág.405 y ss.

<sup>128</sup> Específicamente la norma era incompatible con los Art. 7, 52,58 y 221 del Tratado de la Unión Europea (TCE), relativas al principio de no discriminación y a la libertad de establecimiento.

<sup>129</sup> Art. 177 TCE.

<sup>130</sup> Autoridad encargada de anular, a raíz de la nueva regulación, la inscripción de las embarcaciones en el Registro.

en el contexto jurídico inglés, de dirigir medidas cautelares (*injunctions*) contra la corona y en la falta de competencia de los jueces para suspender las leyes del parlamento<sup>131</sup>.

Finalmente, y aquí es donde está lo revolucionario de la decisión, el TJCE respondió a la cuestión prejudicial, argumentando que:

- “el derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional, que esté conociendo de un litigio relativo al derecho comunitario, debe excluir la aplicación de una norma de derecho nacional que considere que constituye el único obstáculo que le impide conceder medidas provisionales”. En el caso concreto, los Tribunales ingleses debieron desaplicar la regla de su derecho interno que impedía la adopción de la medida de suspensión de la Ley del parlamento objeto del recurso<sup>132</sup>.
- En este marco, resaltó que la eficacia del derecho comunitario “se encontraría disminuida si una regla de derecho nacional pudiese

<sup>131</sup> Entre los principios del Derecho Constitucional Inglés, procedente de las luchas entre el Parlamento y la Corona en el S. XVII, se destaca el de la Soberanía del Parlamento. Toda Ley válidamente aprobada por el Legislativo y que haya obtenido el *Royal Assent* será aplicada por los Jueces”, es precisamente esa interpretación judicial la que ha modernizado este principio. Así nos lo cuenta DEL GUAYO CASTIELLA, I., *Judicial review Ob. cit.*, pág. 16 y ss. Este mismo autor realiza su trabajo sobre la posibilidad de interponer “*injunctions*” contra la Corona y contra los Ministros de la Corona.

<sup>132</sup> Debieron desaplicar, por la primacía del derecho comunitario, bien aquel principio sobre el que pivota el sistema normativo inglés “la supremacía del parlamento”, bien la norma que prohíbe interponer medidas cautelares frente a la Corona. En este sentido *Ibidem*, pág. 126 y ss., quien realiza su trabajo sobre la posibilidad de interponer “*injunctions*” contra la Corona y contra los Ministros de la Corona, respecto al caso *Factortame*, nos explica que desde la Reforma radical de la *Order 53 en 1977*, incorporada por *La Supreme Court Act 1981 Section 31*, se permitió la solicitud e interposición de *injunctions* contra los Ministros, situación que conlleva una declaración provisional o cautelar. Asimismo, manifiesta que Lord Bridge of Harwich negó que fuera posible dirigir *injunctions* contra los Ministros de la Corona dando una interpretación restrictiva de la *Section 31* de la *Supreme Court Act 1981*. *La House of Lords*, en *M.v. Home Office* se alzó frente a la postura anterior recordando que desde 1977 se vienen dictando “con normalidad órdenes de *mandamus* y *prohibition* contra los Ministros de la Corona y que, por lo tanto, la única consecuencia práctica de interpretar que la *Section 31* otorga competencia a los Tribunales para emitir *injunctions* contra los Ministros de la Corona cuando ejercitan sus competencias sería reconocer, por primera vez, que hay una alternativa a esos dos tipos de órdenes y permitir, también por primera vez, que pueda otorgarse la tutela cautelar por vía distinta de la de *stay*”.



impedir al Juez que conoce de un litigio, regido por el derecho comunitario, acordar las medidas cautelares que pretenden garantizar la plena eficacia de la decisión jurisdiccional”<sup>133</sup>.

- Asimismo, explica que “No hay tutela judicial sino hay medidas cautelares, sin éstas el proceso se convierte en ciertas circunstancias en un instrumento de frustrar la justicia, de incumplir las obligaciones y deberes, de destruir o reducir el alcance de los derechos”.
- “Esta exigencia llevaría incluso a tener que adoptar medidas cautelares no previstas en su propio ordenamiento interno, siempre que sean precisas para asegurar preventivamente esta tutela judicial efectiva del derecho comunitario”.
- Se adoptan las medidas “en vista de garantizar la plena eficacia de la decisión jurisdiccional a adoptar sobre la existencia de derechos invocados sobre la base del Derecho comunitario”.

Famosas se han vuelto, entre los estudiosos de la tutela cautelar, las conclusiones del Abogado General TESAURO GIUSEPPE<sup>134</sup>. Como lo ha señalado GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>135</sup> se tratan “un pequeño tratado, en materia

---

<sup>133</sup> El TJCE ha sido reiterativo con los Jueces naciones recordándoles su función de jueces comunitarios en la aplicación del Derecho comunitario. Antes del caso *Factortame*, se cita como referencia del principio de cooperación judicial y de la garantía de la tutela a los ciudadanos derivada del efecto directo del Derecho comunitario, el asunto *Rewe-zentralfinanz* 33/76 de 16 de diciembre de 1976. Sobre este punto: DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 160, pág. 88 y ss.

<sup>134</sup> Sobre la autoridad jurisprudencial de las conclusiones y su valor interpretativo de sentencias cuyo fallo es conforme con la propuesta en ellas contenida vid: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La nueva doctrina del T.S. sobre las medidas cautelares: la recepción de *fumus boni iuris* (auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 69, 1991, pág.76.

<sup>135</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La Sentencia *Factortame* (19 de junio de 1990) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La obligación del juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del Derecho Comunitario aun a costa de su propio Derecho nacional. Trascendencia general de la Sentencia en el Derecho Comunitario y en el sistema español de medidas cautelares”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 67, 1990, pág. 405 y ss.

de medidas cautelares, desarrollado con notable rigor”<sup>136</sup>. TESAURO relacionó las medidas cautelares con el derecho a la tutela judicial efectiva, así:

- Fundamentó sus argumentaciones en el principio “la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón”<sup>137</sup>.
- Subrayó que, en el momento el que se ejercita el derecho, mediante la presentación de la demanda, el derecho ya existe o no existe, ya es legítimo o ilegítimo, pero la decisión del Tribunal llega demasiado tarde en deterioro de la efectividad del mismo y de la efectiva tutela jurisdiccional.
- “El fin fundamental de todo ordenamiento jurídico, es la efectividad de la tutela judicial. La tutela cautelar pretende, en cuanto sea posible, evitar que el daño provocado por la no coetaneidad entre los dos momentos de la declaración judicial del derecho (...) conseguir la plena eficacia de la futura sentencia”.
- “La presunción de legitimidad de las Leyes o de los actos administrativos ni puede ni debe tener el significado de negar la posibilidad de tutela cautelar en tanto que exista sobre ellos un control jurisdiccional que fije la legitimidad definitiva. Por el contrario, en estos casos la tutela cautelar elimina el riesgo de que tal presunción produzca el efecto perverso (no querido por ningún ordenamiento jurídico) de convertir en vano el control jurisdiccional de las Leyes y de actos”.
- Para la concesión de la medida cautelar resalta dos criterios básicos y concluye que es el Juez quien “en base a criterios sustanciales, ligados a la mayor o menor apariencia de legitimidad de las disposiciones controvertidas (*fumus boni iuris*), así como a la posibilidad de que una u

---

<sup>136</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La nueva doctrina del T.S. sobre las medidas cautelares: la recepción de *fumus boni iuris* (auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 69, 1991, pág.65 y ss.

<sup>137</sup> CHIOVENDA, G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1934, pág. 146 y ss; incluido en la teoría general de las medidas cautelares por: CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio sistematico della tutela cautelare*, Padova, 1936, pág. 20 y ss.

otra de las posiciones enfrentadas resulten perjudicadas en la espera de una decisión definitiva del juicio (*periculum in mora*)”.

En conclusión, la Sentencia Factortame adjudicó los Jueces nacionales la obligación de salvaguardar los derechos de los particulares que tengan origen en la normativa comunitaria provista de eficacia directa, sin que sea posible limitar la tutela jurisdiccional con fundamento en el derecho nacional. En este marco, el Juez nacional debe otorgar las medidas cautelares necesarias para evitar la ineficacia del derecho comunitario, aunque eso implique la desaplicación o suspensión de normas de derecho interno de cualquier rango. Con lo anterior se evita la vulneración del derecho a tutela judicial impidiendo que la sentencia definitiva dentro del proceso principal devenga ineficaz o se vacíe de contenido anticipadamente<sup>138</sup>.

β. Sentencia Zuckerfabrik de 21 de febrero de 1991<sup>139</sup>.

Como nos cuenta el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, en líneas generales, este pronunciamiento hace referencia, en sentido contrario a la anterior, a la posibilidad de que el Juez nacional adopte medidas cautelares en contra del derecho comunitario. Las sociedades alemanas *Zuckerfabrik Suederthmarschen* y *Zuckerfabrik Soest GMBH*, comercializadoras de azúcar, recibieron en 1987 de las aduanas alemanas de *Itzehoe* y *Paderborn*, liquidaciones por determinadas sumas que deberían ingresar como cuotas de reabsorción especial comunitaria de la campaña de comercialización del azúcar en 1986-1987. Esta cotización había sido establecida por

---

<sup>138</sup> Para GARCÍA DE ENTERRÍA, Factortame resultó “una verdadera revolución del derecho administrativo inglés y también un reto de primer orden para el derecho comunitario”. Cfr. *La Batalla... Ob. cit.*, pág. 132. Asimismo, el TJCE se había pronunciado en 1978 sobre los poderes de los Jueces nacionales para garantizar la efectividad del Derecho comunitario en el caso 106/77 *Simmenthal*, de 9 de marzo. En detalle, el estudio de esta sentencia se puede encontrar en DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 89 y ss.

<sup>139</sup> Esta sentencia ha sido expuesta majestuosamente por profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Las medidas cautelares que puede adoptar el Juez nacional contra el Derecho Comunitario: la Sentencia Zuckerfabrik del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de febrero de 1991”, en *Revista española de Derecho Administrativo.*, Núm. 72, 1991, pág. 105 y ss, a cuyo trabajo me referiré continuamente. Para el texto completo de la sentencias remitimos nuevamente a la página oficial del TJCE antes citada.

el Reglamento (CEE) 1914/87, con el objeto de reabsorber las pérdidas sufridas por la comunidad durante la campaña de azúcares. Las dos sociedades impugnaron las liquidaciones hechas por la aduana alemana ante los Tribunales de Derecho Financiero de Hamburgo y Düsseldorf, argumentando la invalidez del Reglamento. Las sociedades solicitaron al Tribunal la suspensión de las liquidaciones recurridas. Las medidas cautelares les fueron concedidas y, a su vez, fue planteada la cuestión prejudicial (Art.177 TCE) ante el TJCE.

En síntesis, el pronunciamiento del TJCE enfatizó que:

- “Cuando la ejecución administrativa de los Reglamentos comunitarios incumbe a las instancias nacionales, la protección jurisdiccional garantizada por el derecho comunitario implica el derecho de los justiciables de oponerse a la validez de los reglamentos ante el Juez nacional”.
- “Este derecho se vería comprometido si, en la espera de la sentencia del Tribunal de Justicia (...), el justiciable no pudiese cuando se cumplan ciertas condiciones, obtener una decisión cautelar de suspensión que permita paralizar, en cuanto le concierne, los efectos del Reglamento criticado”<sup>140</sup>.
- Las medidas cautelares se deben acordar si las circunstancias propias del caso “llevan al juez nacional a la convicción de que hay dudas serias sobre la validez del Reglamento comunitario<sup>141</sup> (...) solo la posibilidad de una declaración de invalidez, que está reservada al tribunal de justicia, puede, en efecto, justificar el otorgamiento de la suspensión”.
- “La suspensión de la ejecución debe conservar el carácter provisional”

---

<sup>140</sup> Sobre los antecedentes utilizados para esta decisión me remito al comentario sobre la Sentencia Foto-Frost, de 22 de octubre 1987 dentro del estudio de la Sentencia Zuckerfabrik hecho por la Profesora DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 97 a 102.

<sup>141</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., La Batalla... *Ob. cit.*, pág. 148 a 155 expone que parece pedirse más que un *fumus boni juris*, apreciado *a prima facie*. Se precisa de la convicción de que hay dudas serias, casi de la evidencia para que se pueda suspender, en el caso concreto, la aplicación del Derecho comunitario.

- “Las medidas de suspensión de la ejecución del acto impugnado no pueden ser adoptadas más que si son urgentes, o (...) si resultan necesarias (...) para evitar que la parte que las solicita sufra un perjuicio grave e irreparable”.
- “El perjuicio invocado por el requirente debe ser susceptible de concretarse antes de que el Tribunal de Justicia haya podido resolver sobre la validez del acto comunitario impugnado (...) un simple perjuicio pecuniario no puede, en principio, ser considerado como irreparable”.
- “Corresponde a la jurisdicción competente decidir la medida cautelar examinando las circunstancias singulares de cada caso”.
- “El Juez nacional (...) en caso de duda sobre la validez de los Reglamentos comunitarios, debe tomar en consideración el interés la Comunidad en que sus Reglamentos no sean eliminados sin una garantía seria”.
- “Cuando la suspensión de la ejecución sea susceptible de implicar un riesgo financiero para la comunidad, la jurisdicción nacional debe, por lo demás, imponer al demandante las garantías suficientes, como el depósito de una caución o la constitución de una garantía real”.

χ. Sentencia Atlanta de 9 Noviembre de 1995<sup>142</sup>

Este pronunciamiento permitió a los Jueces nacionales ordenar medidas cautelares positivas contra los Reglamentos comunitarios. El origen de la controversia se centra en el recurso interpuesto por la empresa *Atlanta Fruchthandels-gesellschaft*, junto a otras 17 sociedades pertenecientes al mismo grupo e importadoras de plátanos, ante el Tribunal Administrativo de Frankfurt, contra la decisión de la Oficina Federal para la alimentación y silvicultura de aplicación Reglamento (CEE) 404/93 relati-

---

<sup>142</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Sobre la posibilidad de que las jurisdicciones nacionales adopten medidas cautelares positivas (y no sólo suspensiones) contra los actos de sus Administraciones respectivas dictados en ejecución de Reglamentos Comunitarios cuya validez se cuestiona (Sentencia Atlanta del Tribunal de Justicia, de 9 de noviembre de 1995) ", en *Revista española de Derecho Administrativo* Núm. 88, 1995, pág. 579 y ss., y DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 102-106.

va a unos contingentes de importación de plátanos de países extracomunitarios. En el recurso, las empresas demandantes solicitaron al Tribunal acordar medidas cautelares tales como: “ordenar a la oficina general a autorizar [a los recurrentes] cupos suplementarios de la importación de plátanos, por encima de los que ya había otorgado en aplicación del reglamento”. El Tribunal Administrativo no concedió la medida cautelar solicitada. Sin embargo, a la par de instaurar la cuestión prejudicial ante el TJCE, pidió a la Oficina Federal conceder temporalmente, bajo garantía de indemnización, certificados de importación suplementaria a los recurrentes.

La sentencia del TJCE concluyó que:

- “La protección provisional o cautelar que las jurisdicciones nacionales deben asegurar a los justiciables, en virtud del derecho comunitario, no debe variar, tanto si éstos últimos piden suspensión de la ejecución, como si piden medidas provisionales que configuren o regulen en beneficio de ellos situaciones jurídicas controvertidas”<sup>143</sup>.
- “Las condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares positivas contra Reglamentos comunitarios, por el Juez nacional, son exactamente las mismas que las establecidas para la adopción de una medida cautelar de suspensión”<sup>144</sup>.
- “El eventual perjuicio se habrá de analizar caso por caso, estudiando en qué grado el interés general de la ejecución del acto debiera impedir la adopción de dichas medidas y en qué medida los intereses del particular han de prevalecer en el supuesto concreto frente a un genérico interés de la Comunidad (...) La Administración y el ciudadano se encuentran en pie de igualdad, el interés general no se impone por sí mismo.”<sup>145</sup>

---

<sup>143</sup> Sobre el Estudio del Art. 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn que consagra el derecho a la Tutela Judicial Efectiva *vid: Ibidem*, pág. 116 y ss.

<sup>144</sup> La Sentencia del Tribunal de Justicia reitera lo sostenido en el caso *Zuckerfabrik* ya expuesto.

<sup>145</sup> También sobre los poderes del Juez nacional en los supuestos de aplicación del derecho comunitario ver el comentario a la sentencia T. Port de 26 de noviembre de 1996 en DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 107-110. De la misma manera, el mismo GACÍA DE ENTERRÍA, E., “Perspectivas de las...”, en *Revista Española... Ob. cit.*, pág. 407 concluye que “en realidad, ha sido el propio Tribunal

Los anteriores pronunciamientos fueron decisivos para la actualización y puesta en el nuevo contexto constitucional del ordenamiento jurídico español en materia de medidas cautelares. El Tribunal Constitución Español fue uno de los últimos Tribunales Europeos<sup>146</sup> en reconocer que la efectividad de la tutela judicial (Art. 24 CE) implicaba, ineludiblemente, la adopción de cuantas medidas cautelares fueran necesarias para asegurar los efectos de la futura sentencia.

## **6. Algunos de los primeros pronunciamientos, relacionados con la suspensión del acto administrativo, de de los tribunales españoles a la luz de la nueva constitución y de la influencia del TJCE<sup>147</sup>.**

- **Respecto a los daños de imposible o difícil reparación.**
- a. ATS 3 de mayo de 1979. Sobre la concesión de la suspensión cuando resulte menos gravosa que la reparación. “El artículo 122.2 de la Ley Jurisdiccional, interpretado con el Art. 84.b) y c) no autoriza a identificar el restablecimiento de la situación jurídica individualizada con el pago, en cualquier caso, de una indemnización dineraria, toda vez que restablecer significa reponer lo transformado por la directa ejecución de un acto administrativo contrario a Derecho, al Estado de Derecho conforme con la legalidad aplicable, sin variaciones

---

de Justicia el que ha inventado las nuevas vías procesales (...), bien decidiendo cuestiones prejudiciales (Factortame, Brasserie du Pêcheur), bien en recursos de anulación (Borelli, Hoeschts). Puede y debe decirse, a mi juicio, que esas vías han sido creadas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que actúa aquí una verdadera función de creación de normas, especificando los principios del derecho comunitario”.

<sup>146</sup> Ya lo habían hecho los Tribunales de Alemania, Italia, Francia; el Tribunal de Estrasburgo, de Derechos Humanos y Luxemburgo. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "El problema de los poderes del juez nacional para suspender cautelarmente la ejecución de las leyes nacionales en consideración al derecho comunitario europeo", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 63, 1989, pág. 423 y ss.

<sup>147</sup> En esta nueva interpretación también incidió la STC 76/1986 (RTC/76) Ponente: Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer que sentó la doctrina de la “continuidad del ordenamiento jurídico” antes y después de la Constitución de 1978. En sentido contrario a la amplitud interpretativa: Conde Martín de Hijas, V., "Las medidas... ", en *Estudios de...* Ob. cit., pág. 541; SSTC 66/1985 Ponente: Don Francisco Rubio Llorente (RTC/66) y 115/1987 (RTC/115) Ponente: Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

cualitativas de su configuración como serían las resultantes de sustituir el valor concreto controvertido por otro abstracto, o en dinero cuando este último no es el objetivo principal e inmediato de la pretensión”.

- b. ATS 23 de mayo de 1978. Sobre la reducción de la discrecionalidad judicial en la interpretación de lo que deba entenderse por “daños de imposible o difícil reparación”.
- c. ATS 17 de junio de 1980. Sobre el principio de solvencia de la Administración. “Ni de la letra ni el espíritu que anima el precepto (artículo 122 LJCA) puede llegarse a la conclusión de que la mera posibilidad de que puedan ser evaluados económicamente y, en su caso reparados esos daños y perjuicios, en virtud de la presunción de solvencia de la Administración Pública obliga a negar la suspensión por este solo hecho y en toda ocasión puede traducirse a criterios económicos los posibles daños o perjuicios, muchas veces es imposible fijar el quantum de los que, deberán ser indemnizados en caso de obtener los administrados una resolución favorable en el fondo, sólo podría obtenerse a costa de un largo proceso, que la suspensión puede evitar”.
- d. AATS 17 y 21 de julio de 1982 y STC de 6 de junio de 1984. En materia de sanciones administrativas. Sobre imposibilidad, de acuerdo al Art. 24CE, de ejecutar el acto recurrido antes de que en el proceso principal recaiga sentencias firme.
- e. ATS 16 de abril de 1984. En materia de sanciones pecuniarias. “El abono de la multa acarrea (...) un daño de difícil reparación (...) en relación con la valoración del esfuerzo o perjuicio que se desprende del hecho de tener que hacer frente al desembolso anticipado, y que por importante monto en relación con la solvencia económica del deudor puede ocasionar un desequilibrio suficiente para entender darse el requisito presupuesto que la ley señala”.
- f. ATS de 20 de junio de 1985. En materia de sanciones administrativas. En este pronunciamiento, el Tribunal Supremo concluye, con fundamento en el Art. 24CE, que, en materia de sanciones a los funcionarios públicos, no se puede ejecutar el acto recurrido hasta tanto la sentencia no devenga firme.



- **En relación con el interés público en la Ley de 1956.**

- ATS de 3 y 9 de mayo de 1979. Sobre el papel del interés público en el acuerdo de suspensión. “Como dice la exposición de motivos de la Ley jurisdiccional (...) al juzgar sobre la procedencia de la suspensión debe atenderse, ante todo, al grado en que los intereses públicos exijan la ejecución (...)”. “En definitiva son éstos (los intereses públicos) los que inspiran el propio carácter ejecutivo de los actos de la Administración (...) Para acordarla o denegarla (la suspensión), debe el Tribunal tener en cuenta (...) la mayor o menos trascendencia del interés público que pueda resultar afectado por la suspensión (...)”.
- ATS 15 de junio de 1983. Sobre el mayor protagonismo del interés público. “Un juicio de ponderación, en orden a valorar la medida o intensidad con que el interés público exija la ejecución, requisito éste que se desprende de la propia Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional y que se recoge, en la perspectiva procesal en el artículo 123.2 de dicha Ley(...)”.
- ATS 17 de enero y 10 de julio de 1984. Sobre la primacía del interés público. “(...)en términos generales, la preferencia del interés público sobre el privado en el fundamento y regulación de las declaraciones de ruina (...)” “En caso de colisión entre ambos (intereses de los particulares e interés público), siempre han de prevalecer los últimos, tanto por un elemental principio de lógica y ámbito de proyección de aquellos como por la notoria posibilidad legal y económica que, más que el simple particular, la Administración tiene que reparar los resultados de una indebida ejecución”.
- ATS 10 de octubre de 1984. “(...) puesto que la causa inspiradora y eficiente del privilegio de inmediata ejecutividad es, en último término, el interés público, a este principalísimo y fundamental dato, en la medida en que puede resultar comprometido y a la trascendencia e influencia de la misma en la ecuación de los valores jurídicos en presencia debe centrarse el juicio sobre la procedencia o improcedencia de la suspensión (...)”.

- **Relacionados con procedimiento incidental de suspensión:**

- a. ATS 8 de julio de 1983. Sobre la motivación del acuerdo de suspensión. “Las motivaciones prestan una función auxiliar explicativa (...) de la voluntad plasmada en la parte especial de la resolución: parte

dispositiva". Asimismo, el ATS de 20 de diciembre de 1990 considera que un impreso cumplimentado con doctrina general sobre eficacia y legitimidad de los actos administrativos "no puede considerarse suficiente a efectos de respetar el requisito inexcusable de la motivación, requisito sin el que no puede entenderse que se otorga una tutela judicial efectiva al justiciable al que se deniega su pretensión (...) no basta con reproducir la teoría general sobre la eficacia y eventual suspensión de los actos administrativos para luego afirmar o negar, sin más, que el supuesto de hecho que se discute no cumple los requisitos exigidos para dar la suspensión (...) implica una actuación arbitraria, y la arbitrariedad está prohibida a los poderes públicos".

- b. STC de 7 de junio de 1984. Sobre el sistema de ejecución de los autos de suspensión y la tutela judicial efectiva. "La ejecución de las sentencias, en sí misma considerada, es una cuestión capital de importancia para la efectividad del Estado Social y democrático de derecho (...) cuando este deber de cumplimiento y colaboración se incumple por los poderes públicos, ello constituye un grave atentado al Estado de derecho, y por ello el sistema jurídico ha de estar organizado de tal forma que dicho incumplimiento no pueda impedir en ningún caso la efectividad de las sentencias y resoluciones judiciales firmes." "(...) el artículo 24.1 de la Constitución establece el derecho de todas las personas a obtener la tutela judicial efectiva (...) Este derecho comprende, según ha declarado el tribunal en reiteradas ocasiones, el de obtener la ejecución de sentencias (...), pues lo contrario sería convertir las decisiones jurisdiccionales en meras declaraciones de intereses (...)".
- c. ATS de 16 de junio de 1997<sup>148</sup>. Alude a la obligación de los Jueces españoles de tener en cuenta el estado de la jurisprudencia comunitaria en materia de tutela cautelar, particularmente, en cuanto al método de análisis de la cuestión, las circunstancias a ponderar, su valoración y las medidas adoptables.

---

<sup>148</sup> (R)/5447)

- **En materia de suspensión de actos de contenido negativo.**
- ATS de 12 de marzo de 1984<sup>149</sup>. En este pronunciamiento se deja sin efecto el acto administrativo denegatorio de la autorización para abrir una sala de bingo y, como consecuencia, autoriza provisionalmente que la sala de juego sea abierta. Los argumentos esgrimidos por el Supremo fueron: la imposibilidad de la empresa para proseguir con la finalidad para la cual fue creada y la dificultad de calcular la cuantía de las pérdidas de la empresa (lucro cesante y daño emergente)
  - STC 11/1987<sup>150</sup>. Sobre la inconstitucionalidad, por aplicación directa del Art. 24 de la CE, del Art. 34 de la Ley 7/1985, de 1 de julio, de derechos y libertades de los extranjeros, que impedía la suspensión cautelar de las órdenes de expulsión de extranjeros.
  - ATS de 20 de diciembre de 1990<sup>151</sup>. Este auto amplía el contenido del Art. 122 LJCA/1956 preconstitucional, particularmente, dándole un nuevo contenido al "*periculum in mora*" y, en general, rechazando todo tipo de limitación restrictiva de dicha norma. El fundamento lo encontró el Tribunal Supremo en los Art. 72 y 116 de la LPA, 56 de la LOTC, 1.428 LEC/1984 y, el más importante, Art. 24 CE. Consecuencia de la mencionada normativa, entendió el Tribunal que la finalidad de las medidas cautelares debía ser el aseguramiento de la eficacia de la resolución final del proceso principal. El auto "conecta los perjuicios con la incapacidad del fallo que en su día se dicte para hacer efectiva la tutela otorgada". En efecto, dado que la sentencia que recaiga en el proceso necesita ser eficaz, el Supremo autoriza "la adopción de aquellas medidas cautelares que fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere". Para el caso concreto concluyó que "*prima facie* la situación jurídica de los apelantes no es de franca y radical ilegalidad, que incluso parece que una actuación administrativa la ampara, que puede haber posibilidad de legalizarla (...) debe dejarse

---

<sup>149</sup> (RJ/2506 ) Ponente. Excmo. Sr. Vicente Marín Ruiz. Auto comentado por: SUAY RINCÓN, J., "Una resolución novedosa en materias de medidas cautelares: el Auto del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1984 ", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 50, 1986, pág. 265-268.

<sup>150</sup> (RTC \115) Ponente: Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

<sup>151</sup> (RJ/10412) Ponente. Excmo. Sr. Francisco González Navarro.

perfectamente claro que haya una apariencia de buen derecho no supone prejuzgar el fondo, porque puede ocurrir que en estudio del fondo se destruya esa apariencia (...) lo que se advierte *prima facie* (...) es una apariencia de buen derecho. Esa apariencia, aún siendo sólo eso, basta en un proceso cautelar para otorgar la protección de la provisionalidad solicitada". Asimismo, en el caso concreto se consideró que "la ejecución del acto conlleva perjuicios graves [no dice irreparables] para los recurrentes, y no consta (...) perjuicios ni para el interés público ni para terceros (...)".

- ATSJ del País Vasco de 21 de marzo de 1991<sup>152</sup>. Este pronunciamiento acuerda, con el carácter de medida cautelar positiva, requerir a la Administración para que en un plazo determinado por el mismo Tribunal dicte una nueva resolución expresiva de tres cuestiones que no precisaron en el expediente administrativo.
- ATSJ del País Vasco de 14 de octubre de 1991. Nuevamente impone a la Administración, como medida cautelar, la obligación de dictar un nuevo acto en el que tenga en cuenta un aspecto sobre el que ha hecho caso omiso, es decir, el procedimiento específico regulado por el reglamento de 30 de noviembre de 1961 sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.
- ATSJ de Aragón de 26 de febrero de 1998<sup>153</sup>. Este auto estima la medida cautelar solicitada de pago, por parte de la Diputación General de Aragón, de una suma de dinero, a título de compensación económica, a una concesionaria del servicio público de transporte. Lo anterior en razón a la "aparente" ilegalidad de la decisión impugnada (denegación de ayuda pública). "Tratándose de supuestos de impago por la Administración de obligaciones pecuniarias recurridas o derivadas de un título exigible e incontrovertido, la apariencia de buen derecho en quien reclama o solicita la medida es fundamental, petición frente a la que la Administración difícilmente puede alegar graves e irreparables

---

<sup>152</sup> (R)/2444)

<sup>153</sup> Auto comentado por HERRÁIZ SERRANO, O., "El paso firme dado por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el duro batallar por la tutela cautelar: la aplicación de la técnica francesa del Refere Provision", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 102, 1999, pág. 265-280.

perjuicios económicos tratándose, como se trata, de obligaciones de contenido económico recurridas legal o reglamentariamente o dimanantes de un título público o administrativo otorgado por la Administración”.

**7. La crisis de la medida suspensiva en regulación de 1956 y su reforma post-constitucional: la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo común de 26 de noviembre de 1992 y la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998<sup>154</sup>.**

Pese a los grandes esfuerzos de la Jurisdicción Constitucional y Contencioso-administrativa por reinterpretar los Arts. 122 - 125 de la LJCA/56 a la luz de los preceptos constitucionales de 1978 (en particular, conforme al derecho fundamental a la Tutela Judicial Efectiva), la reforma de la normativa administrativa y contencioso-administrativa era inevitable<sup>155</sup>. Hasta el momento la legislación de la suspensión cautelar respondía a un sistema contencioso-administrativo objetivo centrado exclusivamente en el control de la actuación de la administrativa de la Administración. Este sistema se mostraba incoherente frente a los nuevos principios de una Constitución que exigía una concepción subjetiva de la jurisdicción contenciosa.

Europa ondeaba la bandera del “derecho fundamental a la Tutela Cautelar” como parte inescindible del derecho a la Tutela Judicial Efectiva<sup>156</sup>. España mostraba un panorama de demora significativa, por parte

---

<sup>154</sup> Sobre el anteproyecto y el proyecto de de reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa *vid*: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., "La suspensión Judicial del acto administrativo en el proyecto de ley de la Jurisdicción Contencioso - Administrativa", en *La Ley*, Núm. 4, 1997, pág. 1385-1388. Resulta indispensable en este punto la referencia la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, 1989,

<sup>155</sup> “Muchos han sido los méritos de la Ley Jurisdiccional de 1956 (...) pero ello no le impide ser una ley preconstitucional, necesitada de impregnarse de nuevos principios y valores que la Constitución ha aportado con la intención de que sean reales y efectivos”. De esta forma se refería a la antigua ley de la jurisdicción contencioso-administrativa el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "El derecho administrativo en el siglo XXI.", en *Diario la Ley*, Núm. 4, 1990, pág.987.

<sup>156</sup> Francia en 1995 con *Code de Justice Administrative*, modificado por la Ley de 30 de junio de 2000 consolida una regulación completa, variada y pormenorizada de medidas caute-

de la Jurisdicción Contenciosa, en la resolución de los procesos a su cargo<sup>157</sup>. En un contexto de demanda, por parte de la doctrina administrativista, de romper con el principio revisor de la Jurisdicción Contenciosa, de exigencia de un control total de la actividad, inactividad y vías de hecho de la Administración Pública y de reclamo de un proceso que respondiera a la tutela de los derechos e intereses ciudadanos, la importante pero limitada medida cautelar suspensiva no resultaba suficiente garantía del derecho consagrado en el Art. 24 CE. El reconocimiento legal de la posibilidad del juez administrativo (que, hasta la fecha, sólo decidía mediante cuerpos colegiados) de adoptar cualquier medida cautelar que resultare necesaria para evitar que la sentencia futura se vaciara anticipadamente de contenido y para salvaguardar los derechos de los administrados, se convertía en un constante reclamo de la doctrina y la jurisprudencia.

En este marco, se abren paso las reformas del régimen jurídico de Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común y de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. En lo que a nuestro objeto de estudio atañe, la primera de ellas (Ley 30/92 modificada por la Ley 4/1999) contempla, en su artículo 111, la suspensión de la ejecución del acto administrativo en vía de recurso administrativo; la segunda (Ley 29/98) hace lo propio con las medidas cautelares contencioso-administrativas en sus Arts. 129 - 136.

---

lares en la jurisdicción contencioso-administrativa. Italia hace lo propio con la Ley 205/2000, de 21 de julio.

<sup>157</sup> Para el año 1997 el número de asuntos pendientes en el Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-administrativo eran: al inicio del año 24.772; los asuntos ingresados en el año 14.386; los asuntos resueltos en el año 14.804 y los asuntos pendientes al finalizar el año 24.354. Fuente: Memorias del Consejo General del Poder Judicial [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es). En esta misma línea, los asuntos pendientes en la Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-administrativo para el año 1997 eran: al inicio del año 22.751; los asuntos ingresados en el año 10.976; los asuntos resueltos en año 14.769 y los asuntos pendientes al finalizar el año 18.949.

## II. EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL, LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO COLOMBIANO.

Al presentar este capítulo, decíamos que, en los países herederos de la tradición jurídica continental Europea, el principio de legalidad y los “privilegios de la Administración” -decisión ejecutiva, entre otros- han sido los pilares sobre los cuales se ha construido el Derecho administrativo. Así mismo, argumentábamos que era inevitable señalar que la jurisdicción contenciosa, tal como hoy la conocemos, ha sido diseñada desde la época de la Revolución Francesa y consolidada durante los Siglos XIX y XX.

En este sentido, en Colombia, los antecedentes ciertos de un derecho estatutario para la Administración Pública datan del Siglo XIX y están ligados en su origen más cercano al derecho francés<sup>158</sup> (sobre todo por la tendencia latinoamericana de importar instituciones que se han gestado y desarrollado en Europa). Sin embargo, antes de esta fecha, deben reconducirse los antecedentes más remotos de la Administración y la revisión de sus decisiones a las instituciones existentes en la época colo-

---

<sup>158</sup> En este sentido los estudios de RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L., “Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Colombia”, en *Deuxième centenaire du Conseil D' État*, Vol. II Número especial de *La Revue Administrative*, 2001, pág. 201 y ss; “Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina” en *Memorias del coloquio conmemorativo del bicentenario del Consejo de Estado Francés*, Bogotá, Temis, 1999, pág. 335 y ss.; “La explicación histórica del Derecho Administrativo” en *Derecho Administrativo. Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*, Tomo I, 2005 pág. 293 y ss. reconocen como antecedente más claro de la formación del derecho administrativo en Colombia la creación, a semejanza del Consejo de Estado creado por Napoleón en 1799, del Consejo de Estado en 1817 (modelo referencial de Bolívar). Institución ésta que a partir de 1914 adquiere una presencia definitiva como institución en Colombia, asumiendo, además de las clásicas funciones consultivas, las de máximo tribunal de una jurisdicción administrativa que empezaba a surgir. Por consiguiente, concluye en autor en las obras citadas, el derecho administrativo es una creación moderna que remonta su origen a finales del S. XVIII y que se divide en dos etapas: una primera de formación que abarca desde finales del Siglo XVIII hasta la última parte del S. XIX y, la segunda, de consolidación que comprende la última parte del S. XIX hasta nuestros días.

nial<sup>159</sup>, más aún, cuando la independencia no trajo consigo un abandono inmediato de la forma de gobierno y la “administración de justicia” que imperaba hasta el momento. Dentro de este marco, en relación con la función gubernativa, instituciones como el virreinato y la representada por el gobernador (máxima autoridad de la provincia) resultaron las más influyentes de cara a las instituciones actuales. En la misma línea, pero relacionadas con la función de justicia, se encuentran las Reales Audiencias, cuerpos colegiados de naturaleza administrativa que tenían bajo su competencia el conocimiento de los asuntos contenciosos, civiles y criminales dentro de su territorio así como las funciones consultivas para con el virrey<sup>160</sup>. Así mismo, resulta válido afirmar que, en la etapa

---

<sup>159</sup> Advierte SANTOFIMIO GAMBOA, J. O., González-Varas Ibañez, S (Dir): "Panorama General del Derecho Administrativo en Colombia", en *Estudios y Comentarios. El Derecho Administrativo Iberoamericano*, vol. 9, Granada, 2005, pág. 237 que durante casi 100 años, todo el siglo XIX y los primeros años del Siglo XX, la justicia administrativa colombiana fue competencia de los tribunales ordinarios. La razón, argumenta el autor, no fue otra que la influencia colonial española. Fundamento de lo anterior son: El Acto Legislativo No. 3 de 1910 (que obligó la creación de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa), la Ley 130 de 1913 (de creación del Tribunal Supremo de lo Contencioso-administrativo y de los Tribunales seccionales de lo Contencioso-administrativo), el Acto Legislativo de 1914 (de restablecimiento del Consejo de Estado) y la Ley 60 de 1914 (de establecimiento del periodo de los Consejeros de Estado). En sentido contrario: RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L., "La explicación histórica..." en *Derecho Administrativo... Ob. cit.*, pág. 294, refiriéndose a la época colonial, considera que la existencia de reglas respondió a la necesidad práctica de tener algunas reglas para organizar la actuación de las autoridades y no a la intención de conformar un cuerpo sistemático de normas.

<sup>160</sup> En este sentido los trabajos de: Gallo García, A., "Principios Rectores de la organización Territorial de las Indias en el Siglo XVI", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, I, 1970, pág. 341 y ss; OTS CAPDEQUÍ, J. M., *Historia del Derecho Español en América y el derecho Indiano*, Madrid, 1969, , RODRÍGUEZ Y VÁZQUEZ DE PRADA, V., "Orígenes y situación actual del Derecho Administrativo Colombiano", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 119, 1989, pág. 471-490; "Aunque la imitación del modelo francés es total en lo concerniente a la creación de una rama especializada del derecho (...) hay que indicar, sin embargo, que las motivaciones y hasta sus últimas causas eran muy diferentes, puesto que la delineación de una jurisdicción contencioso-administrativa que en Francia se levantó por desconfianza hacia los jueces ordinarios (...) en Colombia dicha desconfianza no se daba, ni siquiera, como es obvio, ni desde sus comienzos, y solamente era la idea de implantar un modelo que se copiaba". En igual sentido, reconociendo las instituciones coloniales como los primeros trazos del Derecho Administrativo Colombiano: SANTOFIMIO GAMBOA, J. O., González-Varas Ibañez, S (Dir): "Panorama General del Derecho Administrativo en Colombia", en *Estudios y Comentarios. El Derecho Administrativo Iberoamericano*, vol. 9, Granada, 2005, pág. 188 y ss., - 237 y ss., y MALAGÓN PINZÓN, M. and GAITÁN BOHÓRQUEZ, J.,



de desarrollo del derecho administrativo (S. XX y lo que lleva el S. XXI), para ir decantando un derecho propio de la Administración Pública, la doctrina administrativista colombiana ha acudido con bastante frecuencia al derecho comparado utilizando como referencias autores no sólo franceses, sino también españoles<sup>161</sup>.

### **1. La asunción del principio de legalidad, de anulación de actos administrativos y de suspensión de los mismos en la Constitución de 1886.**

En el texto constitucional de 1886, por primera vez, se incluye la suspensión de las decisiones administrativas. La incorporación de la figura jurídica suspensiva al cuerpo constitucional responde a la influencia del Derecho Español, ya que, en el ordenamiento francés, la medida cautelar suspensiva sólo se incorporó en el año 1945<sup>162</sup>, en relación a los actos cuya legalidad se debatía ante el Consejo de estado, y en el año 1953<sup>163</sup> para aquellos actos enjuiciados ante los Tribunales Regionales.

Si bien es cierto que esta constitución no introdujo una referencia exacta al concepto de "Administración Pública", sí incorporó múltiples términos con los que pretendió hacer alusión a ésta última<sup>164</sup>. Es así como, el

---

"Colonialismo cultural francés y la creación del Consejo de Estado en el Derecho Administrativo Colombiano", en *Vniversitas*, Núm. 115, 2008, pág. 161-178.

<sup>161</sup> En relación con lo dicho: MALAGÓN PINZÓN, M. and GAITÁN BOHÓRQUEZ, J., "Colonialismo cultural...", en *Vniversitas... Ob. cit.*, pág. 174 cita, por ejemplo, la influencia que, a comienzos del S. XX tuvo la *recopilación de leyes administrativas del año 1901*, en el que mencionan reconocidos administrativistas españoles. Así como, la *revista jurídico-administrativa* llamada *el Foro* editada en 1905, en la que se alude al Congreso Jurídico Español de 1886 ya citado en este trabajo. Sobre la dualidad de jurisdicción (contencioso-administrativa y ordinaria) en Colombia resultan de gran importancia los trabajos de: SANTOFIMIO GAMBOA, J., *Tratado de Derecho Administrativo*, 3a. ed. ed., vol. Tomo I, 2003, capítulo tercero y ARGUELLO, A. and BUENAHORA, L., *Derecho Administrativo*, Bogotá, 1927, pág. 45 y ss.

<sup>162</sup> Art. 48 Ordenanza de 1945.

<sup>163</sup> Art. 9 Decreto de 30 de septiembre de 1953 y Art. 22 Decreto de 28 de noviembre de 1953.

<sup>164</sup> Esta carencia fue catalogada como una de las más notables faltas de la organización político-constitucional del país. En este sentido nos cuenta RODRÍGUEZ Y VÁZQUEZ DE PRADA, V., "Orígenes y situación actual...", en *Revista de... Ob. cit.*, pág. 480 que la constitución co-

Art. 191 y 195.7 del mencionado texto constitucional, facultaba al Gobernador Departamental, sin necesidad de intermediación judicial, para **suspender las ordenanzas** de las Asambleas Departamentales. Tales actos administrativos (ordenanzas departamentales) gozaban, por regla general, de la **ejecutividad y obligatoriedad**<sup>165</sup> que el propio texto constitucional les confería (Art. 191), excepto en aquellos casos en que el Gobernador (máxima autoridad administrativa del departamento), a solicitud de la parte agraviada y por resolución motivada, hiciera uso de su facultad suspensiva por razones **de incompetencia, infracción de leyes o violación de derechos de tercero**<sup>166</sup>. Así mismo, las ordenanzas perderían su carácter ejecutivo y obligatorio en aquellos casos en fueran suspendidos por la autoridad judicial<sup>167</sup>. A partir de las descritas normas constitucionales, la figura jurídica suspensiva disfrutó de la doble naturaleza, administrativa y jurisdiccional.

A reglón seguido, el Art. 192 del mismo texto constitucional contempló el derecho de los particulares agraviados por los actos de las Asambleas a impugnar dichos actos ante los Tribunales Competentes<sup>168</sup>. En este marco, se facultó al Tribunal para suspender, “con la finalidad de evitar

---

lombiana renunció al concepto de Administración Pública y su regulación como poder público. Sólo, y de manera muy dispersa, los artículos 21, 24, 27.1, 51, 62, 65 del texto constitucional de 1886 aluden a las expresiones tales como “agente” y/o “funcionarios públicos”. La incorporación del término “Administración”, al menos en cuanto a su estructura, a la constitución colombiana debió esperar hasta el Acto Legislativo de 1968.

<sup>165</sup> La obligatoriedad de los actos administrativos es una consecuencia derivada del principio de legalidad de las actuaciones de los funcionarios públicos. En este sentido: CAMPO CAVAL, J. M., *Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo*, Bogotá, 1989, pág. 62.

<sup>166</sup> En caso de decidir la suspensión, la decisión del gobernador necesitaba ser refrendada por el gobierno (Art. 195.7). Reténgase la vulneración de los derechos de tercero como causal de suspensión, la misma que vuelve a saltar al ruedo en las legislaciones actuales española y colombiana.

<sup>167</sup> Autoridad que, como ya explicábamos, prácticamente hasta 1914 se trató de Tribunales ordinarios. Lo anterior teniendo en cuenta que el Acto Legislativo No. 3 de 1910 obligó a la creación de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa, la Ley 130 de 1913 creó el Tribunal Supremo de lo Contencioso-administrativo y de los Tribunales seccionales de lo Contencioso-administrativo, el Acto Legislativo de 1914 restableció el Consejo de Estado como máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa y la Ley 60 de 1914 estableció el periodo de los Consejeros de Estado.

<sup>168</sup> *Idem*.

un **grave perjuicio**<sup>169</sup> el acto impugnado. El texto constitucional estudiado reservó a Corte Suprema, máxima órgano de la jurisdicción ordinaria, la facultad para **anular** las ordenanzas que hubieran sido suspendidas por el gobierno, o denunciadas ante los Tribunales (Art. 151.5).

De lo anterior, se colige que la Constitución de 1886 esboza la suspensión de los actos administrativos en términos de idoneidad para evitar los excesos de las corporaciones administrativas (Art. 183).

## **2. El Acto Legislativo 3 de 31 de octubre de 1910: la extensión de los actos administrativos susceptibles de suspensión y la judicialización de la institución cautelar.**

Decíamos que la Constitución de 1986 resultó fundamental por declarar la ejecutividad y obligatoriedad de los actos de las Asambleas departamentales y por incorporar la medida de suspensión cautelar de dichos actos. En este mismo marco, el texto constitucional adjudicó la competencia para el conocimiento de la solicitud de suspensión tanto a funcionarios administrativos (gobernadores con posterior refrenda del gobierno) como judiciales.

La reforma de 1910 se decantó por mantener la declaración general de **obligatoriedad** (consecuencia del principio de legalidad) de las ordenanzas de las Asambleas departamentales y, a dichos actos, adicionó las decisiones de los Consejos Municipales. Esta regla general encontraba su excepción cuando alguno de los actos administrativos mencionados resultare anulado por la autoridad judicial (Art. 57, 63). Vemos como la anulación de los actos administrativos se mantuvo bajo la competencia de la jurisdicción (aún ordinaria)<sup>170</sup> y veremos como la suspensión provisional de dichas decisiones corrió la misma suerte.

En este ámbito, el acto legislativo 3 de 1910 conservó la posibilidad de suspender los actos de las Asambleas departamentales y agregó, “y de los Consejos Municipales cuando causaran un grave perjuicio a los parti-

---

<sup>169</sup> Grave perjuicio a los derechos civiles en concordancia con el Art. 151.1 del texto constitucional de 1886. Este requisito “*periculum in mora*” ha acompañado a la institución suspensiva desde sus inicios tanto en España como en Colombia.

<sup>170</sup> El artículo 42 del mismo acto ordenaba la creación de la jurisdicción contenciosa-administrativa.

culares". Tal **suspensión sólo podría ser ordenada por el Tribunal competente**, despojándose al Gobernador de la competencia para ello (Art. 58, 64). A partir de esta disposición, en la regulación colombiana, se suprimió la posibilidad de las autoridades administrativas de suspender sus propios actos<sup>171</sup>.

### 3. La Suspensión del acto administrativo en el primer código contencioso-administrativo colombiano, Ley 130 de 1913.

El mandato constitucional de 1886 (Art. 42-Acto Legislativo 3/1910) tuvo su desarrollo legal en la Ley 130 de 1913. El Art. 59d de dicho texto legal facultó al Tribunal Administrativo para que, recibida la demanda, pudiera suspender **provisionalmente** el acto denunciado cuando ello fuere necesario para evitar un perjuicio **notoriamente grave**. Es la primera vez que la legislación colombiana incluye las expresiones: "*provisionalmente*", refiriéndose a la temporalidad connatural de las medidas cautelares, y "*notoriamente*", exigiendo algo más que la mera apariencia del perjuicio grave.

Bajo la vigencia de legislación ahora analizada (y en concordancia con el acto legislativo descrito en el ítem anterior), la petición de anulación del acto administrativo llegaba al conocimiento del Tribunal competente a instancia de parte (Art. 52), pero la suspensión del acto no requería solicitud previa de ésta última. La orden de suspensión era absolutamente discrecional del magistrado sustanciador cuya única obligación, en este punto, era valorar si la situación que se le presentaba era idónea para causar al particular un "*perjuicio notoriamente grave*".<sup>172</sup>

---

<sup>171</sup> En este sentido: MORA OSEJO, H., *Comentarios al Código Contencioso Administrativo*, Medellín 1985, pág. 207.

<sup>172</sup> Sobre el punto: CAMPO CAVAL, J. M., *Medidas Cautelares en... Ob. cit.*, pág. 546.

#### 4. La suspensión provisional de los actos administrativos en la regulación administrativa colombiana de 1920 a 1940<sup>173</sup>.

Cuatro leyes hicieron referencia a la institución suspensiva de actos administrativos durante este intervalo:

La primera, la Ley 72 de 1920, estableció que la suspensión del acto ordenada por el Tribunal competente dejaría de surtir efecto si el demandante no suministraba el papel necesario para las actuaciones o si dejaba transcurrir cuarenta días hábiles sin continuar las gestiones propias del proceso. Esta figura se conoció, desde su incorporación por esta ley hasta su eliminación por el Art. 156 del Decreto 2304 de 1989, como perección de la suspensión.

La segunda, La Ley 28 de 1922, en su Art. 29, estableció el efecto suspensivo a las apelaciones de los autos que ordenaban la suspensión provisional.

La tercera, La Ley 37 de 1935, excluyó del conjunto de decisiones susceptibles de ser suspendidas por los tribunales "*los decretos sobre cambios, remociones o suspensiones en el ramo educativo*" (Art. 2).

La cuarta y última, la Ley 80 de 1935, modificatoria de la ley 28 de 1922, prohibió la suspensión de ordenanzas departamentales o acuerdos municipales después de ciento veinte días de su sanción, excepto en aquellos casos en que el particular lograra probar, al menos sumariamente, el agravio que causado por la decisión. Así mismo, el Art. 2 de la citada norma cambió el efecto en que debía ser concedida la apelación del auto que ordenara la suspensión provisional: de suspensivo pasó a concederse en un efecto "*sui generis*", es decir, el recurso de apelación mantuvo la competencia del Tribunal Seccional para continuar con el conocimiento del juicio principal, pero la decisión de suspensión (acordada por el Consejo de Estado) debía estar ejecutoriada para poder cumplirse<sup>174</sup>.

---

<sup>173</sup> Sobre esta normativa escriben los profesores: CAMPO CAVAL, J. M., *Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo*, pág. 62 y RIASCOS GÓMEZ, L. O., "Teoría General del Acto administrativo: el perfeccionamiento, la existencia, la validez y la eficacia del acto desde la perspectiva de la nulidad, la revocatoria y la suspensión de los efectos jurídicos", en *Revista Electrónica de Derecho Público. El Derecho Público Mínimo*, Edición y Publicación electrónica permanente, 2011, pág. sin numeración.

<sup>174</sup> Concepto Consejo de Estado 30 de marzo de 1938. M.P. Ramón Miranda.

## 5. Ley 167 de 1941: segundo código contencioso-administrativo colombiano. Primera regulación integral de la institución suspensiva.

El estatuto de 1941 reguló ampliamente el control judicial de la actividad administrativa así como la composición de la jurisdicción contenciosa. Igualmente, la norma en comento reglamentó la vía gubernativa, las competencias administrativas de las entidades políticas, la intervención del Ministerio Público, la actividad de contratación y la actividad indemnizatoria de la Administración pública. En particular, esta normativa dedicó el capítulo X, Arts.94 a 101, a la regulación de la naturaleza, los requisitos sustanciales, el procedimiento y la competencia para adoptar la medida cautelar suspensiva.

En cuanto a su **naturaleza**, la suspensión provisional se mantuvo como una medida eminentemente jurisdiccional. Solamente el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podían suspender los efectos de un acto o providencia (Art. 94).

Dentro de los **requisitos sustanciales**, permaneció la necesidad de que, con el acuerdo de suspensión, se pretendiera evitar “*un perjuicio notoriamente grave*” (Art. 94 párrafo 2). Hasta el momento, la suspensión cautelar no era contemplada como una medida general, es decir, para todos los actos administrativos. Es por ello que el Art. 98 incorporó un listado de **actos administrativos no susceptibles** de suspensión, a saber: los debatidos en juicios electorales, en las acciones referentes a cambios, remociones suspensión o retiro en el personal militar o en el ramo educativo, en las acciones sobre el monto, atribución o pago de impuestos, contribuciones o tasas, cuando no se trata de un acto de carácter general creador o regulador del tributo. Así mismo, se excluyeron los actos que se pretendían enjuiciar cuando la acción principal estuviese prescrita o aquellos que la ley expresamente disponía.

En esta misma línea, para la adopción de la medida suspensiva, se incorporó la exigencia de una “*manifiesta violación de la norma positiva de derecho*”. De esta manera, se daba inicio a la desafortunada y ya tradicional exigencia de “algo más” que una *apariencia de buen derecho*. Un “algo más” entendido como la certeza de la violación del derecho positivo que, como estudiaremos a lo largo de este trabajo, sólo es susceptible de obtenerse hasta la finalización del procedimiento contencioso y no antes.

Al requisito expuesto anteriormente, se adicionó, para acciones diferentes a la de simple nulidad, la **comprobación, aunque sea sumaria, del agravio** sufrido por el demandante (Art. 94).

Respecto a los **requisitos de procedimiento**, la medida debía solicitarse de manera **expresa en la demanda o en escrito separado**. La oportunidad procesal para la solicitud de la medida se limitó, de nuevo en perjuicio de los administrados, **hasta antes de dictarse el auto admisorio** de la demanda. Además, resultaba necesario que la suspensión del acto administrativo específico no estuviese prohibida por la ley.

La **competencia** para la adopción de medida cautelar correspondía, en los juicios ante el Consejo de Estado, al magistrado sustanciador en el mismo auto en que la demanda fuese admitida. En los Tribunales contencioso-administrativos, la competencia para adoptar la suspensión del acto, en procedimientos de única instancia, correspondía igualmente al magistrado sustanciador. En los procedimientos de primera instancia de conocimiento de los Tribunales contencioso-administrativos, la competencia correspondía a la Sala Plena (Art. 95-96).

El auto de adopción o negación de la suspensión provisional era susceptible de los **recursos** de apelación y súplica respectivamente. La orden de suspensión sólo podía cumplirse después de su ejecutoria, es decir, cuando contra dicha orden no fuese posible la interposición de recurso alguno. El recurso de apelación no suspendía la tramitación del juicio ante el inferior (Art. 96).

En esta misma línea, permaneció la denominada por la doctrina “**perención**” del acuerdo de suspensión (Art. 97). Esta situación se generaba, en las acciones diferentes a la de simple nulidad, si la parte interesada no suministraba el papel requerido para la actuación o, si, pasados 30 días después del acuerdo suspensivo, no continuaba las gestiones propias del juicio.

En este segundo código contencioso-administrativo, se incluyó la suspensión que posteriormente denominaría la doctrina administrativista colombiana como “**suspensión automática**”. Ningún acto administrativo anulado o suspendido por las autoridades competentes podría ser reproducido por las autoridades administrativas que lo profirieron si éste conservare la esencia de las disposiciones anuladas o suspendidas (Art. 99). En el caso descrito, la orden de suspensión debía decidirse y cumplirse inmediatamente en cualquier estado del proceso y sin que fuera posible ningún recurso. Si aún se encontraba pendiente el proceso

en el que se ordenó la suspensión del acto cuyas disposiciones fueron ilegalmente reproducidas, bastaba solicitar la suspensión acompañada de la copia del nuevo acto.

## **6. Acto legislativo No. 1 de 1945 modificador de la Constitución de 1886.**

La reforma de la constitución de 1886 llevada a cabo en 1945 mantuvo la declaración de obligatoriedad de los actos administrativos. Igualmente conservó, como norma constitucional, la declaración de la naturaleza jurisdiccional de la suspensión cautelar (Art. 85). Ahora bien, la importancia capital de esta reforma radicó en **la ampliación a todos los actos administrativos** de la suspensión cautelar por los motivos y requisitos contemplados en la Ley (Art. 42)<sup>175</sup>.

## **7. El Decreto 01 de 1984. Tercer código contencioso-administrativo colombiano.**

De vigencia hasta 2 de julio de 2012 actual en el tiempo dentro del ordenamiento administrativo colombiano, la norma de 1984, dictada bajo la guarda de la constitución política de 1886, modificó el código contencioso de de 1941<sup>176</sup>.

En términos generales, el código de 1984 definió los principios orientadores de la actividad administrativa e incorporó una regulación propia para la actuación administrativa. Dicha actuación fue dividida en un

---

<sup>175</sup> En el intermedio de la normativa del 1945 y la de 1984 se deben incluir las reformas hechas al código contencioso de 1941 por los decretos 2733 de 1959, 528 de 1964, Ley 50 de 1967 y Ley 11 de 1975. De resaltar, la norma de 1959 porque reguló el ejercicio del derecho de petición como inicio de la actividad administrativa, las notificaciones, los recursos y lo correspondiente a la revocatoria directa. Así mismo, el Decreto 2733 de 1959 reguló la vía gubernativa y la contencioso-administrativa, pero, careció de una regulación propia para la actividad administrativa originada por medios distintos del derecho de petición.

<sup>176</sup> La redacción de esta importante norma estuvo a cargo de una comisión asesora creada por la Ley 58 de 1982. Dicha comisión contó con la participación de los H. Consejeros de Estado Humberto Mora Osejo y Jorge Valencia Arango, así como, con los profesores Carlos Bernardo Betancourt Jaramillo, Gustavo Humberto Rodríguez y Jaime Vidal Perdomo.



procedimiento general y un número amplísimo de procedimientos especiales<sup>177</sup>. En esta línea, mantuvo como principio la firmeza y ejecutoriedad de los actos administrativos (Libro I). Igualmente, precisó la regulación de la vía gubernativa (decisiones susceptibles de recurso, efecto en el que debía ser concedida la apelación, trámite de recursos<sup>178</sup> etc.), y de los medios de control judicial de la actividad administrativa (Libros III y IV). Así mismo, la reforma de 1984 concedió la posibilidad a la Administración Pública de ejercitar, sin intermediación del Ministerio Público, acciones judiciales (Libro II)<sup>179</sup> y determinó el régimen de responsabilidad de los servidores públicos (previando la posibilidad de demandar directamente al servidor, llamarlo en garantía o ejercitar la acción de repetición).

En particular, los Art. 152 a 159 del, hasta ese momento, nuevo código contencioso son dedicados a la regulación de la suspensión cautelar. Como novedades (frente al antiguo texto de 1941) la citada normativa incluyó: 1. la **procedencia genérica de la medida cautelar suspensiva** para los todos los actos administrativos (Art. 152) conforme a las reglas descritas en el mismo decreto. Dentro de las citadas reglas, se hacía mención a que la suspensión no estuviese expresamente prohibida por la ley (Art. 157) 2. La llamada “**suspensión en prevención**”, posible contra actos de trámite, ejecutivos o preparatorios de actos inconstitucionales o ilegales no susceptibles de ningún recurso (Art. 153). 3. Tratándose de peticiones de suspensión hechas en procesos conocidos en primera instancia por los Tribunales administrativos, determinó que la **solicitud fuera resuelta conjuntamente con el auto admisorio** de la demanda; de esta manera, dicho auto podría apelarse ante el Consejo de Estado (Art. 155). 4. Exige para la adopción de la medida cautelar que exista una **manifiesta violación de una norma superior**, que se pueda percibir a través de una **sencilla comparación** o del examen de las

---

<sup>177</sup> Entre ellos: procedimientos tributarios, agrarios, de propiedad industrial, mineros, de registro e instrumentos públicos, disciplinarios, fiscal, urbanísticos, ambientales, aduaneros, de política monetaria, de comercio exterior, de extinción de dominio, expropiatorios, sancionatorios, derecho de petición y el establecido por las autoridades territoriales para asuntos propios de su competencia.

<sup>178</sup> Recursos cuya generalidad, se deberían conceder en efecto suspensivo (Art. 155).

<sup>179</sup> El decreto 01 de 1984 fue analizado para determinar su constitucionalidad conforme a la carta de 1886 y fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 16 de agosto de 1984.

**pruebas aportadas.** Amén de ello, exige el “nuevo” código que se solicite y **sustente en modo expreso**, en la demanda o por escrito separado, antes de dictarse el auto admisorio de aquella. Este requisito, en el que se retoma la “*manifiesta violación de la norma positiva de derecho*” prevista en el Art. 94 del código de 1941, se interpretó por la sección primera del Consejo de Estado. Dicha interpretación dio como resultado la exigencia, so pena de improcedencia de la cautela, de una nueva carga procesal para el demandante: exponer en su solicitud una breve razón o **concepto de la violación** manifiesta de la norma o normas que considera infringidas por el acto administrativo impugnado<sup>180</sup>.

En concordancia con la Constitución política de 1886, la norma de 1984 mantuvo: la institución suspensiva como una medida jurisdiccional, el efecto no suspensivo del recurso ante el Consejo de Estado y la perención de la suspensión (excepto en las acciones de mera nulidad) en caso de que el beneficiario de la medida, pasados 30 días hábiles contados desde la notificación del auto que la ordena, no continúe con las gestiones propias del proceso (Art. 156). Así mismo, este código contencioso conservó la llamada suspensión automática en caso de reproducción, por parte de la autoridad administrativa, de un acto anulado o suspendido provisionalmente (Art.158) y precisó la procedencia de la medida cautelar solamente para los procedimientos de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho (Art.152). Sobre el contenido de este decreto y las modificaciones que fueron hechas profundizaremos en los próximos capítulos.

## **8. El Decreto 2304 de 1989 modificadorio del Decreto 01 de 1984.**

Primera gran reforma al Decreto 01 de 1984. De manera general, esta regulación modificó y reglamentó instituciones administrativas tales como el silencio administrativo, notificaciones, recursos, desistimiento, agotamiento de vía gubernativa, acciones (procedimiento y trámite de las demandas contenciosas), controversias contractuales, competencia de la jurisdicción contenciosa, audiencias públicas, sentencias y, por supuesto, la suspensión de actos administrativos, sentencias, procedimiento y trámite de demandas contenciosas (Art. 1 a 67).

---

<sup>180</sup> C. E. Auto de 29 de octubre de 1983 y 4640 de 27 de abril de 1984, MP Jacobo Pérez Escobar.

En materia de medidas cautelares contencioso-administrativas, particularmente sobre la suspensión del acto, este decreto:

- **restringió los medios probatorios** susceptibles de ser solicitados o aportados por el accionante para obtener la orden de suspensión del acto administrativo. Éstos medios quedan limitados a los **documentos públicos** (Art. 31 que modifica el Art. 152 del decreto 01/84). Como se verá, en la práctica judicial, la interpretación exegética del Art. 152 conllevó la estricta y directa confrontación entre el acto demandado y la norma aducida como vulnerada. Para este ejercicio, el juez ha podido ayudarse de los documentos públicos aducidos por el demandante. Lo anterior, con la finalidad de determinar la “manifiesta violación” de la norma superior. Al menos en el plano teórico, esta posición jurisprudencial sólo ha permitido variación, tratándose de amparar derechos fundamentales (bien mediante la acción de tutela, bien mediante la solicitud de suspensión provisional -ante la jurisdicción contencioso-administrativa- sustentada en la violación de derechos fundamentales). En este caso, “el juez de tutela se encuentra frente a una norma abierta, que puede aplicar libremente a través de una valoración e interpretación amplia de las circunstancias de hecho”<sup>181</sup>.
- **Derogó** el Art. 153 del decreto 01/1984 relativo a la **suspensión provisional en prevención** (Art. 68)<sup>182</sup>
- **Modificó el procedimiento** para resolver sobre la solicitud de la medida cuando la misma se interpusiera ante el **Consejo de Estado**: la competencia para resolver pasó del magistrado sustanciador a la sala o sección. Como consecuencia de lo anterior, el recurso contra el acto que decidiera el acuerdo o la denegación de la cautela sería el de súplica (Art. 32).

---

<sup>181</sup> Sentencia Corte Constitucional: SU-39, febrero 3/97, M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-443, julio 6 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-142, marzo 30 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz; y T-131A, marzo 27 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>182</sup> Ya la Sentencia 048 de 10 de agosto de 1989 M.P. Jaime Sanín y Jacobo Pérez Escobar había declarado inexecutable los apartes correspondientes al numeral 1, relativo a los actos preparatorios, y la parte final del mismo artículo 153 respecto a la expresión “completar” los actos administrativos.

- **Unificó el procedimiento ante los Tribunales Administrativos.** Tratándose de procesos que conocidos por los Tribunales en única o en primera instancia, la competencia para resolver sobre la solicitud de suspensión sería de la Sala, Sección o Subsección (Art. 33).
- Mantuvo la exigencia de una **manifiesta infracción**<sup>183</sup> de las disposiciones invocadas<sup>184</sup> que se pueda percibir mediante confrontación directa o mediante los documentos públicos aducidos con la solicitud. En esta misma línea, para las acciones distintas a las de nulidad permaneció la necesidad de demostrar, al menos sumariamente, el **perjuicio causado o que se podría causar** al actor con la ejecución del acto (Art. 31).
- **Derogó la llamada “perención”** de la suspensión provisional (Art. 68)
- **Adicionó** el Art. 156 del Decreto 01 de 1984 relativo a la, denominada por la doctrina, **“suspensión automática”**. En este sentido, determinó que las solicitudes de suspensión de actos que reproduzcan actos anulados o suspendidos provisionalmente serán decididas inmediatamente por la Sala Sección o Subsección, cualquiera que sea el estado del proceso. Así mismo, agregó la norma que contra la ya mencionada decisión procederá, en los procesos de única instancia, el recurso de reposición, y, en los procesos de primera instancia, el de apelación. Tales recursos serán resueltos de plano y no impedirán la tramitación del proceso principal ante el inferior (Art. 34).

## **9. La influencia de la Constitución colombiana de 1991 en la regulación de la suspensión del acto administrativo.**

La Crisis del régimen frentenacionalista gestado desde los años 70`, el deterioro del orden público y la tendencia de la estructura económica a generar agudas desigualdades y altos niveles de pobreza desencadenan, a principios de la década de los 90`, en un proceso de cambio. Dentro de un foro de consenso democrático, abierto, representativo, deliberativo y pluralista, se promulga en Colombia una nueva Carta Política. La nueva

---

<sup>183</sup> Antes manifiesta violación (Art. 152 Decreto 01/1984).

<sup>184</sup> Antes de la norma superior (Art. 152 Decreto 01/1984).

Constitución trajo consigo figuras novedosas como: la acción de tutela (el instrumento más utilizado por los ciudadanos para la defensa de sus derechos), las acciones populares y de grupo, la participación ciudadana, la ampliación de los derechos individuales como fundamentales, la legitimación de las minorías y los llamados derechos de tercera generación, entre otras. Así mismo, la nueva Carta incorporó valiosas instituciones como: la Corte Constitucional, la Fiscalía General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación, el Consejo Superior de la judicatura y la banca central autónoma. Durante los últimos 20 años, estas instituciones han sido protagonistas de la construcción y del desarrollo del Estado Social y Democrático de Derecho.

En este contexto, la Administración pública incorpora a sus fines esenciales la protección y eficacia de los derechos fundamentales y de los derechos sociales, económicos y culturales. La Constitución Política de 1991 mantuvo el rango constitucional de la medida cautelar suspensiva. El Art. 238 de la Carta estableció: “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 la vía judicial”. Exceptuando la importante **naturaleza jurisdiccional de la suspensión provisional** y el **principio de la universalidad de la medida cautelar** (procedencia para todos aquellos actos administrativos susceptibles de impugnación por vía judicial, con independencia de la categoría – objetivos, subjetivos y/o mixtos- y de la acción que contra el mismo se interponga – nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, contractual), la regulación entera de la institución suspensiva quedó remitida a la legislación de la Jurisdicción Contenciosa administrativa, es decir, a los preconstitucionales Arts. 152 y siguientes del decreto 01 de 1984 modificados por el Decreto 2304 de 1989.

Como se expondrá en líneas posteriores, con el panorama de cambio radical, en la parte dogmática de la Constitución, resultaba predecible la renovación, por lo menos, en la interpretación de las instituciones jurídicas creadas bajo los principios de la legislación del Antiguo régimen. En esta línea, no fue otro el futuro para la institución suspensiva de actos administrativos: el amplio listado de derechos fundamentales, la nueva regulación de medidas cautelares incorporada a la legislación reguladora de la acción de tutela y de las acciones populares, aunada a la interpretación sistemática de la normativa preconstitucional llevada a cabo por la nueva Corte Constitucional y por el Consejo de estado otor-

garon un pequeño, aunque limitado, aire de modernidad a la legislación cautelar contenciosa administrativa.

### **9.1 Un primer paso en la adecuación constitucional de las medidas cautelares y, en particular, de la suspensión de actos administrativos: el Decreto 2591 de 1991 por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el Art. 86 CN.**

Tratándose de derechos fundamentales (o de algunos derechos colectivos -sociales, económicos y culturales- *conexos* con los fundamentales<sup>185</sup>), el legislador colombiano consideró que la especial protección establecida en el Art. 86 de la Carta Magna debía conllevar, indudablemente, una **cláusula *numerus apertus* de medidas cautelares** a la que el juez de tutela pudiera acudir cuando lo considerara necesario **para evitar el menoscabo del derecho fundamental accionado** y, por supuesto, **para garantizar la efectividad del fallo de tutela**.

En este marco tuitivo, el Art 7 del decreto 2591 de 1991, incorporó en el procedimiento de tutela la posibilidad de que el juez:

- Suspenda, de oficio o a petición de parte *la aplicación del acto concreto que amenace o vulnere* el derecho fundamental del accionante.
- Dicte, de oficio a petición de parte, conforme a las circunstancias de cada caso, *cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a*

---

<sup>185</sup> La "teoría de la conexidad" de los derechos colectivos (sociales, económicos y culturales) con los derechos fundamentales fue ideada por la Corte Constitucional colombiana para no dejar desprotegidos aquellos derechos fundamentales que, indirectamente, se ponen en peligro, o resultan grave e inminentemente amenazados o menoscabados por la vulneración de derechos colectivos; derechos estos últimos que, en principio no permiten la protección mediante acción de tutela. En este sentido: Sentencia de la Corte Constitucional T571/1993: "...aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueren protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos...". *V.gr.* El derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida, el derecho a un medio ambiente sano en conexidad con el derecho a la vida, el derecho al mínimo vital en conexidad por el derecho a la dignidad humana, el derecho a la seguridad social en conexidad con el derecho a la vida, entre otros. Así mismo: Corte Constitucional Sentencias T405/1992, T415 /93, T63/93 y T574/1996.

*proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños de conformidad con los hechos realizados.*

- Ordene, de oficio o a petición de parte, *lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante.*

Las anteriores medidas se deben acordar con la finalidad de: proteger el derecho que amenazado o vulnerado, evitar mayores daños de los ya ocasionados y no vaciar de contenido un posible fallo estimatorio de las peticiones del accionante.

En esta misma línea, el Art. 8<sup>186</sup> del mismo decreto reglamentario establece la posibilidad para el ciudadano de **interponer la acción de tutela como mecanismo transitorio**. Lo dicho significa que: el afectado en sus derechos fundamentales puede acudir a la acción de tutela aún disponiendo de otro medio de defensa judicial. Lo anterior, siempre y cuando la acción se utilice como mecanismo transitorio para **evitar un perjuicio irremediable**.

De acudirse a este específico procedimiento, la orden del juez contenida en el fallo permanecerá vigente solamente hasta que la autoridad judicial competente decida sobre el fondo de la acción ordinaria interpuesta. En caso de no haberse interpuesto aún dicha acción ordinaria, la misma deberá instaurarse ante la autoridad judicial competente en el término de 4 meses a partir del fallo de tutela so pena del cese de los efectos del fallo de tutela.

Este Artículo 8º contempla un párrafo específico para aquellos casos en que la acción de tutela se utilice como mecanismo transitorio conjuntamente con la acción de nulidad u otras acciones procedentes ante la jurisdicción contenciosa administrativa. “En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso”<sup>187</sup>.

---

<sup>186</sup> Declarado constitucional por Sentencia C-018 de 1993, de 25 de enero. M.P. Alejandro Martínez Martínez.

<sup>187</sup> Sobre este punto ver: Auto Corte Constitucional 1 de septiembre de 1994 expediente T-32.352, M.P. Jorge Arango Mejía.

Esta novedosa normativa incorporó intrínsecamente y de forma equilibrada los criterios de *periculum in mora* (proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante), el *fumus boni iuris* (verosimilitud de los argumentos del accionante que el juez debe deducir de la solicitud y las pruebas presentadas con ella) y la *ponderación de intereses* ( a valorarse con posterioridad a la orden de suspensión provisional, sólo en el caso de pretenderse el levantamiento de dicha suspensión para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público Art. 7 inciso 2).

Cobra especial importancia en el sistema jurídico cautelar colombiano una de las características inherentes a las cautelas: **la mutabilidad**. En efecto, el mismo Art. 7 faculta al juez para que, mediante resolución motivada, en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, ordene: la continuidad de la ejecución del acto que se ha suspendido, la cesación de la autorización de ejecución, o la terminación de cualquier otra medida cautelar que haya dispuesto. Todo ello, en aras de evitar perjuicios *ciertos e inminentes* al interés público.

Por tratarse de un procedimiento célere (10 días para proferir el fallo Art. 3 y 29), preferencial (Art. 15) y expedito para la protección de derechos fundamentales -propriadamente dichos o por conexidad<sup>188-</sup>, durante los últimos 20 años, la acción de tutela ha cobrado una importancia capital dentro del derecho público colombiano. Muy a menudo, los ciudadanos han acudido - y continúan haciéndolo -, a los jueces para solicitar la protección de derechos básicos conculcados por las acciones u omisiones de las autoridades, especialmente, administrativas. Los jueces de la República (dentro de ellos, los pertenecientes a la jurisdicción conten-

---

<sup>188</sup> En este sentido ver el contenido del título II de la CN. Entre otros derechos fundamentales: vida, integridad personal, libertad e igualdad ante la ley, personalidad jurídica, intimidad, libre desarrollo de la personalidad, libertad de conciencia, libertad de cultos, expresión e información, honra, paz, petición, circulación y residencia, trabajo, asociación, sindicalización, libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación, cátedra, libertad personal, **debido proceso**, habeas corpus, doble instancia, aprehensión en flagrancia, no autoincriminación, prohibición de destierro, prisión perpetua y confiscación, asilo, reunión, manifestación, participación, libertad de escoger profesión, ocupación, arte u oficio. Por conexidad la Corte Constitución ha señalado que son fundamentales: dignidad humana, educación, salud, licencia de maternidad, seguridad social, propiedad, visita conyugal del interno, seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad pública, filiación, huelga, **acceso a la administración de justicia**, subsidio familia, deporte, recreación y aprovechamiento del tiempo libre.



cioso-administrativa) se revisten de amplios poderes especiales (Art. 37 y ss.) para actuar como jueces de tutela, entre ellos, la cláusula *númerus apertus* para ordenar las medidas cautelares a las que hacía referencia.

Dicho ello, los jueces de la república, cuando actúan como jueces constitucionales de tutela no encuentran ningún tipo de límite sustantivo o procesal para ordenar la protección cautelar inmediata del derecho accionado (pueden *v. gr.*: suspender el acto que vulnera el derecho, inaplicar el acto administrativo, conceder provisionalmente el derecho que fue denegado por la administración, ordenar inscripciones provisionales en todo tipo de registros públicos y, en general, ordenar a la administración la provisión de recursos o la expedición de toda decisión que resulte necesaria para la tutela cautelar del derecho fundamental).

El mismo juez contencioso-administrativo cierra el expediente de tutela y retoma los expedientes propios de la jurisdicción contenciosa (nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales, reparación directa...), expedientes que contienen acciones por vulneración de derechos de los administrados y se encontraba con todo tipo de limitaciones legales (Art. 152 y siguientes del Decreto 01 de 1984), con un restringido margen de acción para otorgar la tutela cautelar. Piénsese en los perjuicios irremediabiles, irreparables e irreversibles que pueden ocasionarse al particular por no protección cautelar de su derecho conculcado, cuando la media de mora en los procesos contenciosos administrativos (en primera instancia) es de 5 años<sup>189</sup>. Amén de ello, piénsese como no va a pretender el ciudadano encausar siempre la protección de sus dere-

---

<sup>189</sup> A pesar de que en los últimos años se han llevado a cabo varias reformas de procedimientos y competencias dirigidas a aportar soluciones al fenómeno de la congestión judicial no se ha logrado la solución del problema. Entre dichas normas están: Las leyes 446 de 1998, 589 de 2000, 270 de 1996, 954 de 2005, 1107 de 2007 y 1285 de 2009. La exposición del proyecto de ley No. 198 de 2009 que se convertiría en la Ley 1437 de 2011 citando el documento del Consejo Superior de la Judicatura del año 2009 "Evolución de la gestión de la Jurisdicción Contencioso-administrativa" indica que "(...) la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos, aunque en principio, redujo ostensiblemente el volumen de negocios en los Tribunales Administrativos (...) en la práctica ocurrió que al no preverse un programa de descongestión masivo, anterior o simultáneo a la puesta en marcha de los juzgados, la congestión se trasladó a estos". Los juzgados nacieron congestionados (125.098 procesos para 90 juzgados). Así mismo, continúa la exposición de motivos "(...) tanto en los juzgados como en los Tribunales Administrativos, el total de procesos evacuados es inferior al número de procesos que en estos mismos periodos ingresan para avocar conocimiento".

chos mediante el ejercicio de la acción de tutela si la duración máxima del proceso es de 10 días y la protección cautelar no tiene más límites que las pruebas existentes y la sana crítica del juez<sup>190</sup>.

La situación descrita, como era de esperarse, llevó a la Corte Constitucional a alertar al Legislador sobre el desequilibrio existente entre la tutela cautelar a la que tiene derecho el particular cuando instaura una acción constitucional y la escasa tutela cautelar que recibe el mismo particular cuando accede a la justicia contenciosa-administrativa mediante una acción ordinaria. Más aún, cuando de los hechos expuestos y de las pruebas que obran dentro de los expedientes de las acciones ordinarias, muchas veces, puede deducirse el menoscabo de derechos fundamentales. Se une a lo anterior el argumento de la urgencia e inmediatez en la protección de los derechos; tal urgencia no depende del tipo de acción que se instaure sino de las circunstancias propias de cada caso.

En este sentido, la Sentencia de la Corte Constitucional SU39 de 3 de febrero de 1997<sup>191</sup> expone los motivos de compatibilidad de las acciones contencioso-administrativas con la acción de tutela y, además, como mencionaba antes, llama la atención al Legislador sobre los deberes pendientes al considerar que "(...) la necesidad de proteger los derechos constitucionales fundamentales y efectivizarlos impone un cambio, una nueva concepción de la institución de la suspensión provisional (...) un viraje que se requiere para adaptarla a los principios, valores y derechos que consagran el nuevo orden constitucional".

El Alto Tribunal plantea la hipótesis de que dicho "viraje" pueda darse por el juez contencioso-administrativo en la interpretación de la normativa reguladora de la suspensión provisional, y aunque baraja la dificultad de dicha posibilidad debido al sometimiento al principio de legalidad del juez, concluye que el juez administrativo "con el fin de amparar y asegurar la defensa de los derechos fundamentales podría, aplicando directamente la Constitución Política como es su deber, suspender los efectos de los actos administrativos que configuren violaciones, amenazas o transgresión a los derechos fundamentales".

---

<sup>190</sup> La demora de los procesos ordinarios de la jurisdicción contenciosa refleja todo menos una eficiente prestación del servicio de justicia y una tutela judicial efectiva.

<sup>191</sup> M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Esa decisión no dejó de lado el problema de “*modus operandi*” que se plantea al pedirle al juez administrativo que suspenda el acto administrativo que vulnera derechos fundamentales. Como veremos en el capítulo correspondiente a la regulación de la suspensión del acto, la exigencia legal de una “manifiesta infracción” de las disposiciones legales ha desembocado, por interpretación del Consejo de Estado, en una forma de actuar y de conocer los procesos por parte del juez contencioso-administrativo: la suspensión del acto sólo es posible si de la confrontación *prima facie* o simple entre la norma y el acto se avizora una transgresión y desconocimiento de la primera. Amén de ello, sólo será posible la adopción de la medida si, en la sustentación de la misma, se indica el “*concepto de la violación*” manifiesta de la norma o normas que considere infringidas por el acto administrativo impugnado.

Ahora bien, la Corte Constitucional (en la citada sentencia) ha reconocido que la protección efectiva de los derechos fundamentales (de manera definitiva o meramente cautelar) requiere, por parte del juez de tutela, un amplio margen de acción y de conocimiento del caso para verificar la amenaza o violación concreta de un derecho fundamental. Un conocimiento de los hechos y de las pruebas que debe ir más allá de la mera comparación de documentos. Aún reconociendo lo anterior, el Alto Tribunal ha hecho un fuerte llamado de atención a los jueces administrativos para que, invocando las normas constitucionales habilitantes, es decir, no obstante no haberse indicado por el demandante la disposición constitucional vulnerada, suspendan actos administrativos que amenacen o vulneren (de manera ostensible o no) derechos fundamentales de los administrados<sup>192</sup>.

---

<sup>192</sup> Son múltiples los ejemplos que pueden citarse en cuales se suspenden provisionalmente y posteriormente en el fallo se dejan sin efectos actos administrativos. Entre otros: Sentencia T-696 de 1 de julio de 2005 en la que se estudia la vulneración de derechos fundamentales por la declaratoria de insubsistencia, hecha por la Administración pública, de algunos nombramientos de personas que en provisionalidad ocupaban cargos de carrera administrativa. En dicho pronunciamiento se concede la tutela del derecho fundamental al debido proceso y se ordena dejar sin efectos la resolución mediante la cual se declaró la insubsistencia. En el mismo sentido: Sentencias: T-1296, T-1240 y T-597 de 2004; T-031, T-123, T-132, T-374 y T-454 de 2005.

## **9.2 Un paso más en la adecuación constitucional de las medidas cautelares y, entre ellas, la suspensión de los actos administrativos: Ley 472/98 de regulación del ejercicio de las acciones del Art. 88 CN.**

Así como los derechos constitucionales fundamentales fueron protegidos eficazmente a través de las acciones de tutela, el constituyente de 1991 hizo lo propio con los derechos e intereses colectivos mediante la incorporación de las acciones populares (Art. 88 CN).

Estas acciones aparecen previstas para *“operar dentro del marco de los derechos e intereses colectivos que son, específicamente, el patrimonio público, el espacio público y la salubridad pública; igualmente, se señala como objeto y bienes jurídicos perseguibles y protegidos por virtud de estas acciones, la moral administrativa, el ambiente [el buen hacer urbanístico<sup>193</sup>] y la libre competencia económica. Esta lista no es taxativa sino enunciativa y deja, dentro de las competencias del legislador, la definición de otros bienes jurídicos de la misma categoría y naturaleza, la cual le asigna un gran valor en procura de uno de los fines básicos del estado social de derecho como es el de la justicia”*<sup>194</sup>.

Aunque los requisitos exigidos por la norma para la procedencia de esta acción constitucional parecieran más exigentes que los relacionados para la acción de tutela, la acción popular goza de todas características

---

<sup>193</sup> Dentro del amplio listado de derechos e intereses colectivos es importante destacar en este trabajo los relacionados con la efectiva prestación de los servicios públicos, el medio ambiente, y el urbanismo así: el goce de un ambiente sano, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar el desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, la conservación de especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, en general, todos los intereses de la comunidad relacionados con el medio ambiente. Así mismo, el goce del espacio público, la defensa de los bienes de uso público, del patrimonio público, del patrimonio cultural, la seguridad y la salubridad pública, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, el acceso a servicios públicos y a su prestación eficiente y oportuna, el derecho a la seguridad y a la prevención de desastres previsibles técnicamente, la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

<sup>194</sup> Corte Constitucional Sentencia T-067 febrero 24 de 1993. M.P. Fabio Morón Díaz y Dr. Ciro Angarita Barón.

propias de las acciones públicas. Características como: ser un acción preventiva, perseguir una finalidad pública, tener trámite preferencial, procedimiento célere y breve, todo ello con el propósito de demandar *al particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública, cuya actuación u omisión amenace, viole o haya violado un derecho o interés colectivo* (Art. 14).

Estamos frente a una norma que integra, en su Art. 25, una cláusula “*numerus apertus*” relacionada con la adopción de medidas cautelares dentro del propio procedimiento de las acciones populares. Una cláusula que dota al mismo juez contencioso-administrativo (Art. 15), competente también para el conocimiento de las acciones ordinarias en las que se debate la legalidad de un acto administrativo que pueda llegar a vulnerar derechos colectivos, de amplios poderes para la protección y efectividad de los intereses colectivos.

La legislación en comento encuentra su fundamento en la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal (Art. 17). Partiendo de dicho principio, la norma desarrolla la facultad del juez contencioso-administrativo para adoptar las *medidas cautelares necesarias para impedir perjuicios irremediables e irreparables o suspender los hechos generadores de la amenaza a los derechos e intereses colectivos*.

En general, el Art. 25 permite al juez contencioso-administrativo:

- Adoptar **cualquier** medida previa que estime *pertinente para prevenir el daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado*.

En particular, la misma normativa faculta al juez contencioso-administrativo para:

- Ordenar la cesación de las actividades que hayan causado o sigan causando el daño, así como la cesación de aquellas que hayan podido originar el daño.
- Ordenar la ejecución de los actos necesarios, *cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado*.
- Ordenar, *con cargo al fondo de defensa de los derechos e intereses colectivos, los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo*.
- Obligar *al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquier medida previa adoptada por el juez*.

- Ordenar el cumplimiento inmediato de la acción que fuere necesaria para la protección de los derechos colectivos, cuando la vulneración de éstos últimos sea debida a una omisión atribuida a una autoridad o persona particular (Art. 25 Parágrafo 2). Para la efectividad de lo anterior, la orden deberá acompañarse de un término perentorio para su cumplimiento.
- Ordenar, cuando el peligro sea inminente, que el acto, la obra o la acción necesaria para la protección del derecho colectivo se ejecute por el actor o por la comunidad amenazada a costa del demandado (Art. 25 Parágrafo 2).

Desde el punto de vista sustantivo, el Art. 25 mencionado tiene en cuenta los tres presupuestos inherentes a las medidas cautelares: 1. el buen derecho del demandante (la preponderancia y coherencia de los argumentos del accionante que el juez debe inferir del estudio de los hechos expuestos y las pruebas existentes); 2. El peligro que genera la mora del proceso (para el caso, el legislador se centra particularmente en impedir perjuicios irremediables e irreparables o suspender los hechos generadoras de amenazas a los derechos e intereses colectivos); y 3. La ponderación de intereses (que se hará por el juez con posterioridad al acuerdo de la medida cautelar con la finalidad de evitar mayores perjuicios al interés colectivo o evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público).

Desde el punto de vista estrictamente procesal, la oportunidad procesal de solicitud y/o adopción de las medidas cautelares dentro de la acción popular no tiene más límite que el inicio y la terminación del procedimiento mismo. Desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso, *el juez de oficio o a petición de parte* podrá decretar las cautelas que estime pertinentes y no sólo las solicitadas por el accionante. En esta misma línea, las medidas adoptadas deberán contar con la debida motivación.

Acordadas por auto, las medidas pertinentes deberán notificarse al demandado. La oposición a dicho auto sólo podrá fundarse en pruebas que demuestren que, con el levantamiento de las cautelas: a. Se evitan mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger. b. Se evitan perjuicios ciertos o inminentes al interés público. c. Se evitan al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir el eventual fallo desfavorable (Art. 26). En la redacción del articulado, se echa de menos que la cesación de la medida cautelar o la adecuación de la misma no se le permita al juez de oficio

cuando aprecie modificaciones en las circunstancias de hecho propias del caso o pueda ser solicitada por la parte demandada en cualquier momento del proceso.

Nuevamente nos encontrábamos ante un juez contencioso-administrativo que carece, por norma con categoría de ley, de amplias facultades para tutelar efectivamente los derechos de los administrados cuando son debatidos a través del procedimiento propio de las acciones ordinarias. Por otro lado, vemos al mismo juez administrativo al que la propia constitución y la ley le habilitan para tutelar cautelarmente (y por ello, efectivamente) los derechos e intereses colectivos de los administrados y todos aquellos derechos “*de similar naturaleza, siempre que éstos sean definidos por la ley conforme a la Constitución, y no contraríen la finalidad pública o colectiva*”<sup>195</sup>. En este sentido, la Corte Constitucional no ha planteado todavía a los jueces contenciosos la hipótesis de dar un “viraje” en su interpretación de los Art. 152 y ss del CCA cuando, dentro de los hechos debatidos en las acciones ordinarias, se encuentren comprometidos derechos e intereses colectivos. A pesar de ello y de la no “aplicación inmediata” de los derechos colectivos (Art. 85CN), el juez administrativo, con el fin de asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos arriba mencionados, podría suspender, dentro del procedimiento de las acciones ordinarias pertinentes, los efectos de los actos administrativos que amenacen, vulneren o pongan en peligro tales derechos.

Por el contrario, el debate sobre la posibilidad de discutir la legalidad de un acto administrativo dentro del procedimiento de la acción popular ha estado abierto durante los últimos diez años. Baste decir por ahora que: en primer lugar, las acciones populares pueden tener como fundamento un acto administrativo cuya ejecución o falta de ejecución amenace o vulnere un derecho colectivo (Art. 9 y 10)<sup>196</sup>. En segundo lugar, no existe una posición unificada sobre la posibilidad del accionante de solicitar, en la acción popular, la nulidad del acto administrativo que amenaza o vulnera un interés colectivo, así como, sobre la facultad del juez para hacer dicha declaración en la sentencia. Sin embargo, me adhiero a la posición de aquellos que defienden una respuesta positiva al respecto.

---

<sup>195</sup> *Idem*.

<sup>196</sup> Entre otras: Sentencias del Consejo de Estado de 7 de abril de 2000 y 1 de enero de 2001.

En esta línea, si, dentro del procedimiento de la acción popular, el juez contencioso encontrara pruebas suficientes de la ilegalidad del acto administrativo, no debe hacer esperar su declaratoria hasta a la incoación y posterior finalización de un procedimiento ordinario de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho<sup>197</sup>. Por último, existe un criterio unificado sobre la valiosa y amplia facultad del juez contencioso administrativo dentro del procedimiento de acción popular, para suspender provisionalmente los efectos del acto administrativo que amenace o vulnere el derecho o interés colectivo.<sup>198</sup> Dentro de estas amplias facultades, el juez de conocimiento de las acciones populares ha podido suspender actos administrativos y también contratos estatales en ejecución<sup>199</sup>.

---

<sup>197</sup> Entre otras: Sentencia Corte Constitucional T-634 de 30 de agosto de 1999, C-037 de 2000, C-215 de 1999; Sentencia Consejo de Estado AP-148 de 1 de febrero de 2001 M.P. Gabriel Mendoza Martelo, AP-026 de 7 de abril del 2000 M.P. Julio E. Correa Restrepo. En este sentido los trabajos de: BOTERO ARISTIZABAL, L. F., *Acción Popular y Nulidad de Actos Administrativos*, Bogotá, 2010, pág. 110 a 166. Por tratarse de un criterio no unificado, se encuentran acompañando al criterio positivo las tesis negativas e intermedias. La primera sostiene que el juez que conoce la acción popular no es competente para realizar un juicio de legalidad al acto administrativo y decidir sobre su validez o nulidad. En este sentido: TAMAYO JARAMILLO, J., *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, 1ª Ed. Pgs. 111 y 112., Bogotá, 2001, Quienes defienden la tesis intermedia consideran que la competencia del juez de la acción popular está limitada al uso de la excepción de ilegalidad (Art. 4 CN), es decir, que el juez de conocimiento podría inaplicar la norma para el caso concreto por considerarla inconstitucional, pero, el escenario propio para el debate sobre la legalidad del acto será el procedimiento de las acciones ordinarias.

<sup>198</sup> Entre otras: Consejo de Estado AP-01046 02 de 8 de julio de 2010 y AP-00464 01 de 31 de marzo de 2011 M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

<sup>199</sup> *V.gr.* Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 17 de octubre de 2003, Acción Popular No. 2003-00181, M.P. Beatriz Martínez Quintero, por virtud de la cual se suspende un acto administrativo expedido por el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) que autorizó a un empresario a importar semillas de algodón transgénico y se ordena, al mismo instituto, exigir a la sociedad el respectivo trámite de la licencia ambiental. A juicio del Tribunal la resolución impugnada vulneraba los derechos colectivos al medio ambiente sano, la salud pública, la libertad de consumo, la participación de la comunidad en las decisiones que la afectan o podrían afectarla y la moralidad administrativa.



### 9.3 Algunos de los primeros pronunciamientos jurisprudenciales, relacionados con la suspensión del acto administrativo, de los tribunales colombianos a la luz de la Constitución de 1991.

- a. En las **acciones de constitucionalidad** y en los **procesos cuyo conocimiento es exclusivo de la jurisdicción contenciosa administrativa** (nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales, pérdida de investidura de los miembros de cuerpos colegiados, electorales):
- Consejo de Estado Auto 6610 de 3 de junio de 1992: **La suspensión provisional no puede acordarse en procesos que pretendan la anulación de actos remoción.** A juicio del Consejo, los actos de remoción son de aplicación inmediata y sus efectos no permanecen en el tiempo. “El perjuicio que con el acto se infirió, ya se causó y sólo podría cesar con la expedición de un nuevo acto que colocara al interesado nuevamente en la situación anterior y ello únicamente puede hacerse a través de una orden de restablecimiento del derecho que no es propia de una decisión cautelar”. Valga en este punto, simplemente recordar que: a. el Art. 238 CN establece que la jurisdicción de lo contencioso podrá suspender provisionalmente *“los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”*. b. los artículos 152 y siguientes del decreto 01 de 1984 al disponer los requisitos de procedencia de la suspensión provisional no excluyen ninguna clase de actos administrativos y c. *ubi lex non distiguit nec nos distinguere debemos*.
  - Corte Constitucional SU39 de febrero 3 de 1997: Propuso al juez administrativo una **reinterpretación de la medida cautelar suspensiva en función de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales** que sean vulnerados o amenazados por los actos administrativos objeto de debate dentro de las acciones ordinarias. Lo anterior con independencia de de la invocación expresa, por parte del demandante, de las normas constituciones que amparan los derechos fundamentales. Así como, sin tener en cuenta la manifiesta vulneración o amenaza del derecho.
  - Consejo de Estado, Sentencia 25 de junio de 1999: **procedencia de la suspensión provisional de actos administrativos contractuales.** Las acciones contractuales son las idóneas para la solución de controversias respecto a los derechos y obligaciones derivados de un contrato estatal.

Tales obligaciones y derechos pueden derivar de la ejecución del propio contrato o de un acto administrativo producido con ocasión de la actividad contractual. “El hecho de que el control de legalidad de los actos administrativos que se expidan con ocasión de la actividad contractual lo sea a través de la acción prevista en el art. 87 del C.C.A., no impide que frente a ellos proceda la medida cautelar de la suspensión provisional, todo vez que es evidente que dichos actos son también actos administrativos y tienen igualmente la aptitud de producir efectos en la esfera jurídica del administrado, en este caso el contratista.” En esta misma línea argumentativa, el Consejo de Estado, mediante auto, ha suspendido: a. pliegos de condiciones (actos unilaterales proferidos por la Administración con efectos jurídicos dentro del proceso de selección del contratista y, posteriormente, en la ejecución del contrato)<sup>200</sup>; b. actos de terminación del contrato (como manifestación unilateral de la Administración) proferidos por una entidad pública sin procedimiento administrativo previo<sup>201</sup> y c. actos administrativos relacionados con el cobro de la clausula penal<sup>202</sup>.

- Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 26 de enero de 2000: **Recordó a los jueces contencioso-administrativos la posibilidad de inaplicar, dentro del trámite de la acción que esté conociendo, el acto administrativo que lesione el orden jurídico superior.** “Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado, o aun puede ser pronunciada de oficio”. En la misma línea de la jurisprudencia anterior, el Consejo de Estado en el Auto de junio 3 de 1992 inaplicó temporalmente el acto administrativo violatorio de la constitución con la finalidad de evitar al demandante la prolongación de los perjuicios injustamente<sup>203</sup>. Con los mismos fundamentos, el Consejo

---

<sup>200</sup> Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección tercera, 1 de agosto de 1991, Rad. 6802, M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

<sup>201</sup> Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección tercera, 24 de septiembre de 1998, Rad. 14821, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

<sup>202</sup> Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección tercera, 27 de mayo de 2004, Rad. 26178, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

<sup>203</sup> En este sentido: Sentencia Corte Constitucional agosto 20 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

de Estado<sup>204</sup> inaplicó el Art. 296 del decreto 1655 de 1980 por imponer la extinción *ipso iure* de un título de propiedad privada minera. Lo anterior, por considerar que la norma mencionada era contraria a los Art. 13, 58 y 34 de la constitución de 1991. Como consecuencia de lo dicho, la misma entidad judicial declaró la nulidad del acto administrativo expedido por la Dirección de Asuntos Legales (División legal de Minas del Ministerio de minas y transporte), acto que extinguía el título correspondiente a la propiedad privada de unos yacimientos mineros.

- Consejo de Estado, Sentencia 13 de diciembre de 2007: **Suspensión provisional del acto administrativo por infracción a los condicionamientos de constitucionalidad fijados por la Corte Constitucional.** Este pronunciamiento determinó la procedencia de la suspensión provisional cuando el acto administrativo infrinja ostensiblemente una disposición superior: ya sea, en su contenido normativo o en la interpretación condicionada que la Corte Constitucional le ha adjudicado a dicha disposición.
- Corte Constitucional Sentencia C-059 de 1993<sup>205</sup>: **Acceso a la administración de justicia forma parte del derecho fundamental al debido proceso.** En este fallo de constitucionalidad, la corte relaciona las vulneraciones al derecho de acceso a la administración de justicia (Art. 229 CN) con el derecho fundamental al debido proceso (Art. 29 CN) y con el principio fundamental de prevalencia del interés general estipulado en el Art. 1 CN. "(...) el artículo 29 de la Carta encuentra su fundamento en el artículo primero de la misma. "En efecto, es de la esencia del Estado social de derecho el permitirle a una persona la posibilidad de que su litis, cualquiera que fuese, pueda ser llevada ante un juez de la República y luego fallada de manera definitiva, con valor de cosa juzgada. Esta certeza judicial es indispensable para la tranquilidad no sólo de la persona involucrada sino también de la sociedad. Lo contrario, esto es, la incertidumbre de ver resuelta una situación de orden judicial, conlleva desasosiego, incertidumbre y confusión para todos. El orden público se vería de alguna manera alterado, pues la paz que proporciona la certeza se vería menoscabada."

---

<sup>204</sup> Sección tercera, Sentencia 30 de octubre de 1992. M.P. Carlos Betancourt Jaramillo.

<sup>205</sup> M.P. Alejandro Martínez Caballero.

- Consejo de Estado Auto de 3 de marzo de 2005<sup>206</sup>: **Improcedencia de la suspensión cautelar cuando se invocan como vulnerados principios consagrados como normas constitucionales.** “En estos eventos, dilucidar el asunto no es una actividad que pueda ser realizada en el auto admisorio de la demanda que es la oportunidad procesal consagrada para la decisión de la cautela, sino que será el resultado de un análisis sustancial y de fondo del propio decurso procesal de la acción y definido en la sentencia que haya lugar, lo cual, de suyo, excluye la existencia de una manifiesta infracción de la norma acusada a la disposiciones invocadas”.
- b. En procesos cuyo conocimiento es compartido con la justicia ordinaria de acuerdo al sujeto demandado (**acciones de tutela, acciones populares**):
  - La Corte Constitucional en la Sentencia T-106 de 1993 **ordenó** al Consejo Profesional de Ingeniería pesquera de Colombia **la expedición, en el término de 48 horas, de la tarjeta profesional de ingeniero** pesquero a un ciudadano. Lo anterior, con fundamento en la vulneración del derecho al trabajo que se gestó por la falta de la reglamentación de la profesión de ingeniería pesquera.
  - En la Sentencia T-221 de 11 de junio de 1993, la Corte Constitucional **ordenó** a la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales **la suspensión de la diligencia de remate de bien inmueble** dentro del proceso de cobro coactivo que se estaba adelantando contra un ciudadano. La decisión estuvo fundamentada en la violación al debido proceso configurada, en primer lugar, por la Administración Nacional de impuestos ya que, ésta última omitió las normas procedimentales vigentes de prelación de créditos laborales frente a los fiscales. En segundo lugar, la vulneración al debido proceso conculcada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito al no poner en conocimiento de la Administración de impuestos la existencia de créditos laborales.
  - En Sentencia T-025 de de febrero 1 de 1995 la Corte constitucional **inaplicó**, por inconstitucional, **una circular de la Superintendencia Bancaria** por vulnerar el Art. 25 de la constitución (derecho al trabajo)

---

<sup>206</sup> Sala de lo Contencioso-administrativo, sección tercera, Radicación 34.059.

y, en consecuencia, menoscabar los derechos fundamentales a la seguridad social y al pago de los reajustes a la pensión de jubilación de los ciudadanos accionantes.

- La Sentencia T-271 de 1995 fue una de las primeras tutelas falladas en la que se garantizó el derecho fundamental a la vida y a la igualdad en conexidad con el derecho a la salud y a la integridad personal. En este pronunciamiento, la Corte Constitucional **ordenó a una Entidad Prestadora de Servicios de Salud a suministrar**, con independencia de su inclusión o no el listado del plan obligatorio de salud, **los medicamentos** necesarios para su tratamiento de un a un enfermo de de sida.
- En Sentencia T-244 de 1994, la Corte **ordena** a un Alcalde **la construcción de un acueducto veredal** para proteger los derechos fundamentales a la vida y la salud de los habitantes de una población. La argumentación de la anterior decisión radicó, principalmente, en que: “(...) la garantía del derecho a la vida incluye en su núcleo esencial, la protección contra todo acto que amenace dicho derecho en forma inmediata. Y la amenaza, igualmente, puede ser demostrada con la inminencia del daño que se puede ocasionar a la vida de quienes habitan en dicha vereda por la falta del agua”. Por ello, la Corte estimó que debían “adoptarse como medidas tendientes a lograr la solución a los problemas señalados que ponen en peligro la vida tanto del accionante como de la misma comunidad, una de carácter transitorio para permitir la circulación o fluido del agua de la quebrada en forma libre, y otra de carácter permanente, la cual consiste en la orden de construcción de un acueducto para la vereda”.
- En Sentencia T- 279 de junio 27 de 1995<sup>207</sup>, la Corte constitucional inaplicó el artículo 8o. de la Ley 1a. de 1963, (que exigía el previo pago el valor de una multa para que el afectado pudiera presentar los recursos correspondientes en vía gubernativa), por considerarlo violatorio de los derechos fundamentales de de defensa y de acceso a la justicia de la accionante. Como consecuencia de lo anterior, **ordenó** a la Inspección Nacional de Trabajo y Seguridad Social **dar trámite de los**

---

<sup>207</sup> M.P. Hernando Herrera Vergara.

**recursos administrativos** interpuestos por los accionantes sin necesidad del pago previo de la multa recurrida.

- En la Sentencia T-449 de 27 de agosto de 1998, la Corte Constitucional determinó **la idoneidad de la medida cautelar suspensiva tratándose de controversias pecuniarias**. Lo anterior, a juicio de la Corte, hizo incompatible Acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la que se debatía la legalidad del acto administrativo que contenía una obligación pecuniaria y en la que se había solicitado la suspensión del acto, y la acción de tutela como mecanismo transitorio.
- En Sentencia AP-092 de 31 de agosto de 2000<sup>208</sup>, el Consejo de Estado **confirmó la suspensión provisional** de los artículos 2, 3 y 4 del Acuerdo Municipal Núm. 031 de 14 de noviembre de 1999 ordenada por el Tribunal Administrativo de Bucaramanga. El articulado mencionado se suspendió por causa de la incompetencia del Concejo Municipal para, a través de sus acuerdos, dictar órdenes relacionadas con la ejecución de los convenios interadministrativos.
- El Consejo de Estado en Sentencia AP- 00741 de 8 de mayo de 2006 recordó que **los actos administrativos también pueden ser fuente de amenaza o violación de los derechos colectivos**. De acreditarse la anterior afirmación, continua la Alta Corporación, la aplicación o ejecución del acto administrativo puede ser suspendida provisionalmente con la finalidad de proteger la efectividad de los derechos colectivos que están comprometidos.

## **10. La Ley 270 de 1996 y 446 de 1998 modificatoria del Decreto 01 de 1984.**

La relevancia de la primera norma enunciada radica en la creación de los jueces unipersonales administrativos. La Ley 270 de 1996 creó los jueces administrativos<sup>209</sup>.

---

<sup>208</sup> M.P. Manuel Santiago Urueta Ayola.

<sup>209</sup> Creados por la Ley 270 de 1996 y puestos en marcha el 1 de agosto de 2006. Lo anterior implicó la conformación de una estructura jurisdiccional piramidal de tres niveles y un cambio cualitativo en la toma decisiones: durante más 90 años las decisiones de la juris-

La segunda norma, la Ley 446 de 1998 asignó competencias a los jueces administrativos y aumentó las cuantías para efecto de los recursos de apelación<sup>210</sup>. En materia de suspensión cautelar, esta norma reguló los recursos procedentes contra el auto que resuelve la solicitud de la medida. El artículo 45 de la Ley 446 de 1998, modificadorio del Art. 143 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el Art. 57 de la misma, modificadorio del Art. 181 del Código Contencioso Administrativo, estableció que: a. Tratándose de procesos conocidos en primera instancia por los Jueces Administrativos o por las salas, secciones o subsecciones de los Tribunales Administrativos, procederá el recurso de apelación. b. En aquellos procesos conocidos en única instancia por la sala, sección o subsección del Consejo de Estado, procederá el recurso de reposición.

En esta misma línea, la Ley 446 de 1998 en sus artículos 48 y 58, modificadorios de los Art. 146 y 207 numeral 5 respectivamente, regularon lo correspondiente a los terceros intervinientes en el proceso contencioso-administrativo. De acuerdo con esta reglamentación, los terceros reconocidos como tales dentro del proceso podrán solicitar suspensión de los actos administrativos objeto del proceso durante el término de la fijación el lista del auto admisorio de la demanda.

Finalmente, esta norma reconoció legitimación a las entidades públicas y privadas que cumplen funciones públicas para actuar, por medio de sus representantes legales, como demandantes, demandados o terceros intervinientes en los procesos contencioso-administrativos. En este sentido, estos sujetos de derecho público o privado con funciones públicas podrán solicitar, en los términos legales, la suspensión de los actos administrativos cuya legalidad sea debatida en los procesos.

---

dición contenciosa habían sido colegidas y a partir de ese momento serían también unipersonales.

<sup>210</sup> Esta norma vio suspendidos sus efectos y, por lo tanto, la redistribución de competencias integrada en ella resultó inaplicable. Fue la Ley 954 de 2005 (sin entrar en funcionamiento aún los jueces administrativos) la que readecuó las competencias y otorgó vigencia a las cuantías, hasta el momento suspendidas, de la Ley 446 de 1998.

## **11. La crisis de la medida suspensiva en regulación de 1984 y su reforma post-constitucional: la Ley 1437 de 2011 nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso-administrativo.**

Desde el mismo momento de la entrada en vigor de la Constitución de 1991, se vislumbró la necesidad de cambios en el código contencioso administrativo. La efectividad de los nuevos principios constitucionales y de los derechos fundamentales no terminaba de verse reflejada en los procedimientos administrativos y contenciosos administrativos adelantados conforme a la normativa de 1984 (incluida las modificaciones hechas en 1989 y 1998). El desconocimiento de los principios y derechos fundamentales por parte de la Administración pública trajo consigo la vulneración de los mismos. Como si no fuera suficiente para el administrado con tener que acudir en sede administrativa para solicitar la efectividad de los derechos que, *per se*, el estado debe garantizar, se le sumaba la reiterada negativa de sus pretensiones o el silencio, lo que terminó por convertirse en una carga adicional para él.

La anterior situación dio lugar a que, en reiterados pronunciamientos, la Corte Constitucional<sup>211</sup> incitara al legislador a apersonarse de la reforma del proceso administrativo y contencioso-administrativo. Invitación ésta a la que se adhirió la parte de la doctrina administrativista colombiana<sup>212</sup> defensora de un proceso contencioso-administrativo "subjetivizado", que como instrumento del estado social, esté al servicio de la justicia, de la efectividad de los derechos, libertades y de la prevalencia de los principios constitucionales.

Amén de ello, múltiples circunstancias como: la gran cantidad de acciones de tutela instauradas durante los últimos 20 años, por vulneración al derecho fundamental de petición, los varios y diversos procedimien-

---

<sup>211</sup> *V. gr* Corte Constitucional SU39 de febrero 3 de 1997.

<sup>212</sup> Entre otros: IBÁÑEZ NAJAR, J. E., "Veinte años de vigencia del Código Contencioso Administrativo Colombiano ", en *Civilizar. Universidad Sergio Arboleda*, Num. 5, 2003, pág.2-15; PENAGOS, G., "Nuevas tendencias del derecho administrativo a principios del siglo XXI", en *Vniversitas. Universidad Pontificia Javeriana*, Num. 106, 2003, pág. 388-402; CAMPO CAVAL, J. M., *Perspectivas de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo* Madrid, 1997, pág. 104 y ss.; RESTREPO MEDINA, M. A., "Perspectiva constitucional sobre la tutela cautelar judicial. El caso colombiano", en *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, Núm. 4, 2006, pág. 1-28 versión electrónica.



tos especiales existentes que han venido impidiendo la aplicación del procedimiento ordinario previsto por el código contencioso, la regulación del silencio administrativo que no permite la certeza y seguridad jurídica del acto ficto, la excesiva carga que ha resultado para los administrados la vía gubernativa como requisito de procedibilidad para acceder a la administración de justicia contenciosa, el control de constitucional difuso que permite la bifurcación de la competencia para el conocimiento de las acciones de inconstitucionalidad, la casi inexistente implementación de las técnicas electrónicas, los limitados poderes del juez dentro del proceso, **la prevalencia del derecho sustancial, de la justicia material**, el contenido, efecto y eficacia de las sentencias, **la tutela cautelar como manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la restringida medida cautelar suspensiva del acto administrativo**, fueron solo algunas de las causas que motivaron el replanteamiento o el “repensar de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo”<sup>213</sup>.

Con los anteriores propósitos, se instaló la Comisión Revisora del Código Contencioso-administrativo<sup>214</sup>. La tarea de la comisión se planteó, inicialmente, en el estudio de cuatro argumentos vertebradores<sup>215</sup>: 1. Los cambios generados por los procesos de integración, la globalización y las consecuencias de los mismos en la actividad económica, tecnológica, política y, por ende, de regulación administrativa. 2. El cambio constitucional producido en 1991 y la necesidad de una administración pública y de una administración de justicia contencioso-administrativa que responda a estos nuevos preceptos constitucionales. 3. Las acciones constitucionales integradas al orden constitucional de 1991 y la congestión de la justicia administrativa<sup>216</sup>. En particular, la acción de tutela y las accio-

---

<sup>213</sup> Nombre dado por el Consejo de Estado Colombiano a los ejercicios previos a la reforma del la jurisdicción contencioso-administrativa.

<sup>214</sup> Creada mediante Decreto No. 4820 de 14 de diciembre de 2007 y conformada por el Ministro de Interior y Justicia, el Ministro de Hacienda, el Presidente del Consejo de Estado, el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, nueve Consejeros de Estado y cuatro consultores expertos.

<sup>215</sup> Sobre el punto ver el discurso pronunciado por el Presidente del Consejo de Estados Dr. Rafael Ostau de Lafont Pianeta en la instalación de la comisión de reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa <http://www.consejodeestado.gov.co/>.

<sup>216</sup> Generada por múltiples factores, entre otros: la creación de las acciones constitucionales y la asignación de la mayoría de ellas a la jurisdicción contenciosa-administrativa; las

nes populares que se caracterizan por la prevalencia del derecho sustancial y por los procedimientos flexibles, sumarios e informales. 4. La unificación de jurisprudencia a cargo del Consejo de Estado como máximo tribunal de lo contencioso-administrativo (teniendo en cuenta el fenómeno de “federalización de la jurisprudencia” que habían desatado la estructura jurisdiccional de 3 niveles).

Como resultado de la fase de elaboración del articulado y del posterior debate público y socialización de ideas, en el Senado de la República, se presenta el proyecto de ley 198 de 2009 cuyo texto definitivo fue aprobado en la sesión plenaria del 9 de junio de 2010<sup>217</sup>. Dicho proyecto dio lugar a Ley 1173/2010, de 18 de enero de 2011 por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

En materia de **medidas cautelares en el procedimiento contencioso**, se hacía insostenible la idea de que el juez contencioso, aún con el aval de la corte constitucional, pretendiera interpretar ampliamente la estrecha reglamentación preconstitucional de la única medida cautelar existente: la suspensión del acto administrativo. Sobre todo, porque lo anterior no terminaba de ser un idea y con dificultad se reflejaba en los pronunciamientos judiciales. Durante toda la exposición de motivos del proyecto de ley 198 de 2009, que convirtió en la novedosa Ley de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo 1437 de 2011, es reiterativo que: primero, que “*dentro de un Estado Social de Derecho, el reconocimiento de los derechos de las personas debe hacerse prioritariamente por la Administración, dejando la intervención del juez solamente para aquellas situaciones excepcionales en que la Administración encuentre que debe negar su reconocimiento*” y segundo, el objetivo de redefinir el proceso contencioso (y dentro de él los poderes del juez) conforme a las exigencias constitucionales, en particular, conforme a la

---

atribuciones legales hechas con posterioridad a la CN de 1991 (controversias contractuales estatales y sus procesos de ejecución y cumplimiento, la pérdida de investidura de diputados, concejales municipales, distritales y ediles, la aprobación e improbación de las actas de conciliaciones prejudiciales, los juicios ejecutivos originados en penas impuestas a la administración, las acciones de repetición contra servidores públicos, las solicitudes de hábeas corpus); el desconocimiento por parte de las Administraciones públicas de los principios constitucionales y derechos fundamentales; la ineficacia de los procedimientos judiciales contemplados en el código de 1984.

<sup>217</sup> Gaceta del Congreso No. 440/ 2010 y 529/2010.

efectividad de los principios y de los derechos fundamentales en ella consagrados. Ahora, dentro de los postulados necesarios para el logro de dichas premisas, se reconoció por primera vez en la legislación colombiana a las medidas cautelares como *“el más novedoso y eficaz instrumento para lograr la tutela judicial efectiva”*<sup>218</sup>.

Esta certera y valiosa afirmación quedó reflejada, al menos, en la redacción del Art. 24 del proyecto de ley 198 de 2009. Este último autorizaba al juez contencioso-administrativo a *“decretar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial”*. La misma norma citada, con acierto, fue más allá y permitió que las medidas cautelares pudieran ser *“decretadas de oficio para la protección de los derechos fundamentales y colectivos”*<sup>219</sup>.

Lo anterior hacía pensar que la redacción del articulado final relacionado con medidas cautelares en materia contenciosa descartaría de plano la excepcionalidad de las mismas y respondería, con suficiencia, al derecho a la tutela cautelar como manifestación directa de la tutela judicial efectiva. Sin embargo, otro muy diferente fue el futuro de la redacción de la norma. Sucintamente, se puede decir que, en los Art. 229 y siguientes:

a. Se incorporó, como finalidad general de las medidas cautelares contenciosas: *“proteger, garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”*<sup>220</sup>.

b. El legislador desechó la idea de una cláusula *“numerus apertus”* (plantada en el Art. 225 proyecto de ley 198 de 2009) e incorporó un listado taxativo de medidas cautelares preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión (Art. 229- 230).

b. La redacción de cada una de las medidas enlistadas parecería permitir una amplia interpretación. Parece ser que, finalmente, la nueva regula-

---

<sup>218</sup> Amén de ello, es la primera vez en la historia de jurisdicción contencioso-administrativa colombiana que se hace mención a las medidas cautelares como un género compuesto por múltiples opciones y no se limitan a la mera suspensión de los actos administrativos.

<sup>219</sup> Proyecto de ley 198 de 1998 publicado en la Gaceta 1173/2009.

<sup>220</sup> Finalidad que, aunque en parte acertada, no llega a cubrir la establecida inicialmente en el Art. 224 del Proyecto de Ley 198 de 2011: *“las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial”*.

ción de la suspensión cautelar de los actos administrativos (Art. 231): 1. No exige para la procedencia de la medida cautelar la “manifiesta infracción” de una de las disposiciones invocadas, basta ahora con la mera violación de las disposiciones invocadas. 2. La configuración de la violación no depende solamente del resultado de una “confrontación directa [entre el acto y la norma] o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud”, sino que, además de esa confrontación directa, se exige un análisis del acto demandado y un estudio de las pruebas (no sólo documentales) allegadas con la solicitud. Sin embargo, el Art. 231 exige para que la suspensión cautelar del acto proceda la “(...) violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal vulneración 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”. Es decir, que esta regulación de la suspensión cautelar de los actos administrativos no cierra la posibilidad al juez de exigir la integración total del llamado “concepto de violación” (las normas que se consideran infringidas y el por qué de cada afirmación). Esta postura legislativa frente al principio de *iura novit curia* deja cierto sin sabor. Utilizo arriba la expresión “parece ser” porque se tendrá que aguardar a la aplicación, por los jueces administrativos, de estos nuevos preceptos legales. Lo anterior debido a que la teoría del “concepto de violación” y de la “sencilla comparación, de un solo golpe de vista, o, prima facie” son interpretaciones del Consejo de Estado que, con mayor o menor acierto, tienen arraigo absoluto en la práctica judicial.

c. Sin embargo, este impulso inicial se ve cortado al encontrar, a renglón seguido, al encontrar la incorporación de otros requisitos para el acuerdo de las restantes medidas cautelares (las no suspensivas) entre ellos, un juicio de ponderación de intereses cuyo resultado permita concluir que sería más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla (Art. 231 parte final). Estos requisitos, con toda seguridad, se convertirán en el nuevo cuello de botella que impedirá, una vez más, la efectividad de la tutela judicial en los procedimientos contencioso-administrativos.

d. Esta nueva regulación no sólo fue incorporada al código de procedimiento administrativo y contencioso administrativo para ser aplicada a los procedimientos propios de la jurisdicción contenciosa (Parágrafo

Art. 229). El legislador (en el segundo debate llevado a cabo en el Senado<sup>221</sup>) hizo extensiva su aplicación a las medidas cautelares que deban acordarse 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 diferenciaron, de esta manera y sin razón, las medidas cautelares decretadas en las acciones de tutela y las acciones populares interpuestas ante la jurisdicción contencioso-administrativa de aquellas que, por razón de los sujetos accionados, son de conocimiento de la jurisdicción ordinaria. Este párrafo, extensivo de la regulación administrativa en materia de medidas cautelares a las acciones constitucionales (de tutela y populares), no se contempló, acertadamente a mi juicio, en la redacción original del proyecto 198 de 2009. Esta situación conllevó la declaración de inconstitucionalidad de la extensión de las medidas cautelares reguladas en esta norma a los procesos de acción de tutela (Sentencia Corte Constitucional C- 284/2014, 14 de mayo).

e. Regula también la exigencia de contracautela para garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar con la medida cautelar (Art. 232). Sin embargo, solo se le permite al juez exceptuar la caución cuando se acuerde la suspensión del acto administrativo en: aquellos procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, en las acciones de tutela, y en todos los demás de conocimiento de la jurisdicción contenciosa cuando el solicitante de la medida sea una entidad pública (Art. 233)<sup>222</sup>.

f. Amplía la oportunidad procesal para solicitar la medida cautelar en cualquier etapa del proceso (Art. 229).

g. Incorpora una característica propia de las medidas cautelares: la mutabilidad (Art. 235).

---

<sup>221</sup> Segundo debate publicado en la Gaceta 264/2010. El proyecto de ley 198 de 2009 en su redacción original dejaba a salvo, por lo menos, las medidas cautelares establecidas en la Ley 472 de 1998.

<sup>222</sup> La redacción original del Proyecto de Ley 198 de 2009 permitía al juez, en su Art. 227, exonerar al demandante de la caución teniendo en cuenta la poca entidad del perjuicio que la medida cautelar pueda causar.

h. Las medidas cautelares *inaudita parte* dejan de ser la regla general para pasar a ser la excepción si se cumple con los requisitos necesarios para considerar la urgencia (Art. 233-234).

i. El recurso de apelación contra el auto que decreta la medida cautelar se tramitará en efecto devolutivo (Art. 236).

j. Incorpora un artículo especial de responsabilidad para que el solicitante de la medida responda patrimonialmente por los perjuicios causados cuando la cautela sea revocada en el curso del proceso o cuando la sentencia sea desestimatoria de las pretensiones del demandante. Esta norma deja fuera causales importantes de exclusión de la responsabilidad del solicitante, entre otras, cuando la modificación de la medida durante el curso del proceso se haya llevado a cabo por variación de las circunstancias de hecho oportunamente notificadas por las partes (Art.240). Además se trata de una responsabilidad objetiva que no está atada a la culpa o dolo del solicitante, lo que desincentiva, aún más, al solicitante a pedir la protección provisional de sus derechos.

k. Siguiendo los lineamientos de la regulación de las medidas cautelares en la acción de tutela, Introduce una sanción económica para quien incumpla la medida cautelar acordada por la jurisdicción.

Dicho ello, los siguientes capítulos ahondaran sobre todo lo referente a la normativa contencioso-administrativa vigente en Colombia (Ley 1437 de 2011). En todo momento, se recurrirá al método de derecho comparado con la moderna legislación en materia de medidas cautelares administrativas y contencioso administrativas del Reino de España. En particular, se tendrá siempre presente la regulación en vigor de la suspensión cautelar del acto administrativo (Ley 29/98, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa) y el posicionamiento de la doctrina administrativista española frente a dicha normativa.

## CAPITULO II.

### CONSIDERACIONES SOBRE EL REGIMEN GENERAL DE MEDIDAS CAUTELARES

Vista la suspensión cautelar del acto administrativo como una institución limitada históricamente por los privilegios de la Administración Pública, en particular por la denominada "*Decision exécutoire*"<sup>1</sup> de los actos, es menester ahora aproximarse a su estudio desde los principios del Estado Constitucional. El objetivo del presente capítulo es analizar las prerrogativas derivadas de la potestad de autotutela de la Administración: ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos frente a los principios constitucionales de legalidad y eficacia de las Administraciones públicas y a la potestad jurisdiccional. Para ello, necesariamente, se deben abordar cuestiones de máxima importancia como la potestad cautelar como una manifestación de la potestad jurisdiccional, las medidas cautelares ordenadas por autoridades administrativas, la reserva de ley y la taxatividad en el sistema cautelar.

#### I. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE LO CAUTELAR.

Para llevar a cabo una aproximación a la conceptualización de aquello que debe entenderse como "medida cautelar" la doctrina procesal civilista<sup>2</sup> (de mayor tradición en el desarrollo de instituciones procesales)

---

<sup>1</sup> Cfr.: HAURIUO, *Precís de Droit Administratif...Ob. cit.*, pág. 362; LAFERRIERE, *Traité de Juridiction... Ob. cit.*, pág. 362 pág. 145 y ss.

<sup>2</sup> En este sentido: CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio sistematico della tutela cautelare*, Padova, 1936, pág. 44 y ss.; SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 1974, pág. 5 y ss.; FAIRÉN GUILLÉN, V., "La reforma del proceso cautelar civil español", en *Revista de Derecho Procesal* IV, 1966, pág. 49 y ss.; GUTIERREZ DE CABIEDES, E., *Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares* Pamplona, 1974, pág. 13 y ss.; DEVIS ECHANDÍA, H., *Compendio de derecho procesal. Teoría general del proceso*, 1978, pág. 145 y ss.; GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, vol. Tomo I, Madrid, 2006, pág. 683 y ss. En sentido contrario: LÓPEZ BLANCO, H. F., *Instituciones de Derecho Procesal Colombiano, Parte general*, vol. Tomo I, 2002, pág. 1021 y ss.: "(...) providencias que, ya de oficio, o a petición de parte, puede adoptar el juez respecto de personas, pruebas o

así como la ius-administrativista<sup>3</sup> han optado por descartar las definiciones exegéticas y han preferido delimitar dicho término en función de aquellas características sustantivas o procesales que la componen, por ejemplo: **la instrumentalidad** (autonomía o dependencia respecto del proceso principal), **mutabilidad** (variabilidad o rigidez de la medida durante el transcurso del proceso principal), **provisionalidad** con respecto a la sentencia proferida en el proceso principal, **sumariedad** del procedimiento de adopción de la medida, ***periculum in mora*** (consustancial al proceso judicial), ***fumus bonis iuris*** (“fuerte” o de nulidad de pleno derecho, “medio” o de apariencia de ilegalidad del acto administrativo o “debilitado” o de verosimilitud del derecho invocado como fundamento de la pretensión principal) y **ponderación de intereses** (públicos del demandado, privados o públicos del demandante y privados o públicos de terceros interesados). Todo este conjunto de caracte-

---

bienes que pueden resultar afectados por la demora en las decisiones que se tomen dentro del juicio, siempre con carácter provisional y tendientes a asegurar el cabal cumplimiento de las determinaciones que se adopten por el juez y, especialmente, de la sentencia ejecutoriada”.

<sup>3</sup> A pesar de seguir los fundamentos clásicos de la doctrina italiana, dentro de lo más novedoso encontramos las conclusiones del Abogado General TESAURO GIUSEPPE al asunto Factortame (Sentencia del TJCE de 19 de junio de 1990 C- 213-89, Rec. 1990). También, aunque con algún matiz, la profesora DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo : un estudio normativo y jurisprudencial*, Navarra, 2004, pág. 41, obra de absoluta referencia para todo aquel que quiera adentrarse en el campo de las medidas cautelares en el derecho administrativo, manifiesta: “Es cierto que las definiciones, en la medida en que suponen una limitación, no suelen responder por completo a la realidad a la que vienen referidas (...) sin embargo, desde un punto de vista operativo las definiciones resultan necesarias (...) la clarificación de la terminología empleada y de las instituciones (...) deviene indispensable”. De ahí que se aventure a dar, en términos estrictamente legislativos y contentivos de las características definitorias que he mencionado, una definición de medidas cautelares así: “las medidas cautelares harían referencia a las medidas que cabe adoptar al amparo de los artículos 129 a 136 de la Ley española de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (...) en el sentido amplio las medidas cautelares se entienden como sinónimo de todos los instrumentos procesales aptos para adoptar resoluciones rápidas, en el sentido estricto el término hace referencia a las medidas instrumentales que pueden ser acordadas por el juez en un procedimiento, para proteger provisionalmente los bienes, derechos o intereses de las partes y de esta manera evitar que la resolución final del proceso se vea desprovista de objeto. Sus características son la instrumentalidad, la provisionalidad y, en ciertos casos, la homogeneidad con las medidas de ejecución de la resolución judicial”.



res, contenidos en la medida cautelar son los elementos esenciales o mínimos de un sistema de medidas cautelares<sup>4</sup>.

Como se puede advertir, cada uno de los elementos definitorios de las medidas cautelares contiene, a mayores, un amplio abanico de posibilidades. Consecuencia de ello, las cautelas se convierten en herramientas procesales flexibles, lo que ha permitido que un mismo instrumento cautelar se regule de forma diferente y con múltiples matices en islas diferentes legislaciones procesales. A estas características definitorias de las medidas cautelares, vistas bajo la óptica del derecho comparado España- Colombia, se destinarán las páginas siguientes.

Empece lo anterior, deviene necesario hacer algunas anotaciones sobre la potestad que faculta la adopción de este tipo de instrumentos dentro del proceso: "la potestad cautelar" y, además, sobre el alcance de las expresiones "medida cautelar" y "proceso cautelar".

## 1. Sobre la potestad cautelar como manifestación del la potestad jurisdiccional.

La potestad cautelar tiene su **origen en el ordenamiento jurídico público**, específicamente en el derecho procesal (a su vez perteneciente al denominado *derecho garantizador*<sup>5</sup>), es atribuida a las autoridades

---

<sup>4</sup> Entre otros: GUTIERREZ DE CABIEDES, E., *Elementos esenciales para un sistema ... Ob. cit.*, pág. 387 y ss., y SERRA DOMÍNGUEZ, *Las medidas cautelares... Ob. cit.*, pág. 14 y ss y CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio ... Ob. cit.*, pág. 55 y ss.; GONZÁLEZ NAVARRO, F., "Procedimiento Administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos", en *Administración y Constitución. Estudios en Homenaje al Profesor Mesa Moles*, Madrid, 1981, pág. 374 y ss.

<sup>5</sup> Es mediante las normas procesales que la jurisdicción cumple su función de garantizadora de derechos. Sobre lo dicho: RIASCOS GÓMEZ, L., "Ensayo para una teoría general de las medidas cautelares en el procedimiento administrativo español y colombiano", en *Revista Electrónica el Derecho Público Mínimo* 2008, pág. 7 y ss., y *El Derecho Administrativo General. Apuntes de cátedra*, Universidad de Nariño, Pasto, 1991, pág. 15 y ss.; GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho Administrativo Español* vol. II, Pamplona, 1997, pág. 41 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, J., "El procedimiento Administrativo", en *Revista Crítica de Derecho inmobiliario* 436-437, 1964, pág. 590 y ss.; GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid 2002, pág. 75 y ss. En el mismo sentido, pero con ciertos matices, PARADA VÁZQUEZ, J. R., "Derecho administrativo, derecho privado y

competentes para salvaguardar los intereses de los involucrados en un proceso. En las legislaciones estudiadas, **el fundamento constitucional más directo**<sup>6</sup> de la potestad cautelar se encuentra incorporado en los Art. 106.1, 117.3, 118 CE, 2.1 y 3.1 LOPJ (desarrollados por los Art. 129 y ss de la LJCA); Art. 116 y 238CN (desarrollados por los Art. 152 y ss. del CCA y 229 y ss. LPACA<sup>7</sup>). El contenido del articulado enunciado no es otro que en marco general de **la potestad jurisdiccional** de la que se desprende principalmente, según la doctrina científica, la posibilidad de acordar medidas provisionales que mantengan su vigencia hasta la sentencia definitiva<sup>8</sup>. De esta manera, la potestad cautelar **persigue un interés constitucionalmente relevante**: el buen funcionamiento de la

---

derecho garantizador", en *Revista de Administración Pública*, 52, 1967, pág. 86: "El problema que queda por resolver es obviamente el de la diferencia de las normas de derecho administrativo (...) con el derecho procesal (...), las primeras se diferencian de las procesales en que no están al servicio de la garantía del derecho, sino de su destinación y aplicación primaria: así la administración no puede contratar, aplicar, usar las normas de contratación sin seguir un procedimiento previo para elegir al contratista (...) son normas pues de aplicación previa a la aplicación de la norma de fondo o norma sustantiva, no normas como las procesales, a través de las cuales se comprueba a posteriori si el derecho sustantivo ha sido incumplido y se obliga a los sujetos, a los destinatarios a cumplirlas si hay lugar a ello (...)."

- <sup>6</sup> Digo más directo porque dos acápite más adelante se abordará el estudio de la cuestión desde el punto de vista del Art. 24 CE: el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.
- <sup>7</sup> Para efectos de este trabajo, con el fin de diferenciar la norma vigente de la que muy pronto lo estará, se hará referencia al antiguo Código Contencioso Administrativo Colombiano, Decreto 01/1984 de 2 de enero con la sigla CCA y al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437/2011 de enero 18, con la sigla LPAYCA.
- <sup>8</sup> Artículo 116 CN. "*La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley*". Sobre la potestad cautelar como manifestación de la potestad jurisdiccional: GALLI, R., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1994, pág.1011 y ss; ANDREIS, M., *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 1996, pág. 109.

administración de justicia y la eficacia de sus decisiones<sup>9</sup>. La ineficacia de éstas últimas es congénita al propio sistema judicial y se manifiesta en el mismo momento en que el reconocimiento jurisdiccional del derecho no se da inmediatamente sino que, por el contrario, se aplaza en el tiempo. Entre la presentación de la demanda del ciudadano y el fallo judicial existe un lapso de tiempo (a veces más, a veces menos) que opera siempre en detrimento de los derechos o intereses (públicos o privados) del ciudadano. Tal demora en el tiempo puede afectar directamente el objeto del proceso haciendo, en muchos casos, nugatorios los efectos de la decisión del juez y convirtiendo esta última en una mera declaración de intenciones<sup>10</sup>. Refiriéndose a la potestad cautelar la doctrina ha afirmado que “no se trata con ella de juzgar ni de hacer ejecutar lo juzgado, sino de servir a un fin distinto, pero instrumental a ambos, cual es el de asegurar preventivamente que tanto la decisión definitiva del conflicto – que el juzgar implica-, como las actuaciones materiales – en que la ejecución consiste-, podrán tener en la práctica la misma eficacia que hubieran tenido de poder haber sido, la una dictada, y las otras realiza-

---

<sup>9</sup> En este sentido: CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio ... Ob. cit.*, pág. 60 y 144: “surgen de la necesidad de relacionar un quehacer pronto con un hacer bien.”; ORTÍZ, J. C., “La constitución colombiana y las nuevas normas para la impartición de justicia”, en *Memorias del V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México 1998, pág. 674: “Se ha pasado de un esquema constitucional previsto para garantizar una administración de justicia, desde luego, independiente técnica y orgánicamente, pero limitada a las responsabilidades tradicionales de solución de controversias de contenido subjetivo, real y patrimonial, con las salvedades del control abstracto de constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos; a la disposición de unos organismos, instrumentos, vías acciones y procedimientos para que la rama judicial participe en el proceso de desarrollo de la sociedad, en la solución de los nuevos tipos de conflictos y de problemas de ésta y en la adopción de decisiones fundamentales dentro del marco de la Constitución”; LÓPEZ BLANCO, H. F., *Instituciones de... Ob. cit.*, pág. 1023: “Las medidas cautelares evitan los efectos nocivos del excesivo tiempo que se utiliza en las tramitaciones de los procesos (...)”; RENDITI, E., *Derecho Procesal Civil*, vol. II, Buenos Aires, 1976, pág. 229 y 243: “(...) de poco servirán las decisiones judiciales si entre tanto se han escapado los bueyes (...) sabiamente se preocupa la ley por el peligro en muchos casos manifiesto e innegable de que las providencias de tutela jurisdiccional civil que ella conmina o prevé lleguen a aplicación demasiado tarde.”

<sup>10</sup> Como una función preventiva a la jurisdicción se le atribuye la potestad cautelar. Sobre este argumento, entre otros: CARRERAS LLANSANA, J., “las medidas cautelares en el art. 1428 de la LEC”, en *Estudios de derecho procesal* Barcelona 1962, pág. 570 y 571.

das, de una manera inmediata, sin necesidad de sustanciar proceso alguno"<sup>11</sup>.

Desde esta perspectiva, **la potestad cautelar no se configura solo como un poder del juez dentro del amplio conjunto de poderes jurídicos que el ordenamiento le otorga como director del proceso, sino que, se convierte en un deber del juez cuando concurren dentro del proceso los requisitos determinados por la ley para su ejercicio**<sup>12</sup>. La potestad se hace de forzoso ejercicio para la autoridad competente cuando se cumplen los requisitos establecidos en la ley procesal específica y, consecuencia de ello, también resulta de obligatorio cumplimiento para: las partes<sup>13</sup> (administrado – Administración), los terceros (interesados y/o ciudadanos en general) y para las autoridades comprometidas con la ejecución de la medida (p.e el registrador de instrumentos públicos tratándose de anotaciones preventivas de la demanda) (Art. 118 CE<sup>14</sup>, Art. 4 y 95.7 CN<sup>15</sup>).

- 
- <sup>11</sup> VECINA CIFUENTES, J., "La potestad cautelar: contenido y límites (texto de la ponencia impartida a Secretarios Judiciales, en la sede del Centro de Estudios Jurídicos, dentro del Curso "Juicios rápidos civiles")", en *Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia*, 2004, pág. 5301. Puede consultarse en: [http://www.cej.justicia.es/cej/html/publicaciones\\_03.htm](http://www.cej.justicia.es/cej/html/publicaciones_03.htm). En el mismo sentido: PRIETO CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Pamplona, 1982, pág. 53 y ss.; GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, vol. II, Madrid, 1976, pág. 232 y ss.; FAIRÉN GUILLÉN, V., *La reforma del proceso...*, en *Revista de Derecho Procesal ... Ob. cit.*, pág. 42 y ss.; GIMENO SENDRA, V., Moreno Catena, V., Garberi Llobregat, J., González Cuéllar Serrano, N.: *Derecho Procesal Administrativo*, Valencia, 2001, pág. 100 y ss.; VAZQUÉZ SOTELO, J. L., "La Constitución del proceso cautelar en el Derecho procesal civil español", en *Jornadas sobre la reforma del proceso civil*, Madrid, 1990, pág. 329 y ss.
- <sup>12</sup> Sobre las potestades administrativas como poder – deber: COUTURE, E., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* Buenos Aires, 1990, pág. 41; ROMANO, S., "(Poderes. Potestades)", en *Fragmento de un diccionario jurídico*, Buenos Aires, 1964, pág. 302 y ss. CARNELUTTI, F., *Sistema de diritto processuale civile*, Pádova, 1936, Pág. 40 y ss.
- <sup>13</sup> En este punto del estudio de las potestades públicas y las características aquí extractadas *vid*: ROMANO, S., "(Poderes. Potestades)", en *Fragmento de...* *Ob. cit.*, pág 305; CARNELUTTI, F., *Sistema de diritto processuale...* *Ob. cit.*, pág. 45. CHIOVENDA, G., *Curso de Derecho Procesal Civil*, México, 1995, pág. 8 y ss.
- <sup>14</sup> "Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto". *Vid* también: GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos de Derecho Procesal* Madrid, 1981, pág. 32 y ss.

Doctrinalmente la **potestad jurisdiccional** (de la que se deriva la cautelar), como su nombre lo indica, está **atribuida a la rama judicial**. Así el Art. 117.3 CE atribuye "(...) *el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, (...) exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*"<sup>16</sup>. Sin embargo, el desarrollo de esta norma constitucional hecho por el Art. 3 LOPJ recuerda que como **excepción** a tal regla general, está la potestad jurisdiccional reconocida por la propia Constitución a otros órganos<sup>17</sup>.

### 1.1 La potestad cautelar en vía de recurso administrativo.

De lo dicho anteriormente se infiere que **las Administraciones Públicas españolas (AAPP)** ejercen, dentro de los límites plantados por la Constitución, potestad jurisdiccional y que, en vía de recurso administrativo, **están facultadas para utilizar herramientas cautelares**. Así también lo disponía en su momento el Art. 116 LPA/58 y, posteriormente, la Ley 164/1963. Actualmente, la norma reguladora del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común establece en su Art. 111:

a. El efecto no suspensivo del recurso administrativo, es decir, la **ejecutividad inmediata de los actos administrativos** expedidos conforme a los requisitos de ley.

---

<sup>15</sup> "El ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: (...) 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia (...)". Art. 4 CN. "(...) Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades."

<sup>16</sup> Sobre la exclusividad de la potestad jurisdiccional *vid*: SSTC 1/1981, de 26 de enero (RTC/1) y 23/1995, de 15 de febrero (RTC/23).

<sup>17</sup> Art. 3 LOPJ. "1. La jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos(...)".

b. La facultad de las Administraciones públicas para **suspender, en vía de recurso administrativo**, de oficio o a petición del recurrente, el acto administrativo recurrido.

c. Para que la autoridad administrativa pueda/deba suspender el acto administrativo recurrido **deben concurrir los siguientes presupuestos**: 1. Que como resultado de una ponderación razonada, los perjuicios causados o que se pueden causar al recurrente con la ejecución del acto administrativo fueren superiores a los que se causen o se puedan causar con la suspensión del acto a los terceros y al interés público. 2. Que los perjuicios que se causen o se puedan causar al recurrente con la ejecución del acto sean considerados, por la autoridad administrativa, de *imposible o difícil reparación*, o que la impugnación del acto se fundamente en *algunas de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el Art. 62.1 LRJPAC*<sup>18</sup>.

d. Una vez **dictado el acuerdo de suspensión**, *podrán adoptarse todas las medidas cautelares necesarias para asegurar la protección del interés público de terceros y le eficacia de la resolución o el acto impugnado* (Art. 111.4). Este apartado merece un pequeño comentario, se supone que: a. si se han seguido al pie de la letra los requisitos que plantea la norma para acordar la suspensión cautelar, son los perjuicios que se causen o se puedan causar al recurrente los que interesan ser protegidos, pues tales han resultado superiores a aquellos aducidos por terceros o a intereses los públicos (Art. 111.2). b. En el caso de que, de la suspensión acordada, pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la misma quedará supeditada a la prestación de una caución por parte del

---

<sup>18</sup> "1. Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. Los dictados por órgano manifestamente incompetente por razón de la materia o del territorio. Los que tengan un contenido imposible. Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta. Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal. 2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales."

recurrente. Es decir, el resultado de todo lo anterior no es otro que la no-existencia de más riesgos para terceros o para el interés público. Pese a ello y sin mucho sentido a mi juicio, la norma insiste en la posibilidad de existencia de más riesgos para terceros y para el interés público y faculta a la autoridad administrativa para que, dictada la suspensión del acto, acuerde cualquier tipo de instrumento cautelar necesario para salvaguardar evitar los mismos (Art. 111.4). Esta cláusula “*numerus apertus*” debería estar plantada en el Art. 111. 2 y no en el 111.4, de tal manera que, la autoridad administrativa pudiera adoptar cualquier cautela necesaria, incluida la suspensión, para asegurar el derecho o interés legítimo del recurrente y la efectividad del pronunciamiento que dará por finalizada la instancia.

Pese a lo anterior, la suspensión del acto o resolución es la única herramienta cautelar que le es permitida a las Administraciones Públicas, estas últimas no están facultadas para acordar cautelas de carácter positivo<sup>19</sup>. Baste por ahora decir que, *a priori*, el Art. 111.4 LRJAPAC, pareciera carecer de sentido ya que quien conoce del recurso en vía administrativa es el mismo funcionario que tomó la decisión recurrida o, tratándose de recurso de alzada, conocerá su superior jerárquico. Ahora, se debe recordar que: primero, no existe limitación constitucional alguna para

---

<sup>19</sup> En la legislación italiana, la suspensión de los efectos del acto también puede ordenarse, de oficio o a petición del recurrente, en el campo del recurso administrativo “*sede gius-tiziale*”. En el ejercicio de esta potestad cautelar se deja a la *pubblica amministrazione* un margen de discrecionalidad al momento de valorar los presupuestos necesarios o “*gravi motivi*” que justificarán la privación momentánea de los efectos de la decisión impugnada. Dicha potestad se convierte en un deber cuando la solicitud se realiza a instancia de parte. En este último caso, la Administración debe valorar los presupuestos exigidos por la norma, para posteriormente acoger o denegar dicha solicitud. En este sentido: FUCILLO, M. C., *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Padova, 1999, pág. 18 y ss; DE LUCA, F., “L’evoluzione normativa e giurisprudenziale alla luce dei principi di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale”, en *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2011, pág. 20 y ss; SANDULLI, A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, vol. II, Napoli, 1989, pág. 1233. Así mismo, dentro de la etapa del procedimiento administrativo, en el país alpino, se permite a la *pubblica amministrazione* ordenar la suspensión de la decisión. Sobre ello: VIRGA, P., *Diritto Amministrativo*, Milano, 1999, pág. 191: “con el fin de evitar que, con la ejecución de una decisión, se puedan producir consecuencias perjudiciales y a fin de permitir una adecuada ponderación de los presupuestos de hecho y de derecho que van a motivar la decisión, la autoridad que ha emanado el acto, puede disponer provisionalmente la suspensión de la eficacia del mismo mientras realiza un examen más profundo.”; En el mismo sentido: CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, pág. 589.

utilización de cualquier instrumento cautelar, es más, este tipo de herramientas procesales garantizan un interés público: la eficacia de la Administración de justicia. Segundo, más que una oportunidad procesal para al administrado la vía administrativa es un privilegio de las Administraciones Públicas, ha devenido en una carga adicional<sup>20</sup> que, junto a la caducidad de los recursos, la congestión judicial y otras más, deben ser sorteadas por el ciudadano que ve vulnerado su derecho o interés legítimo. Son mínimas las ocasiones en las Administraciones Públicas reponen o modifican sus propias decisiones y son mucho menores aquellas otras en que hacen uso de herramientas cautelares en vía de recurso administrativo. Ello no empece, sí de facto la vía de recurso administrativo se ha revelado como una carga procesal para quien pretende acudir a la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que de menos que se faculte al funcionario competente para garantizar provisionalmente la protección del derecho o interés legítimo del recurrente y la efectividad de su nueva decisión, ello con indiferencia de que el contenido del acto administrativo recurrido sea positivo o negativo. Tercero, como reza el aforismo latino, *a maiori ad minus*. El funcionario que expidió el acto administrativo y que puede suspender este último, debería tener también la posibilidad de dictar, de oficio o a petición de parte, órdenes provisionales (si le son necesarias) mientras analiza los nuevos argumentos o los nuevos hechos que se aducen en el recurso y le da un “segundo hervor” a la cuestión *sub lite*. De facultarse a las Administraciones Públicas para acordar órdenes provisionales, además de la protección efectiva del derecho o interés legítimo, se evitaría que fuera el juez en vía de

---

<sup>20</sup> Entre otros; DURÁN BECERRA, A., "La justicia administrativa", en *Memorias del V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, 1998, pág. 236: "Esto es, recursos de carácter administrativo, mismos que en ocasiones son insuficientes para proteger los derechos de los administrados, pues en primera instancia y a través de recursos que llevan distintos nombres, es posible revocar, modificar o confirmar la decisión del órgano administrativo, pero no siempre con la suficiente imparcialidad que permita considerar al propio acto o al del inferior jerárquico como ilegal y dejarlo consecuentemente sin efecto, y más cuando en el seno de la administración los órganos proceden con criterios uniformes o institucionales". El sistema de recursos administrativos de la administración es visto también por la doctrina italiana como manifestación de la autotutela de la administración y, en este sentido, también la suspensión administrativa. Sobre ello: FUCILLO, M. C., *La tutela cautelare nel processo...* Ob. cit., pág. 19 y ss; DE LUCA, F., "L'evoluzione normativa e giurisprudenziale ...", en *La tutela cautelare e sommaria nel...* Ob. cit., pág. 23.



recurso contencioso-administrativo el que le ordene a dichas Administraciones Públicas aquello que debe/ha debido hacer<sup>21</sup>.

“No resulta de recibo que el Estado cargue sobre los ciudadanos consecuencias negativas de una desatención histórica del poder hacia el aparato judicial. El privilegio de la no suspensión, además, crea en las Administraciones un interés en que continúe la lentitud y el anquilosamiento de las tareas jurisdiccionales”<sup>22</sup>.

No obstante lo anterior y a pesar de la existencia de actos administrativos de contenido negativo, las Administraciones Públicas españolas no pueden, en vía de recurso administrativo, acordar herramientas cautelares de carácter positivo (ordenes de hacer, no hacer o dar), a excepción de algunas anotaciones preventivas del recurso contempladas expresamente en las leyes especiales (p.e en las diferentes leyes relacionadas con el urbanismo y la ordenación del territorio).

Como se hizo referencia en las primeras páginas de este trabajo, en el derecho español la prevalencia del principio de ejecutividad de los actos de la administración no dio cabida a ningún tipo de discusión. Los acuerdos de la Administración han tenido y siguen teniendo fuerza ejecutiva inmediata y, excepcionalmente, han podido /pueden ser suspendidos, en vía administrativa o contencioso-administrativa, previo cumplimiento de determinados requisitos legislativos<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> En esta misma línea, el Art. 104 LRJPAC permite hacer uso, dentro del procedimiento administrativo de revisión de oficio, del instrumento cautelar suspensivo (de ningún otro) cuando la ejecución del acto pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

<sup>22</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A., "Tutela jurisdiccional efectiva y no suspensión en via de recurso", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 100- 102, 1983, pág. 1619.

<sup>23</sup> Sobre el origen del principio de ejecutividad en el derecho español me remito al lo dicho en el primer capítulo de este trabajo. Amén de ello, *vid* también: DOU Y BASSOLS, *Instituciones de derecho público... Ob. cit.*, pág. 47 - 49. Lo mismo cabe decir respecto del origen de la suspensión del acto administrativo en el derecho español. En este último punto valga solo señalar como referencias históricas de la génesis del instrumento cautelar las sentencias citadas por RODRÍGUEZ ARANA - MUÑOZ, J., La Suspensión del acto administrativo... *Ob. cit.*, pág. 20 y ss., así mismo: SSTS de 14 de marzo de 1901 y 27 de mayo de 1905 sobre el carácter ejecutivo de los actos administrativos; 8 de octubre de 1927 y 7 de febrero de 1933 sobre la competencia de los Tribunales de lo contencioso-administrativo; 6 de noviembre de 1935 sobre la intervención de la autoridad gubernativa en la resolución de la solicitud de suspensión. Sobre el origen de la

En esta misma línea, **en el ordenamiento jurídico colombiano la potestad jurisdiccional** (de dónde se deriva la cautelar) está atribuida a la rama judicial<sup>24</sup>. Sin embargo, por autorización constitucional *excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas*” (Art. 116 CN). Este precepto constitucional se encontraba en trámite de reforma<sup>25</sup>. Su nuevo con-

---

suspensión en vía de recurso administrativo recordar el Art. 100 de la Ley de 13 de septiembre de 1888.

<sup>24</sup> En este sentido *vid*: LÓPEZ BLANCO, H. F., *Instituciones de... Ob. cit.*, pág. 1029 que sobre la potestad cautelar manifiesta: “Constituye por regla general un acto jurisdiccional por cuanto se cumple con ellas una de las funciones esenciales del proceso: asegurar el cumplimiento de las decisiones del juez (...) Además son actuaciones propias de un proceso y si éste es por excelencia acto jurisdiccional, resulta claro el carácter de las medidas cautelares, así en ocasiones su práctica no la lleve a efecto un juez sino una autoridad del orden policivo”.

<sup>25</sup> Se trataba de una polémica reforma a la administración de justicia que suscitó todo tipo de reacciones y adjetivos calificativos (entre otros, “aberrante”, “privatizadora de la justicia”, “encaminada a politizar la justicia”, “inmoral”, “producto de las vanidades personales de los ministros, congresistas y magistrados”, “resultado de una concesión de favores entre el ejecutivo, legislativo y las altas cortes”) tanto por parte de la doctrina, como de los operarios judiciales y algunos políticos. Finalmente fue objetado por inconstitucional antes de ser sancionado. Este proyecto de Acto Legislativo 07 de 2011 del senado, por medio del cual se reformaban artículos de la constitución política con relación a la administración de justicia. El Art. 4 de dicho acto pretendía modificar el Art. 116 CN así: “*La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los jueces, administran justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar. La ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinados empleados judiciales, salvo recaudar pruebas, proferir sentencias o decisiones que pongan fin a los procesos. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. La ley podrá atribuir, excepcionalmente y a prevención, función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas de carácter técnico. Las decisiones que le pongan fin a estas actuaciones serán apelables ante las autoridades judiciales, salvo las excepciones previstas en la ley. Sin embargo, no les será permitido juzgar delitos. Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por la ley o por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. De manera excepcional, la ley podrá conferir funciones jurisdiccionales a notarios, centros de arbitraje y/o conciliación. Parágrafo 1. La ley definirá procedimientos especiales ante ciudadanos habilitados o ante funcionarios administrativos para resolver conflictos que, por no presentar oposición entre las partes o por su bajo impacto social, no tengan que ser de conocimiento de los jueces de la República. Así mismo, la ley definirá las conductas que recibirán el tratamiento de contravenciones especiales de policía con el fin de que sean conocidas en procesos administrativos breves y orales, por funcionarios administrativos del orden Depar-*

tenido no pretendía modificar la posibilidad excepcional de atribuir funciones jurisdiccionales, en materias delimitadas, a determinadas autoridades administrativas, pero, matizaba el proyecto de reforma que, dicha atribución se haría a prevención y solamente a autoridades administrativas técnicas. "(...) *La ley podrá atribuir, excepcionalmente y a prevención, función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas de carácter técnico. Las decisiones que le pongan fin a estas actuaciones serán apelables ante las autoridades judiciales, salvo las excepciones previstas en la ley. Sin embargo, no les será permitido juzgar delitos (...)*" (Art. 4 Proyecto de Acto Legislativo 07/2011).

Dicho ello, podría pensarse que en el ordenamiento jurídico colombiano las autoridades administrativas, en vía de recurso, están facultadas para

---

*tamental, Municipal o Distrital. La norma podrá establecer mecanismos de arresto, sus causales y mecanismos de registro. Parágrafo 2: Crease la Comisión Especial de desjudicialización que estará integrada por: a) El Presidente de la Corte Suprema de Justicia o su delegado; b) El Presidente del Consejo de Estado o su delegado; c) El presidente de la sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura o su delegado. d) El Ministro de Justicia y del Derecho ( o quien haga sus veces) o su delegado, quien lo presidirá; e) Tres (3) senadores de la comisión permanente encargada de conocer asuntos constitucionales y de justicia, quienes integrarán la comisión durante cuatro (4) años o, a lo sumo, hasta el final de su período; f) Tres (3) representantes a la cámara, integrantes de la comisión permanente encargada de conocer asuntos constitucionales y de justicia elegidos por esta corporación, quienes integrarán la comisión durante cuatro (4) años o, a lo sumo, hasta el final de su período; g) El Procurador General de la Nación o su delegado; y h) El Fiscal General de la Nación o su delegado. Esta comisión deberá presentar un informe al Congreso sobre las conductas que pueden ser sujetas de los procesos a los que se refieren a los incisos 2, 4, 5 y 6 y el parágrafo 1 del artículo 116, a partir del sexto (6º) mes de existencia de la Comisión y, desde entonces, con una periodicidad anual. Parágrafo transitorio 1. La ley podrá atribuir, excepcionalmente, función jurisdiccional en materias precisas a abogados en ejercicio como medida transitoria de cinco años con fines de descongestión judicial. La ley establecerá los requisitos que deben cumplir los abogados para ejercer estas funciones, así como los eventos en que deben ser asumidas como condición obligatoria no remunerada para el ejercicio de la profesión, en todo caso estos abogados no podrán conocer de asuntos penales ni contenciosos administrativos." Sobre la orientación general de las reformas a la administración de justicia en América Latina resulta acertada, para este caso, la lectura de: Hoyos, A., "Constitución e impartición de justicia: el debido proceso en el nuevo contexto democrático de Latinoamérica", en *Memorias del V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 1998, pág. 430: "En ocasiones, el poder presidencial, molesto con el control judicial, busca mediatizarlo, imponerle duras limitaciones presupuestarias o impulsar reformas judiciales tendentes a neutralizarlo. Este es el primer gran desafío que enfrentan algunas ramas judiciales de la América Latina postautoritaria".*

hacer uso de la suspensión cautelar de los actos administrativos. No obstante, de manera específica el Art. 238 CN excluye, acertadamente a mi juicio<sup>26</sup>, tal posibilidad: *“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”*. Este artículo constitucional también se encontraba en trámite de reforma<sup>27</sup>. En lo que aquí interesa, el sentido de la inacabada modificación respondía al contenido del Art. 229 de la nueva Ley 1437/2011 que incorporó la ampliación de las herramientas cautelares con las que cuenta el juez contencioso para proteger los derechos e intereses legítimos, garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Preceptuaba la reforma que *“la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo también podrá adoptar las medidas cautelares que regule la ley con el fin de hacer efectiva la protección de los derechos de las partes y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.”* De esta manera, es la propia Ley fundamental la que **aparta a cualquier autoridad administrativa, de la competencia para adoptar la suspensión cautelar del acto administrativo en vía de recurso administrativo**. A este respecto, sucintamente se puede afirmar que:

- a. Esta postura constitucional de procedencia de la **suspensión cautelar**, exclusivamente, **en vía de recurso contencioso-administrativo** es desarrollada, entre otros, en los Art. 62 y 64 el CCA, así como en los Art. 87,88 y 89 LPACA.
- b. Dicha regulación nos sitúa en el momento exacto en que los actos administrativos surten efectos (son ejecutivos y ejecutorios) en el derecho administrativo colombiano.

---

<sup>26</sup> En una posición contraria a la exclusión de la suspensión cautelar en vía de recurso administrativo: GÓMEZ RIASCOS, L., "Ensayo para una teoría general...", en *Revista Electrónica... Ob. cit.*, pág. 6 y ss.: “[...] pese a que en vía administrativa todo funcionario del Estado o particular con función administrativa puede revocar o extinguir reglamentamente la eficacia del acto administrativo, contraviniendo el aforismo latino de que quien puede lo más (revocar) puede lo menos (suspender)”.

<sup>27</sup> Así lo establecía la polémica reforma a la justicia: Art. 21 del proyecto de Acto Legislativo 07 de 2011, por medio del cual se pretendían reformar artículos de la Constitución Política con relación a la administración de justicia.

c. Salvo norma en contrario, **los actos administrativos que no estén firmes no serán suficientes para que la Administración pueda ejecutarlos de inmediato** (Art. 64 CCA<sup>28</sup>). Por tanto, la firmeza de los actos administrativos es necesaria para la ejecución de los mismos contra la voluntad de los administrados.

d. Ahora bien, se entiende que los administrativos quedarán en firme cuando: contra ellos no proceda ningún recurso (entendiéndose por recurso aquellos que proceden en vía administrativa), los recursos interpuestos se hayan decidido, no se interpongan recursos, el interesado haya renunciado expresamente a ellos o se haya desistido de los mismos (Art. 62 CCA<sup>29</sup>). Solamente **cuando el acto administrativo quede en firme**, o “cause estado”<sup>30</sup>, **surtirá efectos** (será ejecutivo y ejecutorio).

e. La nueva Ley 1437/2011 traslada el contenido de la normativa explicada a sus Art. 87 y 89. El contenido es prácticamente el mismo del antiguo CCA. **“Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato”** (Art. 89). Sin embargo, el matiz lo coloca la nueva normativa cuando señala expresamente, algo que desde siempre ha estado operando en la práctica, que la firmeza de los actos administrativos, por tanto el inicio de sus efectos, será: *“desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación”* según corresponda (Art. 87). Es decir, desde el día siguiente de la notificación, comunicación o publicación de: a. el acto administrativo contra el que no

---

<sup>28</sup> *“Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados”*. En el sentido de la norma: Sentencia Consejo de Estado 5016 febrero 19 de 1999, M.P Rafael Ariza Muñoz.

<sup>29</sup> *“Los actos administrativos quedarán en firme: 1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso. 2. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido. 3. Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos. 4. Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos”*. El artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, que desarrollaba el tema de la “perención”, fue derogado por el artículo 70 de la Ley 794 de 2003.

<sup>30</sup> Expresión acuñada por la doctrina administrativista para hacer referencia al agotamiento de la vía administrativa.

procede ningún recurso; b. la decisión de los recursos (en vía administrativa) que contra él se interpongan; c. del vencimiento del término para interponer los recursos sin que los mismos fueran interpuestos; d. la aceptación del desistimiento de los recursos que fueron interpuestos. Una vez en firme el acto administrativo se presumirá legal y surtirá efectos hasta tanto no haya sido suspendido cautelarmente o anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso-administrativo (Art. 89).

f. Merece la pena mencionar que el Art. 20 LPACA regula la atención prioritaria, por parte de la Administración pública, de las peticiones de reconocimiento de un derecho fundamental cuando deban ser resueltas para evitar un perjuicio irremediable al peticionario. Éste último debe acreditar la titularidad del derecho y el riesgo del peligro invocado. En su inciso segundo, la misma norma, establece que cuando por razones de salud o seguridad personal esté en peligro inminente la vida o la integridad del destinatario de la medida solicitada, la autoridad administrativa deberá adoptar de inmediato las medidas de urgencia necesarias para conjurar dicho peligro, sin perjuicio del trámite que deba darse a la petición.

Como se verá más adelante, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, fundamento constitucional de la tutela cautelar, se extiende también al procedimiento administrativo. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico colombiano la suspensión cautelar está ligada constitucionalmente a la jurisdicción contencioso administrativa, **los actos administrativos no se pueden ejecutar** por la Administración – sin excepciones- **hasta que no hayan agotado los recursos procedentes en vía administrativa.**

Es claro, que en el caso del Art. 20 LPACA se está haciendo mención es a los actos administrativos en ejecución o ejecutados que vulneren derechos fundamentales. El ciudadano podrá acudir, por vía del derecho de petición, a solicitar respetuosamente a las autoridades administrativas que cese la vulneración de sus derechos fundamentales. Si, adicional a ello, su vida, salud o integridad personal están en inminente peligro, la autoridad administrativa deberá acordar las medidas necesarias para que cese el peligro. Probablemente, si las medidas que se requieran ordenar para garantizar la no vulneración del derecho fundamental son de carácter positivo, la autoridad administrativa no tendrá inconveniente, pues el Art. 29 y 229 le facultan para adoptar las medidas provisionales que sean necesarias, pero si la medida que se necesita para conjurar

el peligro inminente del peticionario es la suspensión del acto administrativo, encontrará la autoridad administrativa una prohibición específica en el Art. 238 CN. Por voluntad del constituyente la suspensión cautelar es jurisdiccional.

Como se dijo en el primer capítulo de este trabajo, desde el año 1886 la Constitución colombiana ha establecido que en derecho administrativo, la posibilidad de suspender cautelarmente un acto **estuviera adscrita, exclusivamente, a la Jurisdicción Contencioso-administrativa**. Amén de los argumentos expuestos, se ha hecho manifiesto por un sector de la doctrina administrativista<sup>31</sup> que múltiples son las cargas con las que se tropieza un ciudadano al momento de hacer valer sus derechos e intereses legítimos frente a los tribunales y una de ellas ha resultado ser el necesario agotamiento de la vía administrativa. A este requisito de procedibilidad de la acción contencioso-administrativa se le suman otros tales como: la conciliación previa que necesariamente se debe realizar ante la autoridad competente (procurador delegado) y el cortísimo término de caducidad de las acciones contenciosas. Adicional a lo anterior, una vez el administrado logra acceder a la Jurisdicción otras serán las dificultades que le impidan la protección, al menos provisional, de su derecho o interés legítimo, entre ellas: el lento desarrollo del procedimiento contencioso administrativo, el carácter no suspensivo del recurso contencioso-administrativo, la exigencia de firmeza o ejecutoriedad del auto que ordena medida cautelar para que el mismo surta efecto, la congestión judicial, la falta de recursos técnicos, financieros, humanos en la rama judicial etc.

---

<sup>31</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Aún sobre la reforma de la justicia administrativa y el modelo constitucional. Nota última", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 93, 1997, pág. 67 - 79.; "Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común.", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 75, 1992, pág. 325-328; "El derecho administrativo en el siglo XXI.", en *La Ley*, Tomo 4 1990, pág. 985; *Curso de Derecho Administrativo II*, 2006, pág. 527 y ss.; ENTRENA CUESTA, R., *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1999, pág. 273 y ss.

## 1.2 La reserva de ley de la potestad cautelar.

Si bien aquí se ha hecho referencia al origen normativo, específicamente, constitucional de la potestad cautelar, el desarrollo de esta institución trae consigo múltiples cuestionamientos: por tratarse de una manifestación de la potestad jurisdiccional, **¿la regulación de la potestad cautelar está sujeta a reserva de ley?** En este sentido, Para el caso español **¿la competencia para su regulación corresponde exclusivamente al Estado o es compartida con las Comunidades Autónomas?** Se trata aquí de esbozar algunas líneas relacionadas con el principio de legalidad y su función limitadora dentro del sistema cautelar.

Resulta uniforme la doctrina en cuanto en cuanto a la exigencia de reserva de ley: la potestad cautelar debe ser desarrollada necesariamente por la ley procesal, no existe en el sistema jurídico del *civil law* la posibilidad de actos procesales al margen de la ley y, por ende, no puede existir ninguna actuación cautelar que no esté contemplada en dicha ley<sup>32</sup>. La forma, más genérica o más concreta, en que la ley debe regular la potestad cautelar la remitiremos al siguiente cuestionamiento relacionado con el carácter taxativo que debe o no tener el régimen cautelar.

Ahora bien, partiendo de la necesaria preexistencia de la ley procesal el debate se centra en: si las medidas cautelares resultan siempre restrictivas de derechos fundamentales y, por ende, necesitan no sólo estar reguladas por norma con rango de ley sino que, a mayores, requieren norma con rango de Ley orgánica (CE<sup>33</sup>) o Ley estatutaria (CN<sup>34</sup>). Visto en cual-

---

<sup>32</sup> Sobre el punto: VECINA CIFUENTES, J., La potestad cautelar... *Ob. cit.*, pág. 5314. Este autor pone de manifiesto la vertiente positiva del principio de legalidad como fuente única de la potestad cautelar: “el ordenamiento jurídico, no ya cómo límite, sino como fuente exclusiva y excluyente de habilitación o apoderamiento para el ejercicio de cualquier potestad”. Así mismo, plantea el principio de legalidad, en su “vertiente negativa” como “límite al ejercicio de la potestad cautelar”.

<sup>33</sup> Art. 53.1 CE. “1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a. (...)”

<sup>34</sup> Art. 152 CN. “Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección (...)”



quier óptica, la respuesta a este planteamiento es negativa: Desde el punto de vista del derecho privado se afirma que la potestad cautelar implica siempre una restricción, durante el tiempo de vigencia de la misma, en los derechos constitucionales de aquellos sobre quienes recae la medida<sup>35</sup>. En este sentido, se considera que dicha limitación se encuentra justificada en la medida en que el uso del instrumento cautelar esté permitido por una norma con rango de Ley bien sea orgánica u ordinaria (según se encuentren implicados, respectivamente, derechos fundamentales de los denominados de “especial protección” -Titulo I capítulo 2 Sección 1 de la Constitución, Art. 14, 30, 53.1 y 81.1 CE- o derechos fundamentales de la Sección 2, Capítulo 2, Título 1 de la misma carta)<sup>36</sup>. Desde el punto de vista del derecho administrativo, también se considera que, bastará que una norma con rango de Ley establezca la herramienta cautelar para que pueda ser adoptada. En este ámbito, el ejercicio de la potestad cautelar no siempre implica restricciones a los derechos fundamentales (propiedad privada, libertad de empresa etc.), los efectos de la cautela recaen sobre los actos emanados por órganos de poder público, la intromisión se realiza sobre las facultades ejercidas

---

<sup>35</sup> VECINA CIFUENTES, J., La potestad cautelar... *Ob. cit.*, pág. 5308; SERRA DOMÍNGUEZ, *Las medidas cautelares...* *Ob. cit.*, pág. 10 y ss.; FAIRÉN GUILLÉN, V., La reforma del proceso..., en *Revista de Derecho Procesal ... Ob. cit.*, pág. 60 y ss.; GUTIERREZ DE CABIEDES, E., *Elementos esenciales para un sistema ... Ob. cit.*, pág. 20 y ss.; DEVIS ECHANDÍA, H., *Compendio de derecho procesal...* *Ob. cit.*, pág. 147 y ss.; GUASP, J., *Derecho Procesal...* *Ob. cit.*, pág. 685 y ss. En sentido contrario: RIASCOS GÓMEZ, L., "Ensayo para una teoría general...", en *Revista Electrónica...* *Ob. cit.*, pág. 6: "(...) cuando se suspende la eficacia de un acto administrativo limitativo de derechos que implica la suspensión en el ejercicio de la potestad de la Administración de revocarlos en la forma y condiciones prefijadas en las normas jurídicas, no se está haciendo otra cosa que hacer eco del principio de legalidad, pues toda invasión o atentado a la esfera de la libertad individual exige como norma legitimadora previa, una ley formal que respalde fehacientemente el soporte del equilibrio que debe existir en todo ordenamiento jurídico."

<sup>36</sup> En este sentido: SSTC 146/1997, 15 de septiembre (RTC/146), ponente: Don Tomás S. Vives Antón: "Cualquier restricción en el ejercicio de un derecho fundamental necesita basarse en una causa específica prevista por la ley". y 140/1986, 11 de noviembre, (RTC/1986), ponente: D. Eugenio Díaz Eimil. En España, la regulación o el desarrollo de los derechos constitucionalmente reconocidos por Ley orgánica o Ley ordinaria constituye, como ha dicho en múltiples ocasiones el Tribunal Constitucional, "una garantía de los mismos, al suponer límites y requisitos para la acción normativa de los poderes públicos."

por dichos órganos y el perjuicio, en caso de configurarse, será para el interés público perseguido con la actuación de dichos órganos<sup>37</sup>.

En esta misma línea, en Colombia los derechos fundamentales exigen regulación por norma con rango de Ley estatutaria (Art 152 CN)<sup>38</sup>. Sin embargo, en materia de principio de legalidad como límite a la potestad cautelar en vía administrativa y contencioso-administrativa, resultan precisas dos anotaciones: La primera de ellas, referente a la nueva configuración de la parte dogmática de la Constitución Nacional<sup>39</sup>. Como lo planteábamos en el primer capítulo de este trabajo, con la incorporación al texto constitucional de las acciones constitucionales (tutela y populares) se otorgaron nuevos poderes y nuevas competencias a la rama judicial. Dentro de este nuevo esquema, el juez constitucional actúa con una amplia capacidad y con plena habilitación legal en el ámbito relacionado con el enjuiciamiento cautelar. Adicional a ello, resulta tal la capacidad operativa de la jurisdicción constitucional<sup>40</sup> que en materia de los dere-

---

<sup>37</sup> Vid: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar la Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional?", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 151, 2000, pág. 256 y ss.; BACIGALUPO, M., "El sistema tutelar cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 128, 1992, pág. 414. En el mismo sentido: DIEZ- PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales* Madrid, 2003, pág.97: "En el ámbito jurídico-privado no hay norma alguna que, con alcance general reconozca la facultad judicial de ordenar el abandono de una conducta antijurídica; y es comprensible que así sea, ya que aquí no se trata de cesación de actuaciones de la Administración, sino de personas privadas. En este contexto toda orden judicial de esta índole supone, por definición, una limitación a la libertad de las personas".

<sup>38</sup> Sobre lo dicho, la Constitución colombiana establece que los derechos constitucionales fundamentales no pueden ser regulados sino por leyes estatutarias. Tales normas con rango especial requieren un trámite reforzado: procedimiento especial en el congreso, control constitucional previo, oficioso e integral. El Art. 152CN incorpora una salvaguardia jurídica sobre el contenido y la validez de los actos con fuerza de ley que pretendan regular los derechos fundamentales.

<sup>39</sup> Art. 1 al 95 CN. En la parte dogmática de la Constitución se incluyen los valores, principios y derechos constitucionales (fundamentales, sociales económicos y culturales).

<sup>40</sup> Conforme a los Art. 86 y ss. y 239 y ss., de la Constitución colombiana, la jurisdicción constitucional está constituida por la Corte Constitucional, además de por todos los jueces y magistrados de la república al momento de ejercer sus competencias de conocimiento de las acciones constitucionales.

chos inherentes a la persona humana el Art. 94 de la carta determina, expresamente, *que la enunciación de derechos y garantías contenidos en la misma y en los convenios internacionales vigentes no debe entenderse como negación de otros que siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos*". Es decir, la Constitución colombiana no sólo no consagra una lista *numerus clausus* de derechos, sino que, por el contrario, permite amparar cualquier otro derecho que no esté expresamente reconocido en la Constitución, los tratados internacionales o en la Ley. Por lo tanto, la no regulación de un derecho fundamental o de una medida cautelar que lo afecte por una norma con rango de Ley estatutaria no es óbice para que el principio de legalidad se quiebre. La segunda apreciación nos reconduce al argumento enunciado, líneas arriba, sobre el ejercicio de la potestad cautelar en vía de recurso administrativo y contencioso-administrativo. Como se ha expuesto, tal potestad adscrita ejercida en el ámbito del derecho público no siempre implica restricciones a los derechos fundamentales ya que sus efectos recaen sobre los actos emanados por órganos de poder público. Razón ésta que está de más para excluir una vulneración de la legalidad si las herramientas cautelares no se encuentran reguladas por una norma con rango de Ley Estatutaria.

A límites con los que el legislador de ejercer su potestad de configuración en materia de medidas cautelares se hará referencia en siguiente capítulo.

**Respecto a la competencia autonómica española para la regulación legal de los instrumentos cautelares** cabe señalar que la Constitución Española de 1978 toma partido por la proclamación del "principio autonómico"<sup>41</sup> (Art.2), por la creación de un Estado con alto grado de des-

---

<sup>41</sup> Sobre este argumento *vid*: DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes.*, Barcelona, 1988, pág. 244: este autor considera el principio autonómico declarado por la Constitución como la máxima expresión del sistema de distribución de competencias, confiere al ordenamiento jurídico Español una fisonomía enteramente distinta de la que ha tenido en el pasado y es la respuesta constitucional a uno de los problemas políticos más complejos y difíciles que España ha tenido que afrontar en el siglo XX. Así mismo, LEGUINA VIILA, J., "Las Comunidades Autónomas", en *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los Profs. Alberto Predieri y E. García de Enterría*, Madrid, 1980, pág. 740 y ss., considera que la opción de organización territorial del Estado se sitúa "en un posición intermedia entre las tesis favorables al federalismo y las partidarias de las simples medidas descentralizadoras". COSCULLUELA MONTANER, L., "Las vertientes del regionalismo", en *Las autonomías regionales: Aspectos políticos y jurídicos*,

centralización de sus regiones y de compleja organización: el Estado de las Autonomías (Art.2, Art. 137). El sistema reposa en la libre iniciativa de los territorios para acceder a las autonomías (Art.143) y para determinar el contenido de sus Estatutos (Art.147) dentro del marco establecido por la propia Constitución (Art. 148).

El Estado Autónomo exige una completa articulación competencial entre sus distintas Administraciones territoriales, labor que sin duda, es “la pieza clave de todo el edificio autonómico”<sup>42</sup> y que, para dar cohesión al sistema, debe cimentarse en los principios de unidad, igualdad, solidaridad y cooperación<sup>43</sup> (Art. 2 CE). Con carácter general, tanto el Estado<sup>44</sup> como las Comunidades Autónomas tienen potestad legislativa<sup>45</sup>. La Ley autonómica “vale” lo mismo que las Ley estatal y, entre ellas, no están articuladas conforme al principio de jerarquía, tan propio de los estados centralistas, sino que lo están por el principio de competencia. La cuestión de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas ha sido objeto de un intenso debate jurisprudencial y doctrinal. Sin perjuicio de profundizar un poco más sobre este punto en el último capítulo correspondiente al régimen cautelar en el derecho urbanístico español, a los efectos que ahora interesan, las competencias en materia de administración de justicia y de legislación procesal<sup>46</sup> se encuentran atribuidas de manera exclusiva al Estado (Art. 149.1.5 y 6 CE). Esta situación permite afirmar que los instrumentos

---

Madrid, 1977, pág. 219, considera sobre Estado Autónomo que “en los arbores del siglo XXI y partiendo de un modelo de organización política unitaria con siglos de historia a sus espaldas, ofrecería todas las ventajas de las fórmulas federales y ninguno de sus inconvenientes.”

<sup>42</sup> Cfr. LEGUINA VILLA, J., *Las Comunidades Autónomas... Ob. Cit.*, pág. 774.

<sup>43</sup> Sobre los principios de unidad, igualdad, solidaridad y cooperación: SSTC 4/1981, de 2 febrero (RTC\4) ponente: Don Rafael Gómez-Ferrer Morant; 8 de noviembre de 1984 (RTC\100) ponente: Don Francisco Tomás y Valiente; 5 de agosto de 1983 (RTC\76) ponente: Doña Gloria Begué Cantón; abril de 1990 (RTC\64) ponente: Don Fernando García-Mon y González Regueral; 8 de junio de 1988, (RTC\104) ponente: Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

<sup>44</sup> Arts. 81, 82.2, 66.2, 75.2 y 3, 87 y ss., 149.1, 150.2 CE.

<sup>45</sup> Art. 81.1, 147, 148 y 149 CE.

<sup>46</sup> Art. 149.1.6CE “1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias (...) 6. (...) legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”.

cautelares en vía de recurso contencioso- administrativo y de recurso administrativo deben estar reguladas por una norma con rango de Ley emanada del órgano legislativo estatal.

En este mismo sentido y como se ha explicado, el desarrollo del Art. 117.3 CE hecho por el Art. 3 LOPJ reconoce la potestad jurisdiccional atribuida, excepcionalmente, por la propia Constitución a otros órganos, lo que ha facultado a las Administraciones públicas españolas a hacer uso de herramientas cautelares en vía de recurso administrativo. En este ámbito, el Art. 149.1 .18 CE asigna la competencia exclusiva del Estado para legislar sobre las denominadas “bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y de procedimiento administrativo común”, ello sin perjuicio de las “*especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas*”. Con esta importante norma se da cierre y garantía de unidad en todo el territorio nacional a lo se ha considerado, junto con la jurisdicción contencioso-administrativa (Art. 106.1 CE), el llamado núcleo fundamental del derecho administrativo. Valga decir en este punto, que las legislaciones autonómicas que en su texto contemplan herramientas cautelares adscritas al procedimiento administrativo lo hacen enmarcadas en las “*especialidades derivadas de su propia organización*” (Art. 149.1.18 CE) y dentro del ámbito de sus competencias exclusivas, como es el caso del urbanismo<sup>47</sup>.

### 1.3 La taxatividad en el del sistema cautelar.

Dentro de la potestad cautelar también surgen dudas en torno a si **¿su desarrollo legal debe hacerse como un sistema de *numerus clausus***

---

<sup>47</sup> En este marco, también los Ayuntamientos pueden desplegar sus competencias, por ejemplo, en la adopción de medidas cautelares de suspensión de obras de demolición total o parcial, o de cambios de usos de inmuebles. Todo ello, en virtud de la legislación urbanística (la que se explicará en el capítulo cuarto) y en aplicación de los respectivos instrumentos de planeamientos. Sobre lo dicho *vid:* BASSOLS COMA, M., “Las competencias ejecutivas de las organizaciones administrativas”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homage al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Madrid, 1991, pág. 3428.

**o numerus apertus?** Este interrogante nos sitúa en el campo de la **taxatividad o no de los instrumentos cautelares**.

Atendiendo a la naturaleza procesal de la actividad cautelar y a la necesaria legalidad de todos los actos procesales, las medidas cautelares que no estén habilitadas por una norma con rango de Ley estarán prohibidas<sup>48</sup>.

Ahora bien, la forma, más genérica o más detallada, en que la Ley debe regular la potestad cautelar plantea ciertos matices en la doctrina. Al respecto, quienes entienden las normas procesales cautelares como normas excepcionales, debido a que siempre involucran la restricción de derechos fundamentales de la parte pasiva del proceso, consideran que dicha afirmación conlleva entender "las medidas cautelares como un sistema cerrado, de enumeración taxativa, sin perjuicio de su mayor o menor indeterminación"<sup>49</sup>. En esta línea, la potestad cautelar encuentra su límite en la regulación legal y sólo puede ser utilizada en los casos previstos por la norma: las medidas cautelares que no estén autorizadas previamente por la ley se entenderán prohibidas. La potestad cautelar no puede ser concedida "*in genere*" sino "*ad hoc*", es decir, para el cumplimiento de unos fines previamente establecidos por el legislador, so pena de incurrir en una desviación de poder<sup>50</sup>. Para los defensores de

<sup>48</sup> VECINA CIFUENTES, J., La potestad cautelar... *Ob. cit.*, pág. 5315 FUCCILLO, M. C., *La tutela cautelare nel processo...* *Ob. cit.*, pág. 22; DE LUCA, F., "L'evoluzione normativa e giurisprudenziale ...", en *La tutela cautelare e sommaria nel...* *Ob. cit.*, pág. 26; SARTORI, J. A., "El debido concepto de lo cautelar", en *memorias X Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista*, Buenos Aires, pág. versión electrónica: <http://www.e-derecho.org.ar/congresoprosesal/PonenciasVICong.htm>. En el mismo sentido: RIASCOS GÓMEZ, L., "Ensayo para una teoría general...", en *Revista Electrónica...* *Ob. cit.*, pág. 3: "Todo supuesto de medida cautelar (...) tiene que estar previsto en el ordenamiento jurídico vigente para que se considere conforme a éste".

<sup>49</sup> De esta manera, se justifica la incorporación en los sistemas de medidas cautelares de formulas de regulación genérica. En este punto: VECINA CIFUENTES, J., La potestad cautelar... *Ob. cit.*, pág. 5308.

<sup>50</sup> Vid: ARIÑO ORTÍZ, *Derecho administrativo: programa y guía para su estudio : con una prelección, derecho público, derecho constitucional, derecho administrativo.*, Madrid, 1980, pág. 54 y ss; DE LA CUÉTARA, J. M., *Las potestades administrativas*, Madrid, 1986, pág. 33: "se trata de una parcela del poder público general, totalmente juridificada, funcionarizada al servicio de fines concretos y fraccionada en dosis medibles"; VECINA CIFUENTES, J., La potestad cautelar... *Ob. cit.*, pág. 5314. Este último autor pone de manifiesto la ver-

esta posición, tal aseveración no es óbice para que el juez, conocedor del caso concreto, tenga un amplio margen de maniobra, otorgado por la propia Ley, al momento de ordenar o modular diversas medidas cautelares. Para ello, avalan la incorporación en la Ley de formulas legales que autoricen la adopción de medidas cautelares indeterminadas<sup>51</sup>, por ejemplo: “aquellas otras medidas que se estimen necesarias para asegurar la tutela judicial efectiva... para asegurar los efectos de la sentencia... la finalidad del proceso... etc.”. En conclusión, se entiende que para salvaguardar el principio de legalidad será suficiente la inclusión de formulas marco que permitan al juez ordenar dentro del proceso cualquier medida cautelar necesaria para aquello que la propia norma haya determinado como finalidad genérica de los instrumentos cautelares.

**La taxatividad está referida exclusivamente a la codificación de los instrumentos cautelares, más no a la nominación explícita de cada uno de ellos.** Si la Ley contiene en su regulación una enumeración minuciosa de cada herramienta cautelar pero, a su vez, carece de una fórmula genérica, de esas que coloquialmente suelen denominarse “cajón de sastre”, que incorpore una habilitación para ordenar medidas cautelares innominadas dentro del proceso, no podrá el juez, bajo ninguna circunstancia, atribuirse la potestad cautelar por fuera de lo establecido por la norma<sup>52</sup>. Salvando la diferencia técnica existente entre los términos usados para referirse a las herramientas cautelares: **tipifica-**

---

tiente negativa del principio de legalidad como “límite al ejercicio de la potestad cautelar.”

<sup>51</sup> Este fue el caso del tan recurrido Art. 1428 LEC/1881.

<sup>52</sup> Entre otros, *vid*: VECINA CIFUENTES, J., La potestad cautelar... *Ob. cit.*, pág. 5315; LÓPEZ BLANCO, H. F., *Instituciones de...* *Ob. cit.*, pág.1029: “La codificación se encarga no sólo de tipificarlas sino de señalar el proceso dentro del cual proceden, requisito que no se puede confundir con el de que sean o no nominativas, porque también en el evento de que se permitan las medidas cautelares que el juez estime pertinentes opera la taxatividad entendida en el sentido de que siempre una norma debe contemplarlas de antemano”; LIEBMAN, E. T., *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1980, pág. 163: “las acciones cautelares son típicas y no se pueden pedir providencias cautelares diversas de las expresamente establecidas por la Ley, ni en casos diversos de aquellos para cada uno de ellas previstas”. En esta línea argumentativa se advierte que: a. no se puede confundir taxatividad con inominatividad; b. esta última no constituye una excepción a esta característica ya que, si una norma permite la medida cautelar innominada, por ese mero hecho ya está ceñida a la nota de taxatividad y sólo el juez tendrá la competencia para determinar la amplitud de una clausula genérica para un caso determinado.

**ción** (al menos genérica)- **nominación/ atípicidad-innominación**, a efectos prácticos, lo dicho anteriormente no dista mucho de la posición mantenida por los defensores<sup>53</sup> de las cláusulas "*numerus apertus*" para la regulación del sistema cautelar. En efecto, se trata de una cláusula general tipificada en la Ley, habilitante de cualquier medida cautelar que resulte necesaria para garantizar las finalidades del proceso. En virtud de dicha tipificación general, no hará falta agregar un listado mediante el cual se nominen las herramientas cautelares específicas susceptibles de ser ordenadas por el juez.

En una posición ecléctica, salomónica y acertada, parte de la doctrina<sup>54</sup> considera como un "progreso indudable" la admisión explícita en la legislación de una pluralidad abierta de medidas cautelares la cual, en lo posible, deberá estar acompañada de una enumeración, "*ad exemplum*" de algunos de los instrumentos cautelares normales de los que disponga el juez. "Bueno es que el legislador confíe en el juez, pero ya no es tan bueno quizás que le confíe enteramente la configuración de las institu-

---

<sup>53</sup> RODRÍGUEZ ARANA- MUÑOZ, J., "La suspensión del acto administrativo en la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa", en *El procedimiento administrativo y el control judicial de la Administración Pública : VI Jornadas Hispano-Argentinas de Derecho Administrativo en homenaje al profesor Laureano López Rodó*, 2001, pág. 335-350; "Las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa", en *La justicia administrativa : libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta / coord. por María Jesús Montoro Chiner*, 2003, pág. 935-944; "Ejecutividad y tutela judicial efectiva", en *Actualidad Administrativa*, Núm. 1, 2004, pág. 4-8; "La medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en España", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Núm. 28, 2006, pág. 127-152; FUCCILLO, M. C., *La tutela cautelare nel processo... Ob. cit.*, pág. 24 y ss. Esta última afirma que antes de la expedición de la ley 205/2000, de 21 de julio, la tipicidad de las medidas cautelares en el proceso administrativo italiano fue limitada por el legislador a la mera suspensión del acto administrativo. Este sistema cautelar resultaba distante del establecido en el orden civil y respondía a la visión del un proceso administrativo de mera nulidad de las decisiones, además disminuía la posición jurídica de los administrados. Por estas razones, comenta la autora, fueron numerosos los autores que invocaron una intervención del legislador que permitiera un sistema elástico de tutela cautelar. En esta misma línea general: NIGRO, M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, pág. 289 y ss; PALEOLOGO, G., "Sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo e altre misure cautelari", en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXIV, 1993, pág. 7.

<sup>54</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción de 1998...", en *Revista de Administración... Ob. cit.*, pág. 261 y ss.



ciones apenas aludidas por una rúbrica genérica (...) Aquí la jurisprudencia tiene un campo importante para matizar y afinar”<sup>55</sup>.

Sin lugar a dudas es el juez o tribunal el conocedor de “primera mano” del caso concreto, es él quien garantiza el principio de inmediación y, por lo tanto, nadie más adecuado para tener un amplio “margen de maniobra” al momento de revisar el expediente y ordenar las herramientas cautelares necesarias para cumplir su función natural: “juzgar y ejecutar lo juzgado”. Cualquiera de las posiciones descritas puede ser asumida por el legislador contencioso-administrativo con el fin de, mediante una efectiva tutela cautelar, obtener una efectiva tutela judicial. Lo que no resulta viable a la luz de las finalidades de la potestad cautelar, como manifestación de la potestad jurisdiccional y como veremos ítems más adelante de las exigencias de la tutela judicial efectiva, es la incorporación en la regulación del sistema cautelar, únicamente, de un listado cerrado y limitado de instrumentos.

Corresponderá entonces al juez o tribunal la labor de selección de la medida cautelar enlistada o de adecuación de la cláusula genérica habilitante al caso concreto enjuiciado<sup>56</sup>. Para ello el operario judicial deberá hacer uso de todos los métodos interpretativos que el ordenamiento jurídico ha puesto a su disposición, dentro de los cuales, en una posición de relevancia como veremos en el próximo capítulo, se encuentran el principio de necesidad y el de proporcionalidad.

**El legislador Español** de 1998 en el Art.129.1 LJCA estableció, en principio, un régimen cautelar “*numerus apertus*” (situación ésta que ha significado un importante avance con respecto a la legislación anterior) que permite la adopción de cuántas medidas cautelares sean necesarias

---

<sup>55</sup> *Idem*. El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA ha matizado un poco su posición al respecto: En su trabajo compilatorio *La batalla por las medidas cautelares, Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso - administrativo Español*, Madrid, 1995 pág. 273 y ss. consideraba que, incluso del contenido e interpretación del Art. 24 CE se derivaba la potestad cautelar, si bien no implícita si derivada de la interpretación del propio texto constitucional.

<sup>56</sup> LÓPEZ BLANCO, H. F., *Instituciones de... Ob. cit.*, pág. 1029. “También se podrá decretar las medidas que el juez considere necesarias”. Lo anterior significa que queda en manos del juez la decisión de adoptar la medida cautelar que estime conveniente, pero sigue aplicando el criterio de taxatividad, precisamente por prever la Ley una fórmula genérica que le permite al juez la posibilidad de ordenar la cautela que él estime indicada.

para asegurar “*la efectividad de la sentencia*”. Así mismo, no optó por un listado, ni siquiera meramente ejemplificativo, de las herramientas cautelares susceptibles de ser ordenadas por el juez. Es este sentido la norma en comento establece: “*Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia*”<sup>57</sup>.

Pese a lo anterior, a reglón seguido el Art. 130 de la misma norma incorporó algunos filtros que logran anular el pretendido efecto “abierto” de la cláusula general expuesta: la previa *ponderación de intereses en conflicto* (generales o de un tercero) y *la finalidad legítima del recurso*. “*Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. 2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada*”.

Aunque estos dos elementos (ponderación de intereses - finalidad legítima del recurso) serán objeto de estudio detallado en el cuarto capítulo correspondiente a los aspectos sustanciales y procesales de la suspensión del acto, cabe decir aquí que ambos se han convertido en el nuevo “cuello de botella” del proceso cautelar. El primero de ellos, porque el resultado de la previa ponderación circunstanciada de intereses, con frecuencia, se inclina por el interés público abstracto e inherente al acto administrativo recurrido (103.1 CE, 209 CN) -práctica ésta que parece propia del *officium judicis*-<sup>58</sup>, dejándose de lado tanto el interés público

---

<sup>57</sup> Sobre este punto la STC 148/1993, 29 de abril (RTC/148), ponente: Don Luis López Guerra declara la inconstitucionalidad de las normas que prohíben o excluyen la adopción de medidas cautelares, pues estas “(...) imposibilitan la efectividad de la tutela judicial, implican la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o prejuzgan irreparablemente la decisión final del proceso (STC 237/1991).” Así mismo las SSTC 238/1992 y 115/1987 (RTC\115).

<sup>58</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar la Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional?”, en *Revista de Administración Pública*, pág. 255: “(...) la Administración siempre invocará dicho interés público como gestora autorizada que es del mismo por su propia posición constitucional (...). Pero ese título abstracto e inespecífico no le otorga la menos posibilidad de quebrantar el derecho de nadie (por ejemplo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que los ciudadanos ostentan)”.

inmerso en toda medida cautelar (buen funcionamiento de la administración de justicia, eficacia de sus decisiones y saneamiento del ordenamiento jurídico Art. 117.3CE y 118 CN) como, la relevancia de la adopción de la medida con referencia al derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 24 CE, 29 y 56 CN). El segundo (finalidad legítima del recurso) es reflejo del *τέλεος* que el legislador español le ha otorgado a las medidas cautelares. Esta finalidad es equivalente a la efectividad de la sentencia (que puede ser estimatoria del derecho del accionado, causa final de las medidas cautelares, o desestimatoria derecho del accionado, causa final de las llamadas contracautelas). Así mismo, y en esto coincide la doctrina, este filtro se trata de una versión mejorada del clásico "*periculum in mora*"<sup>59</sup> : "(...) de no accederse a la petición de suspensión (...) se perdería la finalidad legítima del recurso, desde la óptica de la plena efectividad de la sentencia, que es el cese de la situación flagrante de ilegalidad que se denuncia y que permanecería desde hace años con evidente causación de daños y perjuicios irreversibles o de distinta consideración (...)"<sup>60</sup>

En esta misma línea argumentativa pero refiriéndonos a **disposiciones generales**, el Art. 129.2 LJCA estableció que: "*Si se impugnan disposiciones generales, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda*". Como profundizaremos más adelante en el capítulo correspondiente a la suspensión cautelar en el ámbito urbanístico, dos posiciones relacionadas con la adopción de medidas cautelares en vía de recurso directo contra reglamentos, son defendidas por la doctrina: Los expositores de la primera<sup>61</sup> consideran que el Art. 129.2 incluyó un

---

<sup>59</sup> Importada desde el Art. 56 LOTC/1979. En este mismo marco: STC 238/1992, 17 de diciembre (RTC/238): "La potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento del órgano judicial, esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el Art. 24.1 de la constitución) desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento."

<sup>60</sup> STS 7 de abril de 2004 (RJ/2685) ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez.

<sup>61</sup> Cfr. BACIGALUPO, M., *La nueva tutela cautelar en el Contencioso- Administrativo*, Madrid, 1999, pág. 158; FUERTES LÓPEZ, M., "Prudencia y coherencia de la tutela cautelar en los recursos contra reglamentos", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* Num. 6 2003, pág. 62. En este sentido: STS 30 de noviembre de 2005 (RJ/1396) ponente: Excmo. Sr.

régimen cautelar propio, exclusivamente suspensivo, para la impugnación de disposiciones generales. En consecuencia, rechazan toda posibilidad de adoptar, en vía de recurso directo contra el reglamento, medidas cautelares distintas a la mera suspensión de acto.

En una posición contraria, los que apoyan la segunda postura no tienen duda alguna sobre la unidad del régimen jurídico español, en lo atinente a tutela cautelar, para actos administrativos y reglamentos. De manera acertada, a mi juicio, argumenta este sector de la doctrina que "La ley [de la Jurisdicción Contencioso Administrativa] en ningún momento precisa que hayan de ser objeto de un tratamiento diferenciado [los actos administrativos y las disposiciones generales] (más allá de los límites naturales que la lógica y la aplicación práctica pueda imponer)"<sup>62</sup>.

De la regla general del Art. 129.1 se exceptúa el momento de presentación de la solicitud de suspensión cautelar cuando lo que se pretenda impugnar sea una disposición general. Así, si lo que se persigue es la suspensión de un reglamento o de alguno de sus preceptos, la oportunidad procesal para solicitar su adopción se reduce al momento de interponer el recurso o de presentar la demanda (Art. 129.2); ahora bien, si lo que se insta es la adopción de una medida cautelar distinta a la suspensión (cualquiera que sea necesaria para la efectividad de la sentencia), tal solicitud podrá hacerse "*en cualquier estado del proceso*"<sup>63</sup> (Art. 129.1).

A mayor abundamiento, la Exposición de Motivos de la vigente LJCA no hace diferenciación alguna entre las medidas cautelares cuya adopción es permitida en procesos de impugnación contra reglamentos y las que se facultan frente a actos administrativos. Por el contrario, la misma

---

Rafael Fernández Valverde y MARTÍN REBOLLO, L., *Leyes administrativas (Códigos básicos Aranzadi)*, Pamplona, 2009, pág. 1387 - 1388.

<sup>62</sup> DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo : un estudio normativo y jurisprudencial*, Navarra, 2004, pág.159. En la misma línea argumentativa: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R: *Curso de Derecho Administrativo II... Ob. Cit.*, pág.652; AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A., *La Ley 29 de 13 de julio de 1998, del proceso contencioso administrativo. Comentarios y Jurisprudencia*, Granada, 2000, pág. 775 y ss. CHINCHILLA MARÍN, M. C., "medidas cautelares", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 100, 1999, pág.863 y ss.

<sup>63</sup> En este sentido CHINCHILLA MARÍN, M. C., "medidas cautelares", en *Revista Española...*, *Ob. Cit.*, pág.867; DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. Cit.*, pág. 160.

hace énfasis en el fundamento común existente para todas las cautelas: “(...) *la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible. La Ley introduce en consecuencia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo. No existen para ello especiales restricciones, dado el fundamento común a todas las medidas cautelares. Corresponderá al Juez o Tribunal determinar las que, según las circunstancias, fuesen necesarias*”.

Como consecuencia de lo anterior, negar al recurrente la posibilidad de solicitar la adopción de cualquier medida cautelar que considere necesaria para hacer efectivo el derecho o interés que le está siendo vulnerado por un reglamento, sería tanto como si se afirmara que el derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 24 CE), y a tutela cautelar como manifestación inescindible del mismo, variaría dependiendo de si la conculcación de la situación jurídica es ocasionada por un acto administrativo o por una disposición general, siendo mayor su alcance en el primer caso y menor en el segundo<sup>64</sup>.

Como se verá en el siguiente capítulo, estas afirmaciones contrastadas al tenor del contenido del Art. 24CE se vacían inmediatamente de contenido ya que menoscaban el principio de *numerus apertus* o libertad de configuración de las medidas cautelares desde el criterio de efectividad de la sentencia. “No existe la menor razón para dar a la voluntad administrativa expresada en reglamentos el menor plus de consistencia respecto a la expresada en actos; antes bien lo contrario, dada la mayor pe-

---

<sup>64</sup> Vid: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo II... Ob. cit.*, pág. 652 sostiene que: “cabe además sustituir la disposición impugnada – aunque sólo con efectos sobre el recurrente, salvo que éste represente intereses colectivos- por una regulación provisional (como aceptó, en un caso paradigmático, anulando la sentencia del Tribunal Supremo que la había revocado, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de abril de 1993)”. Así mismo, De LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. Cit.*, pág. 159: “la teoría de la tutela cautelar admite, además, una serie de instituciones (entre las que se destacan aquellas que presentan afinidad con los medios de prueba) destinadas a preservar el objeto del pleito, a proteger las situaciones jurídicas que pudieran resultar afectadas por el mismo, sin modificar el *statu quo ante*, y que tratan de garantizar la efectividad de la sentencia”. En sentido contrario: BACIGALUPO M., *La nueva tutela cautelar en el Contencioso... Ob. Cit.*, pág. 159.

ligrosidad del reglamento por su alcance general y tendencialmente permanente respecto de los simples actos singulares”<sup>65</sup>.

Ha de observarse además, que fueron los propios fallos de Jueces y Tribunales españoles<sup>66</sup> los que, antes de la vigencia de la LJCA de 1998 y a pesar de la limitación expresa establecida por la Ley de 27 de diciembre de 1956, abrieron paso a la adopción, en los procesos anulatorios contra disposiciones generales y actos administrativos, de cuantas medidas cautelares resultaren necesarias para salvaguardar la efectividad de la sentencia. En dichos pronunciamientos la adopción de las cautelas fue motivada directamente desde el Art. 24 CE. Esta interpretación de los tribunales incluyó, además de la adopción de medidas cautelares suspensivas, medidas positivas e innominadas (1.428 CC por supletorie-

---

<sup>65</sup> Vid: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La aplicación de la "apariencia de buen derecho" como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra reglamentos", en *Revista de Administración Pública*, Num.125, 1991, pág. 418. En contra, consideran que la suspensión debe operar de forma más restrictiva en reglamentos: PAREJO ALFONSO, L., "La tutela cautelar en el orden...", en *Revista Española... Ob. cit.*, pág. 20 y ss.; VILLAR PALASI, J. L., *Apuntes de Derecho Administrativo. Parte general* Madrid, 1977, pág. 591: "La aplicación de la técnica de suspensión preventiva de las normas administrativas requiere un tratamiento peculiar conforme a la naturaleza de éstas. Pues la suspensión tiene un alcance mayor y distinto en el caso de normas que en el de simples actos. La trascendencia general, aunque temporal y el cuestionamiento no ya de la pertinencia de la ejecución de una previa decisión en un asunto concreto, sino de la vigencia efectiva de una disposición, abogan sin más a la reducción de la suspensión a la categoría de excepción".

<sup>66</sup> Se deben citar nuevamente los pronunciamientos pioneros en la adopción de medidas cautelares positivas en procedimientos de impugnación de reglamentos: AATS 20 de diciembre de 1990 (RJ/10412) ponente. Excmo. Sr. Francisco González Navarro; 17 de enero de 1991 (RJ\503) ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Delgado Barrio "la larga duración del proceso reclama que el control de la ejecutividad se adelante en el tiempo" y 10 de julio de 1991 (RJ/5838). Así como: AATSJ del País Vasco de 2 de febrero y 21 de marzo de 1991(RJ/2444). Éste último requiere, con el carácter de medida cautelar positiva, a la Administración para que en un plazo determinado por el mismo tribunal dicte una nueva resolución expresiva de tres cuestiones que no se precisaron en el expediente administrativo. También, ATSJ del País Vasco de 14 de octubre de 1991 que nuevamente impone a la Administración, como medida cautelar, la obligación de dictar un nuevo acto en el que tenga en cuenta un aspecto sobre el que ha hecho caso omiso, es decir, el procedimiento específico regulado por el reglamento de 30 de noviembre de 1961 sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.

dad<sup>67</sup>) cuando éstas mismas resultaron imprescindibles para evitar la frustración del resultado final de los procesos de anulación tanto de actos administrativos como de reglamentos. En este marco, los Tribunales adoptaron medidas cautelares positivas, incluso por fuera de la literalidad de las solicitadas por los actores, apelando, acertadamente a mi juicio, al uso de los poderes de oficio con los que aún cuenta el Juez para el mejor desempeño de su labor<sup>68</sup>(Art. 9.2CE<sup>69</sup>) y argumentando, en últimas, la concesión de la medida desde la *ratio* de la tutela cautelar: el aseguramiento de los efectos de la sentencia.

Por todo ello, bajo los mismos argumentos expuestos, los administradores de justicia deberían impedir hoy, a la luz del Art. 24 y 9.2 CE y de los Arts. 129 y ss., de la Ley 29 de 1998, cualquier intento de restricción que, en el mismo ámbito, se pretenda justificar. No obstante lo expuesto, la línea jurisprudencial mayoritaria del Tribunal Supremo restringe las

---

<sup>67</sup> Con ayuda de la supletoriedad del derecho civil, en particular, de lo establecido en el Art. 1428 LEC. 148/1990, 2 de abril. En este sentido: ATC de 23 de abril de 1990 (RTC/181).

<sup>68</sup> Véase los ya citados AATSJ del País Vasco de 2 de febrero, 21 de marzo de 1991(RJ/2444) y 14 de octubre de 1991. En particular, éste último, ante la solicitud del recurrente de una medida cautelar suspensiva, estableció: "No obstante, cabe llegar a la adopción de una medida cautelar que por su contenido, aunque más limitado que el pedido por el recurrente, resulte plenamente acomodada a lo que quedó dicho en el razonamiento tercero de ésta resolución, y más en concreto a las exigencias derivadas del derecho fundamental a la obtención de la tutela judicial efectiva. Tal medida no es otra que la de impone a la Administración el deber de continuar con el procedimiento que abrió la solicitud de la licencia (...)". En el mismo sentido, pero con diferente argumentación: CHINCHILLA MARÍN, M. C., "Regulación de las medidas cautelares ", en *Justicia Administrativa*, Núm. extraordinario 1999, pág. 187 afirma que entre la solicitud cautelar y la resolución cautelar rige, aunque de manera más flexible, por su carácter instrumental, el principio de congruencia existente entre la demanda y la sentencia, de tal manera que "cualesquiera que fuesen los términos literales en los que se formula una solicitud de tutela cautelar, la sustancia de lo pedido, que es, a lo que ha de atenerse el órgano judicial, siempre será la necesidad de preservar, asegurándola, la efectividad de la sentencia, con lo cual siempre que la medida cautelar cumpla con esa finalidad, el órgano judicial estaría respetando el principio de congruencia". Así mismo, sobre el principio dispositivo del procedimiento y el principio de congruencia: CORDON MORENO, F., "Principio de Proporcionalidad y Congruencia de la Resolución que adopta las medidas cautelares. ", en *Actualidad Jurídica Aranzadi* Núm. 674, 2005, pág. Versión electrónica Aranzadi westlaw BIB 2005\1140.

<sup>69</sup> Art. 9.2CE "(...) 2. *Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (...)*".

medias cautelares a adoptarse frente a reglamentos, admitiendo, únicamente, la suspensión de la disposición y la anotación preventiva de la demanda (contemplada en ámbitos especiales como el urbanismo)<sup>70</sup>.

Ahora bien, como se ha dicho antes, **en vía de recurso administrativo** el legislador español del Art. 111 LRJAPAC optó por una única medida: la suspensión del acto administrativo recurrido. La cláusula “*numerus apertus*” del Art. 111.4 sólo tiene cabida una vez acordada la suspensión y, exclusivamente, para asegurar la protección del interés público de terceros o la eficacia de la resolución o acto impugnado. Cabe recordar aquí que: no existiendo limitación constitucional que restrinja la utilización de las medidas cautelares necesarias para obtener la efectividad de la tutela judicial, persiguiendo estas herramientas un interés público como lo es la eficacia de la administración de justicia y habiéndose convertido la vía administrativa en una carga para el accionante, resulta más que necesario la incorporación de una cláusula abierta en el Art. 111 LRJAPAC.

Pasando al **panorama colombiano, el legislador contencioso-administrativo** optó en el Decreto 01 de 1984 por limitar, sin excepción alguna, todo el sistema de medidas cautelares contencioso-administrativas a la mera suspensión cautelar del acto administrativo<sup>71</sup>. Sobre este punto, la nueva LPACA pareciera, en principio y atendiendo al contenido del derecho a tutela judicial efectiva y a lo establecido en el Art. 229 LPACA, haber incorporado una cláusula genérica de habilitación al juez para la adopción de cualquier medida cautelar necesaria para proteger y garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia: Art. 229 LPACA “(...) *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 capí-*

---

<sup>70</sup> Entre otros, STS 30 de noviembre de 2005 (RJ/1396) ponente: Rafael Fernández Valverde.

<sup>71</sup> Instrumento único, de tipo meramente conservativo, que se limita al mantenimiento del *status quo ante* dejando, en muchas ocasiones, al recurrente privado de una tutela cautelar plena y efectiva. Sobre la limitación de la medida cautelar suspensiva *vid*: FUCILLO, M. C., *La tutela cautelare nel processo... Ob. cit.*, pág. 41; MONACILIUNI, A., *I limiti della tutela cautelare nel processo amministrativo*, versión electrónica: [http://www.giustamm.it/ago1/articoli/monacil\\_sospensive.htm](http://www.giustamm.it/ago1/articoli/monacil_sospensive.htm).



tulo". Además de ello, en el artículo siguiente la nueva regulación incorporó un listado de las medidas cautelares susceptibles de ser decretadas por el juez que interpretado sistemáticamente con el Art. 229 y la normativa constitucional arriba citada se entendería meramente ejemplificativo: Art. 230 LPACA *"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"*.

Pese a lo expuesto, en la socialización del nuevo código realizada por los Honorables Magistrados del Consejo de Estado se expresó tajantemente el carácter *"numerus clausus"* o de lista cerrada de instrumentos cautelares contenidos en el Art. 230<sup>72</sup>. Lo anterior, aduciendo el argumento del estribillo final del Art. 229 de la norma citada: *"(...) de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo"*, y del Art. 230: *"(...) Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas (...)"*. Así como, también el propósito de la comisión reguladora de Ley 1437 de 2001: *"el uso de las medidas cautelares sea ordenado y reglado"*. Igualmente, el Consejo de Estado, en sentencia de la Sala Plena

---

<sup>72</sup> Seminario Internacional: "Nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso-administrativo, Ley 1437 de 2011". Conferencia de la Consejera de Estado y miembro de la comisión redactora de la reforma Dra. Ruth Stella Correa Palacio: *"Fundamentos y objetivos de la reforma del Libro II sobre la jurisdicción de lo contencioso-administrativo y sus funciones jurisdiccional y consultiva"*. Biblioteca Luis Ángel Arango, Bogotá 1-3 febrero 2011.

de 5 de marzo/2014, exp. 2013-06871-01, cita el informe de la ponencia para segundo debate en Cámara (Gaceta No.951 23 Noviembre de 2010) diciendo de manera un poco gaseosa: "(...) *A su turno el art. 230 sobre el contenido y alcance de las medidas cautelares (...) se elimina la expresión "entre otras" para dejar claro, en aras de la seguridad jurídica y las garantías de las partes, **que las allí enumeradas y tipificadas son de carácter taxativo** (...)*"<sup>73</sup>-, todavía quedan algunas restricciones en la LPACA.

Lo cierto, es que una interpretación exegética sería la única que podría avalar el carácter taxativo del listado de medidas cautelares incluidas en el Art. 230 LPACA. El artículo 238 constitucional, en su estado actual, no generaría mayor incomodidad para una interpretación del Art. 229 y ss., LPACA en sentido favorable a una clausula abierta, debido a que sólo constitucionaliza la suspensión provisional, sin excluir la posibilidad de acordar otro tipo de herramientas cautelares. Además, como se explicará más adelante, el Art. 29 y 229 CN dará lugar a una clausula *numerus apertus* en materia cautelar.

Ahora bien, no resulta suficiente un análisis exegético para interpretar como un listado cerrado el Art. 230. Si se tiene en cuenta que en la exposición de motivos del proyecto de ley 198/2009, justificación del nuevo código de procedimiento administrativo y contencioso-administrativo, es absolutamente manifiesto el objetivo de redefinir el proceso contencioso (y dentro de él los poderes del juez) conforme a las exigencias constitucionales, en particular, a la efectividad de los principios y de los derechos fundamentales en ella consagrados. Igualmente se declara expresamente que las medidas cautelares son "el más novedoso y eficaz instrumento para lograr la tutela judicial efectiva"<sup>74</sup>. No puede sino pensarse que la interpretación judicial de la nueva regulación cautelar debe descartar de plano cualquier tipo de excepcionalidad de las medidas cautelares y debe responder con suficiencia al derecho a la tutela cautelar como manifestación directa de la tutela judicial efectiva.

---

<sup>73</sup> Negritas y subrayas fuera del texto original.

<sup>74</sup> Amén de ello, como se ha dicho es la primera vez en la historia de jurisdicción contencioso-administrativa colombiana que se hace mención a las medidas cautelares como un género compuesto de una multiplicidad de opciones y que no se limita a la mera suspensión de los actos administrativos.

En este sentido, si pese a lo expuesto la jurisprudencia del Consejo de Estado que vea la luz al tenor del nuevo código refleja el criterio de taxatividad del Art. 230, podría pensarse todavía que de la redacción de cada una de las medidas enlistadas en ésta norma se derivaría una amplia interpretación. Sin embargo, puede que esta idea quede un poco desdibujada debido a la incorporación de requisitos sustantivos adicionales para el acuerdo de ciertas medidas (p.e. el juicio de ponderación de intereses cuyo resultado permita concluir que sería más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla -Art. 231 parte final-) y por la interpretación que de éstos haga el juez o tribunal. En caso tal de que la interpretación judicial de estos requisitos sustantivos fuere restrictiva (p.e. por la reiterada premisa de prevalencia del interés general), se encontraría el sistema cautelar con el nuevo cuello de botella que impedirá, una vez más, la efectividad de la tutela judicial en los procedimientos contencioso-administrativos.

Tratándose de disposiciones generales, en el sistema jurídico colombiano se les ha adjudicado a éstas la naturaleza jurídica de actos administrativos de “carácter general y abstracto”. En este marco, se integran al ordenamiento jurídico de manera subordinada a las Leyes y, en lo que aquí interesa, su régimen impugnatorio y el régimen cautelar es el propio de los actos administrativos. Lo anterior conlleva a que, con referencia a la taxatividad, nos remitamos a lo dicho en los párrafos anteriores<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> Valga aquí decir que la clasificación general de los actos de la Administración en el derecho colombiano distingue entre actos de carácter general, abstracto e impersonal y actos de carácter particular, personal y concreto. Esta clasificación tiene como fundamento la teoría de la voluntad de los órganos administrativos y el concepto material de Ley. Los primeros (actos generales), en términos Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto marzo 11 de 1968, MP Alberto Hernández Mora, y Sentencias 19 de febrero de 1998, exp. 9825 y exp. S- 7018, febrero 2000, MP Javier Díaz Bueno, hacen referencia a: “toda manifestación normativa, reglamentaria o reguladora, proveniente de cualquier autoridad administrativa (...)”. En el mismo sentido: SANTOFIMIO GAMBOA, J. O., “Panorama general del Derecho Administrativo en Colombia”, en *El Derecho Administrativo Iberoamericano*, Madrid, 2005, pág. 214: “[...]de dónde se desprende la hipótesis de que las autoridades administrativas pueden expedir actos de contenido general similares a la Ley pero ausentes de los procedimientos y de la base democrática de ésta (...) son fenómenos propios y exclusivos de la administración en ejercicio de sus poderes y atribuciones de carácter público, es decir, orgánica y funcionalmente diferentes a la Ley, por tanto manifestaciones generales y abstractas propias de la administración y de ninguna manera del legislador.” La principal manifestación de los actos administrati-

Sobre la potestad cautelar quedan todavía algunas dudas relacionadas con:

a. La interpretación judicial de la norma. ¿La norma reguladora puede ser susceptible de una interpretación judicial extensiva o, por el contrario, se trata de una norma que grava negativamente a quien se encuentra sometido a ella y a la que corresponde, obligatoriamente, una *exceptio est strictissimae interpretationis*?

b. la finalidad que persigue la potestad cautelar. La función preventiva o de aseguramiento que cumple la potestad cautelar ¿sólo es susceptible de ejercerse en los procesos de condena o también tiene cabida en los procesos meramente declarativos o constitutivos de derechos? En esta misma línea, ¿La potestad cautelar sólo persigue la ejecución forzosa de la sentencia o también el efectivo cumplimiento de la misma? ¿La potestad cautelar está dirigida únicamente a conservar el *status quo* del objeto del proceso durante el tiempo que tarde el juez en proferir la sentencia o, mediante el ejercicio de la misma se puede modificar el estado del objeto del proceso o anticipar el resultado de éste último?

Estos interrogantes, que sólo se anticipan en este apartado, serán objeto de análisis en el capítulo siguiente correspondiente a la naturaleza jurídica de las medidas cautelares.

---

vos generales se encuentra en la potestad reglamentaria atribuida a al presidente de la república. En este sentido: URREGO-ORTÍZ, F. and QUINCHE RAMÍREZ, M. F., "Los decretos en el sistema normativo Colombiano –Una política estatal de invención normativa–", en *Vniversitas*, Núm. 116, 2008, pág. 53-83. "El reglamento, como expresión de esta facultad originaria del Ejecutivo es, pues, un acto administrativo de carácter general que constituye una norma de inferior categoría y complementaria de la ley; su sumisión jerárquica a ésta en la escala normativa (principio de jerarquía normativa piramidal) es indiscutible y absoluta, toda vez que se produce en los ámbitos y espacios que la ley le deja y respecto de aquello que resulte necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos (...)". Los segundos (individuales) responden al criterio clásico de la voluntad. Sin embargo, se advierten ciertas situaciones administrativas que, sin ser propiamente emanaciones de voluntad, por simple disposición normativa producen efectos jurídicos. Sobre lo dicho: SANTOFIMIO GAMBOA, J. O., "Panorama general del Derecho ...", en *El Derecho Administrativo... Ob. Cit.*, pág. 223; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L., *Derecho Administrativo General y Colombiano*, Bogotá, 2002, pág. 212; GÓMEZ, G. E., *Principios del Derecho Administrativo*, Bogotá, 2002, pág. 250 y ss.

## 2. *Nomen iuris*: medida cautelar y proceso cautelar.

Continuando con una aproximación al concepto, el debate también se ha centrado en el “*nomen iuris*” utilizado para designar los instrumentos cautelares. Aún cuando, desde siempre, las diferentes legislaciones han utilizado indistintamente el término medidas cautelares para referirse a cualquier tipo de herramienta que permita garantizar la eficacia de todos los del los efectos del procedimiento principal<sup>76</sup>, la doctrina precisa técnicamente la diferencia entre “proceso cautelar” y “medida cautelar”.

En la doctrina española, no así en la legislación<sup>77</sup>, la expresión “medidas cautelares” es utilizada con cierto matiz con respecto al significado de “proceso cautelar”. En este sentido, el término **medida cautelar** es adjudicado a la “concatenación de actos independientes y no reconducibles a una unidad”<sup>78</sup>, es decir, actos que enlazados no constituyen un proceso autónomo, sino que se reflejan como una mera etapa dentro del único procedimiento ordinario (declarativo) o ejecutivo a través del cual se pretende hacer valer el derecho en litigio<sup>79</sup>. Por el contrario, la acepción de “**proceso cautelar**” tiene cuenta con la característica de ser un verdadero proceso, que no es declarativo ni ejecutivo, pero, que se encuen-

---

<sup>76</sup> PRIETO CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Pamplona, 1982, pág. 40 y ss, afirma que esta situación ha llevado a confusión ya que se denominan medidas cautelares a muchas instituciones que no lo son. En sentido contrario: FASSI, S., *Código Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, 1988, pág. 329 y ss habla indistintamente de “providencias cautelares, medidas de seguridad, medidas precautorias, medidas de garantía, medidas cautelares, acciones preventivas”.

<sup>77</sup> Cfr., DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa... Ob. cit.*, pág. 45: “En Derecho español, hasta la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998 no se mencionan de forma expresa las <medidas cautelares>. Con la inclusión de estos términos se siguen las propuestas de la doctrina y la práctica de la jurisprudencia. Sin embargo, bajo la expresión general del <medidas cautelares> la ley distingue dos regímenes en función de la pretensión del recurrente (...) la proliferación de sistemas de medidas cautelares en la legislación especial sin vínculo dogmático común confirmaría esta diversidad de naturalezas bajo idéntica nomenclatura.”

<sup>78</sup> BARONA VILAR, S., “Las medidas cautelares: introducción”, en *Consejo General del Poder Judicial*, 1993, pág. 14; ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, Madrid, 2001, pág. 43.

<sup>79</sup> *Idem*; CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, 1992, pág. 55.

tra “a mitad de camino”<sup>80</sup> y que le es útil tanto a uno como a otro. Se trata de un proceso “autónomo” respecto a los otros dos mencionados, con una pretensión distinta de naturaleza preventiva (no declarativa, no de ejecución de una obligación ya declarada, ni mucho menos resarcitoria), con etapas procesales, características y una decisión final propias<sup>81</sup>. Dentro de estas posturas de no reconocer independencia a las medidas cautelares se encuentra la planteada por CALAMANDREI<sup>82</sup> al sostener que “las providencias cautelares no constituyen un fin por sí mismas, sino que están indudablemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, hay pues, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva” y también quienes consideran que no es posible “hipertrofiar” el concepto de proceso y aplicarlo a una serie de “actividades” o “procedimientos” que se siguen para adoptar la medida cautelar<sup>83</sup>.

Ahora bien, otro sector de la doctrina española<sup>84</sup> utiliza la acepción medidas cautelares para denominar los instrumentos dirigidos, exclusiva-

---

<sup>80</sup> *Tertium genus*. CARNELUTTI, F., *Derecho y Proceso*, Buenos Aires, 1971, pág. 213: “Al no poderse considerar la providencia cautelar como una providencia incidental en el proceso de ejecución o en el de cognición, se debe admitir que corresponde ella a un tipo de proceso diverso del proceso contencioso de cognición o ejecución, al cual precisamente se le da el nombre de proceso cautelar”. En el mismo sentido: FAIREN GUILLÉN, V., *Teoría General del Derecho Procesal* vol. II, Madrid, 1969, pág. 901; FUCCILLO, M. C., *La tutela cautelare nel processo... Ob. cit.*, pág. 2; TARZIA, G., *I procedimenti cautelare*, Padova, 1990, pág. 30 y ss; ARIETA, G., *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1982, pág. 42.

<sup>81</sup> ORTELLS RAMOS, *Las medidas... Ob., cit.*, pág. 44; CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en... Ob., cit.*, pág. 51; GIMENO SENDRA, V.: *Derecho Procesal Administrativo... Ob. cit.*, pág.119 y ss. “Conviene emplear como rubrica general la de proceso cautelar para comprender dentro de ella al proceso cautelar propiamente dicho a las medidas cautelares, bien aisladas o integradoras incluso de una fase del proceso principal o definitivo”. SERRA DOMÍNGUEZ, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 1974. HERCE QUEMADA, V., “el proceso cautelar”, en *Revista de Derecho Procesal IV*, 1966, pág. 25 y ss.

<sup>82</sup> CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio ... Ob. cit.*, pág. 44. En el mismo sentido: SARTORI, J. A., “El debido concepto ...”, en *memorias X Congreso... Ob. cit.*

<sup>83</sup> PRIETO CASTRO, L., *Tratado de... Ob. cit.*, pág. 815 y ss; SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Teoría general de las medidas...”, en *Las medidas cautelares... Ob. cit.*, pág. 21 y ss. En una posición más garantista de la finalidad de la tutela judicial efectiva: OSORIO ACOSTA, E., *La Suspensión Jurisdiccional del acto administrativo*, Madrid, 1995, pág. 41 y ss.

<sup>84</sup> Referenciados de manera expositiva por VECINA CIFUENTES, J., *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional* Madrid 1993, pág. 39 y ss. Para éste el autor

mente a asegurar la ejecución forzosa de la sentencia y a conservar el *status quo* del objeto del proceso. Esta posición ha sido criticada por restrictiva, por excluir del conjunto de herramientas cautelares aquellas que pueden/deben ser acordadas en procesos declarativos o constitutivos de derecho y aquellas otras que no son meramente conservativas del objeto del proceso sino que son categorizadas como innovativas o anticipatorias.

Sobre este mismo aspecto y desde siempre, el legislador colombiano y parte de la doctrina administrativista colombiana han utilizado indistintamente el término medidas cautelares para denotar, tanto los instrumentos mediante los cuales se asegura el cumplimiento de los efectos de la sentencia, como aquellos que facilitan la eficacia y la prontitud del proceso principal<sup>85</sup>. No obstante lo anterior, algunos autores se desmarcan de esta concepción general y manifiestan que parangonar las expresiones “medida cautelar” y “proceso cautelar” denota poco interés y conlleva a confusión<sup>86</sup>.

En sentido contrario, otro sector de la doctrina entiende que el término “medida cautelar” debe ser utilizado para denominar aquellos “actos de

---

esta posición debe ser matizada así: “aunque la razón de ser de la existencia de medidas cautelares capaces de asegurar la eficacia práctica de las sentencias constitutivas y de las meramente declarativas difiere del que es propio de las sentencias de condena, ambos forman parte del *periculum in mora* en su acepción más amplia y, por tanto, ambos fundamentan la posible adopción de medidas cautelares”.

<sup>85</sup> Sobre este argumento *vid*: CAMPO CABAL, J. M., *Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo*, Bogotá, 1989, pág. 10 y ss. En sentido contrario: LÓPEZ BLANCO, H. F., *Instituciones de... Ob. cit.*, pág. 1026: “Recientemente se ha comprendido la necesidad de estudiar el tema y dar a las medidas cautelares una especial tipificación legal, a fin de organizarlas dentro de las codificaciones en forma armónica y agrupada, para evitar las innecesarias repeticiones que se presentarían si a cada juicio se le adicionan las previsiones de las consiguientes medidas cautelares, sin admitir la existencia de un proceso cautelar autónomo, posición que consideramos correcta(...) En suma rechazamos la existencia de un proceso cautelar como tercer género de procesos contenciosos y tomamos partido por la necesidad de regular las medidas cautelares como instituciones accesorias(...)”.

<sup>86</sup> CAMPO CABAL, J. M., *Perspectivas de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo* Madrid, 1997, pág. 15 y ss.; QUIROGA CUBILLOS, H., *Procesos y Medidas cautelares*, Bogotá, 1985, pág. 57: “el proceso cautelar facilita a otro proceso principal la eficacia de sus efectos, mientras las medidas son aquellas actuaciones que obran como algo más embrionario, que no alcanzan a configurar proceso y que se desarrollan dentro del proceso principal”.

aseguramiento de actuaciones procesales específicas a los efectos secundarios del proceso principal”<sup>87</sup>. Es decir, hace referencia a actos que no aseguran los efectos principales del proceso principal (como podría ser la efectividad de la declaración principal de la sentencia), sino que, aseguran los efectos secundarios del propio procedimiento principal (por ejemplo, la ejecución de la suspensión del acto administrativo condicionada al prestación de una caución, en este caso, la caución sería la medida cautelar que asegura el cumplimiento del auto que ordena la suspensión del acto administrativo). Según los defensores de esta posición, las medidas cautelares son actos de cumplimiento inmediato que nacen y se agotan en el mismo momento, cumplen su función inmediatamente, no extienden sus efectos en el tiempo y carecen de etapas que le sean propias. Así mismo, son actos que *per se* no pretenden declarar derechos ni ejecutar órdenes (ni siquiera provisionalmente), ni constituyen relaciones jurídicas, su único objeto es estar a la “espera de un resultado o tratar de proteger contingencias o situaciones anormales que se presenten en el mismo proceso cautelar o en el principal”<sup>88</sup>.

Ahora, dentro de la expresión “proceso cautelar” la doctrina colombiana incorpora todos aquellos actos cuya única función es asegurar la pretensión principal invocada del proceso<sup>89</sup>. Es decir, el matiz respecto a los actos contenidos dentro del término “medida cautelar” radica en el objetivo de los actos procesales, ya que los que conforman verdaderos procesos cautelares son los dirigidos a evitar cualquier tipo de menoscabo del objeto del procedimiento principal y, de esta manera, permitir que los resultados finales de ésta último no se queden simplemente en letra muerta.

---

<sup>87</sup> *Idem.*

<sup>88</sup> *Idem*: “Las medidas cautelares tienden a evitar los peligros que representa la falta de perfección en los procesos judiciales, tratando de arreglar o avisar, los errores de la ley con el fin de prevenir daños posibles a las partes o no del proceso.” Así mismo, DEVIS ECHANDÍA, H., *Compendio de derecho procesal... Ob. cit.*, pág. 140.

<sup>89</sup> QUIROGA CUBILLOS, H., *Procesos y Medidas... Ob. cit.*, pág. 60. Así mismo, DEVIS ECHANDÍA, H., *Compendio de derecho procesal... Ob. cit.*, pág. 134, yendo más allá y aceptando incluso la existencia de medidas cautelares positivas explica que el proceso cautelar “(...) se divide en conservativo o innovativo, según tenga por objeto impedir que se modifique la situación existente o, por el contrario, producir un cambio en ella de forma provisional”.



Hemos dicho también que los actos, a los que ahora nos estamos refiriendo, configuran un verdadero procedimiento dentro del proceso principal que se adelanta para declarar o ejecutar el derecho en litigio. Lo anterior debido a que cuenta con **etapas propias**, claramente diferenciadas de aquellas que se adelantan en el principal y que justifican la existencia de un régimen jurídico cautelar. Dichas etapas son: acción cautelar, pretensión cautelar, contradicción de la parte no solicitante, decisión cautelar y ejecución de la decisión<sup>90</sup>. Sin perjuicio de profundizar sobre estos requisitos procesales en el próximo capítulo, cabe ahora decir que:

**La acción cautelar**, es la etapa inicial propiamente dicha del proceso cautelar. Para algunos autores<sup>91</sup>, hace referencia al “ruego”, es decir, a la solicitud de la parte que pretende la salvaguarda provisional de su derecho o interés legítimo. Digo algunos autores porque hay también, aunque en línea minoritaria, quienes afirman<sup>92</sup> que: a. Ante la inmediatez y la necesidad de proteger el derecho sustancial del particular frente a los privilegios de la Administración Pública, el juez debería decretar de oficio (habilitado por el derecho a la tutela judicial efectiva), la medida cautelar necesaria y adecuada cuando advierta que el derecho del administrado se pone en peligro o se vulnera por el acto administrativo. b. Que la solicitud de medida cautelar y todo el trámite procesal que ella con-

---

<sup>90</sup> Entre otros: CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio ... Ob. cit.*, pág. 60 y ss.; CAMPO CABAL, J. M., *Perspectivas de las medidas cautelares... Ob. cit.*, pág. 113 y ss.; QUIROGA CUBILLOS, H., *Procesos y Medidas... Ob. cit.*, pág. 45 y ss.; ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares... Ob. cit.*, pág. 43 y ss.; FUCCILLO, M. C., *La tutela cautelare nel processo... Ob. cit.*, pág. 31 y ss.; DI MATTTEO, A., "Il contenuto delle misure cautelare", en *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2011, pág. 62 y ss.

<sup>91</sup> Dadas las características y principios generales del contencioso-administrativo, entre ellos, que se trata de una jurisdicción rogada en la cual el juez actúa a instancia de parte: CAMPOS SÁNCHEZ -BORDONA, M., "Reflexiones iniciales sobre algunos problemas que plantea el nuevo régimen de medidas cautelares en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso - administrativa de 1998", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 149 1999, pág. 105 -130.; GIMENO SENDRA, V., *derecho Procesal Administrativo... Ob. cit.*, pág. 510 y ss.

<sup>92</sup> Dejando abierta la posibilidad de de una posible intervención de oficio del juez: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción de 1998...", en *Revista de Administración... Ob. cit.*, pág. 87; DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. Cit.*, pág. 210; PAREJO ALFONSO, L., "La tutela cautelar en el orden...", en *Revista Española... Ob. cit.*, pág. 19y ss.

lleva sea competencia de un juez distinto al que conoce del proceso principal<sup>93</sup>. De *lege data* la solicitud de cautela requiere instancia de parte (salvo cuando se trate de la protección de derechos fundamentales o colectivos<sup>94</sup>) y que se realice ante el mismo juzgado o tribunal competente para el conocimiento del proceso principal.

Dentro del proceso cautelar, la etapa denominada **contradicción** configura un verdadero derecho<sup>95</sup> para el accionado. Dependiendo del legislador, la posibilidad de contradicción se puede incluir: a. Antes de la providencia cautelar, esto es, notificándole de la solicitud de la medida al accionado para que, de considerarlo oportuno, se oponga a la misma (dentro de este marco se mueve el régimen cautelar español)<sup>96</sup>. b. Una vez proferida la providencia cautelar, esto es, legitimando al sujeto pasivo para la interposición de los recursos procedentes contra dicho pronunciamiento (es era caso del contencioso-administrativo colombiano en vigencia del decreto 01/1984 CCA)<sup>97</sup>. A partir de la entrada en vigencia de la nueva Ley de procedimiento administrativo y de lo contencioso-administrativo (LPACA)<sup>98</sup> el derecho de contradicción el proceso cautelar contencioso-administrativo colombiano responderá al mismo criterio del español. Las excepciones en las dos legislaciones comparadas están caracterizadas por el elemento de “urgencia” así:

a. El actual Art. 135 modificado por el Art. 3 diez<sup>99</sup> de la Ley 37/2011, de medidas agilización procesal, faculta al juez o tribunal para que: a ins-

<sup>93</sup> DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. Cit.*, pág. 55 y ss y 205 y ss.

<sup>94</sup> Parágrafo Art. 229 L. 1437/2011 de procedimiento administrativo y contencioso-administrativo.

<sup>95</sup> Manifestación del derecho fundamental al debido proceso (Art. 24 CE, Art. 29CN).

<sup>96</sup> Art. 131 LJCA.

<sup>97</sup> Art. 152.1, 154 y 155. Sobre ello: Sentencia Consejo de Estado junio 28 de 1990, Sec. Tercera, Auto 5998, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

<sup>98</sup> Art. 233 y 234.

<sup>99</sup> *“1. Cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto: a. Apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, conforme al artículo 130. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución el órgano judicial dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de*

tancia de parte, valore de las *circunstancias de especial urgencia* y, conforme a los requisitos establecidos en el Art. 130 LJCA, adopte o deniegue *inaudita parte* la medida cautelar solicitada. Si bien es cierto que dicha decisión judicial carecerá de recurso, también lo es que deberá contener un plazo de tres días para que, bien la parte contraria se pronuncie sobre la medida acordada, o bien para que ambas partes comparezcan y presenten sus alegaciones con respecto a la medida. Cumplido dicho plazo y recibidas las alegaciones pertinentes en cada caso, el juez dictará un nuevo auto cuyo contenido verse “*sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales*”. Ahora bien, si el juez no llegara a considerar las *circunstancias* aducidas por el solicitante de la medida como de *especial urgencia* dará a tal solicitud el trámite normal establecido en el Art. 131 LJCA. De ser así, los interesados no podrán volver a hacer uso de este “especial procedimiento” durante el resto de la tramitación del proceso principal.

En esencia la versión original del Art. 135 LJCA expuesto mantenía el mismo contenido expuesto. Las modificaciones de la Ley 37/2011, dirigidas a la agilización del procedimiento, versan específicamente sobre: a. La posibilidad de grabar la comparecencia de las partes y la organización de su documentación conforme a las reglas del Art. 63 (también modificado por la Ley 13/2009) y b. La sanción para los interesados en la cautela, si el juez no aprecia las circunstancias de especial urgencia, de no poder volver a hacer uso durante todo el proceso principal del procedimiento del Art. 135. 3. “*En los supuestos que tengan relación con ac-*

---

*tres días alegue lo que estime procedente o bien convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales. En cuanto se refiere a la grabación de la comparecencia y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 63. b. No apreciar las circunstancias de especial urgencia y ordenar la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131, durante la cual los interesados no podrán solicitar nuevamente medida alguna al amparo del presente artículo. 2. En los supuestos que tengan relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen retorno y el afectado sea un menor de edad, el órgano jurisdiccional oírá al Ministerio Fiscal con carácter previo a dictar el auto al que hace referencia el apartado primero de este artículo”.*

*tuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen retorno y el afectado sea un menor de edad, el órgano jurisdiccional oirá al Ministerio Fiscal con carácter previo a dictar el auto (...)*”.

b. Hasta la reforma del año 2011, El contencioso-administrativo colombiano se había caracterizado por juntar en el mismo auto las decisiones de admisión de la demanda y de adopción de la cautela. Hasta la notificación de dicho auto al demandado no tenía conocimiento (por lo menos oficial) de la solicitud de la suspensión cautelar del acto administrativo (única medida procedente). Tal situación llevaba aparejado el ejercicio del derecho de contradicción de la Administración demandada, frente a la medida acordada, a través de los recursos procedentes contra el auto admisorio de la demanda (Art. 152.1, 154 CCA). El nuevo LPACA modifica el momento procesal para ejercer el derecho de contradicción dentro del proceso cautelar. En efecto, las medidas cautelares *inaudita parte* dejan de ser la regla general para pasar a ser la excepción en el caso de que concurren los requisitos necesarios para configurar la *urgencia* al tenor de los Art. 233-234.

Así, dentro del procedimiento general para la adopción de la cautela el juez o magistrado ponente al admitir la demanda, pero en auto separado, ordenará correr traslado por 5 días de la solicitud de cautela (presentada junto con la demanda) al demandado para que éste se pronuncie. Este auto no será susceptible de recurso alguno. En el caso de que la solicitud fuera presentada durante el transcurso del proceso se dará traslado al demandado al día siguiente de la recepción del escrito. Si la medida cautelar se solicita en audiencia, de ella se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre la misma. (El Art. 233)

El Art. 234 de la misma norma incorpora en el contencioso-administrativo colombiano la posibilidad de solicitar medidas cautelares de urgencia. El juez o magistrado ponente, sin previa notificación a la otra parte, podrá adoptar una medida cautelar, cuando además de verificarse los requisitos para su adopción se evidencie que por su urgencia no es posible agotar el trámite previsto en el Art. 233. Esta decisión será susceptible de recurso.

Dicho ello se puede afirmar que: si bien es cierto, en su origen las medidas cautelares *inaudita parte* se fijaron como objetivo evitar el peligro de insolvencia del demandado y que, de la Administración Pública como demandado no se puede predicar tal riesgo, también resulta cierto que

la importancia de toda cautela radica principalmente en **menguar los efectos nocivos de la mora en la administración de justicia y aumentar su eficacia, contribuir a la celeridad y credibilidad de la actuación judicial, actuar en beneficio del ordenamiento jurídico y mantener durante el curso de la litis la igualdad de las partes**<sup>100</sup>. Adicional a lo anterior, dentro de un Estado Social de derecho, el objetivo del sistema de cautelas debe trascender del mero mantenimiento del *status quo* del objeto del proceso principal y responder al aseguramiento de **la efectividad de la tutela judicial** (que comprende el derecho a la jurisdicción, el proceso debido y la eficacia de la sentencia). En efecto, esta visión integral en la regulación del sistema cautelar evitará que la administración de justicia deba recurrir, en el momento del proferir el fallo, a transformar el derecho demandado en una tardía indemnización pecuniaria.

Consecuencia de lo anterior, la naturaleza de las cautelas (que *per se* obliga a la necesaria y urgente protección del derecho vulnerado) permite que el derecho de contradicción se ejercite a través de los recursos que se interpongan contra el acuerdo de la medida. Una regulación en sentido contrario facilita a las Administraciones Públicas el tiempo necesario para hacer nugatorias las medidas que se pretenden.

Finalmente, la etapa de **terminación del proceso cautelar** se caracteriza por la obtención del resultado: "la providencia cautelar". En principio la duración del proceso depende de: el tiempo establecido por la norma

---

<sup>100</sup> Sobre este argumento: LÓPEZ BLANCO, H. F., *Instituciones de... Ob. cit.*, pág. 1022; CARNELUTTI, F., *Derecho y Proceso... Ob. cit.*, pág. 415: "(...) aquellas alteraciones en el equilibrio inicial de las partes que pueden derivar de la duración del proceso (...) una experiencia elemental enseña que la duración del proceso agrava progresivamente su peso sobre los hombros de la parte más débil, hasta el punto de debilitarla cada vez más."; FASSI, S., *Código Procesal Civil y Comercial... Ob. cit.*, pág. 239: "(...) todas las medidas cautelares se hayan supeditadas y encuentran justificación en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el juicio y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al mismo."; COUTURE, E., *Fundamentos del Derecho Procesal... Ob. cit.*, pág. 254: "Cuando el Estado pone su actividad al servicio del acreedor en peligro, no sólo actúa en defensa o satisfacción de un interés, sino en beneficio de un orden jurídico en su integridad."; SARTORI, J. A., "El debido concepto ...", en *memorias X Congreso... Ob. cit.*: "El debido concepto de lo cautelar obliga a revisar cual es el justo término en equidad y en definitiva lograr el equilibrio que debe imperar en todo proceso judicial. Esto es mantener en un pie de igualdad a las partes durante el desarrollo del proceso".

y del tiempo real empleado por el juez (este último responde, entre otros factores, al fenómeno de la congestión judicial)<sup>101</sup>.

El momento de finalización del proceso cautelar puede coincidir o no con el inicio de los efectos de la providencia cautelar. Como se profundizará más adelante, El Tribunal Constitucional Español en un histórico pronunciamiento<sup>102</sup> en materia de suspensión del acto administrativo determinó que cuando se solicita a instancia de parte la suspensión cautelar, automáticamente queda suspendido el acto o disposición y a las Administraciones Públicas les queda prohibido ejecutar la decisión impugnada. De hacer lo contrario las Administraciones públicas estarían suplantando al Juez. Tratándose de medidas cautelares positivas, de anotaciones preventivas o de cualquier otro instrumento cautelar esta regla, sin más razón que la de la imposibilidad de modificar el *status quo* del accionante, no opera. Por el contrario, en el ordenamiento jurídico colombiano las 13 reformas hechas desde la creación de la jurisdicción

---

<sup>101</sup> En Colombia, según los datos proporcionados por el Consejo de Estado, se tarda dos años la resolución de un conflicto de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la contenciosa- administrativa. Una vez definida la competencia y admitida la demanda la demora es de aproximadamente 5 años en el Tribunal Superior y, en el caso de recurso ante el Consejo de Estado, de 10 años. Finalmente, proferida la sentencia ésta se tarda 18 meses en pagarse, cuando se hace. En caso de no pagarse voluntariamente se debe iniciar el proceso ejecutivo. Cfr. “Nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso-administrativo, Ley 1437 de 2011”. Conferencia de la Consejera de Estado y miembro de la comisión redactora de la reforma Dra. Ruth Stella Correa Palacio: “*Fundamentos y objetivos de la reforma del Libro II sobre la jurisdicción de lo contencioso- administrativo y sus funciones jurisdiccional y consultiva*”. Biblioteca Luis Ángel Arango, Bogotá 1-3 febrero 2011. Otros datos sobre congestión pueden encontrarse en el Anteproyecto de Plan complementario al Plan Nacional de descongestión 2011 – Jurisdicción de lo Contencioso- Administrativo”, elaborado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura citado por CORREA PALACIO, R.E., “Medidas cautelares en el nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso-administrativo (Ley 1437 de 2011)” en *Derecho Contencioso Administrativo. XXXII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, 2012. pág. 487. Según este documento a 31 de marzo de 2011, en los Tribunales Administrativos se tramitaban 64.066 procesos, a razón de 451 por magistrado y 148.657 procesos en los juzgados Administrativos, a razón de 573 procesos por juez. Así mismo, la duración de la primera y segunda instancia es: en Cali 1644 días en primera instancia y 288 días en segunda. En Medellín es de 885 días en primera instancia y 240 días en segunda. En Tunja: 2245 días en primera instancia y 528 en segunda. Además, el promedio se eleva cuando la segunda instancia se tramita ante el Consejo de Estado. La Sección Tercera, por ejemplo, tarda 10 años.

<sup>102</sup> STC 20 de mayo de 1996 (RTC/78) ponente: Don José Gabaldón López.

contenciosa no han sido suficientes para permitir que: se suspendan los efectos del acto objeto del litigio desde el momento en el que se solicita la cautela (es decir, desde que se da inicio al proceso cautelar con la demanda o por escrito separado en cualquier estado del procedimiento principal)<sup>103</sup> y que esta suspensión se mantenga durante el tiempo que tarde en expedirse la providencia cautelar. Ello, como se ha dicho, no se ha incorporado hasta el momento en el ordenamiento cautelar colombiano ni en materia de suspensión del acto, ni mucho en la regulación de otro tipo de cautelas.

Como se irá viendo durante el desarrollo de esta investigación, no son pocos los obstáculos con que encuentra el administrado cuando pretende obtener el reconocimiento de su derecho o interés legítimo a través de la jurisdicción contencioso-administrativa (recordemos por ejemplo, la siempre defendida por la legislación, vía administrativa previa). En Colombia, el ciudadano demandante de su derecho o interés legítimo ante la jurisdicción contenciosa, no solo se tropieza con el lento desarrollo del procedimiento principal (justificado, por la congestión judicial, la falta de recursos financieros, técnicos y humanos etc.), sino que, además, para que su derecho o interés se garantice provisionalmente debe esperar a que la providencia cautelar (en el caso de que ésta haya sido estimatoria de su pretensión cautelar) se encuentre “ejecutoriada”<sup>104</sup>.

Una vez expedida la providencia cautelar, con las salvedades que hemos descrito, la cautela contenida en ella iniciará su vigencia.

La cautela finalizará sus efectos en el momento en que se profiera la sentencia dentro del procedimiento principal si: a. el accionado cautelarmente (que suele coincidir con el demandado dentro del procedimiento principal) guarda silencio y deja pasar el término establecido para ejercer su derecho de contradicción. b. si el accionado interpone los recursos de ley y éstos son desestimados por el juez competente. Ahora bien, también finalizarán los efectos de la cautela antes de la sentencia de fondo cuando: a. Por las razones establecidas en la norma reguladora la cautela muta (se modifique por otra o se decida que ya no es necesaria), todo ello en el caso en que desaparezcan o cambien las razones fácticas que llevaron a estimar la pretensión cautelar. En este sentido, la muta-

---

<sup>103</sup> Art. 229 LPACA.

<sup>104</sup> Art. 62 y 64 el CCA, Así como los Art. 87,88 y 89 LPACA.

ción de la cautela puede generarse: a. porque se ordena otra que, conforme a la norma, resulte más adecuada para la protección del derecho o interés legítimo, o (en una situación menos frecuente) porque se ha extinguido el peligro para el derecho o interés y, por tanto, deba extinguirse la protección cautelar. b. Porque el juez competente ha estimado alguno de los recursos interpuestos por el accionado contra la providencia cautelar y ésta última ha quedado sin efecto<sup>105</sup>.

Descritas someramente las etapas del denominado “proceso cautelar” se debe decir que dentro de esta categoría se encuentra incluida la institución objeto de estudio del presente trabajo: la “suspensión cautelar del acto administrativo”. Así mismo, dentro de este género se incorporan otras instituciones cautelares negativas (suspensión de actividades, funciones, operaciones administrativas y procedimientos) y positivas (imposición a cualquiera de las partes de obligaciones de hacer, no hacer y dar, órdenes de anotaciones preventivas, entre otras cautelas necesarias para la efectividad de la tutela judicial).

No obstante la ya expuesta diferenciación terminológica, tanto las “medidas cautelares” como los “procesos cautelares” son herramientas preventivas dirigidas, en mayor o menor medida, a proteger y, por ende, a evitar el menoscabo injustificado de los derechos e intereses legítimos de los administrados y de la Administración Pública (de esta última, en los casos en que ella actúa como demandante o cuando adelanta cualquier tipo de procedimiento administrativo<sup>106</sup>) que se pretenden hacer valer en sede judicial. Incluso la doctrina<sup>107</sup> que aboga por la delimita-

---

<sup>105</sup> CAMPO CABAL, J. M., *Perspectivas de las medidas cautelares... Ob. cit.*, pág. 19.

<sup>106</sup> Art. 72 LRJAPAC.

<sup>107</sup> CAMPO CABAL, J. M., *Perspectivas de las medidas cautelares... Ob. cit.*, pág. 25 y ss.; VECINA CIFUENTES, J., *La potestad cautelar... Ob. cit.*, pág. 5311: “Medidas cautelares, procedimientos cautelares, procesos cautelares etc., son términos de origen doctrinal y que, por ende, obedecen a una concepción del mismo tipo. No debe causar por ello extrañeza la existencia de ciertas discrepancias, más o menos intensas, según los casos, sobre tales conceptos, una de las cuales precisamente surge a la hora de establecer la finalidad de a la que ha de orientarse toda actuación procesal que se realice en el ejercicio de la potestad cautelar.” En el mismo sentido: QUIROGA CUBILLOS, H., *Procesos y Medidas... Ob. cit.*, pág. 45; SARTORI, J. A., “El debido concepto ...”, en *memorias X Congreso... Ob. cit.*: “(...) de diversas medidas que pueden requerirse y disponerse dentro del llamado proceso cautelar, a las cuales cabe denominar, indistintamente “cautelares” o “precautorias.”



ción, al menos teórica, de los extremos de uno y otro término, utiliza también, a efectos prácticos, de su escrito una y otra palabra como sinónimos. De esta manera se utilizarán también en este trabajo.

Continuando con el argumento que aquí se viene desarrollando, se ha dicho en la primera parte de este acápite que, amén de las etapas propias extractadas, el "proceso cautelar" cuenta también con características definitorias. Tales características han sido evocadas por, entre otras no menos relevantes, la doctrina española y colombiana<sup>108</sup> y, como se ha mencionado, permiten una aproximación concepto de medida cautelar y/o proceso cautelar y a la naturaleza jurídica de dichas herramientas procesales. Dentro del común denominador<sup>109</sup> de las características podemos destacar: la instrumentalidad (autonomía Vs. dependencia del procedimiento principal), mutabilidad (cambio de circunstancias fácticas y/o jurídicas que motivaron la cautela), sumariedad (elemento vecino de la urgencia) y provisionalidad (necesidad de una providencia de fondo posterior). A todas ellas se hará referencia en los acápites siguientes del presente capítulo.

## II. AUTOTUTELA DE LA ADMINISTRACIÓN: EJECUTIVIDAD Y EJECUTORIEDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Como se ha explicado en el capítulo anterior, los efectos del acto administrativo -ejecutividad y ejecutoriedad- han acompañado a las decisiones administrativas desde los orígenes del derecho continental<sup>110</sup>. Se

---

<sup>108</sup> Por supuesto también la doctrina italiana, entre otros: CARNELUTTI, F., *Sistema de diritto processuale...* *Ob. cit.*, pág. 40 y ss; MONACILIUNI, A., *I limiti della tutela cautelare...* *Ob. cit.*; DI MATTTEO, A., "Il contenuto delle ...", en *La tutela cautelare...* *Ob. cit.*, pág. 67 y ss; FUCCILLO, M. C., *La tutela cautelare nel processo...* *Ob. cit.*, pág. 29 y ss; ANDREIS, M., *Tutela sommaria e tutela cautelare...* *Ob. cit.*, pág.2-40.

<sup>109</sup> *Idem*; vid también: GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Administrativo...* *Ob. cit.*, pág. 519 y ss; DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo...* *Ob. cit.*, pág. 51 y ss; SARTORI, J. A., "El debido concepto ...", en *memorias X Congreso...* *Ob. cit.*

<sup>110</sup> En este sentido: VILLAPALOS SALAS, G.A., *Los recursos...* *Ob. cit.*, pág. 489; RODRÍGUEZ ARANA - MUÑOZ, J., *La Suspensión del Acto...* *Ob. cit.*, pág. 65. DOU Y BASSOLS, *Instituciones de derecho público general de España, con noticia particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno de cualquier estado*, vol. II, 1800, pág. 47-49; GARRIDO FALLA, F., "La evolución del

trata de "potestades cuyo origen se encuentra en principios no escritos que el Estado contemporáneo ha tomado a préstamo del absoluto atemperándolos y adoptándolos a nuevas situaciones constitucionales"<sup>111</sup>. Estas prerrogativas, que encuentran su fundamento histórico en la potestad denominada de "autotutela", se han conferido a la Administración Pública desde el momento en que ésta hereda los poderes del monarca<sup>112</sup> y, en consecuencia, asume una posición de privilegio frente a los ciudadanos. Si bien es cierto que este fundamento histórico resulta ser la explicación última de los efectos estudiados del acto administrativo, también lo es, que se trata de una potestad preconstitucional afinada con mayor rigor en Estados ajenos a los que hoy conocemos como Sociales y Democráticos de derecho, regidos por una constitución que vincula directamente tanto a poderes públicos como a particulares y que se funda en principios, valores y derechos fundamentales.

Por ello, la doctrina administrativa coincide en que cada momento histórico ha otorgado a la prerrogativa de autotutela de la Administración el valor que, dentro de su propio modelo de Estado, ha considerado necesario. Así es como el alcance de este privilegio se ha matizado en aquellos periodos cuyos gobiernos resultaron más respetuosos de los principios democráticos y de los derechos individuales y ha alcanzado su mayor expresión en aquellos otros periodos protagonizados por gobiernos y ordenamientos más autoritarios<sup>113</sup>. "Si bien, el fundamento

---

recurso contencioso...", en *Revista de Administración...*, Ob., Cit., pág. 11 y GALLEGO ANABINARTE, A., *Administración y jueces: gubernativo y contencioso*, Madrid, 1971, pág. 66 y ss. En el derecho anglosajón no emana de los actos administrativos ninguna obligación de cumplimiento, ninguna presunción de legalidad y su única fuerza radica en la de la Ley que aplican. Las decisiones de la Administración están sometidas al mismo derecho de los particulares y a la misma jurisdicción. Cfr. SÁNCHEZ BLANCO, A., "Voz: la ejecutoriedad de los actos administrativos", en *Diccionario de Derecho Administrativo*, 2011, pág. versión online [http://www.iustel.com/editorial/dic\\_der\\_adm/vozes](http://www.iustel.com/editorial/dic_der_adm/vozes).

<sup>111</sup> GIANNINI, M. S., *Diritto Amministrativo*, vol. II, Milano 1988, pág. 714.

<sup>112</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Revolución francesa y Administración contemporánea", en *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 194, 1974, pág. 265. La elaboración dogmática del principio de autotutela ha tenido un amplio reconocimiento jurisprudencial. Entre otras: STS 26 de julio de 2002, 18 de junio de 2004, STSJ Navarra 11 de marzo 2005.

<sup>113</sup> *Idem*. En el mismo sentido el trabajo de: SÁNCHEZ MORÓN, M., "El derecho a la tutela efectiva como límite a la ejecutividad de los actos administrativos", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 32, 1983, pág.669. "(...) durante mucho tiempo, el mito de la eficacia, tan frecuentemente utilizado como justificación jurídica de la libertad de

dogmático de las potestades de decisión ejecutoria y ejecución forzosa se encuentra en la idea de autotutela, no quiere decir que el desenvolvimiento de las mismas no deba ser objeto en la actualidad de severas correcciones. La autotutela se predica hoy dentro de una Administración Constitucional que sirve con objetividad a los intereses generales en un contexto en el que los derechos y libertades ocupan una posición prevalente<sup>114</sup>.

Parece ser que, no es posible imaginarse un sistema administrativo, heredero de la revolución francesa, sin la posibilidad de que la Administración Pública, de manera unilateral declare, cree, modifique o extinga situaciones jurídicas de sus administrados. Por otro lado, tampoco parece viable concebir tal sistema sin que dichas declaraciones, modificaciones o extinciones del status de los ciudadanos sean llevadas a cabo (ejecutadas) de propia mano, sin la intervención de ningún otro poder estatal, incluso cuando no medie el consentimiento de los propios afectados<sup>115</sup>.

---

acción administrativa, ha convivido con una Administración evidentemente ineficaz (...)"

<sup>114</sup> Cfr. BARCELONA LLOP, J., *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Santander, 1995, pág. 94; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Apuntes de derecho administrativo*, Madrid 1987, pág. 151: "Las amplísimas potestades de que la Administración está dotada (...) no poseen un refrendo explícito en nuestro texto constitucional. Su vigencia deriva de simples normas legales, bien que amparadas por una tradición multiseccular: forman parte de lo que C. MORATI ha llamado Constitución Material, esto es, la forma de ser histórica de un ordenamiento jurídico y de un sistema político." Sobre este punto también: FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, 2010, Pág. 436 y ss.

<sup>115</sup> No se encuentra, por lo menos en nuestra doctrina hispana o en la del país trasalpino, ningún estudioso del derecho administrativo que explique la teoría del acto administrativo sin adjudicarle, a este tipo de decisiones, los efectos de ejecutividad y ejecutoriedad. Con independencia del fundamento jurídico o político al cual se recurra para la justificación de dichas prerrogativas de la Administración Pública, la ejecutividad y ejecutoriedad son incluidas, sin discusión alguna, como rasgo de identidad de las decisiones administrativas y manifestaciones de la potestad de autotutela. Así por ejemplo: BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *El acto ejecutivo. Origen y formación de una categoría central del Derecho Administrativo*, Madrid, 1992, pág. 216; FERNÁNDEZ DE VELASCO, R., *El acto administrativo (exposición doctrinal y estudio del derecho español)*, Madrid, 1929, Pág. 22 y ss. Éste es pues, uno de los puntos de diferencia con la posición de la Administración pública y de sus actos en los países anglosajones. Allí, por regla general, los actos administrativos no pueden ejecutarse directamente por la Administración, sino que dicha ejecución debe

Lo anterior resulta un poco sorprendente teniendo en cuenta algunas lecturas del derecho administrativo en Colombia. Considerando el trabajo de PEÑA<sup>116</sup>, así como el de LÓPEZ MEDINA<sup>117</sup>, ambos relacionados con el origen del derecho administrativo colombiano, se advierte como en Colombia surgió primero la acción de control sobre los actos de la administración que el propio concepto de acto administrativo. Con la reforma constitucional de 1910 y posterior expedición de la Ley 130/1913 se plantaron las bases para construir el andamiaje del control judicial sobre los actos de la administración, pero sólo hasta 1930 la jurisprudencia nacional replica lo concerniente a la teoría del acto administrativo proveniente de Francia. Es decir, cómo puede ser que en Colombia, bajo los preceptos constitucionales de 1991, aún no se puede aún concebir un derecho administrativo sin que los actos administrativos conlleven *per se* su inmediata ejecución, si en su origen más local no se tenía claro qué era el propio acto administrativo.

Ahora bien, lo que sí parece probable, es imaginarse un sistema administrativo sumiso a un ordenamiento jurídico que, de acuerdo a cada momento histórico de los Estados, matice o potencie (refuerce o debilita) los alcances de las prerrogativas de la Administración Pública (ejecutividad – ejecutoriedad). En este sentido, será el Constituyente, el Legislador o, por qué no - en el paradigma más actual- el Juez que “sabe el derecho, declara o descubre el derecho”<sup>118</sup>- o el propio Tribunal Consti-

---

ser ordenada por la autoridad judicial “*injuntion*”. En este sentido: GARCÍA -TREVIANO FOS, J. A., *Los actos administrativos*, Madrid, 1991, pág. 361 y ss.

<sup>116</sup> PEÑA PORRAS, D., "El trasegar del acto administrativo en Colombia: entre el retrato y la conveniencia", en *Revista de Derecho Público. Universidad de los Andes* Num. 1 2006, pág. 2-17. En el mismo sentido: ALVIAR GARCÍA, H., "Una mirada distinta a las transformaciones del derecho administrativo", en *Revista de Derecho Público. Universidad de los Andes*, Núm. 19, 2007, pág. 2-14.

<sup>117</sup> LÓPEZ MEDINA, D., "El sueño Weberiano: claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del estado colombiano", en *Revista de Derecho Público. Universidad de los Andes*, Núm. 1, 2006, pág. 2-42.

<sup>118</sup> Sobre el punto: BÖCKENFÖRDE, E. W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, 2000, pág. 159 y ss.; LÓPEZ MEDINA, D., *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, 2004, pág. 428 y ss. Sobre el poder judicial que descubre, declara o aplica el derecho, teniendo en cuenta la tradiciones constitucionales británica, americana o francesa ver: MARSHALL, G., *Teoría Constitucional* Madrid, 1982, pág. 143 y ss.; JIMÉNEZ ASENSIO, R., *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*, Barcelona, 2005, pág. 19 y ss.

tucional de cada Estado, quienes consideren, en cada momento histórico cómo y con qué alcance se incorporan tales privilegios de la Administración Pública en el ordenamiento jurídico. Podría decirse entonces que: el mayor o menor acercamiento de las Constituciones a un modelo fundado en los pilares básicos del Estado Social y Democrático de Derecho será directamente proporcional a la mayor o menor limitación o a los mayores o menores alcances de la prerrogativa de autotutela de la Administración pública y sus efectos sobre las decisiones de ésta<sup>119</sup>.

En el Reino de España, al menos con posterioridad al siglo XX<sup>120</sup>, los mencionados efectos de los actos administrativos (ejecutividad – ejecutoriedad) han estado vinculados, únicamente, al nacimiento (conforme a los requisitos legales de cada momento) a la vida jurídica del propio acto y no al posterior agotamiento de la vía administrativa (en el caso de que ésta proceda). La interrupción de estos efectos, mientras se tramitan los correspondientes recursos administrativos o jurisdiccionales, sólo será posible mediante la solicitud o el acuerdo de suspensión cautelar de la

---

<sup>119</sup> También se esgrime como fundamento de la potestad de autotutela y sus efectos: los fines asignados a la Administración Pública cuya ejecución no puede ser aplazada ni demorada. En este sentido: MARTÍN-RETORTILLO GONZÁLEZ, C., *Suspensión de los actos administrativos por los Tribunales de lo Contencioso* Madrid, 1963, pág. 41 y ss; GUAITA, A., "Eficacia del acto administrativo", en *Revista de Administración Pública* Núm. 25, 1978, pág. 172: "el fundamento político de esta regla es claro: la necesidad de satisfacer los fines generales que la Administración tiene encomendados (...) al menos en el Estado Moderno, esto es consustancial a la institución administrativa y no, como se ha pretendido, una reminiscencia del Antiguo Régimen(...)"; NIEVES BORREGO, J., *El proceso económico-administrativo de suspensión en el derecho español* Madrid 1975, pág. 87. DE LA FUENTE M, la ejecución forzosa de los actos... *Ob. cit.*, pág. 32 y ss.

<sup>120</sup> Con anterioridad al Siglo XX considera el profesor BARCELONA LLOP, J., en su obra *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa...* *Ob. cit.*, pág. 48 que "resulta llamativa la ausencia de tratamientos doctrinales medianamente consistentes sobre los actos administrativos en España. Hasta bien entrado el Siglo XX, realmente puede decirse que la dogmática del acto administrativo permanece casi intacta hasta que en 1929 R. Fernández de Velasco publica su fundamental monografía y acaba con los tratamientos puramente descriptivos (...) los autores del siglo XIX tan apenas dogmatizan en torno al concepto de acto administrativo, ni, en consecuencia, en torno a su ejecutividad y ejecutoriedad". Sobre el condicionamiento de la efectividad del acto a la firmeza en vía administrativa se ha pronunciado el ATS 28 de octubre de 1991.

decisión (Art. 57 LRJAP<sup>121</sup>). En este sentido, merece la pena apuntar que para FERNÁNDEZ DE VELASCO<sup>122</sup>, la ejecutividad tiene un significado diferente al dado por el resto de la doctrina española. La ejecutividad sólo es característica del acto administrativo que sea “definitivo” es decir que haya *causado estado o agotado la vía administrativa*. Esta acepción en el ordenamiento jurídico español actual solo es aplicable en el caso de que dicha vía administrativa tenga cabida, como lo veremos más adelante, a los actos administrativos sancionadores<sup>123</sup>.

Por el contrario, en Colombia, las decisiones administrativas para ser ejecutivas y, posteriormente, ejecutorias requieren la *firmeza*. En estas condiciones quedó establecido por los Art. 62 y 64 CCA y por los Art. 87 y 89 del novedoso LPACA: “*Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato*” (Art. 89). La firmeza de los actos administrativos y, por tanto, el inicio de sus efectos se entenderán: “*desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación*” según corresponda (Art. 87): a. del acto administrativo contra el que no procede ningún recurso; b. de la decisión de los recursos administrativos que contra él se interpongan; c. del vencimiento del término para interponer los recursos en vía administrativa sin que los mismos fueran interpuestos; d. de la aceptación del desistimiento de los recursos administrativos que contra el acto fueron interpuestos. En firme dicha decisión, se presumirá legal y surtirá efectos hasta tanto no haya sido suspendido caute-

---

<sup>121</sup> “1. Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”.

<sup>122</sup> FERNÁNDEZ DE VELASCO, R., *El acto administrativo... Ob. cit.*, pág. 23. Conocido como el primer autor del siglo XX que analiza y estudia la teoría del acto administrativo en España. Sin embargo, tal exigencia de firmeza del acto responde a la normativa propia del momento histórico, de esta manera lo explica también BARCELONA LLOP, J., *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa... Ob. cit.*, pág. 48.

<sup>123</sup> Se plantea, por la jurisprudencia del Constitucional y del Supremo, la excepción en materia de actos administrativos sancionatorios. En este sentido *vid*: SSTS 17 y 21 de julio de 1982 (RJA\4428) M.P. Excmo. Sr. Pablo García Manzano y (RJ\4442) M.P. Excmo. Sr. Antonio Agúndez Fernández respectivamente; 6 de junio de 1984, 13 de mayo y 20 de junio de 1985 (RJA\2297 y RJA\3850) Ponente. Excmo. Sr. Teodoro Fernández Díaz.

larmente o anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso-administrativo (Art. 89)<sup>124</sup>.

Sobre lo que debe entenderse por *firmeza*, narran algunas fuentes doctrinales españolas<sup>125</sup>, parece hacer referencia al acto insusceptible de recursos administrativos o jurisdiccionales. "Sin embargo, la práctica administrativa al parecer jurisprudencialmente confirmada, ha terminado por entender que el requisito de firmeza del acto (...) para proceder a su ejecución debía entenderse como una exigencia de firmeza en vía administrativa. Tal postura (...) propiciada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1984 (...) dónde parece condicionarse la ejecución de los actos administrativos a la posibilidad del inmediato control judicial de la ejecución"<sup>126</sup>. Lo anterior, claro está, en los casos en que tal vía administrativa sea procedente. En este sentido el Art. 109 LRJAPAC, agotan ésta vía: Ponen fin a la vía administrativa: a. las resoluciones de los recursos de alzada. b. Las resoluciones de los procedimientos de impugnación a que se refiere el artículo 107.2. c. Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario. d. Las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca. e. Los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento.

En la doctrina y legislación colombiana<sup>127</sup> la acepción "firmeza" de los actos administrativos ha sido utilizada para definir el conjunto de herramientas establecidas en la legislación tendientes a garantizar el derecho de defensa y contradicción frente a la decisión adoptada por la Administración. En este sentido, los Art. 87 y ss del LPACA ya citados (notificación, comunicación o publicación y recursos administrativos).

---

<sup>124</sup> Al respecto: Sentencia Corte Constitucional C-69, 23 de febrero 1995 M.P. Hernando Herrera Vergara.

<sup>125</sup> LÓPEZ RAMÓN, F., "Límites constitucionales de la autotutela administrativa", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 115, 1988, pág. 64 y ss.

<sup>126</sup> *Idem*.

<sup>127</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, J. O., "Panorama general del Derecho Administrativo en Colombia", en *El Derecho Administrativo Iberoamericano*, Madrid, 2005, pág. 222 y ss.

## 1. La ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo frente a los principios de legalidad y eficacia de las Administraciones Públicas.

Con posterioridad a las constituciones que declaran Estados Sociales de Derecho<sup>128</sup> -española y colombiana- y ante la ausencia de alusión expresa alguna en dichos textos a la potestad de autotutela de la Administración Pública y a sus consecuencias históricamente derivadas: la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, la doctrina y la jurisprudencia han hecho un replanteamiento de los alcances de estos caracteres (ejecutividad y ejecutoriedad) y los han encadenado a los ordenamientos jurídicos como manifestaciones o técnicas al servicio de algunos de los principios informadores de las actuaciones administrativas.

En España, por ejemplo, se ha encontrado un fundamento constitucional a la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos a través de su vinculación con el principio de eficacia de las Administraciones Públicas<sup>129</sup>. Una eficacia entendida en "relación con la exigencia de resultados a las actuaciones administrativas obtenidos a través la utilización de métodos acordes con el ordenamiento jurídico"<sup>130</sup>. En el or-

---

<sup>128</sup> Constitución Española de 1978, Constitución Colombiana de 1991. Así como, La constitución Italiana de 1947 que en su Art. 97 incorpora el derecho a "*il buon andamento dell'amministrazione*".

<sup>129</sup> En este sentido: SSTS 2 de abril 1968 (RJA/2175), 26 de septiembre 1978 (RJA/3190), 20 de marzo 1990 (RJA/2243), 8 de noviembre 1990 (RJA/8816) y ATS 15 de junio 1988. En sentido contrario: BARCELONA LLOP, J., *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa... Ob. cit.*, pág. 101: "La presunción de legalidad se refiere a la presumible adecuación del acto al ordenamiento jurídico, no a su eficacia. Es una presunción vencible que, si bien comporta la carga de impugnar y determina la consiguiente posición procesal de la Administración como parte demandada nada dice sobre los efectos del acto administrativo".

<sup>130</sup> Cfr. MENÉNDEZ PÉREZ, S., "El principio de eficacia en la función administrativa. Virtualidad práctica: Estudio jurisprudencial.", en *Cuadernos de Derecho Judicial. Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Núm. 32, 1994, pág. 17. En este trabajo el autor analiza el principio de eficacia desde un doble prisma: exigencia y prevención. En el mismo sentido: PAREJO ALFONSO, L., *Estado Social y Administración... Ob. cit.*, pág. 79 y ss.; LÓPEZ FERNÁNDEZ, "Comentario al artículo 3 de la Ley 30/1992", en *Comentarios sobre la Ley 30/1992*, 1993, pág. 62 y ss considera que el término eficiencia alude a la idea, diferenciable de la eficacia, de máxima consecución de objetivos al mínimo coste posible. En sentido contrario: AYUSO RUIZ -TOLEDO, M., "Eficacia de los actos



denamiento jurídico colombiano, tales efectos de los actos administrativos han hecho parte del engranaje constitucional a través del principio de legalidad de las actuaciones públicas y/o del interés público que se encuentran en la base de la misma de la Administración Pública<sup>131</sup>.

En este marco, ya el Art. 29.1 LPA/58 española disponía que “1. *La actuación administrativa se desarrollará con arreglo a normas de economía, celeridad y eficacia (...)*”. Sin embargo, la constitucionalización del principio de eficacia de las Administraciones Públicas sólo se dio con el Art. 103.1 de la Constitución de 1978: “1. *La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*”. El desarrollo legal de di-

---

administrativos: suspensión y ejecución”, en *Cuadernos de Derecho Judicial: Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Núm. 8, 1994, pág. 13-77 relaciona el concepto expuesto por el autor anterior con eficiencia y RICO ALVARÉZ, M., *Principios Constitucionales de la organización de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1986, pág. 196 quien no diferencia los conceptos de eficiencia y eficacia.

<sup>131</sup> Sobre el principio de legalidad en el Ordenamiento Jurídico colombiano: SANTOFIMIO GAMBOA, J. O., GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S (Dir.): “Panorama General del...”, en *Estudios y Comentarios... Ob. cit.*, pág. 238: “Ahora bien, el principio de legalidad en la versión revolucionaria de la supremacía de la ley es sustancialmente una consecuencia de la soberanía nacional, en cuanto voluntad general emanada del pueblo o Nación. La ley determina el sendero para el ejercicio de los poderes públicos. Las autoridades se deben, a partir de la revolución, a la ley; y actúan dentro de los marcos y limitaciones que esta determine. Se trata en consecuencia del alumbramiento de un régimen de legalidad, en donde la libertad de los ciudadanos se obtenía a través del ejercicio de la actividad pública, conforme a los postulados generales determinados por la voluntad general y contenidos en la ley. En esto, la influencia de Rousseau resulta significativa (...). Indicaba precisamente este autor que: «...llamo, pues, república a todo Estado regido por leyes, bajo cualquier tipo de administración que pueda hallarse, porque entonces solamente gobierna el interés público...» Esta concepción es recogida en la declaración de 1789 en sus artículos 5o, 6o, 7o y 8o, que encierran en su conjunto la idea esencial de la legalidad del poder: de la legalización del ejercicio del poder”; DE LA FUENTE, M., *La ejecución forzosa de los actos por la Administración Pública*, Madrid, 1991, pág. 32 y ss.: “El fundamento de la ejecutividad y ejecutoriedad del acto se encuentra en la satisfacción de los intereses públicos y en la presunción de legalidad de aquel. La administración actúa para satisfacer fines públicos y se presume que lo hace de conformidad con el ordenamiento jurídico. Por esta razón se le reconoce la facultad de interponer por sí, y sin acudir a los tribunales, el cumplimiento de los actos desatendidos por sus destinatarios.”

cho precepto constitucional inicia, principalmente, con la transcripción de este precepto en el artículo 3 de la LRJAPAC<sup>132</sup>.

En Colombia fue el Texto Constitucional de 1991 el que en su Art. 209 expresamente incluyó como principio de la función administrativa la eficacia: "*La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones (...)*". Antes de ello, a penas si la Constitución Política de 1886 contemplaba algunas referencias alusivas al concepto de "Administración Pública"<sup>133</sup> y la jurisprudencia no había transplantado la teoría del acto administrativo<sup>134</sup>. Sin embargo, al menos hasta la reforma constitucional de 1910<sup>135</sup>, esta Carta Magna ya confería expresamente las ordenanzas

<sup>132</sup> Este Artículo es aplicable a todas las Administraciones Públicas (Estatal, Autonómicas y Locales). En este sentido: SSTC de 25 de octubre 1983 (RTC/85), de 26 de noviembre DE 1992 (RTC/204) y STS 16 de septiembre de 1988 (RJA/6717). También en desarrollo del Art. 103 CE hay que señalar los artículos 6 y 55 de la Ley de Bases del Régimen Local; 22 de la Ley del Proceso Autonómico y 3 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. En el mismo sentido, pero aduciendo a la obligatoriedad del precepto por formar parte de la de las bases de régimen jurídico de las Administraciones públicas de las que habla el Art. 149.1.18: BAENA DEL ALCAZAR, M., "Los principios reguladores y la estructura de la Administración", en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, vol. Tomo VII, Madrid, 1999, pág. 381-409.

<sup>133</sup> Esta carencia fue catalogada como una de las más notables faltas de la organización político-constitucional del país. La Constitución colombiana de 1886 renunció al concepto de Administración Pública y su regulación como poder público. De manera muy dispersa los artículos 21, 24, 27.1, 51, 62, 65 del Texto Constitucional de 1886 contienen expresiones tales como "agente" y/o "funcionarios públicos". La incorporación del término "Administración" a la Constitución colombiana (referente a su estructura) debió esperar hasta el Acto Legislativo de 1968. Cfr.: RODRÍGUEZ Y VÁZQUEZ DE PRADA, V., "Orígenes y situación actual...", en *Revista de... Ob. cit.*, pág. 480.

<sup>134</sup> PEÑA PORRAS, D., "El trasegar del acto administrativo en Colombia: entre el retrato y la conveniencia", en *Revista de Derecho Público. Universidad de los Andes* Num. 1 2006, pág. 7 y ss.

<sup>135</sup> Con el acto legislativo 3 de 1910 se estableció que las ordenanzas departamentales y los acuerdos municipales sólo podían ser anulados por la autoridad judicial respectiva (Art. 57 y 63). Norma incorporada en los Art. 111 y 180 de la Ley 4 de 1913. En este sentido: BARRETO- ROZO, A., "El proyecto constitucional de la separación de poderes en el Estado Colombiano: Apuntes sobre su desenvolvimiento a lo largo del Siglo XX", en *Vniversitas*, Núm. 122, 2011, pág. 222 y RESTREPO PIEDRAHITA, C., *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, Bogotá, 1995, pág. 382.

departamentales los efectos de obligatoriedad y ejecutividad hasta tanto no fueran suspendidos por las autoridades competentes<sup>136</sup>. La suspensión era una de las herramientas para controlar los excesos de la administración.

La “eficacia” en los Textos Constitucionales mencionados tiene el valor normativo de principio rector de cualquier actuación de las Administración Pública, no sólo de aquellas decisiones que, en sentido estricto, se consideran actos administrativos o disposiciones generales. El principio de eficacia debe irradiar todo aquel servicio, función, organización, relación, medida o instrumento que emane de lo que, dentro de un Estado Social de Derecho, se considera Administración Pública<sup>137</sup>. En términos de PAREJO ALFONSO la eficacia dentro del Estado Social de Derecho se plantea como un “deber”<sup>138</sup>. En este sentido, su “vulneración surgirá cuando el actuar administrativo no se encamine a la obtención del resultado querido por el ordenamiento, o no sea conforme a éste; o cuando los medios, instrumentos o etapas se presenten objetivamente como [no

<sup>136</sup> Art. 191: “Las ordenanzas de las Asambleas son ejecutivas y obligatorias mientras no sean suspendidas por el Gobernador o por la autoridad judicial”.

<sup>137</sup> Cfr. STS 17 de julio de 1982 “(...) el principio de eficacia de la Administración consagrado constitucionalmente en el artículo 103.1 del texto de nuestra Norma Fundamental, dice relación preferiblemente a la actuación en servicios públicos o actividad prestacional, y desde un punto de vista más jurídico-formal, a la pronta tramitación y resolución de los procedimientos administrativos (...)”. En el mismo sentido: STC 2 de noviembre de 1989 (RTC/17): “El principio de eficacia un principio que debe presidir, como es obvio, lo que es preciso a la actividad administrativa, la organización y, en consecuencia, el aparato burocrático o, dicho de otro modo, el régimen de la función pública, entendida en este sentido amplio (...) debe garantizarse la existencia de unas Administraciones Públicas capaces de cumplir los valores y los principios consagrados constitucionalmente (...)”. En el mismo sentido: NEVADO- BATALLA MORENO, P. T., “Análisis jurídico del principio de eficacia en la actuación pública”, en Versión Electrónica, 2009, pág. 3-10, <http://www.acuentascanarias.org/Maspalomas2006/PonenciaPNevado.pdf> y “La materialización del principio de eficacia en el derecho español, ¿utopía o realidad?” en Versión Electrónica, 2011, pág. 177- 185. [http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2003/16-tomo1/16\\_Materializacion\\_del\\_Principio\\_Eficacia.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2003/16-tomo1/16_Materializacion_del_Principio_Eficacia.pdf).

<sup>138</sup> PAREJO ALFONSO, L., *Estado Social y Administración... Ob. cit.*, pág. 285: “La eficacia es, pues, una carga para la Administración en cuanto instrumento servicial del interés general y, en modo alguno, un simple atributo más de su condición de poder público en el que justificar la aplicación, en sus relaciones con el ciudadano, de los contenidos de su estatuto exorbitante.”

idóneos] para tal obtención; o cuando el resultado buscado, estando en línea con el querido por el ordenamiento, no alcance en su misma previsión los niveles que en ese momento pudieran objetivamente ser exigibles”<sup>139</sup>. Es síntesis, el resultado de la actuación administrativa para que sea eficaz no debe ser únicamente el acertado, sino aquel que, con los medios legales, responda a las finalidades preestablecidas por el propio ordenamiento jurídico para la actuación<sup>140</sup>.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional Español ha considerado que para que los actos de las Administraciones Públicas, sometidos al derecho administrativo, sean eficaces y así puedan generar los resultados pretendidos por el ordenamiento jurídico<sup>141</sup>, necesitan ser ejecutivas y eje-

<sup>139</sup> MENÉNDEZ PÉREZ, S., "El principio de eficacia...", en *Cuadernos de Derecho Judicial. Eficacia... Ob. cit.*, pág. 21. En el mismo sentido: VILLARDELL RIEIRA, I., "La evaluación de la eficiencia de las actividades de la Administración Pública", en *Revista de Economía Pública*, Núm. 2, 1989, pág. 47 y ss., y NEVADO- BATALLA MORENO, P. T., La materialización del principio de eficacia... *Ob. cit.*, pág. 179.

<sup>140</sup> De lo contrario, de obtenerse o pretenderse una finalidad u objetivo distinto previsto por el ordenamiento se incurriría en una desviación de poder Art. 106.1 CE y 3LRJAPAC. En el mismo sentido: NEVADO- BATALLA MORENO, P. T., La materialización del principio de eficacia... *Ob. cit.*, pág. 180- 185. Valga aquí resaltar que este autor hace hincapié en la falta de consecuencias jurídicas previstas, en el ordenamiento administrativo, para la ineficacia de las actuaciones públicas. tal como lo manifiesta acertadamente el Profesor NEVADO- BATALLA, esta situación deja en entredicho la operatividad del principio de responsabilidad y la "materialización del principio de eficacia": "pues bien, si observamos el cuerpo normativo administrativo, apreciamos que éste arroja un saldo deficitario a la hora anudar consecuencias jurídicas a la ineficacia y sobre todo en los procedimientos que deben sustanciarse para determinar el alcance de los comportamientos o actuaciones ineficaces, salvando por supuesto los supuestos penales y de verificación de tipos disciplinarios cuya depuración no ofrece mayor dificultad siempre y cuando se trate de un proceder susceptible de ser calificado como falta administrativa y el actor tenga una vinculación funcional con la Administración, algo que en muchas ocasiones, en relación a quienes van a tener la capacidad de dirigir la Administración que se trate - esto es, la burocracia política- no puede advertirse".

<sup>141</sup> En el mismo sentido: STSJIC de Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Contencioso-administrativo, 29 de Octubre 1999; SAN 30 de junio de 1990; STSJ de Asturias 28 de noviembre de 1997 y STSJ de Castilla La Mancha 3 de febrero de 2000. Así mismo: PAREJO ALFONSO, L., *Estado Social y Administración... Ob. cit.*, pág. 264 y ss., y NEVADO- BATALLA MORENO, P. T., Análisis jurídico del principio de eficacia... *Ob. cit.*, pág. 8. En sentido contrario: BAENA DEL ALCAZAR, M., "comentarios a la Constitución Española de 1978 en ", en *Comentarios a las Leyes Políticas*, vol. Tomo VII, pág. 272, este autor no da crédito a la eficacia de la Administración como principio y considera que se trata de "(...) un criterio general que expresa una aspiración de los constituyentes. Por supuesto que

cutorias. "(...) la eficacia no está vinculada a una o varias precisas técnicas organizativas, siendo inicialmente libre la configuración de las mismas al servicio del principio en que aquella consiste"<sup>142</sup>.

En efecto, la misma corporación en diversos pronunciamientos<sup>143</sup> ha considerado que la potestad de autotutela de la administración (declarativa o ejecutividad - ejecutiva o ejecutoriedad) encuentra su fundamento en el principio de eficacia y que, por lo tanto, dicha potestad y sus efectos no pueden estimarse incompatibles con la tutela judicial efectiva. "La potestad de la Administración de autoejecución de los actos dictados por ella se encuentra en nuestro derecho positivo vigente legalmente reconocida y no puede considerarse que sea contraria a la Constitución. Es verdad que el artículo 117.3 de la Constitución atribuye al monopolio de la potestad jurisdiccional consistente en ejecutar lo decidido por los jueces y tribunales establecidos por las Leyes, pero no es menos cierto que el artículo 103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse el de eficacia con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. Significa ello una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto a aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia. Entre ellas no cabe duda de que se puede encontrar la potestad de autotutela o de autoejecución practicable genéricamente por cualquier Administración Pública con arreglo al Art. 103 de la Constitución (...)"<sup>144</sup>. En principio es al legis-

---

la Administración Pública debería actuar con eficacia, pero de este deber ser no se desprende ninguna consecuencia en la práctica ni para la comprensión de lo que sea la Administración Pública ni para el valor jurídico de sus actos y la garantía de los ciudadanos frente a ellos"; GARRIDO FALLA, F. D., *Comentarios a la Constitución* Madrid, 1980, pág. 1423 y ss., y BARCELONA LLOP, J., *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa...* *Ob. cit.*, pág.152: "se trata de reglas cuya operatividad se centra en el ámbito de lo organizativo y que, en consecuencia, poco pueden dar de sí, sin mengua de su importancia en otros planos, a la hora de buscar el anclaje constitucional de la autotutela".

<sup>142</sup> En este sentido: PAREJO ALFONSO, L., *Estado Social y Administración...* *Ob. cit.*, pág. 265.

<sup>143</sup> Entre otros: STC 22/1984; SSTS 16 de marzo de 1987 (RJ/1495); 28 de enero 1988 (RJ/160), 20 de marzo, 19 de septiembre y 8 de noviembre de 1990 (RJ/2243,7101, 8816); 29 de abril de 1993 (RTC/148); 2 de noviembre 2004 (RTC/189) y AATS 21 de abril y 22 de octubre 1990 (RJ\3325).

<sup>144</sup> Entre otros pronunciamientos: SSTC 17 de febrero de 1984 (RTC/66) y 17 de diciembre de 1992 (RTC/238); AATC 18 de abril de 1988 (RTC/458), 20 de julio de 1998 (RTC/930), 6 de octubre de 1988 (RTC/1095) y SSTS 16 de marzo de 1987 (RJA/1945),

lador a quien le compete determinar cuándo y en qué condiciones la Administración puede echar mano de la autotutela u otras técnicas o instrumentos para conseguir la eficacia de los intereses generales que a ella le ha encomendado<sup>145</sup>. Dentro de estas reglas emanadas por el legislador “la Administración goza de un –prudente arbitrio-, no en lo concerniente a las condiciones de ejercicio de tal potestad [descritas por el legislador], sino en el cuándo de dicho ejercicio. De ahí que la Administración puede disponer que se ejecute o no”<sup>146</sup>.

De lo dicho anteriormente se puede colegir que: a. La autoejecución de las decisiones administrativas es uno sólo uno de los múltiples medios o instrumentos con los que cuenta y puede usar la Administración Pública para obtener una actuación eficaz<sup>147</sup>. b. El buen uso de esa autotutela se

---

28 de enero de 1988 (RJA/160), 18 de marzo de 1991 (RJA/2284), 25 de septiembre de 1992 (RJA/6489) y 28 de octubre de 1992 (RJA/7571). En contra: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo I... Ob. cit.*, pág. 508 “El mundo anglosajón desconoce la autotutela subjetiva y no por ello podría decirse que las Administraciones que siguen tal sistema sean ineficaces o, aún siquiera menos eficaces que las nuestras, aunque resulte cierto, sin embargo, que son, en un amplio sentido, más respetuosas con la libertad” y PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo I... Ob. cit.*, pág. 167. En contra de esta posición MUÑOZ MACHADO, S., “Reserva y Control Jurisdiccional de la Administración” en Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. La Corona. Las Cortes Generales, del Gobierno y de las Administraciones Públicas. 1991. Pág. 2768. “El argumento del Tribunal (...) no justifica que mantenerse en el régimen ordinario de ejecución a través de los jueces y tribunales sea un procedimiento de ejecución administrativa ineficaz, ni observa por qué no son ineficaces las Administraciones de otros países –incluso los de la cultura administrativa francesa– que someten la ejecución al método judicial ordinariamente”.

<sup>145</sup> Cfr. BARCELONA LLOP, J., *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa... Ob. cit.*, pág. 196: “Con independencia de otras consideraciones, puede admitirse que a través de las técnicas concertadas, o como queramos llamarlas, la búsqueda de lo mejor para los intereses generales resulte eficazmente servida sin necesidad de, en consecuencia, acudir al ejercicio de la prerrogativa”. En el mismo sentido: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, 2006, pág. 649 cita como ejemplo otra de las posibles técnicas a utilizarse por las Administraciones Públicas para la obtención de la eficacia en sus actuaciones: “La aplicación del régimen de conciertos en sustitución del ejercicio unilateral de los poderes públicos para convenir con los destinatarios su extensión concreta sólo puede emprenderse en virtud de habilitaciones legales específicas, allí donde las circunstancias particulares permitan estimarlo positivo.”

<sup>146</sup> STS 4<sup>a</sup> 17 de noviembre de 1985 y 3<sup>a</sup> de 8 de noviembre de 1990.

<sup>147</sup> En este sentido: sobre el principio de eficacia y la interpretación de normas jurídicas, SSTs 6 de junio 1990 (RJA/4814), 27 de julio 1987 (RJA/7686), 22 de diciembre 1990

tendrá que valorar, caso a caso, en términos estrictos de eficacia. Es decir, en la medida en que la obtención de los resultados perseguidos por el acto administrativo y los contemplados en el ordenamiento jurídico para dicho acto exijan necesariamente el uso de la autotutela. c. A juicio del Tribunal Constitucional, es el principio de eficacia la génesis de la potestad de autotutela, por tanto, la ejecución “de propia mano” del acto administrativo sólo debería llevarse a cabo cuando autoejecución sea estrictamente necesaria para la consecución del resultado pretendido con el acto y no exista para la Administración Pública la posibilidad de recurrir a otra técnica más efectiva, menos lesiva, impositiva o de menor gravamen para el ciudadano. “Se requiere la adecuación de la ejecución forzosa del acto administrativo a la naturaleza del acto que se ejecuta (...) proporción entre la gravedad de la resistencia opuesta y la índole de la medida que se adopta, teniendo en cuenta la trascendencia del acto que se ejecuta (...) elección entre los diversos medios de ejecución forzosa, de aquellos que resulten menos lesivos a los derechos de los administrados (...) eliminación de todo germen de arbitrariedad”<sup>148</sup> y d. La suspensión de los efectos de un acto administrativo cuya obtención del resultado pretendido no requiera estrictamente su ejecución (al menos inmediata) resultará absolutamente viable y debería declararse ya sea por la Administración (caso español), o por el Juez (caso colombiano y español).<sup>149</sup>

---

(RJA/10183) y 31 de enero 1991 (RJA/616); sobre el principio de eficacia y el procedimiento administrativo, SSTC de 26 de noviembre 1992 (RTC/204), 6 de febrero 1992 (RTC/13) y SSTC 6 de noviembre de 1989 (RJA/8170), 28 de marzo de 1989 (RJA/2421); sobre el principio de eficacia y la función pública, SSTC 28 de febrero 1991 (RTC/46), 2 de noviembre 1989 (RTC/178).

<sup>148</sup> STS 4<sup>a</sup> 14 de febrero de 1977.

<sup>149</sup> En el mismo sentido: DELGADO BARRIO, J., "Reflexiones sobre el artículo 106.1 CE: el control jurisdiccional de la Administración y los Principios Generales del Derecho", en *Estudios de la Constitución Española: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Madrid, pág. 2334 y REBOLLO L. M., Prologo al libro DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo...* Ob. cit., pág. 25: "El Tribunal vino a afirmar que si la Constitución dice que la Administración debe ser eficaz, un medio de lograr dicha eficacia es que los actos de la Administración se presuman válidos y que la Administración pueda imponer y obligar su ejecución forzosa. Pero no dijo que fuera una consecuencia obligada de la Constitución (...) Por consiguiente, nada impediría que se pudiera reducir legalmente. Nada impide que se matice o que se excluya de ciertos ámbitos."

En efecto, ello nos permite anticipar que la autoridad competente para resolver sobre la petición de suspensión provisional debe valorar en el juicio cautelar que tan necesaria resulta la ejecución del acto administrativo o de la disposición general para cumplir con las finalidades previstas por el ordenamiento jurídico. "Resulta factible que algunas de las relaciones entre la Administración y ciudadano pierdan parte del componente imperativo que tradicionalmente les ha sido consustancial, de tal manera que el ejercicio de la potestad venga suplido por otras técnicas menos traumáticas, pero igual más aptas para la eficaz consecución de lo mejor para los intereses generales. Si las potestades se atribuyen a la Administración por ese motivo [ser instrumento útil para la eficaz consecución de los fines de interés general que le competen] sucede que en virtud de él pueden dar paso a otras formas de administrar desprovistas de imperatividad siempre que con ellas los fines constitucionales de la Administración queden satisfechos"<sup>150</sup>.

Como profundizaremos en el siguiente acápite, el principio de eficacia se enmarca y subordina al también principio de legalidad de las Administraciones Públicas<sup>151</sup> -*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, (...) con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*-. Por tanto, "la eficacia cede ante el contenido de los derechos, libertades y garantías procesales del

---

<sup>150</sup> BARCELONA LLOP, J., Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa... *Ob. cit.*, pág. 195. No todos los ordenamientos jurídicos parten de la autotutela ejecutiva de las administraciones públicas. Es el caso Alemán donde la Ley Fundamental de Boon, a través de la clausula del Estado de Derecho, establece que cualquiera que sea lesionado en sus derechos por el poder público debe disponer de una vía de protección efectiva ante los tribunales. Esta clausula ha llevado a que el recurso contra los actos de la Administración Pública sean, por regla general, suspensiva y sólo por excepción se podrá suspender. Sobre este punto Vid. BACIGALUPO, M., "El sistema tutelar cautelar en el contencioso-administrativo alemán...", en *Revista de Administración Pública... Ob. Cit.*, pág. 413 y ss.

<sup>151</sup> Sujeción de la Administración, como poder público, a las Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (Art. 3 y 9.1 CE). Cfr. DELGADO BARRIO, J., "Reflexiones sobre el artículo 106.1 CE...", en *Estudios de la Constitución Española... Ob. cit.*, pág. 2334: "(...) el principio de eficacia exija muy destacadamente una interpretación sistemática: opera dentro del marco genérico del principio de legalidad (...) de suerte que las consecuencias de éste priman sobre las exigencias de aquel" y NEVADO- BATALLA MORENO, P. T., Análisis jurídico del principio de eficacia... *Ob. cit.*, pág. 5. En el mismo sentido: STC 17 de febrero 1984 (RJA/1081); SSTS 22 de febrero de 1999 y 16 de mayo de 2000. Así mismo: STSJ Canarias 21 de enero 2005.



ciudadano<sup>152</sup> y, en particular, ante la tutela judicial efectiva” (Art. 24CE<sup>153</sup> y 29 y 229 CN). El derecho a la Tutela Judicial Efectiva es de aplicación inmediata y sus “principios esenciales (...) en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad (...) de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza (...) la Constitución”<sup>154</sup>.

Cómo se ha dicho al inicio de este ítem, parte de la doctrina española y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>155</sup> no dudan en señalar como fundamento constitucional de la ejecutividad y ejecutoriedad de las decisiones de la Administración Pública el principio de legalidad<sup>156</sup> (denominado también “fundamento jurídico”), así como, la necesidad de sa-

<sup>152</sup> Al respecto: SSTC 2 de noviembre 2004 (RTC/189); 17 de febrero de 1984 (RTC/22); 14 de febrero 1997 (RTC/171); 13 de octubre 1998 (RTC/199).

<sup>153</sup> De esta manera lo ha considerado el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de Justicia Español en sendas sentencias: STS 17 julio 1982 (RJ\4428) ponente. Excmo. Sr. Pablo García Manzano y 17 de febrero 1984 (RJ/22): “El principio de eficacia opera con sometimiento a la Ley al derecho”.

<sup>154</sup> STC 8 de junio de 1984 (RTC/18) ponente. Don Rafael Gómez-Ferrer Morant.

<sup>155</sup> Así: STS 15 de junio 1987 (RJA/4881): “El simple enunciado de que la Administración sirve con objetividad a los intereses generales refleja esta legitimidad presumible y tal presunción justifica las potestades de la Administración para dotarse por sí misma de un título ejecutivo (el acto administrativo) y para ejecutarlo por sí inmediatamente), encadenamiento lógico que es característico de nuestro sistema administrativo y sin el cual perdería toda su sustantividad”. En el mismo sentido: STS 27 de marzo de 1986 (RJA/1527).

<sup>156</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo* Madrid, 1996, pág. 214. Así mismo, desde los inicios del siglo XX esta idea ha sido afirmada por varios autores: BORSI, U., *l'esecutorietà degli atti amministrativi* MANCUSO, N., “Saggio sull'esecutorietà degli atti amministrativi”, en *Rivista Giustizia Amministrativa*, spec. 3, 1968, pág. 769. A mayor abundamiento las ya citadas SSTs 2 de abril de 1968 (RJA/2175), 26 de septiembre de 1978 (RJA/3190), 20 de marzo de 1990 (RJA/2243), 8 de noviembre de 1990 (RJA/8816) y el ATS 15 de junio de 1988. En sentido contrario: BARCELONA LLOP, J., *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa... Ob. cit.*, pág.100: “La presunción de legalidad se refiere a la presumible adecuación del acto al ordenamiento jurídico, no a su eficacia (...) es una presunción vencible (...) que nada dice sobre los efectos del acto administrativo (...) entre la presunción de legalidad o de validez del acto y la ejecutividad media una relación instrumental de la primera en beneficio de la segunda, por lo que aquella no es algo previo a ésta capaz de otorgarle fundamento dogmático institucional.”

tisfacer los fines generales o intereses públicos que le han sido encomendados a la Administración Pública (“fundamento político”)<sup>157</sup>. Con éstos dos argumentos parecen incardinarse los preceptos legales contemplados en los Art. 56 y ss LRJAPAC: “*Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo*<sup>158</sup> serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley<sup>159</sup>” (Art. 56). “1. *Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en*

---

<sup>157</sup> Cfr. GUAITA, A., “Eficacia del...”, en *Revista de Administración... Ob. cit.*, pág. 72: “Los actos administrativos son ejecutivos o no (...) en atención a las exigencias del concreto interés público en juego; como regla general los intereses públicos no son demorables, y en consecuencia, los actos de la Administración son también, como regla general, “inmediatamente” ejecutivos; en ciertos casos, sin embargo, el interés público admite aplazamiento, conjugable además con el interés de un particular (...) Y en otros casos, es el propio interés público el que exige la suspensión.” (Sic). En el mismo sentido: NIEVES BORREGO, J., *El proceso económico-administrativo de suspensión... Ob. cit.*, pág. 87; RODRÍGUEZ MORO, R., *La ejecutividad del acto administrativo* Madrid 1949, pág. 35 y ss; CANO MATA, A., “Limitaciones al Principio...”, en *Revista Española... Ob. cit.*, pág. 211; DE LA FUENTE, M., *La ejecución forzosa... Ob. cit.*, pág. 32 y ss; MARTÍNEZ MARTÍN, A., *El buen funcionamiento de los Servicios Públicos*, Madrid, 1990, pág. 127 y ss. Así mismo: BARCELONA LLOP, J., *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa... Ob. cit.*, pág. 102. Aunque este último autor defiende la doctrina del ordenamiento jurídico como sistema de apoderamientos es más proclive a entender los intereses públicos como fundamento para la ejecutividad y ejecutoriedad. A mayor abundamiento: MARTÍN-RETORTILLO GONZÁLEZ, C., *Suspensión de los actos administrativos... Ob. cit.*, pág. 42: “un privilegio de la Administración que encuentra su fundamento en los fines públicos perseguidos, cuya ejecución no puede ser demorada, existiendo en sus acuerdos una presunción de legitimidad que no se destruye con la mera impugnación, sino que hace falta para ello que se declare formalmente que aquella legitimidad no existe y por eso los recursos contra los actos administrativos no tienen en principio efectos suspensivos, ya que de admitirse lo contrario valdría tanto como para hacer posibles paralizaciones de la acción administrativa, por voluntad de los particulares”. En el mismo sentido: STS 17 de febrero de 2000 y 26 de julio de 2002; STSJ Cataluña 11 de octubre 1999.

<sup>158</sup> En la antigua LPA/58 se hacía referencia a “Actos de la Administración sometidos a Derecho Público”, siendo esta expresión objeto de múltiples críticas por parte de la doctrina. En ese sentido: BARCELONA LLOP, J., *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa... Ob. cit.*, pág. 57; BOQUERA OLIVER, J. M., *Estudios sobre el Acto Administrativo*, Madrid 1992, pág. 42. Sobre este punto *vid*: SSTS 20 de marzo de 1969 (RJA/1553) y 21 de diciembre de 1987 (RJA/9684).

<sup>159</sup> Así mismo la LPA/58 hacía “ejecutivos” los Actos de la Administración sometidos a Derecho Público con arreglo a las disposiciones relacionadas en la misma norma con la ejecución forzosa (Capítulo V Título IV). Este error conceptual y de técnica legislativa manifestado así por la doctrina fue también corregido en la vigente LRJAPAC.

*ellos se disponga otra cosa. 2. La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior. 3. Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.” (Art. 57).*

La presunción de legalidad lleva contempla el cumplimiento de determinadas condiciones mínimas: “el acto administrativo se presume legítimo en la medida en que emana de una autoridad que igualmente lo es. Luego deja de regir tal presunción cuando la autoridad de la que proviene es manifiestamente incompetente, ordena conductas imposibles o delictivas o adopta la decisión sin seguir en absoluto el procedimiento legalmente establecido”<sup>160</sup>. Dicho ello, no es ajeno a la realidad que cuando dichas condiciones mínimas no concurren también la Administración ejecuta materialmente sus actos administrativos y el retiro de los mismos del ordenamiento jurídico junto con las consecuencias de efectividad de los derechos del administrado deberán esperar hasta la decisión final del juez contencioso-administrativo. “La presunción de validez, para operar, precisa contar con una mínima base (...) el acto del que se presume la validez debe estar rodeado de una mínima apariencia [de conformidad con el ordenamiento jurídico] que permita siquiera identificarlo como tal. Faltando tal apariencia (como debe considerarse que sucede cuando concurre en el acto alguno de los vicios...) debe considerarse que la presunción carece de todo soporte para operar”<sup>161</sup>. Si la presunción de validez, fundamento jurídico de la potestad de autotutela de la administración, careciera de todo sustento o soporte para operar, la ejecución del acto que de ella deriva no será posible. En este caso, será deber del juez competente ordenar la suspensión cautelar de los efectos de la decisión impugnada.

Ahora bien, Sobre el argumento de “necesidad de satisfacer los fines generales o intereses públicos encomendados a la Administración” retor-

---

<sup>160</sup> BARRIOS FLORES, “Los Actos Administrativos: efectos. ”, en *El procedimiento administrativo común (Tomo I)*, 2007, pág. TOL1.021.960www.tirantonline.com.

<sup>161</sup> PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Administrativo. Instituciones generales...*, *Ob. cit.*, pág. 912.

nares en el capítulo cuarto en el apartado correspondiente a la ponderación de intereses. Al respecto, valga ahora exponer que: a. El propio Tribunal Constitucional ha reconocido que los privados también pueden colaborar con la consecución de fines de interés general y no por ello, tales actos de los particulares están provistos de la prerrogativa de autotutela y sus efectos<sup>162</sup> y b. No sólo el Tribunal Constitucional reconoce la incorporación de la autotutela y sus efectos al sistema jurídico administrativo actual, sino que, además, las Leyes reguladoras del procedimiento administrativo y de la Jurisdicción Contencioso- administrativa expresamente se pronuncian al respecto<sup>163</sup>.

En el ordenamiento jurídico colombiano, el principio de eficacia es mencionado en la jurisprudencia de las Altas Cortes cuando se ha hecho alusión a la remoción de los obstáculos formales que impiden que los procedimientos logren la finalidad consagrada por las normas. Es decir, la eficacia encaminada al saneamiento de irregularidades procesales para evitar sentencias inhibitorias, dilaciones o retardos en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa (Art. 3 CCA y 3.11 LPACA<sup>164</sup>). Ahora bien, para encontrar el fundamento constitucional de la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, la doctrina y la jurisprudencia colombiana han recurrido al principio de legalidad<sup>165</sup> y a la prevalencia de los intereses públicos

---

<sup>162</sup> Sobre este punto la ya citada STC 8 de junio 1984 (RTC/18) Ponente. Gómez- Ferrer de Morant.

<sup>163</sup> Al respecto: BARCELONA LLOP, J., Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa... *Ob. cit.*, pág. 103 "El ordenamiento diseña en función de las misiones que a la Administración encomienda y siempre que, por supuesto, actúe conforme al derecho estatutario que le es propio".

<sup>164</sup> Sentencia Corte Suprema de Justicia 122, 17 de octubre de 1984.

<sup>165</sup> En desarrollo del principio de legalidad afirma la Sentencia Corte Constitucional T-796/2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández que: "toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente señalada en la ley, como también las funciones que les corresponden y el trámite a seguir antes de la adopción de determinadas decisiones. Igualmente, el principio de legalidad impone a las autoridades el deber de comunicar adecuadamente sus actos y el de dar trámite a los recursos administrativos previstos en el ordenamiento jurídico (...) Siendo desarrollo del principio de legalidad, el debido proceso administrativo representa un límite jurídico al ejercicio del poder político, en la medida en que las autoridades públicas únicamente podrán actuar dentro de los ámbitos establecidos por el sistema normativo, favoreciendo de esta manera a las personas que acuden ante quienes han sido investidos de atribuciones públicas (...)".

implícitos en los actos administrativos que requieren de aplicabilidad inmediata para ser satisfechos<sup>166</sup>.

Páginas atrás citábamos el trabajo de PEÑA<sup>167</sup> relacionado con el acto administrativo en Colombia y resaltábamos, curiosamente, la idea de que en Colombia el concepto de acto administrativo se importa por la jurisprudencia con posterioridad (1930 en adelante) a la incorporación de las acciones de control sobre tales actos, incluso a la suspensión cautelar. Como nos relata este autor, el principio de legalidad en Colombia se instaura iniciando el Siglo XX con la incorporación de mecanismos de control para la actividad de los funcionarios públicos. Bajo el paradigma de un legislador soberano, de la Ley como fuente omnipotente de derecho y en el contexto de la reforma constitucional de 1910, se expide la Ley 130/1913. Con éstos parámetros normativos se echan los primeros cimientos de una jurisdicción revisora de los actos de la Administración Pública y se retoma la tradición continental francesa. “Que [desde siempre] la principal fuente de derecho sea considerada la Ley en Colombia, es una afirmación que en esta materia resulta cuestionable (...) las instituciones de ésta disciplina tienden a presentarse primero fuera del texto legal y, eventualmente, llegan a plasmarse después en la ley (...) Una de aquellas figuras que entra en vigor a través de la ruta mencionada es precisamente el acto administrativo”<sup>168</sup>.

La nueva Ley de procedimiento administrativo y contencioso-administrativo (LPACA) en su articulado alude expresamente al principio de legalidad de la siguiente manera:

---

<sup>166</sup> Cfr. Sentencia Consejo de Estado 15 de junio 1965: “[...] este sistema es una consecuencia necesaria y forzosa de los mandamientos constitucionales y legales que establecen la prevalencia del interés general sobre el interés privado, que consagran el principio de aplicabilidad inmediata de ciertas disposiciones de derecho público [...]”.

<sup>167</sup> PEÑA PORRAS, D., El trasegar del acto administrativo... en *Revista de Derecho.... Ob. cit.*, pág. 2-17. En contra quienes afirman que el acto administrativo tiene como origen en las instituciones griegas, romanas y españolas: PENAGOS, G., *El acto administrativo*, Bogotá, 2001, pág. 34 y ss.; SÁNCHEZ, C. A., *Acto administrativo, teoría general*, Bogotá, 2004, pág. 18 y ss.

<sup>168</sup> PEÑA PORRAS, D., El trasegar del acto administrativo... en *Revista de Derecho.... Ob. cit.*, pág. 10. Sobre el punto este autor cita las reflexiones de doctrinantes de autores relevantes desde 1938 hasta 1948, tales como: BECERRA LÓPEZ LUIS, CARLOS H. PAREJA, CARLOS LOZANO Y LOZANO, JOSÉ JOAQUÍN CASTRO, DIEGO TOBÓN, SARRIA EUSTORGIO, JOSÉ ANTONIO ARCHILA y TULLIO ENRIQUE TASCÓN.

a. La presunción de legalidad del acto administrativo (Art. 88): *“Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.”*

b. El carácter ejecutorio y ejecución forzosa de los actos administrativos (Art. 89): *“Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato. En consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. Para tal efecto podrá requerirse, si fuere necesario, el apoyo o la colaboración de la Policía Nacional.”*

c. La ejecución forzosa de los actos administrativos contentivos de obligación dineraria (Art. 90): *“Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, cuando un acto administrativo imponga una obligación no dineraria a un particular y este se resistiere a cumplirla, la autoridad que expidió el acto le impondrá multas sucesivas mientras permanezca en rebeldía, concediéndole plazos razonables para que cumpla lo ordenado. Las multas podrán oscilar entre uno (1) y quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes y serán impuestas con criterios de razonabilidad y proporcionalidad. La administración podrá realizar directamente o contratar la ejecución material de los actos que corresponden al particular renuente, caso en el cual se le imputarán los gastos en que aquella incurra”. Estas multas reiterativas son una novedad en la legislación administrativa colombiana. Se trata de sanciones reiterativas incorporadas con el fin de asegurar la utilidad de la relación jurídica creada por la Administración y que debe ser acatada por administrado. Esta norma responde a la importación de la teoría relacionada con la “autotutela sobre las relaciones manifestada a través de sanciones”<sup>169</sup>.*

---

<sup>169</sup> BARCELONA LLOP, J., *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa... Ob. cit.*, pág. 105 y ss. Citando la clasificación de BENVENUTI, F., "Autotutela (Diritto Amministrativo)", en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1959, pág. 537 y ss: "puede indicarse que la autotutela decisoria sobre los actos directa o no contenciosa se plasma en actos dictados a iniciativa de la Administración que, o bien pretende zanjar un conflicto potencial originado por invalidez del acto administrativo, o bien son técnicas de control de otros actos (autorizaciones y aprobaciones) o actuaciones. La autotutela decisoria indirecta o contenciosa de los actos se traduce en la adopción de decisiones con motivo del recurso interpuesto por el interesado (...) La autotutela decisoria sobre las relaciones recae sobre el comportamiento de sujetos que ha entrado en relación con la Administración

d. Obligatoriedad de los actos administrativos y causales de pérdida de ejecutoriedad de los mismos (Art. 91<sup>170</sup>): “*Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos: 1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho. 3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos. 4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto. 5. Cuando pierdan vigencia.*” Si el ciudadano se opone por alguna de estas causales a la ejecutoriedad del acto, la autoridad administrativa autora de dicha decisión podrá suspenderlo inmediatamente y deberá resolver dicha oposición en el plazo de 15 días. Dicha decisión podrá ser impugnada por vía jurisdiccional (Art. 92<sup>171</sup>).

Tal presunción (*iuris tantum*) de legitimidad de los actos administrativos, contemplada, como se ha descrito, expresamente en la Ley, traslada a los administrados la carga de demostrar la ilegalidad de dichas decisiones e inmediatamente coloca en la posición privilegiada de “demandada” a la Administración Pública<sup>172</sup>. Asimismo, la norma reguladora del

---

cuando de aquel puede derivarse un resultado contrario al interés de ésta. Las decisiones dictadas al socaire de esta vertiente (...) pueden ser preventivas o sucesivas, y admiten una variada tipología: sanciones, medidas cautelares, exclusiones del ejercicio de actividades, caducidad de concesiones, cancelaciones de inscripciones registrales etc.”

<sup>170</sup> Antiguo artículo 66 CCA. Sobre la pérdida de fuerza ejecutoria: Sentencia Corte Constitucional C-069 23 de febrero de 1995.

<sup>171</sup> Antiguo artículo 67 CCA. Este último no contemplaba recurso alguno contra la resolución que resolviera sobre la excepción de pérdida de ejecutoria.

<sup>172</sup> En este sentido, STS 3 de febrero de 1999 y 27 de abril de 2000. Sin embargo, en el contexto de este pronunciamiento se deja claro que la presunción de validez no permite alterar las reglas generales procesales sobre la carga de la prueba: “despliega una eficacia meramente extraprocesal al permitir la ejecutoriedad de dichos actos, si quiera su validez no se haya acreditado, pero (...) en ningún caso supone una presunción irrefragable de su corrección legal, ni tampoco permite un desplazamiento de la carga de la prueba que conforme a las reglas por las que se rige (...) corresponde a la Administración, cuyas resoluciones han de sustentarse en el pleno acreditamiento del presupuesto fáctico que invoquen(...)” (Sic.)

procedimiento administrativo y de la jurisdicción contenciosa incorporó expresamente el carácter obligatorio y ejecutorio de los actos administrativos, así como *la posibilidad* que la Administración tiene de ejecutarlos de manera forzosa.

Por considerarse, en principio, que todas las decisiones de la administración sometidas al derecho administrativo están ajustadas a la legalidad - derivado de ello, son ejecutivas y ejecutorias-, históricamente se ha afianzado en derecho colombiano la regla del recurso no suspensivo: la interposición de los recursos pertinentes ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa no suspende *per se* la ejecución del acto impugnado. Se requiere la solicitud a instancia de parte de suspensión cautelar y, a mayores, del acuerdo jurisdiccional de la misma para evitar, al menos provisionalmente, la ejecución de dicha decisión.

Siguiendo los planteamientos de la doctrina española, se aboga por el replanteamiento de la ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo desde el punto de vista del principio de eficacia. Desde esta última óptica, aún contemplada por la ley la presunción de legalidad de los actos administrativos, de tal presunción no deviene automáticamente (en la práctica) la ejecutoriedad de la decisión. La ejecución inmediata de los actos administrativos sólo será viable cuando la ejecución inmediata de una decisión administrativa sometida al derecho administrativo sea la única forma de obtener los fines públicos perseguidos por la misma y la prevalencia del derecho sustancial<sup>173</sup>. “Si efectivamente se prueba que existe interés general definido y defendido por el acto administrativo, quizá la decisión pueda ser ejecutiva y ejecutoria incluso por encima de la posición del particular. Pero ahí debe tener un lugar un contraste que (...) requiere la intervención de un juez”<sup>174</sup>. Como hemos explicado líneas arriba, “El principio constitucional de eficacia ampara, aunque no exi-

---

<sup>173</sup> Cfr. Sentencia Corte Constitucional T-382, 31 de agosto 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero. En contra de esta posición también se pronuncia BARCELONA LLOP, J., *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa... Ob. cit.*, pág. 104: “No es el principio de legalidad ni el de eficacia el hilo conductor constitucional o institucional de la ejecutoriedad o ejecutividad del acto administrativo (...) subjetividad pública y derecho estatutario son, así, las raíces institucionales últimas de las potestades administrativas que, articuladas alrededor de la noción de autotutela, a la Administración el ordenamiento atribuye para la adecuada consecución de sus finalidades.”

<sup>174</sup> *Ibidem*, pág. 159.



ja, la decisión normativa de conceder a las Administraciones Públicas el privilegio de autotutela”<sup>175</sup>.

Relacionado con los intereses públicos inherentes a la Administración como fundamento dogmático de la autotutela y sus manifestaciones, la doctrina constitucionalista propone también la teoría de los ordenamientos jurídicos como *sistemas de apoderamiento*<sup>176</sup>. En este sentido, se argumenta que todo ordenamiento jurídico incluye múltiples mecanismos de tutela jurídica. Las normas jurídicas establecen por un lado, supuestos de hecho que algunos sujetos “pueden exigir” y los demás sujetos “deben cumplir” y, por otro lado, consecuencias jurídicas que algunos sujetos pueden imponer a otros, incluso mediante el uso de la coacción, ante el Incumplimiento de la conducta exigida. La observancia del cumplimiento de aquello impuesto y la imposición, mediante coacción, de las consecuencias de su incumplimiento, conlleva también ciertos límites establecidos por el propio ordenamiento. “La posibilidad misma de coaccionar se reserva en monopolio al poder público (...) al mismo tiempo se le reserva también la facultad de comprobar y declarar que el deber existía – que alguien tenía poder sobre otro para exigir cierta conducta- y que se ha infringido”<sup>177</sup>.

Dentro de este marco, la tutela del ordenamiento no implica *per se* la administración de ésta por la Jurisdicción, pero sí que conlleva siempre el control de su uso [si se han utilizado correctamente los apoderamientos] por el poder judicial. “la tutela de un interés (...) incluso el más sacrosanto interés público, no puede llevar en ningún caso la supresión del control de juridicidad, en concreto del control judicial, pero sí puede conducir a que éste (...) se combine con mecanismos no jurisdiccionales

---

<sup>175</sup> LÓPEZ RAMÓN, F., "Límites constitucionales...", en *Revista de Administración...*, *Ob. cit.*, pág.60.

<sup>176</sup> DE OTTO, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, 1989, pág. 34 y ss. Así mismo: REQUEJO, J. L., " Jurisdicción e independencia judicial ", en *Revista Jurídica de Asturias*, Núm. 13, 1990, pág. 431-433: "Tan operador de un sistema es un sujeto público como un particular. Uno y otro no hacen en esencia más que ejercitar delegaciones conferidas por el ordenamiento para la consecución de determinados fines. Son estos fines, de un lado, los que diferencias las actuaciones de ambos tipos de operadores y, de otro, son las peculiaridades que desde el punto de vista del carácter del carácter de la actuación imprimen al sistema diversos actos las que permiten hablar, en un caso, de una actuación de un poder público y en otro de actos puramente particulares.

<sup>177</sup> BARCELONA LLOP, J., *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa...* *Ob. cit.*, pág. 104.

de tutela en los cuales se atiende también a los intereses jurídicamente protegidos.”

Ahora bien, tratándose de los mecanismos de tutela de la Administración pública: “se configuran atendiendo a otros fines, como son la protección del interés público que ha de perseguir la Administración (...) que no quedarían eficazmente salvados si al ejercicio de los correspondientes poderes cupiese oponer una la resistencia tan eficaz como la que cabe hacer frente a pretensiones de cualquier particular(...) En estos y otros casos no se niega ciertamente la tutela del ordenamiento jurídico, pero se matiza su eficacia en aras de algún interés.”<sup>178</sup>

A juicio de los defensores de esta posición: a. La ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos se encuentra justificada en el propio sistema de poderes públicos. La Administración, en aras de los intereses que a ella le han sido asignados, como mecanismo de tutela jurídica y dentro de los límites establecidos en el ordenamiento jurídico, puede usar la coacción para imponer a los administrados las consecuencias jurídicas previamente establecidas por el incumplimiento de determinadas conductas. b. Los intereses de la Administración pública no serían *eficazmente salvados* si al ejercicio del poder de coaccionar se pudiese oponer las pretensiones del particular. En cualquier caso, si bien el sistema de apoderamientos permite el uso de la coacción para imponer consecuencias jurídicas por el incumplimiento de determinadas conductas, el marco constitucional vinculante a la actuación de la Administración Pública, nada menciona acerca de la **ejecución inmediata** de dichas consecuencias jurídicas. Lo anterior permite inferir que tales consecuencias jurídicas pueden imponerse mediante coacción pero, si media un *fumus* de ilegalidad de la decisión administrativa, no habrá cómo justificar la ejecución inmediata de lo decidido. Ahora bien, ésta teoría reconoce que uso correcto de los apoderamientos (para el caso, autotutela) debe ser controlado por la jurisdicción (en lo que aquí atañe, contencioso-administrativa), por lo tanto, la labor del juez será ponderar los derechos inmersos en la decisión administrativa y el solicitud de ilegalidad del administrado para permitir a aplazar en el tiempo la ejecución de aquello decidido por la Administración.

---

<sup>178</sup> *Idem.*

## 2. Sobre los conceptos de decisión ejecutiva- ejecutividad, obligatoriedad- y decisión ejecutoria - ejecutoriedad del acto administrativo-

Con los límites constitucionales expuestos en el inciso anterior, resulta acertado aquí citar el cuestionamiento con el que el profesor BARCELONA LLOP da inicio a su trabajo sobre los conceptos aquí enunciados: “¿Qué sentido tiene detenerse en disquisiciones terminológicas cuando lo que realmente importan son los regímenes sustantivos? (...) Pues bien (...) éstas acaban identificándose, más o menos, con un concepto jurídico, concepto que es el que sirve a los juristas para entenderse entre sí y expresarse, para interpretar las leyes y comprender las sentencias de los tribunales.”<sup>179</sup>

En efecto, discutir sobre el contenido o los matices que a lo largo de la historia del derecho los teorizadores del acto administrativo le han adjudicado a los conceptos de ejecutividad y ejecutoriedad podría resultar un ejercicio meramente académico con pocos efectos prácticos. Ello aún más, si se tiene en cuenta que los Tribunales Constitucionales o Supremos de Justicia de nuestros Estados Sociales y Democráticos de Derecho han echado mano de diversas técnicas interpretativas para integrar dichos efectos de la potestad de autotutela a nuestros Textos Constitucionales actuales y, a mayores, la ejecutividad y ejecutoriedad del acto fueron incorporadas expresamente en las Leyes reguladoras del procedimiento administrativo y contencioso administrativo. “El ordenamiento, las más de las veces a consecuencia de un proceso histórico que conjuga diversos factores y argumentos, ha de optar expresamente a favor de otorgar o no a los actos de la Administración una determinada eficacia jurídica sin que sea admisible deducir ésta de criterios ajenos a los que se desprenden del derecho positivo”<sup>180</sup>. En este sentido, más que propo-

---

<sup>179</sup> *Ibidem*, pág. 39.

<sup>180</sup> *Ibidem*, pág.113. Cfr. SÁNCHEZ BLANCO, A., “La Ejecutoriedad de los Actos Administrativos” en Diccionario de derecho Administrativo III, Bases del conocimiento jurídico, Iustel, pág. 1061. pág. Versión online [http://www.iustel.com/editorial/dic\\_der\\_adm/voces](http://www.iustel.com/editorial/dic_der_adm/voces). “Las incoherencias institucionales que provoca el principio de ejecutividad de los actos administrativos no admite la simple transmisión de informaciones y datos; no estamos ante un concepto jurídico normal, estamos ante un concepto legal que hiera la sensibilidad por el contenido autoritario que acoge en su semántica (...) requiere (...) la

ner un concepto, el ejercicio debe ir encaminado a dar luces a los juristas, para que, dentro de un modelo de Estado como el nuestro, encontremos límites que permitan replantear (léase disminuir) los alcances absolutos de la potestad de autotutela y sus efectos. Por lo ello, para finalizar este apartado bastará con sistematizar definiciones y agrupar las orientaciones dadas a uno y otro concepto<sup>181</sup>.

Hemos dicho líneas arriba que no encontramos hoy un sistema administrativo, heredero de la revolución francesa y en el derecho continental, sin la posibilidad de que la Administración Pública, de manera unilateral declare, cree, modifique o extinga situaciones jurídicas de sus administrados. Así como tampoco, sin que esta institución lleve a cabo o ejecute de propia mano, sin intervención de otro poder e incluso sin consentimiento del afectado, dichas declaraciones, modificaciones o extinciones de situaciones jurídicas. "El juez debe respetar la realización íntegra por la Administración de su potestad de Autotutela; únicamente podrá intervenir cuando la Autotutela declarativa esté ya producida y precisa-

---

utilización de otro término rotundo, alternativo y neutralizador del autoritarismo, acuñado por el Profesor García de Enterría como antídoto a las desviaciones autoritarias (...) interdicción de la arbitrariedad."

<sup>181</sup> La doctrina española no tiene un acuerdo establecido sobre la definición de éstos términos. En algunos casos los autores suelen utilizar indistintamente dichos conceptos. En este sentido: PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo I* Madrid 2000, pág. 142; NEVADO- BATALLA MORENO, P. T., *Notas sobre derecho administrativo I* Salamanca 2001, ; RODRÍGUEZ MORO, R., *La ejecutividad del acto... Ob. cit.*, pág. 33; SÁNCHEZ BLANCO, A., "Voz: la ejecutoriedad...", en *Diccionario de... Ob. cit.*, pág. Versión online [http://www.iustel.com/editorial/dic\\_der\\_adm/voces](http://www.iustel.com/editorial/dic_der_adm/voces). Otras veces suelen utilizarse diferenciando uno y otro por su sentido jurídico o material: así en la doctrina italiana la perfección del acto administrativo y su eficacia (despliegue de sus efectos) no coinciden en el tiempo. La perfección de la decisión dependerá de la finalización del proceso de formación de la misma, mientras la eficacia de la misma lo hará de dependiendo de la aptitud del acto para producir efectos jurídicos. No todos los actos están llamados a producir efectos jurídicos, al menos inmediatamente, por ello de dicha producción de efectos se excluyen los actos sometidos a condiciones suspensivas o a otro tipo de autorizaciones posteriores. Sobre este argumento: VIRGA, P., *Diritto Amministrativo*, Milano, 1999, pág. 40; VITTA, C., *Diritto Amministrativo*, Torino, 1962, pág. 45 y ss.; CASETTA, E., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, 2005, pág. 51 y ss y ZANOBINI, G., *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano, 1958, pág. 60. Ahora bien, la posibilidad de producir efectos jurídicos está desligada de la validez del acto, pues esta última dependerá del examen posterior de legalidad que, en dado caso, realice la Jurisdicción. Un acto nulo, así declarado, anula también el derecho de la Administración a ejecutarlo y la obligación de terceros a acatarlo, así GIANNINI, M. S., *Diritto Amministrativo... Ob. cit.*, pág. 1262 y ROMANO, S., "(Poderes. Potestades)", en *Fragmento de... Ob. cit.*, pág. 293.

mente para verificar si la misma (...) se ajusta o no al derecho material aplicable”<sup>182</sup> En esas líneas se encuentra la definición más universal de la potestad de autotutela de la Administración Pública<sup>183</sup>. “El simple enunciado de que la Administración sirve con objetividad a los intereses generales refleja esta legitimidad presumible y tal presunción justifica las potestades de la Administración para dotarse por sí misma de un título ejecutivo (el acto administrativo) y para ejecutarlo por sí inmediatamente), encadenamiento lógico que es característico de nuestro sistema administrativo y sin el cual perdería toda su sustantividad”<sup>184</sup>.

La autotutela, en términos de la doctrina italiana, se entiende como la “*capacità di farsi giustizia da sé*”. La Administración Pública está “empoderada” por la Ley para tutelar directamente sus propias relaciones y conflictos con otros sujetos sin necesidad de intervención previa de ninguna otra autoridad. La doctrina española<sup>185</sup> analiza la autotutela desde la perspectiva de sus manifestaciones: a. decidir unilateralmente y obligar a los administrados a acatar lo decidido y b. de ejecutar tal decisión, llevarla al terreno material aún en contra de la voluntad del afectado.

---

<sup>182</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo I... Ob. cit.*, pág. 497.

<sup>183</sup> Sobre el concepto de autotutela bastará remitirnos en todo a los completos trabajos ya citados del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA E., (en España) y del profesor BENVENUTI F., (en Italia). En esta misma línea GIANNINI, M. S., *Diritto Amministrativo... Ob. cit.*, pág.1259 y ss., explica la influencia que el concepto de autotutela ha tenido en la doctrina italiana posterior a BENVENUTI, así como su repercusión en la literatura jurídica española. En el mismo sentido: D’ALESSIO, *Istituzioni di diritti amministrativo italiano*, vol. II, Torino, 1934 pág. 198: “En oposición a los privados (...) que ninguno puede hacer justicia por ellos mismos” y BOCANEGRA SIERRA, R., *La revisión de oficio de los actos administrativos*, Madrid, 1999, pág. 218 y ss.

<sup>184</sup> STS 15 de junio 1987 (RJA/4881).

<sup>185</sup> En cabeza del Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo I... Ob. cit.*, pág. 504 y ss. Así mismo en el derecho colombiano VIDAL PERDOMO, J., *Derecho Administrativo*, Bogotá, 1997, pág. 155 y ss., se refiere al tema diciendo que “la Administración tiene el poder de imponer obligaciones, en forma unilateral, a los ciudadanos, bien sea creando, modificando o suprimiendo una situación existente. Las obligaciones que impone tienen su fuente en la constitución y están sometidas al control judicial (...) Estas limitaciones son propias de un estado de derecho y no destruyen el privilegio que significa la posibilidad de creación unilateral de obligaciones.”

En este sentido, cuando la Administración define derechos y crea obligaciones de forma unilateral y obligatoria está haciendo uso de la denominada “autotutela declarativa”. En efecto, además de la potestad de influir sobre las situaciones jurídicas de sus administrados, dichas decisiones crean respecto de los destinatarios una obligación de cumplimiento inmediato<sup>186</sup>. Se trata de un “poder de decisión” del cual se desprenden efectos jurídicos traducidos en la declaración, creación, modificación o extinción de obligaciones o situaciones jurídicas de los administrados o particulares. Todo lo anterior con independencia de la posible invalidez de aquello que se ha decidido, ya que en virtud de la presunción de legalidad los actos administrativos se presumen válidos, trasladándose, de esta manera, al particular la carga de demostrar alguna ilegalidad de la decisión ante la Jurisdicción. Entonces, la autotutela “declarativa” o “decisoria” agrupa tanto la facultad de la Administración de decidir unilateralmente, como el obligatorio cumplimiento de lo decidido<sup>187</sup>. Expedido el acto por la Administración (y en firme si es que la legislación del momento así lo exige), por tratarse de una decisión de derecho público amparada en la presunción de legalidad, su contenido será vinculante y de acatamiento obligatorio para los administrados, es decir, el acto administrativo será “Ejecutivo”.

En una posición contraria se incluyen: a. quienes definen “ejecutividad” como sinónimo de “eficacia” del acto administrativo<sup>188</sup> b. quienes consideran que ejecutividad, ejecutoriedad, acción de oficio, privilegio de de-

---

<sup>186</sup> Cfr. GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho... Ob. cit.*, pág. 581: “El acto es ejecutivo en tanto en cuanto tenga fuerza obligatoria, y debe cumplirse; lo cual ocurre desde el momento en el que (supuestos los demás requisitos que, de forma genérica condicionan la eficacia, esto es, notificación, publicación, aprobación del superior, en su caso) el acto es definitivo, incluso con independencia de que sea firme. Si el acto es definitivo, independiente de que éste firme o no lo esté, el acto es eficaz y debe llevarse a sus últimos efectos como consecuencia de su propia fuerza de obligar”; PENAGOS, G., *La presunción de validez y la nulidad de los actos administrativos*, Bogotá, 1996, pág. 3: “Una de las características del acto administrativo es su obligatoriedad que los autores modernos denominan ejecutoriedad la cual encuentra su fundamento en el mismo derecho público.” En el mismo sentido: STS 25 de noviembre de 1986.

<sup>187</sup> GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho... Ob. cit.*, pág. 572. VIDAL PERDOMO, J., *Derecho Administrativo... Ob. cit.*, pág. 246- 258: “significa que obligan por sí mismos (...) y que la decisión de autoridad competente es ejecutiva en cuanto debe cumplirse”. En el mismo sentido: STS 29 de noviembre de 2002 y 3 de mayo de 2004.

<sup>188</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MORO, R., *La ejecutividad del acto... Ob. cit.*, pág. 35.

cisión ejecutoria y autotutela ejecutiva son todos términos asociados a un mismo significado general: “la cualidad del acto administrativo de producir efectos contra la voluntad de los obligados violentando su propiedad y libertad si preciso fuere”<sup>189</sup>. En esta posición también se encuentran tratadistas como RIVERO y VEDEL<sup>190</sup>. El primero considera que esa posibilidad de modificar unilateralmente situaciones jurídicas es lo que caracteriza la “decisión ejecutoria” y, que la misma no se trata de un mero poder material sino de un especial efecto jurídico. Parafraseando al segundo: la “decisión ejecutoria” es la facultad de hacer nacer unilateralmente obligaciones y eventuales derechos, en provecho o en perjuicio de terceros sin el consentimiento de estos. Prerrogativa que también se denomina “acción de oficio” y que es claramente exorbitante en el derecho común y c. aquellos que consideran que la obligatoriedad como carácter presente en la formación de todo acto administrativo y que, como elemento fundamental, constituye un elemento intermedio entre la ejecutividad y la ejecutoriedad del acto administrativo<sup>191</sup>.

Ahora bien, el carácter ejecutivo del acto administrativo existe desde el momento en que, supuestos los demás requisitos de forma a los que la norma de turno condiciona la “plena eficacia”, esto es, notificación, publicación, aprobación del superior<sup>192</sup>; así como, la firmeza en el caso de

---

<sup>189</sup> PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo I...* Ob. cit., pág. 146; NEVADO- BATALLA MORENO, P. T., *Notas sobre derecho administrativo I...* Ob. cit., pág. 330 y BOQUERA OLIVER, J. M., *Estudios sobre el Acto...* Ob. cit., pág. 44. Para este último autor la ejecutoriedad se divide en dos diferentes significaciones: ejecutoriedad entendida como posibilidad de ejecución forzosa por la propia administración, y ejecutoriedad en el sentido de la facultad de crear unilateralmente e imponer obligaciones y eventualmente derechos a cargo o en beneficio de terceros que descansa en una presunción iuris tantum de legalidad. Así mismo: SÁNCHEZ BLANCO, A., “Voz: la ejecutoriedad...”, en *Diccionario de...* Ob. cit., pág. versión online [http://www.iustel.com/editorial/dic\\_der\\_adm/voces](http://www.iustel.com/editorial/dic_der_adm/voces); STS 7 de diciembre de 1982 y STSJ Madrid 15 de noviembre de 2003.

<sup>190</sup> VEDEL, G., *Derecho Administrativo. Traducción por Juan Rincón Jurado*, Madrid, 1980, pág. 160 y ss.; RIVERO, J., *Droit administratif*, Paris, 2004, pág. 333.

<sup>191</sup> Sentencia Corte Constitucional T-382, 31 de agosto 31 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>192</sup> Sobre el punto: DE OTTO, I., *Estudios sobre...* Ob. cit., pág. 33 “Intereses jurídicamente protegidos cuya mayor rigidez formal va a corresponder con una mayor eficacia (...) con procedimientos más aptos para la protección del interés que se trate”.

que la legislación así lo exija, el acto se considera *definitivo*<sup>193</sup>. El acto administrativo “una vez perfeccionado produce todos sus efectos y por lo mismo cuando requiere ser llevado a los hechos, puede y debe ser ejecutado. [p.e. la orden de realización de obras, liquidaciones de impuestos, prohibiciones del ejercicio de determinados derechos...]. Esta regla general (...) no es característica de todos los actos, pues muchos agotan sus efectos con la sola emisión, no siendo necesario ningún acto material posterior para su ejecución”.<sup>194</sup> (p.e. una nacionalización, un nombramiento de un funcionario, el otorgamiento de una licencia, la expedición de un certificado...)

Continuando con el argumento, La ejecutividad del acto administrativo también comporta otra vertiente: si la Ley así lo dispone, la idoneidad del acto administrativo como “título de ejecución” en términos estrictos de derecho procesal. Habiéndose dictado el acto con todos los recaudos exigidos por el ordenamiento jurídico, la administración puede utilizar el proceso de ejecución para hacer cumplir aquello que en él está prescrito. Dicha exigibilidad se extingue por prescripción: transcurrido el lapso señalado por la ley sin que la Administración haya ejercido la acción ejecutiva<sup>195</sup>. Sin embargo, no por prescrito el acto deja de ser ejecutivo (al menos en el sentido de obligar su cumplimiento), es decir, dicha decisión sigue obligando al ciudadano, pero la Administración ya no

---

<sup>193</sup> Cfr. GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho... Ob. cit.*, pág. 581: “constituye un rasgo común y ordinario de los actos administrativos y consecuencia de su propia fuerza de obligar comporta una puesta en movimiento de los órganos inferiores tendientes a lograr la ejecución de lo mandado”. Para este autor la efectividad opera con independencia de la firmeza (entendida como el agotamiento de la vía gubernativa) del acto. MARTÍN-RETORTILLO GONZÁLEZ, C., *Suspensión de los actos administrativos... Ob. cit.*, pág. 41 y ss.

<sup>194</sup> SAYAGUES LASO, E., *Tratado de derecho administrativo I*, Montevideo 1974, pág. 340. En la misma línea el Salvamento de Voto Sentencia Consejo de Estado 1149, Sección Quinta, 4 de febrero de 1999, Consejero Mario Alario Méndez: “No siempre la Administración tiene la facultad de ejecutar por sí misma sus decisiones, no obstante ser éstas obligatorias. Se trata así de actos administrativos ejecutivos, mas no ejecutorios”.

<sup>195</sup> En este sentido: Sentencia Corte Constitucional T-382, 31 de agosto de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero: “El título ejecutivo del acto administrativo, no es pues en nuestro país la regla o el principio, sino la excepción y debe hallarse fundado en norma legal. Por otra parte, a diferencia del derecho privado, donde la creación del título ejecutivo proviene al obligado, la administración pública (cuando la norma legal la autoriza) es quien crea unilateralmente el título ejecutivo, siendo éste el rasgo fundamental que caracteriza la ejecutividad del acto administrativo”.



contará un mecanismo procesal legal para exigirle al administrado su cumplimiento: el acto perderá su “fuerza ejecutoria” (acepción ésta utilizada por el Art. 91 LPACA).

Otra de las manifestaciones de la potestad de autotutela, es la denominada “autotutela ejecutiva”. Por autotutela ejecutiva se entiende la facultad de la Administración para ejecutar inmediatamente sus propios actos sin necesidad de acudir para ello a la jurisdicción. Se trata de un “poder de ejecución” que se sirve de la presunción de legalidad de los actos administrativos y le otorga al acto administrativo el carácter de “ejecutivo”. Ahora bien, Si los destinatarios de los efectos del acto administrativo se resisten al acatamiento voluntario de aquello que se pretende ejecutar, la Administración podrá, también hacer uso de mecanismos avalados por la ley para obtener la “ejecución forzosa” de su decisión.

HAURIOU lo denominó “decisión ejecutoria” por implicar ella misma una “ejecución de oficio”, es decir: una decisión cuya ejecución pueda ser inmediatamente llevada a efecto por la vía administrativa<sup>196</sup>. En términos de MARIENHOFF “la ejecutoriedad del acto administrativo significa que, por principio, la administración misma y con sus propios medios lo hace efectivo, poniéndole en práctica<sup>197</sup>”. Entonces, el acto administrativo es “ejecutivo” porque la Administración Pública, autora de tal decisión, puede: a. llevar a cabo inmediatamente ejecución material de lo decidido, incluso hasta sus últimas consecuencias, sin necesidad de acudir a la Jurisdicción<sup>198</sup> y b. en caso de renuencia por parte del ciudadano obligado al acatamiento de lo decidido, podrá, conforme a los parámetros establecidos en la Ley, ejecutar forzosamente aquello que el acto ha

---

<sup>196</sup> BOQUERA OLIVER, J. M., *Estudios sobre el Acto... Ob. cit.*, pág. 45 y ss., señala su estudio sobre el acto administrativo que con la definición de la decisión ejecutoria de HAURIOU surge la concepción moderna de la ejecutoriedad.

<sup>197</sup> MARIENHOFF, M., *Tratado de derecho administrativo I*, vol. I, Buenos Aires, 1969, pág. 292.

<sup>198</sup> MARTÍN- RETORTILLO GONZÁLEZ, C., *Suspensión de los actos administrativos... Ob. cit.*, pág. 43 “Esta ejecutoriedad permite darles cumplimiento incluso contra la voluntad de los propios interesados, como un privilegio de la administración que encuentra su fundamento en los fines públicos perseguidos, cuya ejecución no puede ser demorada.” En la misma línea refiriéndose a las facultades que tiene la Administración para el cumplimiento del acto administrativo, sin intervención judicial, utilizando excepcionalmente la coacción: Sentencia Corte Constitucional T-382, 31 de agosto de 1995 MP. Alejandro Martínez Caballero.

dispuesto<sup>199</sup>. “La ejecutoriedad es la mera susceptibilidad de la ejecución forzosa; para que ésta última se materialice ha de existir una voluntad de incumplimiento por parte del destinatario del acto administrativo, y tal voluntad, tal desobediencia, requiere pleno y cabal conocimiento de la misma”<sup>200</sup>.

Imprescindible resulta en el ejercicio de esta potestad el reconocimiento y respeto de los límites constitucionales. Si bien es cierto, la ejecutoriedad hace referencia a “que un acto administrativo, cuya finalidad es producir determinados efectos jurídicos (...) puede ser ejecutado directamente por la Administración, sin necesidad de la intervención de otra autoridad del Estado”<sup>201</sup>, también lo es, que dicha prerrogativa debe enmarcarse “dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico”<sup>202</sup>.

<sup>199</sup> Cfr. BOQUERA OLIVER, J. M., *Estudios sobre el Acto... Ob. cit.*, pág. 42, citando a RANELLETI afirma que la ejecutoriedad es una característica especial de los actos administrativos y que no se emplea esta palabra en sentido de eficacia; se trata del poder de la autoridad administrativa para exigir coactivamente el cumplimiento de sus resoluciones sino las obedecen los obligados, sin intervención de los tribunales. GONZÁLEZ PÉREZ, J., "La suspensión del acto administrativo", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 61, 1989, pág. 112: “La ejecutoriedad es aquella característica de los actos administrativos en virtud de la cual la administración no tiene la necesidad de incoar un proceso de ejecución para que lo mandado en ellos sea cumplido, aun en contra de la voluntad del obligado”. En el mismo sentido, Consejo de Estado Sentencias: 12 de junio de 1962, C.P Carlos Gustavo Arrieta: “La decisión ejecutoria es la tendencia predominante en el derecho público moderno y especialmente en el administrativo...es aceptada generalmente en los países civilizados de la orbe, no discutiéndose la obligatoriedad del acto creador de situaciones subjetivas”; 15 de junio de 1965: “Lo que la moderna doctrina del estado y del derecho denomina el principio de decisión previa privilegio de ejecución oficiosa, la administración pública no tiene que acudir al juez para que defina, como árbitro de intereses en choque, lo que es derecho porque ella misma está investida de poderes jurídicos de decisión y ejecución”; 3 de febrero y 12 de noviembre de 1981, Sala de lo contencioso - administrativo -Sección segunda- C.P Samuel Buitrago Hurtado y Roberto Suárez.

<sup>200</sup> BARRIOS FLORES, "Los Actos Administrativos...", en *El procedimiento administrativo...*, *Ob. cit.*, pág. TOL1.021.960www. tirantonline.com.

<sup>201</sup> Sentencia Corte Constitucional T-382, 31 de agosto de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>202</sup> CASSAGNE, J., *Derecho Administrativo II*, Bogotá, 2009, pág. 21: “Como un principio consustancial al ejercicio de la función administrativa (...) consiste en la facultad de los órganos estatales que ejercen dicha función administrativa para disponer la realización o cum-

En efecto, es frente al alcance de esta potestad de autotutela y a sus manifestaciones, que, dentro de un Estado constitucional (con un contenido vinculante de principios, valores y derechos fundamentales), se deben potenciar las garantías de los particulares<sup>203</sup>. Ello con el fin de hacer contrapeso a las decisiones de las autoridades administrativas, específicamente, cuando éstas últimas, dejando de la lado la legalidad a la que deben estar sometidos sus procesos de toma de decisión, resulten excesivas o sean el resultado de la utilización arbitraria de los privilegios de decisión y de ejecución. La garantía idónea o, podríamos llamarla, *ad hoc* para evitar el tipo de situaciones aquí descritas o contrarrestar sus efectos es la denominada “*tutela cautelar*”: la adopción de todo tipo de instrumentos cautelares, en vía administrativa (para aquellos sistemas que no exigen la firmeza del acto como previo requisito para su ejecución) y en vía contencioso-administrativa<sup>204</sup>, que garanticen provisionalmente el derecho del administrado y aseguren, *a posteriori*, la efectividad de la sentencia que los reconoce. Como se abordará en el acápite siguiente, en procesos en los que el acto impugnado sea de aquellos que imponen al administrado cargas o gravámenes, deviene necesario la reinterpretación (flexibilización), conforme a los preceptos constitucionales -tutela judicial efectiva-, de los requisitos prescritos para la adopción la medida cautelar de suspensión del acto administrativo<sup>205</sup>. Así mismo, para los

---

plimiento del acto sin intervención judicial, dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico”.

<sup>203</sup> LÓPEZ RAMÓN, F., “Límites constitucionales...”, en *Revista de Administración...*, *Ob. cit.*, pág. 59 y ss.

<sup>204</sup> Sobre las medidas cautelares como límite a los efectos de la potestad de autotutela *vid.* CANO MATA, A., “Limitaciones al Principio...”, en *Revista Española...* *Ob. cit.*, pág. 211. Cfr. SÁNCHEZ BLANCO, A., “Voz: la ejecutoriedad...”, en *Diccionario de...* *Ob. cit.*, pág. Versión online [http://www.iustel.com/editorial/dic\\_der\\_adm/voces](http://www.iustel.com/editorial/dic_der_adm/voces). “La deseable desaparición del principio de ejecutividad y de todas sus perversas variantes conceptuales (...) es requerida por la primacía constitucional del axioma de interdicción de la arbitrariedad y abriría la vía ordinaria y coherente vigencia del ordenado esquema institucional de División de poderes y a la efectiva operatividad de los Derechos y Libertades, y para ello hay que situar en su justo contexto la cobertura doctrinal que mediante el concepto de autotutela administrativa a aportado a la pervivencia de la autocracia, en contra de los precisos principios de nuestro Estado social y democrático de Derecho”.

<sup>205</sup> Cfr. CAMPO CABAL, J. M., *Medidas Cautelares en...* *Ob. cit.*, pág. 48. Así mismo: Consejo de Estado Sentencia 2 de Julio de 1979 “La teoría de la ejecutoriedad del acto administrativo (...) una vez proferidos y publicados o notificados adquieren fuerza obligatoria y el Estado por sí y ante sí puede pasar directamente a su ejecución por la

procesos en los que el acto impugnado sea de contenido negativo, es decir de aquellos que deniegan un derecho al administrado, se requiere la posibilidad para que el juez ordene cualquier tipo de herramienta cautelar que considere idónea para la salvaguarda del derecho vulnerado y la efectividad del pronunciamiento de fondo.

En síntesis, en virtud de la prerrogativa de “decisión previa” los actos administrativos, expedidos conforme a los requisitos legales vigentes, son obligatorios y constituyen título ejecutivo. Así mismo, consecuencia de la “decisión ejecutoria” los actos administrativos son ejecutados inmediatamente por la propia Administración e incluso llevados hasta sus últimas consecuencias sin intervención de los Tribunales. No es posible hablar de ejecutoriedad de acto sin la previa ejecutividad del mismo: “(...) la autotutela ejecutiva tiene como presupuesto ineludible el ejercicio de la autotutela declarativa, la formación del título que impone a su destinatario una obligación que, en caso de incumplimiento, legitima a la Administración para el empleo de algunos de los medios de ejecución forzosa”<sup>206</sup>. Asimismo, “para el ejercicio de la [autotutela ejecutiva] es necesario ya no sólo el título sino el previo apercibimiento, dándosele así al ciudadano la oportunidad del cumplimiento voluntario (...) es un trámite sustancial que tiene por objeto respetar (...) la prevalencia de la ejecución voluntaria”<sup>207</sup>. Para evitar esa obligatoriedad de los actos administrativos, para desvirtuar la presunción de legalidad que cobija dichas decisiones y aplazar su ejecución hasta el momento en que sea decidida la legalidad por la Jurisdicción Contencioso-administrativa, el administrado afectado debe ejercer los medios de control pertinentes ante los jueces administrativos y solicitar la adopción de las herramientas cautelares pertinentes (entre ellas la suspensión del acto), salvo que

---

fuerza si fuere necesario (...) la única solución contra esa prerrogativa, es la garantía que tienen los administrados, de solicitar, de acuerdo con los requisitos y exigencias de ley, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos”.

<sup>206</sup> *Ibidem* pág. 142. Así mismo: STS 18 de junio 1989 (RJA/5649), 19 de noviembre de 1986 (RJA/6352); STSJ Andalucía 30 de diciembre de 2003.

<sup>207</sup> STS 6 de abril de 1982 y 27 de abril de 2005.

la propia Administración, conforme a las reglas legales vigentes revoque su propio acto <sup>208</sup>.

### **3. Sobre la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos sancionatorios.**

Hemos dicho que la ejecución inmediata de los actos administrativos en el derecho español no está sometida, por regla general, a la firmeza de los mismos. Ello pese a la constante recomendación de la doctrina al legislador para que generalice el criterio de ejecutividad del acto desde el momento en que se agote la vía administrativa<sup>209</sup>. Dicha regla de ejecución inmediata encuentra su excepción en los actos administrativos sancionadores. En estos casos, la eficacia del acto debe, en todo caso, aplazar su ejecución hasta el agotamiento de la vía administrativa. De esta manera lo incorpora el Art. 138. 3 LRJAPAC *“La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa. En la resolución se adoptarán, en su caso, las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva”*. Así mismo, en el ámbito sancionador específico de competencia de la hacienda pública los Art. 224.1 y 233.1 de la Ley General Tributaria (LGT) precisan que cuando se interpone un recurso de reposición o una reclamación económico-administrativa *“la ejecución del acto impugnado quedará suspendida automáticamente a instancia del interesado”*. Ahora bien, si lo que se impugna es una sanción, el recurso supone su automática suspensión sin necesidad del aporte de garantía alguna (Art. 212.3). Tal suspensión de los efectos tendrá vigencia hasta que las sanciones impugnadas adquieran firmeza en vía administrativa<sup>210</sup>. Ahora bien, en el derecho colombiano si bien la

---

<sup>208</sup> Cfr. *Ibidem* pág. 45. En el mismo sentido: BARCELONA LLOP, J., *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa... Ob. cit.*, pág. 142 y SSTS 18 de junio 1989 (RJA/5649), 19 de noviembre de 1986 (RJA/6352).

<sup>209</sup> Cfr. *Ibidem* pág. 473.

<sup>210</sup> Antes de la entrada en vigor de la LJCA, el Tribunal Supremo en virtud del alcance dado a las disposiciones constitucionales y legales que obligan a interpretar las normas tributarias conforme a “la realidad social y en beneficio del contribuyente” imponía la solución de suspender la eficacia de los actos recaudatorios solamente cuando el importe de la

ejecutoriedad tendrá que esperar al agotamiento de la vía administrativa, el mismo debate en el aquí nos adentramos se plantea en vía contencioso-administrativa.

Amén de ello, de solicitarse la suspensión cautelar de un acto administrativo sancionatorio en vía contencioso-administrativa, los intereses generales, a los que responde el acto sancionatorio, ceden ante la garantía de tutela judicial del ciudadano establecida en el Art. 24 CE. "En la ponderación entre la eficacia administrativa constitucionalmente consagrada en el artículo 103.1 y la suspensión del acto impugnado en cuanto trasunto de la tutela judicial efectiva, prima la segunda"<sup>211</sup>.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1982 <sup>212</sup> fue uno de los primeros pronunciamientos en que se rechazó que el principio de eficacia justificara la ejecutividad inmediata de un acto administrativo sancionatorio, para el caso concreto, disciplinario. En efecto, consideró la Alta Corte que la ejecución del acto sancionatorio debe hay esperar hasta su firmeza, pues, de otro modo vulneraría lo dispuesto por el Art. 24 CE. "La eficacia que pudiéramos denominar mínima, dirigida a lograr un inmediato apartamiento del funcionario respecto del puesto de trabajo (...) puede obtenerse con la aplicación prudencial de la medida cautelar de suspensión preventiva del funcionario inculpado, salvaguardando de tal modo, con límite máximo temporal, en su caso, los intereses generales en juego. (...) En cualquier caso tal eficacia ha de ceder

---

deuda quedara totalmente garantizado. En este sentido: ATS 15 de julio 1998 y STS 6 de octubre del mismo año.

<sup>211</sup> BARCELONA LLOP, J., *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa... Ob. cit.*, pág. 161. En el mismo sentido: SÁNCHEZ MORÓN, M., "El derecho a la tutela...", en *Revista Española... Ob. cit.*, pág. 660; STC 8 junio 1981 (RTC/101) ponente. Don Rafael Gómez-Ferrer Morant.

<sup>212</sup> RJA/4428) ponente. Excmo. Sr. Pablo García Manzano. Así mismo: STC 6 de junio 1984 (RTC/66) ponente. Arozamena Sierra "La ejecutividad de los actos sancionadores pertenecientes a la categoría de los de este recurso no es algo indefectiblemente contrario a la tutela judicial efectiva (...) estando abierto el control judicial por vía incidental con ocasión de la impugnación del acto, de modo que se garantice la valoración de intereses comprometidos por la ejecutividad, o por la suspensión, intereses que son, junto a los de las partes en eventual litigio, los intereses generales, y a la técnica preventiva que es propio de lo pendiente de la decisión judicial, el contenido del derecho a la tutela judicial no padece."

ante las garantías procesales (...) y ante el principio de una tutela judicial efectiva evitadora de indefensión.”(Sic).

Con posterioridad a dicho pronunciamiento, El Tribunal Constitucional en Sentencia de 66 de 1984 de 6 de junio matizó lo expuesto por el Tribunal Supremo: “El derecho a la tutela judicial efectiva se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión”. Ya no se trataba de que la eficacia y, por lo tanto, la ejecución inmediata del acto cedan siempre ante la garantía de la Tutela Judicial Efectiva, sino que basta ahora para que no se vulnere el Art. 24 CE con que se permitiera que tal ejecución tuviera la posibilidad de ser sometida antes los Tribunales y que sea la Jurisdicción la que decida sobre la suspensión cautelar o la medida cautelar procedente<sup>213</sup>.

De lo anterior se deduce que: a. expedido el acto sancionador su ejecutividad queda paralizada hasta el vencimiento del término para interponer recursos administrativos (en caso de ser necesarios para el agotamiento de la vía administrativa) o hasta la resolución de los mismos, b. la solicitud de parte de la suspensión cautelar del acto sancionador resulta necesaria para obtener el aplazamiento de la ejecución inmediata del mismo en vía contenciosa y c. “la inmediata ejecutividad del acto sancionador deja de ser tal durante el lapso de tiempo que media entre su emanación y la decisión judicial que la analiza poniendo fin al incidente de suspensión”<sup>214</sup>.

---

<sup>213</sup> Cfr. SANZ GANDESEGUI, F., "Medidas provisionalísimas en el proceso contencioso - administrativo (Comentario a los autos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993)", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 138, 1995, pág. 173 y ss. En el mismo sentido: SSTs 26 de julio de 2002, 12 de julio 2004 y, con referencia a una sanción de demolición, el ATC 28 de julio 1998 (RTC/930): “El hecho en sí de la ejecutividad inmediata de los actos administrativos no determina necesariamente la violación al derecho de la tutela judicial efectiva y, de otra parte, el acto en concreto que se impugna si fue susceptible de impugnación, pudiéndose haber sometido esa ejecutividad al control y juicio de los tribunales”. Esta última posición, como se explicará en el último capítulo, variará en sentencias posteriores motivada en los perjuicios irremediables provocados por la ejecución inmediata de las demoliciones.

<sup>214</sup> BARCELONA LLOP, J., *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa... Ob. cit.*, pág. 437: “ De lo contrario, desde que se dicta el acto administrativo hasta que el juez contencioso resuelva cautelarmente habrá transcurrido un tiempo en el cual la Administración ha po-

En vigencia ya de la Constitución de 1978, argumentó el Tribunal Constitucional que en la ejecución inmediata de los actos sancionadores no puede aducirse *per se* el argumento de mayor eficacia. Lo anterior porque el legislador español ha optado por dar preferencia a las garantías procesales, en particular, a la tutela judicial efectiva. Al respecto, también tuvo en cuenta: “a) que en el ámbito de la potestad disciplinaria frente a sus servidores, la Administración no se halla singularmente apoderada de este privilegio de ejecutividad en términos tales que demandan un inmediato o inaplazable cumplimiento de las sanciones disciplinarias impuestas; antes al contrario se prevén supuestos en que la efectividad de tales sanciones queda demorada a momento posterior, b) que el principio de eficacia de la Administración, (...) ha de ceder ante las garantías procesales (...) y ante el principio de una EFECTIVA tutela judicial (...)”<sup>215</sup>.

En sentencia de 20 de mayo de 1996<sup>216</sup> nuevamente el Tribunal Constitucional debate el tema de la eficacia de los actos administrativos sancionadores. Además de recordar la compatibilidad de la potestad de au-

---

dido ejecutar el acto y cualquier decisión al respecto, tomada por la jurisdicción, sería inútil si el acto se ha consumado ya”. En contra: STC 20 de mayo 1996 (RTC/78).

<sup>215</sup> En el mismo pronunciamiento se ofrecen algunos ejemplos de limitaciones específicas al principio de ejecutividad de los actos administrativos en el ámbito sancionador: “(...)el art. 44.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, Ley 1/79 de 26 septiembre y el art. 80.2 del Reglamento de Procedimiento Económico Administrativo, y de modo más específico, en cuanto atañe a las sanciones disciplinarias, el art. 44 de la Ley Orgánica 1/1980 de 10 enero (...) lo que evidencia que en determinados sectores se han extraído del art. 24.1 de la Constitución todas sus virtualidades en orden a una tutela judicial efectiva, que reclama el carácter ejecutorio o firme de las sanciones disciplinarias para su efectividad o cumplimiento.” Sobre el mismo argumento: SSTS 26 de marzo y 11 de junio de 1986; AATC 5 de enero y 18 de abril 1988 (RTC/458) “la interposición del recurso de reposición contra el primitivo acuerdo sancionador, de 9 de octubre de 1986, cuyas vicisitudes no constan, debe conducir, en su caso, a obtener la suspensión cautelar de una sanción en vía administrativa (...) como judicial (...) lo que es suficiente para preservar el derecho a la tutela judicial efectiva tal como ha sido configurado en la jurisprudencia de este Tribunal”. En contra: ATC 6 de octubre 1998 (RTC/1095) sobre las sanciones de cierre impuestas a un bar “(...)la ejecutividad de los actos administrativos no resulta incompatible con la tutela judicial efectiva, ni dicha ejecutividad queda condicionada a la firmeza del acto, ya que, si así fuera, la ejecutividad quedaría radicalmente eliminada y las facultades de los tribunales contencioso-administrativos, en orden a valorar los efectos derivados de la ejecución o suspensión del acto, privadas de sentido y operatividad.”

<sup>216</sup> (RTC/78).



totutela de la Administración Pública y sus efectos con el contenido de la Constitución Española de 1978, la Alta Corte reitera que la fiscalización de la Administración Pública “comporta que el control judicial se extienda también al carácter inmediatamente ejecutivo de sus actos”<sup>217</sup>. En materia de ejecución inmediata del acto administrativo afirma esta corporación que “si tiene lugar imposibilitando el acceso a la tutela judicial puede suponer la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar irreparablemente la decisión final del proceso causando una real indefensión (...)”. Por lo tanto, como se ha mencionado ya: si la tutela judicial se satisface sometiendo facilitando que la ejecutividad de los actos administrativos pueda ser sometida a decisión de los tribunales y éstos con la información y contradicción a que haya menester decidan sobre la solicitud de suspensión, “es lógico entender que mientras se toma aquella decisión no pueda impedirse ejecutando el acto, con lo cual la Administración se habría convertido en Juez.”<sup>218</sup>

Coadyuvaron también en la fundamentación de este argumento los principios del derecho sancionador, en particular, en el de presunción de inocencia<sup>219</sup> y, para el caso de sanciones dinerarias, la función desincentivadora de la multa que se ve cumplida con independencia del momento de pago. “Ejecutar una sanción siempre servirá de castigo para el sancionado y de ejemplo para quienes pudieran ser tentados a cometer infracción igual a la castigada, se ejecute la misma firme en vía administrativa o se aguarde a su firmeza judicial”<sup>220</sup>.

---

<sup>217</sup> En el mismo sentido: STC 17 de diciembre de 1992 (RTC/238) y 29 de abril 1993 (RTC/148) Ponente. Don Luis López Guerra.

<sup>218</sup> En el mismo sentido STC 23 de 3 diciembre 1993 (RTC/341).

<sup>219</sup> En este sentido la STC 6 junio de 1984 (RTC/66) Ponente: Don Jerónimo Arozamena Sierra desarrolla extensivamente la aplicabilidad del principio de presunción de inocencia en el ámbito de la potestad sancionadora. Así mismo, sobre este punto: NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, 2005, pág. 414 y ss. En contra: BARCELONA LLOP, J., *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa... Ob. cit.*, pág. 437 “la presunción de inocencia opera en el seno del procedimiento sancionador y no puede facilitar la suspensión de la eficacia de algunas sanciones en concreto y tener un alcance diferente respecto a otro tipo de actos sancionatorios.”

<sup>220</sup> ATS 5 de marzo de 1988 (RJ/189) Ponente: Excmo. Sr. Jaime Barrio Iglesias; STS 21 de marzo de 1988 (RJ/2188); ATS 28 de marzo de 1988 (RJ/2443) Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Delgado Barrio. La misma línea jurisprudencial se mantiene en

Amén de ello, en el terreno de las sanciones pecuniarias si bien es cierto que, en principio, la indiscutida solvencia de la Administración Pública pudiera permitir la reparación dineraria de los perjuicios económicos de los administrados afectados con una sanción dineraria<sup>221</sup>, no lo es menos que: “los fines que se persiguen con la imposición de una sanción, sean de expiación o de prevención -general o especial-, o de ambos tipos conjuntamente no implican, salvo supuesto especiales, una exigencia de ejecución inmediata”<sup>222</sup>. Se puede decir, además, que, en los supuestos referidos a la suspensión de sanciones de “elevada envergadura del «*quantum*» dinerario”, ha de tenerse en cuenta “la difícil reparabilidad del perjuicio que representa, la inmediata satisfacción de esa importante suma dineraria por parte del administrado”<sup>223</sup>. En estas hipótesis, la concesión de la medida cautelar se justifica, entre otras razones, por el daño que representa para el particular el pago inmediato de la elevada cuantía de la multa litigiosa, daño que se ve agravado por la demora del litigio sobre la cuestión de fondo (legalidad de la sanción)<sup>224</sup>.

Abordado ya el estudio del régimen general de las medidas cautelares desde la óptica de la ejecutividad y ejecutoriedad de los Actos Administrativos frente a los principios de legalidad y eficacia de las Administraciones públicas y entendida la potestad cautelar desde el fundamento constitucional de la potestad jurisdiccional, es necesario ahora aproximarse a la naturaleza jurídica de las medidas cautelares y al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

---

sanciones impuestas por infracciones ambientales *Vgr.* AATS 16 de noviembre de 1989 (RJ/8343) Ponente. Excmo. Sr. Mariano de Oro Pulido y López; 29 de enero de 1996 (RJ/461); 26 de marzo de 1996 (RJ/2569); 6 de mayo de 1996 (RJ/4151) Ponente. Excmo. Sr. González y González.

<sup>221</sup> STS 15 marzo 1999 (RJ/ 2342) Ponente el Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido y López; STS 3 de diciembre de 1996 (RJ/9518) Ponente: Excmo. Sr. Juan Manuel Sanz Bayón.

<sup>222</sup> ATS 25 de enero de 1992 (RJ 751) Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Delgado Barrio. subrayas fuera del texto.

<sup>223</sup> (RJ/9518) Excmo. Sr. Juan Manuel Sanz Bayón. y (RJ/2342) Ponente el Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido ya citados.

<sup>224</sup> Entre otras, SSTS 21 de enero de 2005 (RJ/722); 26 de diciembre de 2005 (RJ/412). Así mismo: AATS 3 de junio de 1988 (RJ/5329); 28 de marzo de 1989 (RJ/2420); 1 de marzo de 1990 (RJ/1951); 28 de mayo 1991 (RJ 4296); 11 noviembre de 1991 (RJ/8808) todos del Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Delgado Barrio.

**SEGUNDA PARTE.**

**EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA SUSPENSIÓN CAUTELAR  
DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍ-  
DICOS ESPAÑOL Y COLOMBIANO.**



### CAPÍTULO III.

## NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

En el capítulo anterior se abordó el concepto de lo cautelar desde uno de los fundamentos constitucionales de esta potestad: El poder jurisdiccional. Se afirmó como la potestad cautelar es la principal manifestación de la potestad jurisdiccional consagrada constitucionalmente en los Arts. 117.3, 118 CE; Arts. 116 y 238 CN, normas todas ellas pertenecientes a denominada, bajo el paradigma legicentrista<sup>1</sup>, “parte orgánica” de la carta fundamental.

En cualquier caso, la anterior afirmación debe interpretarse hoy dentro del marco propio de un Estado Constitucional. Aquel que está provisto de una Constitución normativa cuyo contenido limita el poder, regula el orden jurídico fundamental y vincula positivamente a todos los poderes públicos y a los particulares<sup>2</sup>.

En este capítulo se analizará la tutela cautelar desde fundamento constitucional más dogmático, esto es, con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (derecho español) o derecho fundamental al acceso a la administración de justicia y al debido proceso (derecho colombiano) para, posteriormente, seguir identificando las medidas cautelares desde sus características de instrumentalidad, provisionalidad, mutabilidad, sumariedad y urgencia.

---

<sup>1</sup> Se trata de un Estado, heredero de la más pura tradición constitucional francesa, en el que el poder constituyente crea la norma, transforma el estado, procura la integración ciudadana al nuevo orden social, carece de límite y finaliza su labor legitimando los poderes constituidos. Desde ese momento en el que se expide el texto constitucional, el Poder Legislativo asume una posición de superioridad respecto al resto de poderes públicos, en virtud de su legitimidad democrática y de su función creadora de normas. En sus orígenes, no se articula ningún sistema que asegure la subordinación de la Ley a la Constitución. El texto constitucional asume un contenido político y programático más no jurídico. El componente valorativo de la carta fundamental (principios y derechos) sólo puede hacerse efectivo en la medida en que la ley lo permita. Sobre este punto *vid* JIMÉNEZ ASENSIO, R., *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional...* Ob. cit., pág. 65 y ss.

<sup>2</sup> Sobre el desmonte y crisis del Estado Legal *vid* KÄGI, W., *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, Madrid, 2005, Pág. 49 y ss.

## I. LA TUTELA CAUTELAR COMO MANIFESTACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LIMITE DE LA EJECUTORIEDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Abordar el estudio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la tutela cautelar es bastante complejo, máxime si en uno de los ordenamientos jurídicos aquí comparados (el colombiano) no está establecido la tutela judicial efectiva, de manera expresa, como derecho fundamental. Por esta razón, se requiere, previamente tocar temas como: constitución como fuente de derecho, derecho fundamental y de tutela judicial efectiva o acceso a la administración de justicia como derecho fundamental.

### 1. La idea de Constitución como ordenamiento jurídico vinculante.

La idea de *constitución normativa* trae como consecuencia la constitucionalización del derecho o el efecto de irradiación de la constitución sobre todo el resto del ordenamiento jurídico<sup>3</sup>. En éste paradigma se pueden agrupar todos los cambios normativos que han tenido lugar en los ordenamientos desde mediados del siglo XX<sup>4</sup>. La Constitución y con

---

<sup>3</sup> Sobre este punto el trabajo de COMMANDUCCI, P., "Constitucionalización y Neoconstitucionalismo", en *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo* Madrid, 2009, pág. 85 y ss., quien siguiendo la clasificación de BOBBIO del Neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico, apunta que: el primero, el teórico, hace alusión a la descripción del proceso de constitucionalización del derecho. El segundo, el ideológico, "valora positivamente (los cambios señalados por el teórico) y propugna su defensa y ampliación". "El Neoconstitucionalismo metodológico sostiene la tesis de la conexión necesaria, identificativa o justificativa, entre derecho y moral". Así mismo: MORESO, J. J., "Comanducci sobre neoconstitucionalismo", en *Presentado como réplica a la contribución de Paolo Comanducci al Seminario Albert Calsamiglia que tuvo lugar en la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona), los días 13 y 14 de febrero de 2003.*, 2003, pág. 2., afirmó que "Una ciencia jurídica que no sólo describe los derechos y deberes de los ciudadanos de acuerdo con lo que establece determinado ordenamiento jurídico" sino que también estudia los fenómenos jurídicos producto de la transformación del modelo delimitatorio que existía entre la Constitución y la Ley.

<sup>4</sup> Cfr. KÄGI, W., *La Constitución como ordenamiento jurídico... Ob. cit.*, pág. 50 y ss.

ella los derechos fundamentales, ostentan al capacidad de invadir el ordenamiento jurídico, en especial, aquella zona que antes era de propiedad del legislativo. Pero este nuevo paradigma constitucional, al menos, en los sistemas de *civil law* debe explicarse a partir de las llamadas tradiciones constitucionales.

JIMÉNEZ ASENSIO y BUSTOS GISBERT<sup>5</sup> hacen un acercamiento a las tradiciones constitucionales desde cuatro aspectos básicos: **La ruptura en la continuidad de la historia de un pueblo, el poder constituyente, el contenido de los derechos fundamentales y la posición del legislador** dentro del sistema de separación poderes.

En este sentido, **la tradición constitucional continental europea** derivada de la Revolución Francesa se caracterizó precisamente por hacer **ruptura con el orden jurídico** anterior, seguido de un nuevo acto que reconstituyó la sociedad sobre la base de nuevos valores. **EL poder constituyente es un poder creador**, innovador y radical. A partir de éste se legitima el poder, se transforma el Estado y se procura la integración ciudadana al nuevo orden. Es entonces un poder constituyente ilimitado, cuyo principal empeño es la transformación social. Ahora bien, en este marco, el **contenido de los derechos fundamentales** se entiende desde un punto de vista *contractualista* – el hombre entra a formar parte del Estado a cambio de una protección de derechos, pero hay ciertos aspectos de su persona que se reserva<sup>6</sup> y *estatalista* – la plena realización de los derechos del hombre requiere al Estado como entidad<sup>7</sup>. Entonces, ¿cuál es la **posición del legislador** dentro del esquema de poderes de la tradición constitucional francesa? Una vez finalizada la labor del poder constituyente, es decir, establecida la Constitución, el poder legislativo queda en superioridad con respecto al resto de poderes. El poder judicial queda absolutamente subordinado a la ley, es “*la boca que pronuncia la ley*”. Por lo tanto, en esta tradición no se articu-

---

<sup>5</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, R., *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*, ... *Ob. cit.*, pág. 47 y ss.; BUSTOS GISBERT, R., *La constitución red: Un estudio sobre supraestatalidad y constitución.*, Bilbao, 2005, Pág. 103 y ss.

<sup>6</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, R., *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*, ... *Ob. cit.*, pág. 55 y ss.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pág. 70 y ss.

la ningún sistema que asegure la subordinación del Ley a la Constitución. No hay un control constitucional<sup>8</sup>. Con un juez prácticamente inexistente, sin control de constitucionalidad y con la supremacía de la voluntad general, el legislativo era el soberano. La Constitución bajo la lupa de esta tradición no sirve de límite a la voluntad del legislador, su contenido es absolutamente programático y político más no jurídico, por lo tanto, los derechos fundamentales – contemplados en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano- sólo pueden alegarse en la medida en que los mismos sean acogidos por las Leyes, jamás podrán hacerse valer de manera directa desde la Constitución<sup>9</sup>.

En términos de JIMÉNEZ ASENSIO **La tradición constitucional americana**, heredera de la británica, realiza una **“ruptura parcial” con la historia de un pueblo**, no desecha del todo los principios ingleses, sólo aquellos que no le sirven. El enemigo natural de las colonias americanas era el parlamento inglés, pues en él no se les permitía representación alguna. Sin embargo, en la declaración de derechos de Virginia de 1776 dejan por escrito sus normas de convivencia. El **elemento de convivencia** en el pacto es tan claro que, a pesar aparentes rupturas – p.e. el *new deal*- **la estabilidad** se ha logrado garantizar. Este marco sólo es posible por la posición que **el poder constituyente** cómo un poder omnipotente, defensor de los derechos ganados – *we are the people*- . Un poder que declara verdades vigentes pero no radicales, de ahí que, para apartarse de éstas, contemple su propio **camino de reforma. Los derechos fundamentales** encuentran aquí un contenido historicista – se les ve en las tradiciones y en aquello que los hombres han ganado- y contractualista – a través de los pactos entre estados federados-. Consecuencia de lo an-

---

<sup>8</sup> El Control Constitucional sólo se Incorpora en los sistemas jurídicos Europeos hasta principios del Siglo XX y se arraiga después de la segunda posguerra.

<sup>9</sup> Sobre este punto *vid* LÓPEZ MEDINA, D., *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana... Ob. cit.*, pág. 129 y ss. El siglo XVIII y XIX fue propio de una forma sistemática de una interpretación de la Ley codificada y SAVIGNY fue uno de sus principales precursores. Este método estaba compuesto por cuatro elementos constitutivos: el elemento gramatical de la interpretación, el elemento lógico-descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes-, el histórico – época en que la Ley se expidió, modo de acción de la misma y cambio por ella introducido- y el elemento sistemático - el lazo íntimo que une las instituciones y reglas del derecho- . A su vez, las teorías kelsenianas se incorporaron con un marco teórico, conformado por un sistema de interpretación exegético y conceptual.



terior, **el legislador** está absolutamente sometido a la Constitución y encuentra, además, como contrapeso al **poder judicial**. Un juez, también heredero de la tradición británica, que ha sabido recoger la capacidad de continuidad inglesa sin excluir el carácter constituyente del pueblo, prestigioso, capacitado, que conoce y descubre el derecho y que sabe cómo aplicar la norma. A través de la *judicial review*, el poder judicial garantiza la supremacía de los derechos ganados y mantiene el elemento evolutivo al desarrollo constitucional. Lo anterior porque tiene una obligación superior respecto a la Constitución que a la Ley<sup>10</sup> - de ahí que el origen del **control de constitucionalidad** de la Ley es el Control Judicial estadounidense<sup>11</sup> (caso *Marbury v. Madison* 1803). Un control difuso que aplica el texto constitucional a casos concretos y bajo la titularidad de todo el poder judicial.

En este contexto, las bases primarias del Constitucionalismo español y colombiano responden a los estándares básicos de la tradición constitucional francesa<sup>12</sup>. Sin embargo, llega un momento en el que por hechos

---

<sup>10</sup> Así dispuesto en la primera enmienda de la Constitución Estadounidense «*El congreso no podrá hacer una ley que tenga por objeto establecer una religión o prohibir su libre ejercicio, limitar la libertad de palabra, de prensa de derecho o reunirse pacíficamente*».

<sup>11</sup> Se debe resaltar además, que la idea de control de constitucionalidad tiene su origen en los Estados de estructura compuesta (EEUU, Alemania, Suiza) y en su cláusula de prevalencia del derecho de la federación sobre los estados federados. Sobre este argumento JIMÉNEZ ASENSIO, R., *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*, ... *Ob. cit.*, pág. 128 y ss.: "El reparto de poderes entre la federación y los Estados miembros. Y no cabe ninguna duda que ese reparto de poder (o lo que se conoce técnicamente como distribución de competencias) entre los diferentes niveles de gobierno tiene que venir reflejado en algún documento normativo, y ese no puede ser otro que la propia constitución".

<sup>12</sup> Sobre el punto *Ibidem*, pág. 177: "Y desde el punto de vista del constitucionalismo, es obvio que España pertenece (con todas las singularidades que se quieran enunciar de su peculiar proceso de formación histórica) a la familia constitucional derivada de la revolución francesa; esto es, en el suelo español arraigó el modelo europeo continental de constitución. Ciertamente que con algunas (muy pocas) influencias del sistema británico y sin apenas reflejo alguno del modelo estadounidense. Por tanto, al menos hasta la Constitución de 1931, los textos constitucionales españoles no van a tener valor normativo, puesto que van a ser simplemente documentos de organización política". Iguales argumentos valen para la Constitución Italiana. Sobre esto último, AJA FERNÁNDEZ, E., *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Madrid, 1998, Pág. 1 y ss., cuenta que tal Constitución no previó un recurso de amparo pero sí articuló un sistema de control de constitucionalidad de la Ley a través de la

históricos determinantes (p.e la segunda guerra mundial y la posterior irrupción del Estado Social)<sup>13</sup> las **tradiciones constitucionales se acercan entre sí.**

A nivel jurídico la teoría tradicional de la interpretación caracterizada por una aplicación estricta de la Ley, sin observar su fin, será fuertemente resistida en el derecho constitucional contemporáneo donde los elementos finalistas y consecuencialistas ganaron fuerza de manera indiscutible. Entre otras figuras jurídicas, los ordenamientos de Europa continental y, poco después, los latinoamericanos herederos de ella, importan de la tradición americana el carácter normativo del texto constitucional y, con posterioridad, el control difuso<sup>14</sup>. Las Constituciones de la segunda posguerra, entre ellas la española de 1978 y la colombiana de 1991 respondieron al cambio de paradigma que trajo consigo la implan-

---

cuestión de constitucionalidad "(...) la Corte constitucional está en condiciones de decidir una cuestión de inconstitucionalidad elevada por un juez en un plazo de cinco a siete meses".

<sup>13</sup> Sobre esto LÓPEZ MEDINA, D., *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana...* Ob. cit., pág. 235 y ss. A mediados del siglo XX la teoría del derecho se va decantando, por una creciente relevancia de las teorías no clasistas o no positivistas. Dando paso a la inserción de revueltas antiformalistas y antipositivistas, como lo es la teoría transnacional, la cual criticaba el positivismo y estaba conformada en su mayoría pro autores del derecho anglosajón. A partir de este fundamento teórico se empieza a pensar el derecho articulándolo con la vida real, es decir, con una concepción más amplia de las normas y el contexto social que éstas guardan en sí mismas.

<sup>14</sup> Cabe anotar que ya hacía los primeros años del siglo XX, KELSEN, redactor de la Constitución austriaca de 1920, incorporó el control de constitucionalidad, pero asignó tal función a un único órgano competente. Se trataba de un control de constitucionalidad concentrado, en cabeza de un Tribunal Constitucional que hacía las veces de legislador negativo. Esta época (1919-1939) fue conocida en el constitucionalismo europeo como la "primera oleada" o "el alumbramiento" del modelo concentrado de control de constitucionalidad de las leyes. Junto a Austria estuvo Checoslovaquia y España. En este sentido, JIMÉNEZ ASENSIO, R., *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional, ...* Ob. cit., Pág. 127 y ss. Con posterioridad a la segunda posguerra la jurisdicción constitucional se instauró en Italia (1947) y Alemania (1949) con la finalidad de buscar la protección de las minorías y evitar el acaparamiento por parte del legislador del contenido de los derechos fundamentales.

tación de un sistema de control de constitucionalidad<sup>15</sup>, el carácter normativo de este texto y la supremacía del mismo.

De las principales características del constitucionalismo americano y europeo se pueden avizorar señas identificativas de las posiciones “neoconstitucionalistas”. Múltiples son las concepciones al respecto<sup>16</sup>, en palabras de PRIETO SANCHIS logra reunir a estas dos tradiciones aquella constitución que tenga: “fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional”<sup>17</sup>. En este marco, deriva cinco características que individualizan éste tipo de constitución: “Más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la constitución en todas las aéreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios extensos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores”<sup>18</sup>.

Si bien es cierto que en la Europa continental los desgarradores resultados de las dictaduras nazi y fascista habían dejado una absoluta desconfianza frente a la labor del “legislador onnipotente y soberano”, también

---

<sup>15</sup> La misma Francia incorpora el Consejo Constitucional Francés en 1958 y amplió la legitimación para la revisión constitucional en 1974. Italia hace lo propio en 1947, Alemania en 1949. Posteriormente, en la década del setenta, incorporan esta institución Portugal y Grecia. Ya en la década de los ochenta, hacen lo propio los países de Europa del este.

<sup>16</sup> En este sentido: PRIETO SANCHIS, L., “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 5, 2001, pág. 202 y ss.

<sup>17</sup> *Ibidem*. Pág. 207. El autor afirma que existen dos clases de constitucionalismo y que las teorías neoconstitucionalistas son producto de la unión de esas dos clases. En una primera clase, se ve la Constitución “como regla de juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos que permite asegurar autonomía de los individuos como sujetos privados y como agentes políticos afín que sean ellos, en un marco democrático y relativamente igualitario, quienes desarrollen su plan de vida y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico”. Una segunda clase de constitucionalismo “concibe la Constitución como la encarnación de un proyecto político bastante bien articulado, generalmente como el programa directivo de una empresa de transformación social y política”. En este sentido es que afirma que existen: “Constituciones garantizadas sin contenido normativo y Constituciones con un más o menos denso contenido normativo, pero no garantizadas”.

<sup>18</sup> *Idem*.

lo es que el poder judicial fue casi un convidado de piedra dentro de los regímenes totalitarios. El papel del poder judicial bajo el paradigma de la legalidad estuvo reducido a la aplicación estricta de la Ley *-strictu sensu-*<sup>19</sup>, el texto constitucional no aparecía entre las fuentes necesarias para la resolución de los conflictos. Incorporados los Tribunales Constitucionales<sup>20</sup> al sistema jurídico del *civil law* se asume el concepto de constitución normativa y de su supremacía formal y material de la misma. "Las constituciones actuales han impuesto el principio de constitucionalidad sobre el de legalidad, sin detrimento de éste, creando causas para la solución de las contradicciones entre Ley y Constitución"<sup>21</sup>. "La nueva fase histórica del Estado Democrático y Social (...) exigía un reforzamiento de la Constitución entendida (...) como garantía mutua de respeto a las reglas del juego democrático y a los derechos y libertades reconocidos en la Constitución"<sup>22</sup>.

Amén del control de constitucional de las leyes tal cual como hoy lo conocemos (difuso o concreto, preventivo o posterior), los Tribunales Constitucionales incorporaron dentro de sus funciones la solución de los conflictos de competencias, tanto entre órganos constitucionales, como los conflictos competenciales suscitados dentro de las formas de Estado Federal o autonómico<sup>23</sup> y - la función que ha acaparado casi toda la atención dentro del marco del Estado Social y Democrático de derecho- **la**

---

<sup>19</sup> Basado en el método de SAVIGNY constituye un elemento clave en la teoría legalista, pues apunta a una comprensión mucho más compleja del texto legal, debido a que al ser netamente conceptualista se concentra en la integridad hermenéutica y filológica de los textos legales (de derecho romano) pero ajeno a las realidades sociales contemporáneas.

<sup>20</sup> PÉREZ ROYO, J., *Tribunal Constitucional y división de poderes*, 1998, Pág. 39 y ss. La incorporación de la justicia constitucional (al menos con posterioridad al segunda posguerra) fue abanderada por aquellos países que tuvieron que pasar por el decaimiento del "Estado Constitucional".

<sup>21</sup> AJA FERNÁNDEZ, E., "Introducción al concepto actual de constitución", en *Qué es Constitución*, 1989, pág. 37 y ss.

<sup>22</sup> AJA FERNÁNDEZ, E., *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional... Ob. cit.*, Pág. 23.

<sup>23</sup> Como se hacía ver notas atrás, la idea de control de constitucionalidad tiene su precedente en los Estados de estructura compuesta y en su cláusula de prevalencia del derecho de la federación sobre los estados federados. En este sentido: JIMÉNEZ ASENSIO, R., *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*, ... *Ob. cit.* Pág. 128 y ss.

**defensa de los derechos fundamentales** a través de los recursos de amparo o las acciones de tutela. Dicho ello, "(...) lo que singulariza, sin embargo, desde una perspectiva cualitativa, la protección que éste tribunal le otorga a los derechos es, no tanto la protección concreta en cada caso otorgada, cuanto la creación de la conciencia de lo que cada derecho fundamental contiene y de lo que cada uno significa. Utilizando en otro sentido la determinante expresión "contenido esencial", se podría decir que el Tribunal Constitucional trabaja muy singularmente en la definición de los contenidos esenciales de los derechos fundamentales"<sup>24</sup> (Sic).

Estamos entonces en **vigencia del paradigma constitucional**, el texto fundamental "es (...) también proyección jurídica de la legislación misma y, por tanto, límite y vínculo al legislador, por ello a las mayorías contingentes de las que es expresión"<sup>25</sup>. Los derechos se positivizan no sólo en su "ser", sino además en su "deber ser" y su contenido irradia todas las decisiones judiciales. El constitucionalismo actual resulta enmarcado por la bina derechos fundamentales (contenido y vinculación) - garantía de los mismos. Ambos extremos establecidos en las constituciones de cada Estado y en convenios internacionales como la carta de las Naciones Unidas, el Pacto de San José o la Convención Europea de Derechos Humanos. No hay constitucionalismo sin garantismo. Éste último "(...) es la otra cara del constitucionalismo, en tanto le corresponde la elaboración y la implementación de las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos".

---

<sup>24</sup> CRUZ VILLALÓN, P., "las tareas del tribunal constitucional", en *Memoria Tribunal Constitucional*, 2000, pág. 10.

<sup>25</sup> FERRAJOLI, L., "Sobre los derechos fundamentales", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 15, 2006, pág. Versión online. <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/CuestionesConstitucionales/indice.htm?n=15>.

## 2. El concepto de derecho fundamental.

Después de la segunda posguerra comenzó a tomar fuerza en los países de tradición jurídica continental la idea de Constitución normativa y derechos fundamentales con carácter de irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico. Este cambio en la concepción del texto fundamental y su contenido transforma la concepción del derecho a tal punto de concebir una nueva cultura jurídica que se ha denominado *Neoconstitucionalismo*.

En España algunas de las instituciones representativas del constitucionalismo moderno se incorporaron con la Constitución de 1978. En Colombia hicieron aparición a partir de la Carta Magna promulgada en 1991. Así pues, parece ser que “los textos constitucionales, y muy en particular aquellos en los que se consagran derechos fundamentales de las personas, se han convertido en principios y reglas directamente aplicables a todo tipo de conflictos jurídicos a resolver por los jueces y funcionarios administrativos”<sup>26</sup>.

En esta línea, ya no parece sólo papel del juez constitucional –*strictu sensu*– la revisión de los derechos fundamentales como parámetro para la toma de decisiones, por el contrario, todos los jueces –incluyendo el contencioso-administrativo–, en todos los casos, al momento de decidir, deben apelar a la lectura de la ley interpretada desde la óptica de los derechos fundamentales. No en vano el sistema protección jurisdiccional de los derechos inicia por los propios medios de control ordinarios judiciales.

Dentro de este marco, La Constitución Española de 1978 en su Capítulo II Sección I (Art. 15 al 29 +14) contempla, en estricto sentido, un listado de derechos fundamentales y libertades públicas. En virtud de dicha condición, los derechos allí enlistados, entre ellos, **la tutela judicial efectiva** (Art. 24), gozan de una especial protección establecida en el Art. 53.1 CE.

---

<sup>26</sup> LOPEZ MEDINA, D., *Interpretación Constitucional*, Bogotá, 2006, pág. 7.

Ésta especial protección se traduce en: A. Aplicación directa de su contenido normativo, es decir, la posibilidad de ser invocados directamente ante cualquier tribunal. B. Vinculación a todos los poderes públicos y particulares<sup>27</sup>. C. Indisponibilidad para el legislador, reserva de su regulación a la Ley orgánica la que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial. D. Garantía por los tribunales ordinarios. Un procedimiento preferencial y sumario ante éstos para su protección –conocido como amparo ordinario-. E. Amparo Constitucional ante Tribunal Constitucional<sup>28</sup>.

Ahora bien, La Constitución Colombiana de 1991<sup>29</sup> en su Título II, Capítulo I, Art. 11 al 41 incorporó un listado, **meramente enunciativo** (Art. 94 CN), de derechos fundamentales. Tal declaración de derechos fue blindada mediante garantías judiciales y extrajudiciales. La fuerza normativa de ellos se condensó, entre otras, en que la aplicación de éstos no se ve supeditada a un posterior desarrollo legislativo. Esta especial ca-

---

<sup>27</sup> Se trata de una doble vinculación. Por un lado, negativa, ni los poderes públicos ni los particulares pueden contradecir los derechos fundamentales en ningún tipo de actividad pues son verdaderas normas jurídicas; por el otro, positiva, a los poderes públicos que deben garantizar la máxima efectividad de los derechos y también a los particulares, aunque en menor intensidad debido al principio de la autonomía de la voluntad.

<sup>28</sup> Cfr. QUERALT JIMENEZ, A., "Regimen jurídico de los derechos y libertades en la Constitución Española", en *Prácticas de Derecho Constitucional*, Madrid, 2012, pág. 213 y ss.

<sup>29</sup> El texto fundamental introdujo muchos cambios en el ordenamiento jurídico colombiano, incorporó nuevas teorías e instituciones que soportan el Estado Constitucional. *V gr.* Los ciudadanos pueden ser gestores de sus propios intereses, pueden participar en litigios constitucionales, por la defensa de sus derechos fundamentales. Desde una vertiente más política, el sistema jurídico nacional sintió una creciente presión, tanto interna como externa, para que se incrementara el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales. El contenido y la garantía de los derechos fundamentales dejaban ya de pasar por el espectro de la Legalidad estrecha, su contenido y garantía dependería del propio texto constitucional. Siguiendo el Constitucionalismo Francés del Siglo XIX, la Constitución de 1886 (que se encontraba vigente antes de 1991) era portadora de una concepción débil de derechos fundamentales. Es más, no se consagraban, como tal, derechos fundamentales. En el título III de la Constitución se establecía "De los derechos y garantías sociales", dentro de los cuales se situaban algunas de las libertades que actualmente se consideran derechos fundamentales. Estas libertades, se desarrollaban desde una concepción clásica del constitucionalismo de principio del siglo XIX, es decir, constituían simples catálogos sin fuerza normativa. "En este estadio, los jueces entendían que su misión consistía en aplicar las reglas y principios anunciados por los códigos y las leyes" Sobre este punto Cfr.: LOPEZ MEDINA, D., *Interpretación Constitucional... Ob. cit.*, pág. 7 y ss.

racterización de los derechos fundamentales se encuentra expresada, principalmente, en los artículos 4, 5 y 86 CN. La supremacía de la Constitución da prevalencia a los fundamentales, les otorga plus de permanencia y de garantía a través de la acción de tutela (derecho de amparo), un mecanismo expedito y sumario que las personas ostentan para acudir al juez ordinario con el fin de reclamar de manera directa la protección de sus derechos fundamentales.

Las Constituciones aquí mencionadas se entienden como un catálogo material de postulados jurídicos, con máxima validez jurídica, dentro de los cuales cobran especial relevancia los derechos fundamentales (componente valorativo) y su garantía.

Ahora, Para ALEXY, los derechos fundamentales representan “derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo”<sup>30</sup>. Se caracterizan por reunir cuatro elementos esenciales –basados en “la posición que ocupan los derechos fundamentales en el sistema jurídico”<sup>31</sup> y tres funciones principales.

Respecto a los cuatro elementos esenciales los derechos fundamentales: a. se regulan con rango máximo<sup>32</sup>; b. con máxima fuerza jurídica<sup>33</sup>; c. son objetos de la máxima importancia<sup>34</sup>; y d. tienen máxima indeterminación<sup>35</sup>.

De otra parte, al interior del ordenamiento jurídico los derechos fundamentales desarrollan tres funciones principales: 1. constituyen derechos

<sup>30</sup> ALEXY, R., *Tres escritos de los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, 2003, 28.

<sup>31</sup> ALEXY, R., *El Concepto y la Validez del Derecho*, Barcelona, 2004, 159.

<sup>32</sup> Se refiere al estatus que se otorga a los derechos fundamentales por estar regulados en la Constitución. En consecuencia, toda norma inferior que los infrinja es inconstitucional y no ha de ser aplicada. Cfr.: *Idem*.

<sup>33</sup> Implica que vinculan directamente al poder legislativo, ejecutivo y judicial, así como a los particulares

<sup>34</sup> Se relaciona con las materias que son reguladas por la Constitución, los derechos fundamentales son áreas de importancia trascendental para el derecho.

<sup>35</sup> Cfr.: *Idem*. se relaciona con la redacción del postulado, el cual expone rasgos de bastante ambigüedad e indeterminación.



de defensa; 2. "atribuyen al ciudadano un derecho contra el Estado para obtener de él protección contra intervenciones o ataques provenientes de otros ciudadanos"<sup>36</sup>, y 3. "son derechos a que se implemente la organización y los procedimientos necesarios y adecuados para su disfrute"<sup>37</sup>.

Para PAOLO COMANDUCCI la Constitución, y con ella los derechos fundamentales, ostentan la capacidad de invadir el ordenamiento jurídico, en especial, aquella zona que antes era intitulada y, casi residualmente, propiedad del legislativo<sup>38</sup>.

Estos caracteres fueron acogidos por el Tribunal Constitucional Español en la Sentencia 25/1981<sup>39</sup>. En dicho pronunciamiento el Alto Tribunal manifestó que la constitucionalización de los derechos implica que gozan de todos los caracteres de las normas constitucionales: normas directamente aplicables (no meramente programáticas); normas jurídicas supremas (que vinculan a todos los poderes públicos y a todos los ciudadanos) que actúan como mandato y límite a la labor de regulación de derechos del legislador; normas que sólo pueden ser reformadas siguiendo los procedimientos establecidos en la propia constitución; normas que son protegidas por los tribunales ordinarios y por el propio Tribunal Constitucional. Reconociendo así el Constitucional la doble dimensión subjetiva y objetiva de los derechos. Por un lado, en su dimensión subjetiva, los derechos son una concreción histórica de la dignidad humana, lo que garantiza y permite un ámbito de libre intervención y actuación el individuo frente a eventuales injerencias de los poderes públicos. Por otro lado, en su dimensión objetiva, son normas jurídicas en las que se establecen los sujetos titulares, se prefigura su contenido, se identifica el bien jurídico protegido por el mismo y el sujeto obligado<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> *Ibidem*. Pág. 36.

<sup>37</sup> *Idem*.

<sup>38</sup> Cfr.: CARBONELL, M., *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, 2007, Pág. 85 y ss.

<sup>39</sup> (RTC/25).

<sup>40</sup> Sobre la STC 25/1981, 14 de julio, *vid* QUERALT JIMENEZ, A., "Regimen jurídico de los derechos y libertades...", en *Prácticas de Derecho... Ob. cit.*, pág. 213 y ss.

En cuanto a la característica de universalidad, FERRAJOLI manifiesta que: "(...) Derechos fundamentales serían aquellos derechos que, en un ordenamiento dado, se reconocen a todas las personas -o, en su caso, sólo a todos los ciudadanos- por el mero hecho de serlo. Se trataría de derechos inherentes a la condición de persona o de ciudadano, tal como ésta es concebida en dicho ordenamiento; y, por eso mismo, serían derechos universales, en el sentido de que corresponden necesariamente a todos los miembros del grupo (personas o ciudadanos)"<sup>41</sup>.

De todas estas aproximaciones teóricas empiezan a vislumbrarse ciertos caracteres que permiten la identificación de un derecho fundamental. Hablar de derechos fundamentales es hablar, en principio, de **derechos subjetivos** con un grado mayor de relevancia "*no existe ningún derecho fundamental que no sea al mismo tiempo un derecho subjetivo y ostente un alto grado de importancia*"<sup>42</sup>. También de **derechos prestacionales**: el individuo los posee y el Estado los incorpora en sus textos constitucionales y los garantiza. Así como, de **derechos de defensa** frente al Estado pues "están destinados ante todo, a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a las intervenciones del poder público"<sup>43</sup> y **derechos universales**, en el sentido en que corresponden necesariamente a los miembros del grupo- individual o colectivamente<sup>44</sup>.

Bien, en el ordenamiento jurídico español **la afirmación Tutela Judicial Efectiva como derecho fundamental no tiene discusión alguna**, como ya se dicho, el Art. 24 CE lo incorpora expresamente y, por lo tanto, goza de la especial protección del Art. 53.1 CE. En ese contexto normativo nos tendremos que preguntar entonces ¿la tutela cautelar forma

---

<sup>41</sup> Citado por DIEZ- PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales... Ob. cit.*, pág. 36. Así mismo *vid*: DURANGO ALVAREZ, G., "Aproximaciones conceptuales a la democracia constitucional y a los derechos fundamentales en la teoría de Ferrajoli", en *Opinión Jurídica*, Vol. 6, Núm. 12, 2007, pág. 189-204.

<sup>42</sup> ARANGO RIVADENEIRA, R., *El concepto de derechos sociales... Ob. cit.*, pág. 32.

<sup>43</sup> *Ibidem* pág. 35 y 283

<sup>44</sup> *Ibidem* pag. 28, 287 y ss.; afirma este autor que los derechos humanos no son sólo los derechos negativos o de libertad. Están construidos sobre la base del derecho subjetivo más una pretensión de universalidad.

parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva? Si es así, ¿con que límite puede el legislador regularlo? Y ¿qué papel le corresponde al Juez contencioso- administrativo como garante de la tutela cautelar?

En la Constitución Colombiana, por el contrario, la no consagración expresa de un derecho fundamental así nominado conlleva la necesidad de preguntar **¿la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental en el jurídico colombiano?** Y, sabiendo la respuesta a esa pregunta, habrá que aproximarse a las preguntas antedichas.

### **3. Criterios de fundamentalidad de los derechos subjetivos de conformidad con la Corte Constitucional Colombiana.**

Después de estudiar todos los requisitos que debe tener un derecho para ser considerado como fundamental se podrá afirmar si la tutela judicial efectiva cumple con alguno de esos criterios señalados y, por lo tanto, cuenta con los efectos asignados por el ordenamiento a los derechos fundamentales (Art. 4, 5 y 86 CN).

La Corte Constitucional, en su función de intérprete natural del texto constitucional de 1991, en la Sentencias T-406/1992 y T- 002/92 expone, de manera rigurosa, los criterios específicos que en Colombia se han de tener en cuenta para que un derecho subjetivo asuma la categoría de fundamental, considerando, en tales pronunciamientos, que para que un derecho tenga esta calidad debe reunir unos **requisitos esenciales**: 1. Conexión directa con los principios, 2. Eficacia directa y 3. Contenido esencial. Así mismo, “existen unos criterios que ponen en evidencia los requisitos señalados y, de contera, el derecho fundamental mismo”. Estos últimos los agrupa la Corte en **criterios analíticos y fácticos** así: A. Analíticos: consagración expresa, remisión expresa, conexión directa con otros derechos expresamente consagrados, carácter derecho inherente a la persona. B. Fácticos: importancia el hecho y carácter histórico.

## **i. Requisitos esenciales de los derechos fundamentales.**

### **a. Conexión directa con los principios.**

Los principios axiológicos son la base del ordenamiento jurídico, sobre estos se construye el sistema normativo que regula directamente la convivencia pacífica entre los asociados. Por esta razón, toda norma o institución debe respetar (en el momento de su creación o interpretación) dicho contenido valorativo. Igualmente, toda potestad discrecional de los poderes públicos encuentra en ese contenido axiológico los criterios para su control jurisdiccional. En este sentido, los derechos fundamentales encuentran su fuente más directa, inmediata y evidente en los principios constitucionales.

### **b. Eficacia directa.**

Se refiere a la aplicación inmediata o directa, desde el texto constitucional, del derecho fundamental, sin que dependa de decisiones políticas puntuales o intermediación de Ley (*strictu sensu*) que desarrolle el contenido. Para ello, la propia Constitución debe contener una delimitación precisa de los deberes (positivos o negativos) que del derecho se desprenden. Ello a diferencia de los valores constitucionales que vinculan al legislador en cuanto a la interpretación de las normas<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> La eficacia directa no depende de la ubicación geográfica que tenga el derecho dentro del texto constitucional, ni se reduce, exclusivamente, a los derechos “humanos” en estricto sentido. El Art. 85CN de la carta establece que “son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40. Sin embargo, también los derechos sociales económicos y colectivos individualmente considerados<sup>45o</sup> por conexidad con uno o varios derechos fundamentales han sido objeto de aplicación inmediata y protección mediante acción de tutela. Por lo tanto, el precepto del Art. 85 resulta meramente enunciativo. En este sentido: BREWER CARIAS, A., “El derecho administrativo y el derecho de la contratación estatal en Colombia y en el panorama jurídico contemporáneo”, en *Quaestiones Juridicae*, Núm 6, 1995, pág. 7-37., refiriéndose al Art.85 CN “Realmente no puedo imaginarme algún derecho fundamental protegible que no sea de aplicación inmediata”.

### c. Contenido Esencial

Éste criterio ha sido definido por la Corte Constitucional como aquel “ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege”. También se ha definido por la doctrina como el “núcleo básico del derecho”<sup>46</sup> esa parte del derecho que limita la potestad de regulación del parlamento y que puede ser alegada por los ciudadanos titulares directamente ante los tribunales sin necesidad de intermediación legislativa.

En las sentencias de la Corte Constitucional de los años 1992<sup>47</sup> y siguientes, época en la que el debate constitucional en Colombia giró, precisamente, sobre la naturaleza jurídica de los derechos, se incorporó el criterio del contenido esencial de los derechos fundamentales en su acepción iusnaturalista del S. XIX. Es decir, la existencia derechos previos a su consagración positiva, derechos de cuyo contenido se podían extraer claramente los titulares, beneficiarios y obligados por estos.

En la Constitución Política de Colombia, como espacio de consenso, convergen dos posiciones teóricas relacionadas con el contenido de los derechos fundamentales; la primera de ellas, la del contenido esencial de los derechos fundamentales. Un derecho fundamental compuesto por: a. un núcleo esencial, que resulta indisponible para el legislador y que de ser regulado debe hacerse mediante una Ley estatutaria (Art. 152 CN procedimiento que exige mayoría absoluta de los miembros del congreso, realizarse en una sola legislatura y control de constitucionalidad previo) y b. una periferia cuya regulación es susceptible de hacerse mediante Ley ordinaria (Art. 150 CN). Sobre la periferia del derecho el legislador tiene libertad de acción y configuración siempre y cuando lo haga dentro de la racionalidad y la proporcionalidad<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> La expresión “núcleo” o “contenido esencial”, es sólo una metáfora que el derecho ha tomado de las células, aquí se relaciona el derecho fundamental con una célula, ya que ésta tiene un núcleo, del cual depende ella y no debe ser afectado, se asimila al núcleo esencial del derecho fundamental que limita la actuación del legislador. Así lo explica BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, 2007, Pág. 520 y ss.

<sup>47</sup> Sentencia T-406/1992.

<sup>48</sup> Sobre este tema puede consultarse entre otras, Sentencias de la Corte Constitucional C-313/2004 y C-193/2005. Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad con respecto a la imposición de medidas cautelares: PEDRAZ PENALVA, E., *principio de*

El profesor BERNAL PULIDO<sup>49</sup> agrupa las teorías acerca del contenido esencial de los derechos fundamentales en: 1) teorías absolutas del contenido esencial que “representan a los derechos fundamentales de modo estático, como entidades corpóreas dotadas de substancia, que ocupan un lugar en el espacio subdividiéndose dicha sustancia en un núcleo esencial y en una periferia<sup>50</sup> y 2) la teorías relativas del contenido esencial que establecen que el principio de proporcionalidad puede ser un criterio para la vinculación del legislador con los derechos fundamentales y las intervenciones que éste haga serán válidas únicamente si son respetuosas con el principio de proporcionalidad. En esta última posición el contenido esencial de los derechos no es fijo ni preestablecido sino determinable, mediante la ponderación, en cada caso concreto.

La segunda teoría sobre derechos fundamentales es aquella que los considera como mandatos de optimización<sup>51</sup>. Estos son considerados como una orden para que el Estado los realice siempre en la mayor medida posible. Un mandato de siempre hacer cada vez más por mejorar su implementación, buscando siempre un mejor resultado porque son manifestaciones de la de dignidad humana. En este sentido, cualquier intervención a los derechos fundamentales se debe analizar haciendo uso del principio de proporcionalidad y ponderación, es decir, desde las exigencias de los subprincipios de idoneidad (si con esa medida se ha de conseguir el objetivo propuesto – garantizar el orden público sin poner en peligro las personas y los bienes-, necesidad (si no existe otra medida más moderada para la consecución de ese objetivo con la misma eficacia) y proporcionalidad en sentido estricto (si la medida es ponderada o

---

*proporcionalidad y principio de oportunidad en Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid, 1990, .

<sup>49</sup> BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales... Ob. cit.*, pág. 458 y ss.

<sup>50</sup> Para autores como HÄBERLE, P., "El Estado Constitucional Europeo", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 002, 2000, pág. 87-104., el núcleo esencial de los derechos radica un centro de la conducta que el derecho protege, imposibilitado de interferencias externas. Con independencia de las modalidades que adopte el derecho no es susceptible de interpretaciones u opiniones que estén ligadas a la situación o contexto político que rodee un país. En este sentido, el contenido esencial consiste en su naturaleza, es decir, en su esencia como principio de operación, en la esfera irreductible del derecho.

<sup>51</sup> ALEXY, R., *Tres escritos de los derechos fundamentales... Ob. cit.*

equilibrada por derivarse de ella más ventajas para el interés general que perjuicios sobre otro bienes y valores en conflicto)<sup>52</sup>.

Ahora bien, como se ha dicho, más allá de las diversas teorías que niegan o aceptan la existencia de este núcleo esencial del derecho fundamental, resulta claro que, en el ordenamiento jurídico colombiano, la Corte Constitucional ha tenido en cuenta el contenido esencial como uno de los criterios de fundamentalidad de los derechos. Pero, en algunos casos, ha empleado criterios que se asemejan a la noción de las teorías relativas, haciendo mención a la teoría de la ponderación. Este es el caso de la Sentencia T- 426 de 1992: « (...) la interpretación y aplicación de la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales está indisolublemente vinculada al orden de valores consagrados en la Constitución. La ponderación de valores o intereses jurídico-constitucionales no le resta sustancialidad al núcleo esencial de los derechos fundamentales. El núcleo esencial de un derecho fundamental es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio (...) La constitución contiene una escala de valores que impide, salvo casos de extrema necesidad, conceder prioridad a un bien jurídico por encima de un derecho fundamental. En la ponderación de valores constitucionales requerida en cada caso, es necesario garantizar una especial “fuerza de resistencia” a los derechos fundamentales, representada en la teoría del núcleo esencial, frente a otros valores jurídicos consagrados en la Constitución»<sup>53</sup>.

En este orden de ideas, el núcleo esencial se ha desarrollado desde la jurisprudencia de la Corte constitucional como un ámbito intangible del derecho que vincula a las autoridades públicas y a los particulares. “Aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que

---

<sup>52</sup> Cfr. BERNAL PULIDO, C., "Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española?", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 30, 2007, pág. 273-291. En el mismo sentido SSTC 66/99 (RTC/66), 207/96 (RTC/207), 161/97 (RTC/161), 136/99 (RTC/136).

<sup>53</sup> CALDERON, J. J., *Una aproximación al influjo dogmático de la teoría iusfundamental de Robert Alexy en la jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales*, Manizalez, 2004, pág. 275 y ss. En el mismo sentido Sentencia T- 473/98.

los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”<sup>54</sup>.

Tres requisitos esenciales se han abordado: conexión directa con los principios, eficacia directa y contenido esencial. Estos se infieren de la presencia de algunos de los siguientes **criterios analíticos**: consagración expresa, remisión expresa, conexión directa con otros derechos expresamente consagrados y carácter derecho inherente a la persona.

## ii. Criterios analíticos.

### a. La consagración expresa.

Este es un criterio tan claro como aquellos derechos que han sido estipulados, expresamente, por el constituyente con rango de derecho fundamental. En esta categoría se encuentran los incorporados en el Capítulo primero del Título Segundo de la Constitución Art. 11 a 41. Así como, el Art. 44 sobre los derechos de los niños, Art. 48 derecho a la Salud y el Art. 229 acceso a la administración de justicia.

### b. La remisión expresa.

Se trata de los derechos fundamentales contemplados en los tratados y convenios internacionales válidamente ratificados por Colombia que, en virtud del Art. 93 CN, forman parte del bloque de constitucionalidad y, además de ello, son criterios de interpretación de los derechos y deberes constitucionales. En este sentido la Corte Constitucional ha dicho: “(...) tal como sucede con los derechos humanos y con la prohibición de limitarlos en los estados de excepción, el constituyente ha estimado conveniente remitirse a los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, para reconocer su prevalencia en el orden interno, no sólo en cuanto a su texto mismo sino como pauta concreta para la

---

<sup>54</sup> *Idem.*



interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Constitución de 1991”<sup>55</sup>

### **c. La conexión directa con derechos expresamente consagrados.**

La teoría de la conexidad ha sido la utilizada por la Corte Constitucional Colombiana para hacer extensivo, el plus de protección constitucional establecido en el Art. 86 CN, a derechos sociales, económicos y colectivos (DES`Cs). En este sentido, el Alto Tribunal ha desarrollado una línea jurisprudencia de protección a los Derechos fundamentales que, indirectamente, se ponen en peligro o resultan grave e inminentemente amenazados por la vulneración de los DES`Cs<sup>56</sup>.

Para determinar la conexidad, ha considerado la Corte, es necesario realizar una interpretación global entre los principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos económicos sociales y culturales.

### **d. El carácter de derecho inherente a la persona.**

Como inherentes a la persona se consideran todos aquellos derechos sin los cuales el hombre no puede vivir dignamente. Es importante que el criterio se observe en un sentido amplio y dinámico de las normas, conforme al Estado social de derecho. “Es innegable que los derechos fundamentales representan una institución en el sistema jurídico de los valores de la teleología o de los principios que aparecen en la moral en forma de derechos humanos (...) los conceptos de libertad, igualdad, participación política o mínimo existencial se propusieron y configuraron, primero en el ámbito de la filosofía política y moral, como elementos de lo bueno y como objeto de los derechos humanos, antes de que se institucionalizaran en la Constitución (...) quien quiera indagar el conte-

---

<sup>55</sup> Sentencia T-406/1992.

<sup>56</sup> En este sentido: Sentencias de la Corte Constitucional T-574/96, T- 494/1993, T-395/1998 T-760/2008. Ejemplos de derechos fundamentales por conexidad son el derecho a la salud, antes de 2001 (T- 1081/2001) considerado un derecho prestacional, en conexidad con la vida e integridad física, o el derecho al medio ambiente también en conexidad con la vida.

nido de una disposición de derecho fundamental mediante la interpretación, debe buscar en la moral crítica<sup>57</sup>.

Aparte de los criterios analíticos ya mencionados, los requisitos esenciales de los derechos fundamentales se pueden inducir de **criterios fácticos** como carácter histórico y la importancia del hecho.

### iii. Criterios Fácticos.

#### a. Carácter histórico.

Este carácter de derecho fundamental implica en primer lugar que no todos los derechos fundamentales lo han sido en todos los tiempos, es decir, que algunos de ellos han sido producto de transformaciones sociales y han adquirido la categoría de fundamental para una sociedad específica. Ello implica que la naturaleza de un derecho fundamental va influida por la visión de la sociedad en donde se encuentren. Las sociedades cambian y evolucionan, lo fundamental para la sociedad va variando en cada contexto histórico y con esto surgen innumerables posiciones jurídicas subjetivas que, sin tener la categoría de origen de derecho fundamental, la van adquiriendo.

Ahora bien, el catálogo de derechos fundamentales, *mutatis mutandis*, es como el catálogo de delitos. El coste social ampliarlo, para quien tenga el poder de reforma constitucional (parlamento mediante acto legislativo, entre otros), es igual cero e, incluso, aquel que logre positivizar derechos fundamentales obtendrá un valor de signo positivo. Como lo explicaba FERRAJOLI "El progreso de la democracia constitucional se mide precisamente por la expansión de los derechos y su accionabilidad"<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> BERNAL PULIDO, C., "Los derechos fundamentales y la teoría de los principios...", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía... Ob. cit.*, pág. 287. En este trabajo recurre a la obra de ALEXY, R., "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático", en *Derechos y libertades*, Núm. 8, 2000, pág. 12 y ss.

<sup>58</sup> Citado por: DURANGO ALVAREZ, G., "Aproximaciones conceptuales a la democracia constitucional...", en *Opinión Jurídica... Ob. cit.*, pág. 189-204, "Creo que Ferrajoli concibe esta idea como aquella desarrollada por M. Fioravanti cuando expone su idea de la Constitución Norteamericana como «norma directiva fundamental de garantía», esto es, las leyes del Estado deben ser juzgadas e interpretadas conforme a la constitución". Así

Por tanto, el coste social de generar listados *numerus clausus* o excluir alguno del catálogo será absolutamente negativo.

### **b. Importancia del hecho.**

La realidad social que rodea el caso concreto puede generar tal relevancia en los hechos que amerite que esa situación jurídica concreta cobre importancia y amerite ser protegida. Será sólo el juez, a través de su interpretación, el que pueda relacionar los hechos y las normas e ir delimitando los derechos fundamentales.

Para el profesor ARANGO RIVADENEIRA resultan de gran importancia las razones que rodean la situación concreta y que sirven para argumentar la existencia de una posición jurídica que asuma, en el caso concreto, un alto grado de importancia<sup>59</sup>. Para este autor los derechos humanos no se conciben sólo desde la idea negativa de derechos o los espacios de libertad<sup>60</sup>, están contruidos sobre un derecho subjetivo más una pretensión de universalización. En ese sentido, los derechos fundamentales son “derechos subjetivos con un alto grado de importancia”, las declaraciones de derechos humanos son declaraciones, válidas en su momento, pero evolucionan y la argumentación será la que, en cada caso, categorice el derecho.

En este marco, los derechos fundamentales en Constitución de 1991 responden a una cláusula *numerus apertus* lo que abre la posibilidad de **derechos fundamentales innominados**<sup>61</sup>.

El Constituyente colombiano no determinó en forma taxativa cuáles eran los derechos constitucionales fundamentales ni sus garantías. Por

---

mismo, cita la obra de FIORAVANTI, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, 1996, pág. 127 y ss.

<sup>59</sup> ARANGO RIVADENEIRA, R., *El concepto de derechos sociales... Ob. cit.*, pág. 46 y ss.

<sup>60</sup> En su origen una teoría de derechos subjetivos basada en la esfera de autodeterminación individual a la cual no pueden acudir los poderes instituidos. Derechos absolutos frente a los cuales, los demás tienen una prohibición de hacer. Espacios de libertad como la conciencia, el culto, la locomoción, asociación, expresión etc.

<sup>61</sup> A diferencia de algunos textos constitucionales de otros países, como es el caso de la Constitución española de 1978 -artículos 14 a 29 y 30.2- y de la Constitución alemana - artículos 2 al 17 de conformidad con el apartado 3 del artículo 1.

el contrario, en el Art. 94 CN estableció que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la constitución y en los convenios internacionales vigentes, no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana (en el sentido teleológico de la acepción) no figuren expresamente en ellos. De la mera lectura del artículo constitucional, interpretada de conformidad con el carácter normativo y vinculante del texto fundamental, se infiere que a los poderes públicos le corresponde la salvaguarda, no sólo los derechos fundamentales así enunciados por la Constitución o los tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, sino además de todas aquellas posiciones jurídicas importantes que, siendo inherentes a la persona humana, deban ser protegidas.

Así mismo, siguiendo el texto fundamental, reconoce el mismo legislador en el Art. 2 D.2595/91<sup>62</sup>, que es el juez quien debe buscar la naturaleza del derecho fundamental, una naturaleza que permita su tutela, para casos concretos. «Es entonces en la naturaleza, en el estudio de su esencia, en donde el Juez descubre si está frente a un derecho fundamental (...) La labor que realiza el Juez de Tutela es de verificación; él no crea el derecho fundamental, lo desentraña y verifica. Esta "teoría de la verificación" también es desarrollada por Dworkin sobre la figura del Juez modelo, capaz de encontrar racionalmente la solución justa. "El Juez no tiene una función creadora, sino garantizadora de los derechos"»<sup>63</sup>.

Por la vía de derechos innominados en Colombia la Corte Constitucional ha incorporado a la carta de derechos fundamentales los derechos a: la dignidad humana<sup>64</sup>, el mínimo vital y móvil<sup>65</sup>, la seguridad personal<sup>66</sup>, la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección constitu-

---

<sup>62</sup> Estudiado en su constitucionalidad y declarado exequible por Sentencia de la Corte Constitucional C-018/93.

<sup>63</sup> Citando el trabajo de DWORKIN, citado por el Profesor PAREJO ALFONSO, L., "Constitución y valores del ordenamiento", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo I*, Madrid, 1991, pág. 93 y ss. Sobre los derechos innominados: Sentencia de la Corte Constitucional T- 002/1992.

<sup>64</sup> Sentencia T- 881/2002.

<sup>65</sup> Sentencia T- 005/95, T-500/96, SU-111/97, T-289/98.

<sup>66</sup> Sentencia T-719/2003.

cional<sup>67</sup> y, como veremos, a la Tutela Judicial Efectiva<sup>68</sup>. Los derechos fundamentales, *lato sensu*, poseen un **plus de protección** como garantía constitucional. Esta especial protección se traduce en cierta rigidez en su reforma constitucional, es decir, aprobado por el congreso el acto legislativo de reforma deberá someterse a referéndum, si así es solicitado por el cinco por ciento de los ciudadanos que integran el censo electoral (Art. 377 CN)<sup>69</sup>. Pero no sólo, como ya se ha mencionado, los derechos fundamentales también están blindados con otro tipo de garantías tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales. Dentro de estas últimas están: el contenido normativo de tales derechos, el respeto del contenido esencial, la eficacia directa de su contenido, la vinculación a los poderes públicos (no sólo al poder judicial<sup>70</sup>) y a los particulares, reserva de ley estatutaria y la competencia del Ministerio Público (procuraduría y defensoría del pueblo) para la defensa de estos derechos. Dentro de las garantías jurisdiccionales se encuentra todo el sistema jurisdiccional de protección de derechos fundamentales que, como no puede ser menos, inicia con los medios de control ordinarios ante los jueces contencioso-administrativos. Los procesos ordinarios (simple nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, controversias contractuales, entre otros...) deben ser el escenario idóneo para encontrar la protección de derechos en general y, por lo tanto, también la protección de derechos fundamentales. Así mismo, el sistema continúa con la acción de tutela o derecho de amparo constitucional y cierra con la protección ante los Tribunales Internacionales de Derechos Fundamentales, para el caso colombiano la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

---

<sup>67</sup> Inferido además del Art. 2 y 53 CN.

<sup>68</sup> Sentencia T- 470/2008. Inferido del Art. 29 y 229 CN.

<sup>69</sup> Plus de garantía que sigue las orientaciones de la CE (Art. 168) y del Art. 79-3 de la Ley Fundamental del Bonn de 1949.

<sup>70</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, C. A., "El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales", en *XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Lima 2008, pág. Versión online: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v22n1/art09.pdf>. En realidad, los jueces y los demás operadores jurídicos tienen el deber de aplicar los preceptos constitucionales derivando de esto la autorización para que haya una concreción por vía interpretativa.

#### 4. La Tutela Judicial Efectiva como Derecho fundamental.

Decíamos líneas atrás que, en el ordenamiento jurídico español la afirmación Tutela Judicial Efectiva como derecho fundamental no tiene discusión alguna. Como ya se dijo, el Art. 24 CE determina expresamente que “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión. 2. Así mismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia del letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La Ley regulará los casos, en que por razón de parentesco o secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”. Como se verá más adelante, este artículo tiene dos partes. Aunque ambas garantizan la tutela judicial efectiva, la primera de ellas, referida al numeral 1, que garantiza la tutela judicial efectiva a través del acceso a la administración de justicia y las tutelas declarativa, ejecutiva y **cautelar**<sup>71</sup> y la segunda mediante las garantías del debido proceso.

Sin embargo, la argumentación de la tutela judicial efectiva como derecho fundamental en el ordenamiento colombiano debe pasar por una aproximación al concepto del mismo, y por el análisis de cumplimiento de los caracteres de fundamentalidad arriba descritos. A pesar de que las Altas cortes (Consejo de Estado y Corte Constitucional) se han pronunciado sobre determinadas materias relacionadas con las manifestaciones de este derecho y del reconocimiento expreso constitucional del acceso a la administración de justicia y del debido proceso, todavía no existe un tratamiento analítico completo sobre el derecho a la tutela judicial efectiva como un todo<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> STC 46/1982 (RTC/46).

<sup>72</sup> La misma situación se presenta en Francia. Así lo explica la profesora DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo...* Ob. cit., pág. 118. En el ordenamiento jurídico francés no existe un pronunciamiento expreso constitucional

#### 4.1 Una aproximación al concepto de Tutela Judicial Efectiva.

Indiscutiblemente cualquier derecho fundamental que se pretenda debe encontrar asidero directo en el componente axiológico de la carta fundamental. El valor de la justicia, la dignidad humana<sup>73</sup> son los principios constitucionales de los que emana el derecho a la tutela judicial efectiva. Así mismo, la convivencia pacífica como fin del Estado (preámbulo, Art. 1 y 2 CN)<sup>74</sup>.

Tres momentos (traducidos en tres grandes garantías) abarca la tutela judicial. El primero, la posibilidad de acceder a la jurisdicción, el derecho al recurso o al juez; el segundo el debido proceso con todas las garantías o un proceso justo y, el tercero, la ejecución de sentencia, un fallo de fondo que se cumpla y sea efectivo. Se trata del derecho de toda persona a que se haga justicia, a que cuando pretenda algo de la otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con las garantías mínimas cuya decisión no sea una mera declaración de intenciones<sup>75</sup>.

---

sobre la tutela judicial efectiva, sin embargo, los jueces han ido elaborando diversos principios que no han logrado reconducirse a una unidad dogmática.

<sup>73</sup> Sobre los valores superiores de las Constituciones: PECES- BARBA, G., *Los valores superiores*, Madrid, 1984, pág. 115 y ss; PRIETO SANCHÍS, L., *Estudio sobre los derechos fundamentales*, Madrid 1990, pág. 161. En cuanto al valor de la justicia si bien a él, junto con el de libertad, igualdad, pluralismo y dignidad humana, puede reconducirse en última instancia todo el ordenamiento jurídico.

<sup>74</sup> Cfr.: Sentencia C- 426/2002 la tutela judicial efectiva “contribuye decididamente a la realización material de sus fines esenciales e inmediatos como son, entre otros, los de garantizar un orden político, económico y social justo, promover la convivencia pacífica, velar por el respeto a la legalidad y a la dignidad humana y asegurar la protección de los asociados en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades públicas”.

<sup>75</sup> Cfr.: GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, 1984, pág. 29 y ss.; en el mismo sentido: Sentencia del Consejo de Estado, 22 de junio de 2011, exp. 19227, M.P. Jaime Orlando Santofimio. También en el derecho español esta definición se ha planteado por el Tribunal Constitucional en SSTC 63/1999, de 26 de abril (RTC/63); 206/1999, de 8 de noviembre, (RTC/206); 198/2000, de 24 de julio, (RTC/198); 116/2001, de 21 de mayo, (RTC/116), entre otras.

La Constitución Colombiana contempla en su Art. 29 el derecho fundamental al debido proceso con todas las garantías y en su art. 229 el acceso a la administración de justicia. Si bien en Colombia ha ido abriéndose camino en la jurisprudencia el derecho de acceso a la administración de justicia como sinónimo de tutela judicial efectiva<sup>76</sup>, es necesario aclarar que se prefiere el segundo de los términos por el “carácter onmicomprensivo”<sup>77</sup> del mismo. El acceso a la administración de justicia alude solamente a una de las garantías de la tutela judicial efectiva y en la normatividad internacional o en la doctrina no resulta unánime su uso como sinónimo al derecho a la tutela judicial efectiva.

Ahora bien, en Sentencias de la Corte Constitucional como la C-893/2001 se define el derecho descrito en los Art. 29 y 229 CN de la siguiente manera: “la función pública de administrar justicia puede ser concebida desde este enfoque como la contrapartida del derecho constitucional del libre acceso a la jurisdicción, en virtud del cual las personas tienen derecho a ser parte en un proceso promoviendo la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones que se le formulen (...) ciertamente, el artículo 229 Superior reconoce a todas las personas el derecho a obtener tutela judicial efectiva por parte de los jueces y tribunales que integran la administración de justicia, garantía que entraña la posibilidad de acudir libremente a la jurisdicción siendo parte en un proceso promoviendo la actividad jurisdiccional que concluya con una decisión final motivada, razonable y fundada en el sistema de fuentes (...)”. Es decir, que tampoco le queda tan claro al intérprete de la constitución que “acceso a la administración de justicia” (en sentido amplio) sea la acepción más adecuada para entender el derecho que contiene, no sólo el derecho al recurso o al juez, sino además, de proceso justo y efectividad de la sentencia. Por esta razón, hace referencia expresa al denominado derecho a la “tutela judicial efectiva”.

---

<sup>76</sup> Sentencia Corte Constitucional C- 207/2003. Sentencias Consejo de Estado, 4 de mayo 2011, exp. 19.957, M.P. Ruth Stella Correa; 13 de agosto de 2009 exp. 11001032400020040016501, M.P. María Claudia Rojas Lasso, 30 de marzo de 2011, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>77</sup> DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 118.



Además, el Alto Tribunal reconoce que la realización del acceso a la administración de justicia (*lato sensu*) no se agota en la posibilidad real que debe tener cualquier persona de plantear su solicitud o pretensión ante las debidas instancias, sino que, sólo se logra "(...)cuando, dentro de determinadas circunstancias y con arreglo a la ley, el juez garantiza igualdad a las partes, analiza las pruebas, llega a un libre convencimiento, aplica la Constitución y la ley y, si es el caso, proclama la vigencia y realización de los derechos amenazados o vulnerados". Es por ello que, dentro de este marco, califica el derecho incorporado en los artículos 29 y 229 de la Carta Política "como uno de los derechos fundamentales, susceptible de protección jurídica inmediata"<sup>78</sup>.

Puede que las Altas Cortes Colombianas hayan optado por mantener el término "acceso a la administración de justicia", entre otras, para evitar inducir en error a la ciudadanía respecto de la tutela judicial efectiva frente a la acción de tutela (Art. 86 CN) que, particularmente, en Colombia, ha sido absoluta protagonista en la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho. Valgan los argumentos utilizados para decir que, por comprender todo el conjunto de garantías arriba descritas – acceso a la administración de justicia – debido proceso – efectividad de la sentencia, la denominación tutela judicial efectiva resulta la más acertada.

En este orden, la primera garantía que comprende la tutela judicial efectiva es **el acceso a la justicia** (*strictu sensu*). Se trata de la posibilidad que deben tener todas las personas de accionar el andamiaje de justicia. La ubicación geográfica en el texto constitucional del derecho de acceso a la administración de justicia no era la más afortunada con respecto al Título II, Capítulo I. Sin embargo, dado el carácter normativo de toda la Constitución y el concepto de derechos fundamentales dentro del Estado Constitucional, la Corte Constitucional consideró que se trataba de un derecho fundamental. "Teniendo en cuenta su importancia política, la jurisprudencia constitucional le ha venido reconociendo al acceso a la administración de justicia el carácter de derecho fundamental de aplicación inmediata, integrándolo a su vez con el núcleo esencial del derecho al debido proceso. Esto último, por cuanto la proclamación del derecho a la tutela judicial efectiva es el medio a través del cual se asegura el acceso al servicio público de la administración de justicia -cuando se dan las

---

<sup>78</sup> Sentencia Corte Constitucional T- 479/98.

circunstancias requeridas-, de manera que, sin su previo reconocimiento, no podrían hacerse plenamente efectivas el conjunto de garantías sustanciales e instrumentales que han sido estatuidas para gobernar y desarrollar la actuación judicial”<sup>79</sup>.

El derecho a la tutela judicial efectiva, además de integrarse por el derecho al acceso a la justicia, también tiene otro pilar fundamental integrador que es el **derecho fundamental al debido proceso**<sup>80</sup>. Dentro del paradigma del Estado Constitucional, parece más correcto hablar de un “derecho fundamental a un proceso justo”<sup>81</sup> pues éste no se limita únicamente a garantizar la legalidad, *stricto sensu*, de las formas propias de cada proceso. La efectividad del proceso dependerá de la mayor posibilidad de materializar los derechos que, mediante el mismo, se estén haciendo valer<sup>82</sup>. “El proceso debe servir para la producción de decisio-

<sup>79</sup> Sentencia Corte Constitucional C-426/02. Así mismo, C-878/05 y C-893/2001.

<sup>80</sup> Entre otras establecido en la IV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América. Art. 24.1 CE, Convención Americana de Derechos Humanos Art. 8 y 25; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales Art. 6. El Art. 29 CN establece: “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. Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable, quien sea sindicado tiene derecho a defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

<sup>81</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, C. A., “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva...”, en *XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal... Ob. cit.*, pág 11 y ss. En semejante contexto la perspectiva de un debido proceso legal, correspondiente a una visión claramente liberal (...) debe ser comprendida a partir de una visión dinámica” en que todos los institutos y categorías son leídos, una vez más, a la luz de la constitución”.

<sup>82</sup> *Idem*. En el mismo sentido, Vid: COMOGLIO, L. P., FERRI, C. and TARUFFO, M., *Lezioni sul processo civile II. Procedimento speciali, cautelare ed esecutivi*, Bologna, pág. 58.

nes conforme a la Ley; pero, además, dentro del marco de esa corrección, sirve esencialmente para la producción de decisiones justas”<sup>83</sup>.

Es un derecho fundamental de aplicación inmediata que, como los demás, resulta vinculante para los poderes públicos y para los particulares y, por tanto, aplicable tanto a actuaciones judiciales como administrativas, que debe interpretarse de conformidad con el resto de postulados constitucionales, en especial, con los principios de igualdad e imparcialidad. El debido proceso resulta, a su vez, contenido de ciertas garantías<sup>84</sup> “mínimas”, entre ellas, ley preexistente, juez o tribunal competente, observancia formal de principios del juicio, favorabilidad penal, presunción de inocencia, derecho de defensa y contradicción, no dilación injustificada de actuaciones, asistencia jurídica gratuita, prohibición bis in ídem y prohibición de la indefensión. Se hace uso del término “mínimas”<sup>85</sup> porque realmente no se trata de un listado cerrado. En el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se encuentra un marco competencial amplio para el juez para el “descubrimiento del derecho en el caso concreto que se vincula con los principios de manera am-

---

<sup>83</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, C. A., "El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva...", en *XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal... Ob. cit.*, pág. 6. Igualmente la máxima se extrae de ALEXY, R., *Teoría General de los Derechos Fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdez*, Madrid, 1997, pág. 472.

<sup>84</sup> HOYOS, A., *La interpretación constitucional*, Bogotá, 1993, pág. 60: "La garantía constitucional del debido proceso es una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso —legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas— oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos".

<sup>85</sup> Las garantías mínimas han sido definidas por FIX-ZAMUDIO, H., *Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica*, México, 1974, pág. 25 y ss.: "como aquéllas que integran el sector jurídico (...) integrado por todas las normas consagradas expresa o implícitamente en los preceptos de la Carta Fundamental que se dirigen hacia la realización de una justa y rápida impartición de la justicia, en todas las ramas del enjuiciamiento (...)". En el mismo sentido HOYOS, A., "Constitución e impartición de justicia...", en *Memorias del V Congreso Iberoamericano... Ob. cit.*, pág. 429 y ss.

plia”<sup>86</sup>. Esta visión no se limita entonces al contenido de garantías mínimas expresamente integradas por el constituyente. Se pueden incorporar garantías “a partir de otros derechos fundamentales y de otros principios contenidos en la Constitución con vistas a la concreción de un proceso justo y de la tutela judicial efectiva”<sup>87</sup>.

Además del acceso a la administración de justicia y del debido proceso, la tercera gran garantía de la tutela judicial efectiva es la efectividad de la sentencia (Art.1, 2, 6,29 y 86 CN). Este concepto es fundamental, porque implica como los fallos no tendrían efectos puramente declarativos o, mejor aún, decorativos. No en vano esta garantía se ha considerado como una de las más importantes para la existencia y funcionamiento del Estado Social de Derecho<sup>88</sup>. La efectividad de la tutela judicial se mide, finalmente, en la materialización de los derechos (ya sea del accionante o del accionado). La decisión de fondo tomada por la autoridad judicial debe satisfacer, con sus argumentos, la posición jurídica de las partes, es decir debe corresponder con la protección de los derechos de quien demuestre tener la razón en el proceso. La decisión de fondo “ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que la fundamentan”<sup>89</sup>. Entonces, la sentencia no sólo debe pronunciarse de fondo sobre los derechos e intereses legítimos en litigio, sino que, además, dicha decisión debe poder materializarse. Desde este punto de vista, no será efectiva, por ejemplo, una sentencia que ordene una indemnización a favor del accionante que en ningún momento incoó ante el aparato ju-

---

<sup>86</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, C. A., "El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva...", en *XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal... Ob. cit.*, pág. 6.

<sup>87</sup> *Idem*, pág. 11. En el mismo sentido: HOYOS, A., "Constitución e impartición de justicia...", en *Memorias del V Congreso Iberoamericano... Ob. cit.*, pág. 429- 447: "Estamos en presencia de un verdadero derecho fundamental, de carácter instrumental, que comparte características de los derechos de libertad porque crea una esfera, para los titulares, libre de ciertas injerencias por parte del Estado y de los derechos de prestación porque obliga al Estado a asegurar ciertas condiciones en todo proceso".

<sup>88</sup> Sentencia Corte Constitucional T. 554/92. "El sistema jurídico tiene previstos diversos mecanismos (CP arts. 86 a 89) para impedir su autodestrucción. Uno de ellos es el derecho fundamental al cumplimiento de las sentencias comprendido en el núcleo esencial del derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas consagrado en el artículo 29 de la Constitución (CP. Preámbulo, arts. 1, 2, 6, 29 y 86)".

<sup>89</sup> SSTC 58/1997, de 18 de marzo, (RTC/58); 25/2000, de 31 de enero, (RTC/25).

dicial una pretensión indemnizatoria, sino una pretensión de protección de derechos.

Una sentencia que no logre materializarse, de conformidad con el derecho protegido en la misma, carecerá de todo sentido y, por tanto, vulnerará la tutela judicial. Habrá logrado el Estado que su ciudadano haya puesto en funcionamiento el andamiaje judicial, durante todo el tiempo necesario para garantizar el debido proceso para dilucidar su derecho, pero habrá fracasado el mismo si con su sentencia no logró más que la frustración del ciudadano que no encontró la protección de aquello a lo que tenía derecho.

No pensar en la efectividad de la sentencia como el cierre del haz de garantías de la tutela judicial resultaría en contravía con el cumplimiento de los fines estatales y, por lo tanto, con el interés general. Para ello, será indispensable que los jueces adopten las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la protección de los derechos e intereses legítimos en litigio de los ciudadanos que acuden a la jurisdicción. Sólo de esa manera se evitará que el fallo, en el momento en que llegue, esté vaciado de contenido.

#### **4.2 ¿Qué caracteres de fundamentalidad se destacan en el derecho a la tutela judicial efectiva?**

##### **a. La remisión expresa.**

Este es uno de los criterios de fundamentalidad más contundentes de la Tutela Judicial Efectiva. La Constitución colombiana en su Art. 93 y 94 incorpora el concepto de bloque de constitucionalidad y reconoce plenos efectos jurídicos a los tratados y convenios internacionales, sobre derechos humanos, ratificados válidamente por Colombia<sup>90</sup>.

En este sentido, dos de los más importantes instrumentos internacionales consagran el derecho a la tutela judicial efectiva. El primero de ellos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que, en su Art. 8, contempla el derecho al recurso efectivo “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes,

---

<sup>90</sup> Sentencia Corte Constitucional C – 574/1992.

que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”. Así mismo, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, incorporada por al ordenamiento mediante la Ley 16/1972, ratificada por Colombia el 28 de mayo de 1973, en los artículos 8. 1 y 25, reconocen expresamente el derecho de acceso a la administración de justicia, a un debido proceso con todas las garantías y a la efectividad de la sentencia, en los siguientes términos: “Art. 8.1 Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. “Art. 25.1. 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, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión que haya estimado procedente el recurso”. Igualmente, el Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969, declara que: “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con todas las garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

Pues bien, la materialización de dicho derecho pasa por la posibilidad de plantear las pretensiones ante la jurisdicción, dilucidar, probar y alegar a través del proceso y obtener una respuesta efectiva. Una decisión judicial que sea útil y pueda incidir en la esfera del individuo que reclama protección de sus derechos<sup>91</sup>.

---

<sup>91</sup> Sentencia Consejo de Estado, exp. 19.957, 4 de mayo de 2011. M.P. Ruth Stella Correa.

## **b. Derecho inherente a la persona.**

La tutela judicial efectiva, como lo hemos dicho, constituye un pilar del Estado Social de derecho, resulta un derecho indispensable para el logro de los fines del Estado y la materialización de la Justicia. Por lo tanto, se constituye para el propio individuo un derecho fundamental que le resulta indispensable para desarrollarse dentro de la sociedad y garantizar su convivencia pacífica<sup>92</sup>. Es un derecho instrumental en la medida en que, sólo a través de él, se logra la materialización de los derechos constitucionales que, por alguna razón injustificada del Estado o de un particular, no se están pudiendo ejercer por parte de su titular.

## **c. Derecho Innominado.**

Como se ha explicado, la Constitución colombiana de 1991 estableció en su Art. 94 que es posible reconocer la existencia de otros derechos constitucionales fundamentales que no estén expresamente mencionados en el Título II Capítulo I, e incluso, que no estén expresamente mencionados en tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos. Por lo tanto, el legislador y los jueces pueden encontrar otros derechos distintos de categoría fundamental y otorgar su protección<sup>93</sup>.

Ahora bien, dentro del derecho a la Tutela Judicial Efectiva se encuentran todas las garantías procesales generales, incluidas expresamente en el Art. 229 y 29 CN, la observancia de las formas propias de cada juicio, ley previa, el derecho de defensa, contradicción, publicidad, favorabilidad penal, presunción de inocencia, asistencia jurídica gratuita, prohibición del *bis in idem* y de la indefensión, entre otras. Las garantías de acceso a la administración de justicia, de un proceso justo y de la efectividad de la sentencia se han ido expandiendo y lo harán cada día más en la

---

<sup>92</sup> Sentencia Corte Constitucional T- 476/98.

<sup>93</sup> ORTIZ GUTIÉRREZ, J. C., "La constitución colombiana de 1991 y las nuevas bases normativas para la impartición de justicia", en *V Congreso Iberoamericano de de Derecho Constitucional*, Mexico, 1998, pág. 711: «supone el principio del "el favor libertatis" que comporte que en caso de duda la interpretación debe favorecer el ejercicio de la libertad y del derecho fundamental».

medida en que se incorporen herramientas específicas necesarias para la aplicación directa de los derechos constitucionales<sup>94</sup>.

Pues bien, estos tres criterios fácticos arriba expuestos, **permiten evidenciar la conexión directa con los principios, la eficacia directa y el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva.**

#### a. **Conexión directa con los principios.**

En primer lugar, se establece que la Tutela Judicial efectiva tiene una **conexión directa con los principios Justicia, dignidad humana, libertad, igualdad** y con la **convivencia pacífica** como fin del Estado. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional: "constituye un pilar fundamental de la estructura de nuestro actual Estado Social de Derecho, en cuanto contribuye decididamente a la realización material de sus fines esenciales e inmediatos como son, entre otros, los de garantizar un orden político, económico y social justo, promover la convivencia pacífica, velar por el respeto a la legalidad y a la dignidad humana y asegurar la protección de los asociados en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades públicas"<sup>95</sup>.

#### b. **Eficacia directa.**

La eficacia de las normas constitucionales no puede ser vista meramente en abstracto, dependerá de los hechos del caso concreto. Será el operador judicial el que determine, desde el texto constitucional y los supuestos fácticos, la eficacia de la norma para cada caso en concreto. La eficacia de los derechos depende también de una jurisdicción independiente, profesional, con poderes y procedimientos idóneos para garantizar los derechos. La materialización de derechos no puede llegar, exclusivamente, por una labor del juez hecha en procedimientos constitucionales especiales (derechos de amparo o acciones populares) también debe incorporarse a todo tipo de medios de control o acciones ordinarias. Aho-

---

<sup>94</sup> De obligatoria consulta los trabajos de CAPPELLETTI, M., *Giudici Legislatori?*, Milano, 1984, y "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 17, 1986 pág 9 a 47.

<sup>95</sup> Sentencia Corte Constitucional C-426/02.



ra bien, tratándose de derechos de los administrados, la efectividad de derechos debe encontrarse primero en el escenario de la Administración Pública, pues ella, constitucionalmente, es la primera llamada a materializarlos.

### 4.3 Sobre el contenido esencial de la tutela judicial efectiva en el derecho español y colombiano.

En cuanto al **contenido esencial** se ha señalado que, más allá de las diversas teorías que niegan o aceptan la existencia de éste como límite a la intervención del legislador en el del derecho fundamental, el núcleo esencial del derecho fundamental logra ser protegido por el principio de razonabilidad y ponderación. Por lo tanto, los límites impuestos por el legislador, producto de su configuración democrática, no deben resultar irracionales, desproporcionados, impracticables o impedir el fin legítimo del derecho, pues, de ser así, se estaría dejando desprovisto al derecho fundamental de la necesaria protección<sup>96</sup>.

Pues bien, **la finalidad de la tutela judicial efectiva** no es otra que **poner fin a la intromisión ilegítima o legítima (en los casos en que el individuo no tenga el deber jurídico de soportarla) y reponer al individuo en el ejercicio del derecho del que se ha visto privado**<sup>97</sup>. Por lo tanto, si el legislador, habilitado por su libertad de configuración democrática, está legitimado para regular el derecho, los deberes o requisitos a los que someta el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva deben necesariamente permitir que se finalice tal intromisión y facilitar el ejercicio del derecho por su titular.

El acceso a la justicia, el debido proceso y la efectividad de la sentencia son derechos agrupados en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Desde el propio texto constitucional, estos derechos poseen

---

<sup>96</sup> STC 11/1981, 8 de abril, (RTC/11).

<sup>97</sup> Cfr. PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Barcelona, .2007, pág. 337 y ss.

una titularidad específica (todas las personas, naturales y jurídicas<sup>98</sup>, nacionales o residentes en el del territorio colombiano), un sujeto obligado (Estado y particulares) y un contenido obligacional que salvaguardar frente a quien requiere del proceso para obtener la razón.

En este marco, corresponde al Estado garantizar el acceso al servicio público esencial de justicia, asegurar que las pretensiones se dilucidan a través de procedimientos justos que respeten las garantías mínimas de ley preexistente, derecho de defensa, contradicción, publicidad, favorabilidad penal, presunción de inocencia, asistencia jurídica gratuita, prohibición del *bis in idem* y de la indefensión y procurar porque dichos procedimientos finalicen con una sentencia de fondo, ajustada a derecho, que logre poner fin a la intromisión que se está causando a una de las partes y permitirle el ejercicio del derecho o interés legítimo del que se ha visto privado. Esto último, como lo veremos en el siguiente acápite, resultará imposible si no se garantiza previa y provisionalmente los derechos o intereses en litigio.

Es decir, la efectividad de la sentencia dependerá, entre otras, de que los requisitos o deberes que imponga el legislador para obtener la tutela judicial efectiva sean racionales y proporcionados y estén encaminados al cumplimiento de la finalidad constitucional de este derecho fundamental. Dependerá también de que el Juez pueda adoptar y adopte todas las medidas que estime conducentes para el fin descrito, así como, de que pueda prevenir y prevenga inmediatamente las posibles intromisiones ulteriores en el derecho o interés legítimo que puedan presentarse<sup>99</sup>. «No existe duda que cuando el artículo 229 Superior ordena "garantiza[r] el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia", está adoptando como imperativo constitucional del citado derecho su efectividad, el cual comporta el compromiso estatal de lograr, en forma real y no meramente nominal, que a través de las actuaciones judiciales se restablezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se estiman violadas»<sup>100</sup>. Se puede avizorar como,

---

<sup>98</sup> Se trata de la efectividad de los derechos e intereses de los ciudadanos, incluso los de las propia Administración. Sobre la Administración pública como titular del derecho a la tutela judicial efectiva *vid* STC 15/2001, 29 de enero, (RTC/15).

<sup>99</sup> Cfr. PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional... Ob. cit.*, pág. 337 y ss.

<sup>100</sup> Sentencia Corte Constitucional C-426/2002, 29 de mayo de 2002.

desde la propia “constitucionalización” del derecho a la tutela judicial efectiva, se encuentra un contenido de autentico otorgamiento de competencia, una clausula abierta para que el juez, motivadamente, ordene cualquier tipo de medida necesaria para garantizar que se finalice la intromisión que está perturbando el ejercicio del derecho a su titular<sup>101</sup>.

Valga recordar, como se explicaba al iniciar este acápite, que la Corte Constitucional colombiana consideró el acceso a la administración de justicia parte del “núcleo esencial del derecho al debido proceso” y, por tal razón, le asigna la categoría de derecho fundamental de aplicación inmediata. En ese sentido, resulta difícil encontrar algo más “esencial” para la tutela judicial efectiva que el acceso a la administración de justicia, o las garantías establecidas en el propio Art. 29 CN. Así mismo, resulta difícil imaginar, algo más esencial que garantizar que la sentencia se materialice, que no se vacíe anticipadamente de contenido y que pueda incidir en la esfera de la parte que obtuvo la razón en el proceso<sup>102</sup>.

Igual para el **derecho español**. Cuesta encontrar alguna garantía más esencial para el derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 24CE) que el acceso a la administración de justicia, la prohibición de la indefensión, el derecho a juez ordinario predeterminado por la ley, el derecho de defensa, de asistencia jurídica gratuita, el derecho de contradicción, la presunción de inocencia o el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, así como, la obtención de una resolución fundada en derecho que pueda ejecutarse y se materialice de conformidad con lo solicitado por quien obtuvo la razón en el proceso. Amén de ello, el Art. 53 de la Constitución Española consagra expresamente la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales y la garantía de re-

---

<sup>101</sup> Cfr. ALVARO DE OLIVEIRA, C. A., “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva...”, en *XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal... Ob. cit.*, pág. 6

<sup>102</sup> En una posición un poco ecléctica la sentencia la citada Sentencia del Constitucional C-426/2002 precisa que si bien la tutela judicial efectiva se define como un derecho fundamental de aplicación inmediata, esta última característica es predicable, básicamente, de su contenido o núcleo esencial, ya que el diseño de las condiciones de acceso y la fijación de los requisitos para su pleno ejercicio corresponde establecerlos al legislador.

serva de Ley “que en todo caso deberá respetar su contenido esencial”<sup>103</sup>.

Sin embargo, todas las garantías aquí señaladas son reguladas por el legislador (tanto en el ordenamiento colombiano<sup>104</sup>, como en el español). No por el legislador mediante ley orgánica (Art. 81.1CE) o estatutaria (Art. 152CN) sino mediante ley ordinaria, en virtud de su potestad legislativa (Art. 66CE, 150 CN), es decir, de su libertad de configuración legislativa, esa que depende de mayorías parlamentarias y de las circunstancias socio – políticas del país.

Si realmente el núcleo esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva fuera intocable e invariable, probablemente muchas de las disposiciones normativas que conforman la legislación procesal no soportarían un juicio de constitucionalidad. Ahora, la arbitrariedad del los poderes públicos (incluso la del legislador) está proscrita dentro del Estado Constitucional, por lo que, la potestad de configuración legislativa, transferida en virtud de su legitimación democrática, también tiene los límites establecidos en la propia constitución (Art. 1.1, 9.3, 10 y 19.2 CE<sup>105</sup> y 1, 2, 13 CN). Los límites que enmarcan los parámetros de con-

---

<sup>103</sup> RUBIO LLORENTE, F., *derechos fundamentales y principios constitucionales*, Barcelona, 1995, pág. 261 y ss. En el mismo sentido: DIEZ- PICAZO, L. M., “ARTÍCULO 24. GARANTÍAS PROCESALES” EN COMENTARIOS A LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. CORTES GENERALES – EDESA, MADRID, 1996, VOL III., “Artículo 24. Garantías procesales”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, vol. III, 1996, pág. 49 y ss; AHUMADA RUIZ, M. A., “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española”, en *Conferencia “Trilateral” Italia/Portugal/España. Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España. Octubre 24 a 27*, Roma, 2013, pág. <http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XV%20Trilateral/PO NENCIA.pdf>.

<sup>104</sup> Sentencia Corte Constitucional C-221/99, 14 de abril: «*Como lo ha señalado esta Corporación en numerosas decisiones, en las materias en las que compete al Congreso de la República “expedir códigos en todos los ramos de la legislación,” este goza de una importante “libertad de configuración legislativa,” a la que son inherentes mayores prerrogativas de valoración y de regulación normativa, pues, sin ella, no sería posible que, mediante el desarrollo de la función de “expedir las leyes,” pudiese atender los requerimientos y particularidades propias de las cambiantes exigencias de la realidad nacional*».

<sup>105</sup> Cfr.: AHUMADA RUIZ, M. A., “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad...”, en *Conferencia “Trilateral” Italia/Portugal/España. Reunión de Tribunales Constitucionales... Ob. cit.*, pág. <http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XV%20Trilateral/PO NENCIA.pdf>.

trol de las decisiones administrativas y judiciales, estos son, razonabilidad y proporcionalidad, también deben ser utilizados por el legislador al momento de ejercer su potestad de configuración legislativa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Un legislador sin límites constitucionales implicaría que la efectividad de los derechos quedara condicionada enteramente a la Ley. Esta descripción de potestades legislativas resulta más propia de un Estado de Derecho liberal y legicentrista que de un Estado Constitucional. No hay que olvidar que también fue una decisión propia de la democracia proclamar en la Constitución los derechos fundamentales como pilares de todo el sistema constitucional<sup>106</sup>.

En este sentido se han pronunciado los Tribunales Constitucionales (Colombia y España). Todos ellos coinciden en que el derecho a la tutela judicial efectiva no es absoluto<sup>107</sup> y, por lo tanto, admite las modulaciones, en términos de razonabilidad y proporcionalidad, que realice el legislador. En otras palabras, el legislador puede señalar los requisitos para el ejercicio de la tutela judicial efectiva<sup>108</sup>.

En Colombia, mediante sentencias del constitucional se ha recordado que el legislador, en virtud de la clausula general de competencia, puede regular los procedimientos judiciales, su acceso, etapas, características, plazos, entre otras y que tan sólo la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas son límites para ese amplio margen de configuración legislativa (C-135 /1999). La regulación del legislador debe encontrarse acorde con las garantías constitucionales de forma que permitan la realización material de los derechos sustanciales. (C-

---

<sup>106</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La constitución como norma jurídica en la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1980, pág. 139.

<sup>107</sup> Sentencia Consejo de Estado, exp. 18210, 27 de septiembre de 2001, M.P. Ricardo Hoyos Duque: "el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, como los demás derechos fundamentales, no es un derecho absoluto y por lo tanto, bien puede el legislador señalar requisitos para su ejercicio".

<sup>108</sup> Cfr.: PEMÁN GAVÍN, J., "Las leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes del derecho", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991, pág. 157: "(...) lo mismo sucede con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, en relación con el cual el Tribunal Constitucional ha entendido que las leyes procesales no son normas de desarrollo del derecho a la tutela judicial, «sino preceptos que regulan los cauces a través de los cuales tal derecho ha de ejercerse»" *Vid*: STC 22/1986, de 14 de febrero, (RTC/22).

177/2005 - Sentencia C-652/97<sup>109</sup> Sentencia C- 426 de 2002). Así mismo, el constitucional ha hecho la defensa de un núcleo esencial del derecho a la administración de justicia pero desde una perspectiva de obligaciones para el ciudadano pues, a su juicio, dicho núcleo esencial se vería fuertemente afectado si se concibe como una posibilidad ilimitada a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie (Sentencia C- 351/94). Se trata entonces de condiciones previas de operatividad, impuestas por el legislador, que conllevan limitaciones en aras del ejercicio adecuado del derecho, tales como, fijar determinados límites temporales, o señalar requisitos de procedibilidad, condicionar el acceso a la justicia a la representación de abogado, o al cumplimiento de determinados presupuestos de técnica jurídica (C- 221 1999<sup>110</sup>). Lo que no resulta admisible frente al orden constitucional son aquellas medidas excesivas, carentes de racionalidad, que no encuentren una justificación razonable y que, por el contrario, se conviertan en obstáculos a la efectividad del derecho fundamental de acceso a la justicia y a la prevalencia de los demás derechos fundamentales comprometidos en cada caso. (C- 177/2005<sup>111</sup>).

Esto conduce a que el desarrollo legislativo no debe esperar a su control judicial para utilizar los parámetros de razonabilidad y

---

<sup>109</sup> En este fallo la Corte Constitucional encontró ajustados a la Carta el establecimiento de plazos perentorios para el ejercicio de determinados recursos procesales en casos de violencia intrafamiliar, vencidos los cuales ya no era posible interponerlos pues *“existe un interés general por parte del Estado y de la sociedad para que los procesos judiciales se surtan en forma oportuna y diligente”*.

<sup>110</sup> Mediante esta sentencia el Constitucional consideró ajustado acorde al texto fundamental el requisito de legitimación en causa creado por el legislador para la acción de controversias contractuales. La restricción de la titularidad de la acción de nulidad absoluta de los contratos estatales a los terceros que demuestren un interés directo en el contrato, cumple una finalidad constitucionalmente relevante. Ello porque cierra la posibilidad de que la acción pueda emplearse con intereses y finalidades ajenas a las que inspiraron su consagración legal. A juicio del Alto Tribunal se trata de un requisito “razonable y proporcional que propende por hacer efectivo el derecho que tienen las partes del contrato a obtener una decisión definitiva de parte del juez contencioso; busca evitar que la acción se emplee con propósitos dilatorios o distintos de los que inspiran la acción de nulidad absoluta del contrato estatal y apunta a hacer efectivos varios principios de la administración de justicia”.

<sup>111</sup> En esta sentencia la Corte Constitucional analizó la libertad de configuración legislativa en materia de seguridad social, considerando que todo tránsito legislativo en este ámbito debe ser razonable y proporcional.

proporcionalidad. Desde el mismo momento de creación de las leyes procesales que impliquen requisitos para el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva se debe garantizar dos cosas: 1. que ese marco jurídico que está diseñando respete cabalmente y permita el derecho de acceso al juez, al debido proceso y a una sentencia que resuelva en derecho las pretensiones planteadas y pueda cumplirse efectivamente y, 2. Que dicho marco normativo sea interpretado a la luz del ordenamiento jurídico constitucional, en el sentido más favorable al logro y la realización del derecho sustancial (C- 426/2002 – T -538/94). Se trata de armonizar el ejercicio de la potestad legislativa con la Constitución Política de Colombia, evitando que criterios de aplicación de la Ley excesivamente formalistas, injustificados o contrarios al espíritu o finalidad de las normas aplicables, puedan convertirse en un obstáculo insuperable que termine por hacer nugatorio el precitado derecho de protección judicial y, por su intermedio, el desconocimiento de valores superiores como la igualdad de trato, la libertad y el debido proceso (C- 426/2002<sup>112</sup>).

De otra parte, El Tribunal Constitucional Español, en el entendido que ningún derecho fundamental es absoluto<sup>113</sup> -salvo el derecho a no sufrir tortura- ha considerado que pueden ser objeto de otros límites más allá de los específicamente mencionados en la Constitución. “La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”<sup>114</sup>. Pues bien, Hacia el año 1995<sup>115</sup>, el

---

<sup>112</sup> Mediante esta sentencia el constitucional consideró desajustado a la Constitución la interpretación hecha por el Consejo de Estado del Art. 884 C.C.A en el sentido de limitar la acción de nulidad simple de los actos administrativos de contenido particular a los casos en que la ley lo consagre expresamente o cuando estos representen interés para la comunidad, por ser contraria a las garantías constitucionales de defensa y acceso a la administración de justicia.

<sup>113</sup> Sobre este punto: SSTC 138/96, 16 de septiembre (RTC/ 138), 144/98, 30 de junio (RTC/144), 21/2000, 31 de enero (RTC/21), 112/2000, 5 de mayo (RTC/112), 76/2002, 8 de abril (RTC/76) y 54/2004, 15 de abril (RTC/54).

<sup>114</sup> STC 11/1981 (RTC/11).

Constitucional español empieza a utilizar criterios de proporcionalidad y ponderación para controlar jurisdiccionalmente, según las circunstancias del caso, la intervención de los derechos fundamentales y salvaguardar la tutela judicial efectiva. El control lo realiza teniendo en cuenta la legitimidad de los fines atendidos por la norma, o medida cuestionada. La medida que interviene el derecho fundamental será constitucional si pasa el tamiz de los subprincipios de idoneidad (si con esa medida se ha de conseguir el objetivo propuesto o fin pretendido - garantizar el orden público sin poner en peligro las personas y los bienes-, necesidad (si no existe otra medida más moderada para la consecución de ese objetivo con la misma eficacia) y proporcionalidad en sentido estricto (si la medida es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes y valores en conflicto)<sup>116</sup>. Y, por el contrario, "de resultados de este examen se juzgarán inaceptables normas, medidas o actuaciones en la medida en que impongan un sacrificio inútil, innecesario, o desequilibrado por excesivo, de un derecho o interés protegido"<sup>117</sup>.

Ahora bien, frente a la potestad de configuración del legislador de los derechos fundamentales, la razonabilidad y proporcionalidad como técnicas de control fueron adquiriendo uso y aceptación en el espacio

---

<sup>115</sup> STC 66/95, 8 de mayo (RTC/66). En este sentido Cfr.: BERNAL PULIDO, C., "Los derechos fundamentales y la teoría de los principios...", en *DOXA. Cuadernos de Filosofía... Ob. cit.*, pág. 273-291. Como lo explica el propio autor, antes de ello el Tribunal Constitucional utilizó la teoría absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales (*V. gr.* STC 11/81) y, posteriormente, el modelo subsuntivo puro propuesto por DE OTTO, I., "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el Art. 53.1 de la Constitución", en *Derechos Fundamentales y Constitución* Madrid, 1988, pág. 95 y ss. En el mismo sentido: SSTC 207/96, 16 de diciembre (RTC/207), 161/97, 2 de octubre (RTC/161) y 136/99, 20 de julio (RTC/136).

<sup>116</sup> SSTC 55/96, 28 de marzo (RTC/55), 207/96, 16 de diciembre (RTC/207), 161/97, 2 de octubre (RTC/161), 200/97 (RTC/200), 49/1995, 16 de febrero (RTC/49), 136/99, 20 de julio (RTC/136) y 54/2004, 15 de abril (RTC/54).

<sup>117</sup> AHUMADA RUIZ, M. A., "Los principios de razonabilidad y proporcionalidad...", en *Conferencia "Trilateral" Italia/Portugal/España. Reunión de Tribunales Constitucionales...* *Ob. cit.*, pág. <http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XV%20Trilateral/PO NENCIA.pdf>



europeo<sup>118</sup>. “la reserva de ley de los derechos, característica del Estado de Derecho liberal, ha cedido el paso a una «reserva de ley proporcional»”<sup>119</sup> coherente con los principios del Estado Constitucional. En este sentido, el Tribunal Constitucional Español controla que la medida impuesta por el legislador a los derechos fundamentales no imponga restricciones, cargas injustificadas o incurra en arbitrariedad<sup>120</sup>. Es decir, que exista una relación razonable entre la limitación impuesta por el legislador y el entre el fin perseguido<sup>121</sup>.

Por esta vía, el Tribunal Constitucional ha analizado, por ejemplo: a. la proporcionalidad de las penas en las reformas a la leyes penales, llegando a la conclusión de que es un aspecto, al menos en abstracto, reservado a la política criminal del legislador (STC 55/1996, SSTC49/2009, 60/2010); también ha considerado la proporcionalidad de las penas con fundamento en la separación de poderes del Estado, de tal manera que las competencias, a cada uno de ellos asignadas, legitiman sus actuaciones (STC 161/1997). b. la limitación que impide al detenido incomunicado nombrar libremente abogado, encontrando que estaba justificada en la salvaguarda de la paz social y la seguridad ciudadana y que, en todo caso, una vez cesada la incomunicación desaparecía la limitación. En estas condiciones, no consideró la regulación del legislador irrazonable o desproporcional. El resultado del test de ponderación fue que tal restricción puntal al derecho de asistencia letrada no infiere en su efectivi-

---

<sup>118</sup> Al respecto: GUERRERO MEDINA, M., "El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales", en *Cuadernos de Derecho Público*, Núm. 5, 1997-2007, pág. 119- 141.

<sup>119</sup> *Ibidem* pág. 121. En el mismo sentido: STC 55/1996, 28 de marzo (RTC/55).

<sup>120</sup> La alusión a la “proporcionalidad razonable” aparece, por ejemplo, en: SSTC 178/85, 19 de diciembre (RTC/178) -arresto del quebrado-, 161/1987, 27 de octubre (RTC/161) -objección de conciencia sobrevenida-, 196/1987, 11 de diciembre (RTC/196) -asistencia letrada al detenido-, 120/1990 (RTC/120), 27 de junio -huelga hambre presos GRAPO-. Cfr. AHUMADA RUIZ, M. A., "Los principios de razonabilidad y proporcionalidad...", en *Conferencia "Trilateral" Italia/Portugal/España. Reunión de Tribunales Constitucionales...* *Ob. cit.*, pág. <http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XV%20Trilateral/PO NENCIA.pdf>.

<sup>121</sup> GUERRERO MEDINA, M., "El principio de proporcionalidad...", en *Cuadernos de Derecho Público...* *Ob. cit.*, 119-141.

dad y es justificada (STC 196/1987). c. La medida legislativa que obligaba al órgano judicial al cierre provisional de un medio de difusión en caso de que admitiese querrela, interpuesta por el Ministerio Fiscal, en asuntos relacionadas con bandas armadas y elementos terroristas. En el sentir del Constitucional la medida resultaba desproporcionada pues la finalidad de la medida de aseguramiento es preventiva y no puede justificar una restricción tan radical de las libertades de expresión e información y, menos, de las de personas que no tienen conexión con el hecho delictivo. Además, consideró que existen otro tipo de medidas, como las cautelares, que no suponen drásticas limitaciones a dichas libertades (STC 199/1987).

Como puede observarse, las mismas críticas recibidas por el principio de proporcionalidad como técnica de control para la actividad judicial (irracionalidad de la ponderación, indeterminación conceptual, incompatibilidad e inconmesurabilidad de los objetos que se ponderan, imposibilidad de predecir los resultados, riesgo de que el juez constitucional interfiera en el ámbito funcional de otros poderes<sup>122</sup>) son endilgadas al principio como técnica de control para la potestad de configuración del legislador, más aún, cuando esta última potestad responde a políticas públicas o decisiones de corte político.

En este sentido, el propio Tribunal Constitucional hizo su pronunciamiento en la STC 55/1996. A juicio del alto tribunal, los principios de razonabilidad y proporcional son adecuados como técnicas de control de la actividad legislativa. Manifiesta el Tribunal Constitucional que es verdad que el legislador goza, dentro de los límites de la constitución, de un amplio margen de libertad derivada del propio texto fundamental y también de su legitimidad democrática<sup>123</sup>, eso obliga a que "la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados de aplicar e interpretar las leyes". Es decir, cuando se trata de controlar al legislador, el principio de racionalidad y proporcionalidad **se ve matizado, se hace**

---

<sup>122</sup> Al respecto ver la réplica a la críticas hechas por BERNAL PULIDO, C., "Los derechos fundamentales y la teoría de los principios...", en *DOXA. Cuadernos de Filosofía... Ob. cit.*, pág. 273-291. En esta línea también *vid*: FORSTHOFF, E., MUÑOZ, J. and LÓPEZ GUERRA, L., (Eds), *El Estado de la Sociedad Industrial*, Madrid, 2013,

<sup>123</sup> STC 11/1981 (RTC/11).

**un examen un poco más limitado y débil.** Será irracional o desproporcional la medida legislativa que limita los derechos fundamentales si resulta, evidente, patente y manifiesto el desequilibrio entre la medida legislativa y la finalidad de la norma. El examen de constitucionalidad de la medida “se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de derechos que la Constitución garantiza (...)” y podrá expulsarse la norma del ordenamiento si “resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador”<sup>124</sup>.

Tal como se evidencia, en los casos concretos, este esquema de control le permite el juez generar pronunciamientos ajustados al texto constitucional que deben marcar precedente futuro para cuando se presenten el mismo conflicto de derechos o intereses, siempre y cuando las situaciones fácticas sean iguales. Además, el uso de esta técnica para controlar la intervención de los poderes públicos en los derechos fundamentales debe hacer que el legislador y la Administración se esfuercen un poco por ajustar sus competencias de creación de normas y ejecución de las mismas, respectivamente, a la proporcionalidad y racionalidad tal como descritos.

Ahora bien, el principio de racionalidad como técnica del control de la intervención del legislador en los derechos fundamentales ha tenido su propio espacio de utilización. Especialmente, tratándose de los límites o requisitos impuestos por el legislador al derecho de igualdad<sup>125</sup> – justifi-

---

<sup>124</sup> En una posición contraria: MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, 1996, pág. 137: “el control de la constitucionalidad de los límites debe efectuarse a lo largo de un procedimiento en el cual la superación de cada fase o etapa conduce a la siguiente, hasta agotar las tres que pueden identificarse: en la primera, se trata de desentrañar si la facultad pretendidamente menoscabada por la restricción forma parte o no del contenido total del derecho fundamental tal y como éste es delimitado por la Constitución; en caso afirmativo, habría de analizarse si el límite supera los juicios de adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto en que se proyecta el principio de proporcionalidad; y, finalmente, aun cuando la restricción sea, en efecto, proporcionada, aún debería resolverse si la misma ha de declararse inconstitucional por afectar, no a una facultad o posibilidad de actuación integrante del contenido normal del derecho, sino constitutiva del absolutamente intangible contenido esencial”.

<sup>125</sup> En este sentido: STC 22/1981, 2 de julio (RTC/22).

cación de tratamientos jurídicos diferenciados- y a la **tutela judicial efectiva**.

El juicio de razonabilidad, es similar en su primer paso (idoneidad) al test de ponderación. El objetivo del análisis de razonabilidad es valorar la adecuación del medio seleccionado al fin pretendido. Reconoce el Alto tribunal que este control de racionalidad debe garantizar también el respeto por la libertad de configuración del legislador, “el legislador democrático no tiene el deber de expresar los motivos que le llevan a adoptar una determinada decisión en ejercicio de su libertad de configuración” (STC 55/1996). Eso es casi como una presunción, aunque débil, de constitucionalidad y corresponde a quien impugne la norma demostrar lo contrario. Sin embargo, en este punto también ha avizorado el Tribunal Constitucional que tal libertad de configuración legislativa tiene unos límites marcados en los demás derechos y libertades reconocidos en la Constitución y que vinculan a todos los poderes públicos (STS 34/1981). El juicio de constitucionalidad en abstracto, para examinar la razonabilidad de la medida o el requisito impuesto por el legislador se hace sobre los supuestos normales de aplicación (STC 16/1994) y no en los casos excepcionales en donde podría presentarse algún exceso o resultado irracional. En los casos particulares en que la restricción o limitación del legislador genere resultados inequitativos o irracionales, en términos de justicia material, su aplicación podrá ser corregida por el juez<sup>126</sup>.

En este marco, el Tribunal constitucional ha considerado que la racionalidad de cara a la tutela judicial efectiva implica: “el derecho a obtener

---

<sup>126</sup> Vid: DE ASIS ROIG, A. E., “La Ley como fuente de derecho en la Constitución de 1978”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991, pág. 213. Así mismo, STC 166/1987, de 19 de diciembre (RTC/166) “Este acotamiento del objeto material de las leyes singulares no impide, ciertamente, que éstas, por su cualidad de leyes formales contra la cual no caben actuaciones judiciales, incidan en la tutela judicial efectiva del derecho afectado por la Ley singular; esa incidencia plantea un problema de constitucionalidad que, a causa del carácter instrumental del derecho a la tutela jurisdiccional, se presenta estrechamente vinculado con la naturaleza del derecho sobre el que recaiga la medida legislativa singular, siendo, por tanto, el momento apropiado para su resolución aquel en que analice el contenido de la Ley singular, pues es entonces cuando se podrá determinar cuál es el grado de incidencia que ésta ocasiona en el sistema de defensa judicial que protege al derecho objeto de la misma”.

una resolución fundada en derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos” (SSTC 112/1996,87/2000). Por lo tanto, todas las decisiones deben ser motivadas, pues es la motivación la que permitirá conocer los fundamentos de hecho y de derecho que sustentaron los criterios jurídicos utilizados en ella (SSTC 58/97, 25/2000,147/99). Se trata de un derecho fundamental instrumental, por medio del que se pretende la materialización de otros derechos constitucionales. Por lo tanto, a juicio del constitucional la motivación razonable no incluye el derecho a que el juez acierte en la selección, interpretación y aplicación de las normas, salvo que esté afectando, además, de la tutela judicial efectiva, otros derechos fundamentales (SSTC 256/2000, 82/2001).

Por otra parte, ha considerado que el test de razonabilidad de las decisiones que pueden vulnerar la tutela judicial debe pasar por el examen de la congruencia, la motivación, la ausencia de un error patente y la razonabilidad de la resolución judicial (SSTC 264/1988, 278/2006, 210/2000, 88/2000). En primer lugar, la decisión de fondo debe tener una adecuación entre lo resuelto y lo solicitado por las partes. Así mismo, la decisión debe contener pronunciamientos sobre cada una de las pretensiones y excepciones presentadas por las partes, con argumentos facticos y jurídicos que respondan a “una concreta interpretación y aplicación del derecho ajena a toda arbitrariedad” (STC 264/1988). La motivación que es “producto de un formulario” no es *per se* inconstitucional, siempre y cuando: a. los supuestos de hecho sean idénticos, b. los argumentos utilizados sean suficientes para conocer los criterios de interpretación y aplicación del derecho. c. la decisión de respuesta a todas las cuestiones planteadas por el solicitante (SSTC 210/2000, 215/2007). Ahora bien, para que la decisión de fondo se vicie por error, éste debe ser imputable al órgano que decidió (STC 96/2000), recaer sobre los presupuestos fácticos y ser patente, manifiesto, evidente o notorio, tanto que haya conducido a conclusiones absurdas o contrarias a los principios de la lógica o la experiencia (STC 169/2000). Además de lo anterior, una decisión judicial tampoco cumple con los parámetros de razonabilidad cuando sus argumentos incurran en arbitrariedad o error porque su “evidencia y contenido sean manifiestos y graves para cualquier observador”. Así también, cuando desde la perspectiva jurídica, el argumento sea tachado de irrazonable (STC 164/2004).

Cuando se trate de decisiones producto del derecho sancionador, además del carácter razonado de la misma, se pide un “nexo de coheren-

cia entre la decisión adoptada, la norma que la fundamenta y los fines que justifican la institución"<sup>127</sup>.

Si, además del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se vulnera otro derecho fundamental, adicional al razonamiento fundado en derecho se exige también que la medida o intervención haya respetado el contenido constitucionalmente garantizado del otro derecho fundamental afectado (SSTC 66/1997, 14/2000, 256/2000, 215/2001 74/2007).

La arbitrariedad de las medidas del legislador al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en ausencia de la vulneración de otro derecho fundamental adicional, dependerá de la evidencia de que la medida carece de toda explicación racional (STC 111/2013). Se trata entonces de que la medida o requisito impuesto por el legislador resulte idóneo, sin necesidad de ningún esfuerzo argumentativo, para la consecución del fin pretendido por el derecho fundamental o para salvaguardar otro fin constitucional de igual envergadura (SSTC 55/1996 y 161/1997<sup>128</sup>).

Entonces, en el entendido de que la tutela judicial efectiva no es un derecho absoluto y que el legislador puede regularlo, modularlo o someter su ejercicio a determinados requisitos, resulta necesaria la aplicación los parámetros de control – racionalidad y proporcionalidad- de dicho requisitos, también al momento de ser creados por el legislador, para que permitan el cumplimiento de la finalidad del derecho fundamental y no se conviertan en cargas o obstáculos pesados para quien quiera ejercerlo.

---

<sup>127</sup> STC 63/2005, 14 de marzo (RTC/63). En este sentido: AHUMADA RUIZ, M. A., "Los principios de razonabilidad y proporcionalidad...", en *Conferencia "Trilateral" Italia/Portugal/España. Reunión de Tribunales Constitucionales... Ob. cit.*, pág. <http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XV%20Trilateral/PONENCIA.pdf>.

<sup>128</sup> Así en la STC 141/1988, 12 de julio (RTC/141), se resolvió la denunciada inconstitucionalidad de un precepto legal que disponía que no surtirían efecto ante los Tribunales los documentos respecto de los cuales no se pudiera justificar el pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. Una vez que la limitación de los derechos concernidos se justificó en el deber fundamental contenido en el art. 31.1 CE, se prosiguió analizando si dicha medida superaba el juicio de necesidad sin articular explícitamente, con carácter previo, el juicio de adecuación.

## 5. La tutela cautelar como elemento de la tutela judicial efectiva en el ordenamiento jurídico español y colombiano<sup>129</sup>.

Se ha podido establecer, en el acápite anterior, que en el contenido de la tutela judicial efectiva (Art. 24CE, 29 Y 229 CN) se incorporan todas aquellas garantías (de acceso a la justicia, debido proceso y efectividad de la sentencia) que resulten necesarias para la materialización del derecho que, a través del proceso, se está pretendiendo. En este sentido, se inicia con la posibilidad de acceder a un juicio, se pasa por todas las posiciones activas de las partes dentro del proceso y se llega hasta el fallo final que debe asegurar una garantía de resultados. Por lo tanto, la efectividad de la tutela judicial dependerá también de los poderes de las partes, de los poderes/deberes de los jueces, de la forma en que todas las

---

<sup>129</sup> Aunque por todos conocidos, son de obligado nombramiento, cuando se aborda cualquier tipo de investigación sobre la tutela cautelar, los estudios del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA E, ya que gracias a ellos se introduce en España el impulso para motivar el avance sobre la tutela cautelar. Estas investigaciones han sido publicadas individualmente en las revistas jurídicas más reconocidas del país y han sido recopiladas en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por las medidas cautelares... Ob. cit.* Así mismo los trabajos de BACIGALUPO, M., *La nueva tutela cautelar en el Contencioso-Administrativo*, Madrid, 1999, BOTIA TORRALBA, P., *Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa* Madrid 2007, CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., "Las medidas cautelares", en *Estudios de Derecho Judicial. Ejemplar dedicado a la nueva ley de la Jurisdicción Contencioso - Administrativa*, Número 11, 1998, pág. 533 y ss. CHINCHILLA MARÍN, M. C., "Los criterios de la adopción de las medidas cautelares en la nueva Ley reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa", en *Cuadernos de derecho judicial. Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Número. 8 1999, pág. 17-65. CHINCHILLA MARÍN, M. C., "Regulación de las medidas cautelares", en *Justicia Administrativa*, Núm. extraordinario 1999, pág. 7-28; DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo : un estudio normativo y jurisprudencial*, Navarra, 2004, GIL IBAÑEZ, J. L., *Las medidas cautelares en el proceso contencioso - administrativo (una visión práctica)*, Madrid 2001, GONZÁLEZ - VARAS IBAÑEZ, S., "Medidas cautelares y jurisdicción contencioso-administrativa", en *Revista de Derecho Procesal*, Numero 1-3, 2001, pág. 199 y ss, PAREJO ALFONSO, L., "La tutela cautelar en el orden contencioso - administrativo", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 49, 1986, pág. RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa : análisis doctrinal y jurisprudencial*, Cizur Menor, 2001, TORNOS MAS, J., "Suspensión cautelar en el proceso contencioso - administrativo y doctrina jurisprudencial (Comentarios a los Autos de la Sala del Tribunal Supremo de 28, 29 y 30 de marzo y de abril de 1988)", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Número 61, 1989, pág. 124-126. VALORZI, A., *Tutela cautelare in processo amministrativo*, Padova, 1991,

garantías incorporadas en las tres etapas descritas se ajusten para obtener la realización del derecho de aquella parte que después de un debate probatorio acreditó ante el juzgador que era titular de un derecho.<sup>130</sup>

En este marco la tutela judicial efectiva contempla, necesariamente, un fallo de fondo que, de demostrarse en el proceso alguna intromisión en la esfera de los derechos subjetivos o intereses legítimos de las partes, ponga **fin a tal intromisión ilegítima o legítima (en los casos en que el individuo no tenga el deber jurídico de soportarla) y reponga al individuo en el ejercicio del derecho o interés legítimo del que se ha visto privado**. Ya hemos dicho que no pensar en la efectividad de la sentencia como el cierre del haz de garantías de la tutela judicial resultaría en contraposición con los valores constitucionales de justicia material, igualdad, dignidad humana, libertad y convivencia pacífica, por tanto, también del interés general. La tutela judicial efectiva se encuentra un contenido de autentico otorgamiento de competencia, una clausula abierta para que el juez (ordinario o especial), motivadamente, ordene cualquier tipo de medida necesaria e idónea para garantizar que finalice la intromisión que está perturbando el ejercicio del derecho o interés a su titular.

Para lograr el fin descrito, es indispensable **la adopción de medidas necesarias y adecuadas para garantizar provisionalmente la protección de los derechos o intereses legítimos en litigio de quienes**

---

<sup>130</sup> Sobre el punto: ALVARO DE OLIVEIRA, C. A., "El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva...", en *XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal... Ob. cit.*, pág. 8: "En la dinámica que emana de la teoría de los principios, con su inherente plasticidad, incumbe a los derechos fundamentales, precisar los contenidos mínimos del llamado debido proceso (...) Lo importante es que la constitucionalización del derecho al proceso y a la jurisdicción (...) aliada al derecho fundamental de efectividad y a un proceso justo determina también una garantía "de resultados", resaltando el nexo teleológico fundamental entre "actuar en juicio" y la "tutela" jurisdiccional del derecho afirmado. Decimos que la garantía constitucional del debido proceso legal es una institución porque constituye una idea común, compleja y objetiva —integrada en un todo unitario que es la Constitución— a la cual se adhieren las voluntades de los justiciables, para que el Estado, en ejercicio de la función jurisdiccional, mediante un proceso, les ofrezca la tutela judicial que permita a las personas la defensa y el goce efectivos de los derechos. sirve de medio de instrumento para que puedan defenderse efectivamente los derechos de las personas, las cuales, en ejercicio de su derecho de acción, formulan pretensiones ante el Estado para que éste decida sobre ellas conforme al derecho". Así mismo, GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, vol. Tomo I, Madrid, 2006, pág. 22 y ss. y VÉSCOVI, E., *Teoría General del Proceso*, Bogotá 1984, pág. 10 y ss.



**acuden a la jurisdicción**<sup>131</sup>. A esta garantía provisional de derechos e intereses legítimos se le conoce en la doctrina como **tutela cautelar** fundamentada principalmente en que “la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón”<sup>132</sup>. La protección de la tutela judicial efectiva y, por lo tanto, de la tutela cautelar no está dirigida, exclusivamente, a derechos con alguna categoría especial (fundamentales, colectivos etc.) sino a todos los derechos e intereses legítimos<sup>133</sup>.

Sólo de esa manera, con el poder/deber de adoptar medidas provisionales para la protección de derechos, se evitará que el fallo, en el momento en que llegue, tenga efectos meramente decorativos<sup>134</sup>. “La constitucionalización de las medidas cautelares es ya un hecho, un hecho resultante de la práctica aplicativa, y de la competencia (y la obligación) que tienen los Tribunales ordinarios de aplicar directamente la Constitución (...) Los Tribunales, por ello, no tienen nada que inventar o dejarse llevar por

---

<sup>131</sup> En este sentido: DIEZ- PICAZO, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, 2005, Pág. 96 y ss.

<sup>132</sup> CHIOVENDA, G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli 1934, pág. 146 y ss. Este principio fue incluido en la teoría general de las medidas cautelares por: CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio... Ob. cit.*, pág. 20 y ss., y tuvo su principal pronunciamiento jurisprudencial en el TJCE, Sentencia Factortame de 19 de junio de 1990.

<sup>133</sup> En este sentido: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso- administrativas y ampliación de su campo de aplicación (medidas positivas), y “jurisdicción plenaria” de los Tribunales Contencioso-administrativos, no limitada al efecto revisor de los actos previos. Dos sentencias Constitucionales” en *La batalla por las medidas cautelares... Ob. cit.*, pág. 315. Así mismo: SSTC 115/1987 y 238/1992 (RTC/238).

<sup>134</sup> Sobre este argumento: Sentencia Corte Constitucional C-379/2004, 27 de abril de 2004: “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”. Igualmente: JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, R., “Apuntes sobre medidas cautelares”, en *Justicia y Derecho*, Núm. 6, 2011, pág. 1: “la tutela jurisdiccional efectiva constituye la base del proceso en general, y la razón de ser del proceso cautelar en particular. La tutela jurisdiccional efectiva sostiene todo el sistema de justicia y, por ende, a la sociedad en su conjunto, lo que comprende inclusive el sistema democrático”.

las soluciones hoy comunes en otros ordenamientos; les basta con aplicar literalmente los propios términos utilizados con la intención inequívoca por el artículo 24 de la constitución”<sup>135</sup>.

De acuerdo con esto, difícilmente podremos excluir de lo esencial del derecho fundamental, la materialización de la situación jurídica pretendida y de la sentencia de fondo que así lo decida. El que ésta última no se resulte vaciada de contenido anticipadamente y que pueda verdaderamente incidir en la esfera de la parte que obtuvo la razón en el proceso, dependerá de la garantía provisional del derecho que, motivadamente y oportunamente, haya otorgado el juez<sup>136</sup>.

Amén de lo anterior, se han explicado también los límites - razonabilidad y proporcionalidad en los términos constitucionales ya indicados - con que el legislador podrá ejercer su potestad de configuración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Por lo tanto, serán estos mismos límites los que deba tener en cuenta el legislador al momento de ejercer su potestad de configuración de la tutela cautelar.

La posibilidad de garantizar provisionalmente los derechos en juego se deben traducir en el poder/deber<sup>137</sup> para juez de ordenar las herramientas idóneas para ello: las medidas cautelares. “La efectividad que se predica de la tutela jurídica respecto de cualesquiera derechos e intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medi-

---

<sup>135</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Reflexión sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo” en *La batalla por las medidas cautelares... Ob. cit.*, pág. 293.

<sup>136</sup> En contra de lo dicho, VECINA CIFUENTES, J., La potestad cautelar... *Ob. cit.*, pág. 5310 y ss., manifiesta que buscar un fundamento “específico” de la potestad cautelar en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva resulta un tanto complejo y más complejo aún resulta la afirmación de la existencia de un derecho fundamental a la tutela cautelar. El principal argumento que desincentiva tal aseveración se centra en la imposibilidad de afirmar **la universalidad** del derecho a la tutela cautelar. En ámbitos procesales como el correspondiente al derecho penal resulta difícil la aplicación de tal precepto fundamental.

<sup>137</sup> Se convierte en un deber del juez cuando concurren dentro del proceso los requisitos - razonables y proporcionados- determinados por la ley para su ejercicio.

das cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso”<sup>138</sup>.

Si el legislador, en ejercicio de su potestad de configuración, decide someter las medidas cautelares al cumplimiento de ciertos deberes o requisitos de las partes, tales límites o requisitos deben, necesariamente, permitir que, posteriormente el fallo que recaiga en el proceso ponga **fin a la intromisión ilegítima o legítima (en los casos en que el individuo no tenga el deber jurídico de soportarla) y reponer al individuo, que demostró mediante el proceso tener razón, en el ejercicio del derecho o interés del que se ha visto privado**. Así mismo, los límites que imponga el legislador no deben generar en las partes restricciones, cargas injustificadas o incurrir en arbitrariedad. En los casos particulares en que la restricción o limitación del legislador impuesta a la tutela cautelar genere resultados inequitativos o irracionales, en términos de justicia material, será el juez el llamado a corregirlos en el caso concreto<sup>139</sup>.

---

<sup>138</sup> STC 148/1993, 29 de abril (RTC/148). Sobre el contenido esencial de la tutela cautelar el trabajo de HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A., "Medidas Cautelares en lo contencioso administrativo y Constitución. Una propuesta para un debate aún abierto", en *Cuadernos de Derecho Público*, Núm.10, 2000, pág. 73 - 87.; LÓPEZ CÁRCAMO, I., "Análisis de la novísima doctrina sobre la tutela cautelar en el ámbito contencioso administrativo", en *Revista Vasca de Administración Pública*, Núm. 35-1, 1993, pág. 109. En el mismo sentido: STC 76/92 (RTC/76) en la que se afirma con rotundidad que la prestación jurisdiccional cautelar forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: "Los Tribunales que controlan la legalidad de los actos administrativos y su ejecutividad (...) son los del orden contencioso-administrativo. A su control se somete la legalidad del acto de la Administración y la ejecutividad del mismo, aspecto este que, como hemos declarado en nuestra STC 66/1984, también forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva".

<sup>139</sup> Sobre este argumento: VIGO, L. R., *Perspectivas iusfilóficas contemporáneas*, Buenos Aires, 1991, En el mismo sentido: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso- administrativas y ampliación de su campo de aplicación..." en *La batalla por las medidas cautelares... Ob. cit.*, Pág. 310: "la suspensión del acto administrativo, tan oscuramente concebida y aplicada, había hecho un salto espectacular para consagrarse como parte del bloque de constitucionalidad y como tal, impuesta como un verdadero deber no sólo del juez, sino al legislador mismo". Así mismo, HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A., "Medidas Cautelares en lo contencioso administrativo y Constitución...", en *Cuadernos de Derecho Público Derecho Procesal... Ob. cit.*, pág. 78 y ss.: «Entiendo, en definitiva, que el artículo 24.1 CE contiene un cierto mandato al legislador en lo referente a estos criterios. Para definir su amplitud hay que acudir al fundamento constitucional de la tutela cautelar, que no es posible hallar sino en la

Sobre la potestad de configuración del legislador en punto de medidas cautelares se pronunció, el Tribunal Constitucional Español en la Sentencia 238/1992 y expresamente manifestó que “el artículo 24.1 de la constitución no hace referencia alguna a las medidas cautelares ni a la potestad de suspensión. Pero de ello no puedo inferirse que quede libre el legislador de todo límite para disponer o no medidas de aquel género o para ordenarlas sin condicionamiento constitucional alguno. La tutela judicial ha de ser, por imperativo constitucional, efectiva y la medida en que lo sea o no ha de hallarse en la suficiencia de las potestades atribuidas por la Ley a los órganos del Poder Judicial para, efectivamente, salvaguardar los intereses o derechos cuya protección se demanda (...) No puede el mismo legislador eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia estimatoria que pudiera dictar en el proceso contencioso-administrativo pues con ello se vendría a privar a los justiciables de una garantía que, por equilibrar y ponderar la incidencia de aquellas prerrogativas, se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva”. Así mismo, sobre la prerrogativa de autotutela ejecutiva del la Administración Pública consideró que “no puede desplegarse libre de todo control judicial, y debe el legislador, por ello, articular en uso de su libertad de configuración, las medidas cautelares que hagan posible el control que la Constitución exige”.

Ahora, adicional a la adecuación de medios a fines que se acaba de exponer, en el caso concreto el juez acordará la medida necesaria para garantizar provisionalmente los derechos de las partes, teniendo en cuenta la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) el peligro que se pueda causar con la mora del proceso (*periculum in mora*) y los derechos o intereses legítimos en juego.

---

esencia de la figura. Y es en este momento donde resulta utilísima la alusión ut supra a la filiación jurídica de la tutela cautelar. Este instituto, como evidencian sus orígenes, se configura como instrumento para impedir que “la necesidad del proceso para obtener razón se convierta en un daño para quien tiene la razón”. Es de esencia a la tutela cautelar, por tanto, que toda su regulación esté informada por la idea del aseguramiento de la efectividad de lo que se acabe resolviendo».

En este sentido, se puede afirmar entonces que los Art. 24 CE y el 29, 229 y 238 CN impusieron modificaciones al régimen cautelar en general. En principio, tales cambios deberían haber irradiado la tutela cautelar tanto en la jurisdicción ordinaria como en la contencioso-administrativa. Los poderes cautelares del juez, derivados de las normas constitucionales arriba citados, han debido ser los mismos en todos los órdenes jurisdiccionales. No tiene sentido alguno que el juez contencioso-administrativo haya tenido, después de la vigencia de las constituciones del 1978 y 1991, poderes cautelares distintos y limitados en aras de salvaguardar una historia de prerrogativas de un sujeto cualificado que resultan injustificables a la luz de los principios del Estado Constitucional.

Aunque en este Estado Constitucional todos los jueces deben aplicar de manera directa la Constitución, y así debieron hacerlo en materia de protección provisional de derechos e intereses legítimos, el juez contencioso no fue tan categórico a la hora de cumplir sus deberes constitucionales en materia cautelar<sup>140</sup>. El juez esperó, casi siempre, una orden de habilitación por parte del legislador: En España esta habilitación legal llegó en 1998 y en Colombia en 2012. En el marco del Estado Constitucional, con la satisfacción de derechos de los administrados y garantía de sus libertades como interés general, la tutela cautelar ha de entenderse como el medio idóneo para garantizar provisionalmente la efectividad de los derechos e intereses en litigio y, de esa manera, la tutela judicial efectiva. Ya no se trata, única y exclusivamente, de adoptar medidas provisionales para mantener el status quo de la situación jurídica de las partes en el proceso, para mantener la integridad de los bienes en litigio o evitar la insolvencia del demandado, se trata de una protección integral derivada de un derecho fundamental, el de ver garantizados provisionalmente los derechos subjetivos o intereses legítimos de las partes en el proceso para salvaguardar la efectividad de la tutela judicial<sup>141</sup>. La necesidad de las medidas cautelares está conectada “no sólo a

---

<sup>140</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas y ampliación de su campo de aplicación...” en *La batalla por las medidas cautelares...* Ob. cit., Pág. 327. También en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, 1992, .

<sup>141</sup> Cfr.: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Reflexión sobre la constitucionalización...” en *La batalla por las medidas cautelares...* Ob. cit., pág. 295: “[...] la tutela judicial deberá recaer también sobre las pretensiones de las medidas cautelares en dos supuestos (...) si son necesarias para impedir «la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya

los supuestos de daños irreparables para los intereses cuya protección se pretende, sino también a la efectividad de la tutela de fondo. La tutela cautelar se constitucionaliza para proteger cualquier situación en la que los derechos o intereses a proteger en proceso de fondo puedan desaparecer o dañarse o desmerecerse irremediablemente si la medida cautelar no interviene”<sup>142</sup>.

Todo ello con la finalidad de que quien debe acudir al proceso para obtener la razón no reciba, diez años después, una sentencia judicial con sumas de dinero indemnizatorias como respuesta a pretensiones que no eran de condena dineraria, sino de garantía de derechos o intereses. No siempre la situación jurídica individualizada se protege a través del pago o de una indemnización dineraria. No es efectiva la tutela judicial que sustituya los derechos por dinero, más aún, cuando éste último no es el objetivo principal de la pretensión. En términos de CALAMANDREI La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia <sup>143</sup>.

Amén de las bondades ya descritas de la institución cautelar, que la administración de justicia se tome en serio su deber garantizar provisionalmente los derechos de los ciudadanos hará que el conglomerado social reciba un mensaje de confianza en ella, lo que tendrá consecuencias de cara a la legitimidad de la jurisdicción y con ella la actividad del Estado. “Las medidas cautelares oportuna y correctamente empleadas revisten de credibilidad la labor de los administradores de justicia, pues aseguran a los ciudadanos que, una vez superadas las etapas del proceso, sus derechos e intereses no serán burlados y que la sentencia proferida en su favor podrá hacerse efectiva. Esto genera un efecto colateral en los usuarios de confianza en las

---

protección se pretende», primero; y, segundo, si sin tales medidas se «hace imposible la efectividad de la tutela judicial». En el mismo sentido: RESTREPO MEDINA, M. A., “Perspectiva constitucional sobre la tutela cautelar judicial. El caso colombiano”, en *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, Núm. 4, 2006, pág. 2-27.

<sup>142</sup> *Ibidem*, pág. 295.

<sup>143</sup> Cfr.: CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio ... Ob. cit.*, pág. 55 y ss.

decisiones de los jueces, que ahora cuentan con instrumentos apropiados para garantizarles adecuadamente sus derechos”<sup>144</sup>.

Así mismo, la tutela cautelar evita el abuso, por parte de quien no tiene razón, del tiempo de duración del proceso y garantiza que quien tenga la razón no sufra más perjuicios. En términos del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, esta garantía provisional de derechos tiene como consecuencias: “excluir las ventajas fácticas que pueden obtener las personas que inician un proceso o que lo mantienen resistiendo una pretensión legítima de otra parte (p.e. no pagando la deuda vencida, mantenerse en la finca arrendada sin tener derecho a ello, sostener la ejecutoriedad práctica de un acto administrativo ilegal obligando a la otra parte a impugnarlo en un proceso largo); evitar que desaparezcan las garantías inicialmente disponibles para poder hacer efectiva una pretensión jurisdiccional legítima y cuya desaparición en curso del proceso haría ilusorio o frustraría total o parcialmente el resultado de éste y evitar que con la evolución natural de las circunstancias (y en el caso de la Administración, la actuación sucesiva de los servicios) la posibilidad final de la efectividad final de una sentencia favorable pueda quedar en la práctica imposibilitada”<sup>145</sup>.

En este contexto, de tutela cautelar como manifestación principal del valor superior de la justicia (Art. 1.1 CE, 2 CN) y al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva (Art. 24 CE, 29 y 229 CN), se han enmarcado algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo de Justicia españoles.

Así la STC de 7 de junio de 1984: “(...) el artículo 24.1 de la Constitución establece el derecho de todas las personas a obtener la tutela judicial

---

<sup>144</sup> GÓMEZ ARANGUREN, G.E., “El régimen de medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011”, en *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2001*, Bogotá, 2012, pág. 178.

<sup>145</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Sobre la tutela cautelar en el proceso administrativo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm.115 2002, pág. 393. En el mismo sentido: PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Administrativo. Instituciones generales...*, *Ob. cit.*, pág. 918: “La protección cautelar para asegurar la integridad de los bienes en litigio mientras pende la decisión definitiva sobre el asunto en cuestión” y AATS 22 de marzo de 1983 (RJA/1485) y 14 de abril de 1978 (RJA/1582).

efectiva (...) Este derecho comprende, según ha declarado el tribunal en reiteradas ocasiones, el de obtener la ejecución de sentencias (...), pues lo contrario sería convertir las decisiones jurisdiccionales en meras declaraciones de intereses (...). Igualmente, el famoso ATS 20 de diciembre de 1990. En efecto, dado que la sentencia que recaiga en el proceso necesita ser eficaz, el Supremo autoriza “la adopción de aquellas medidas cautelares que fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayera”. Entre ellos también, la STC 217/1991 que hace expresa manifestación de los “incidentes cautelares” como parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Estos incidentes cautelares “si no implican la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya pretensión se pretende (...) no hacen imposible la efectividad de la tutela judicial”. En igual sentido la STC de 10 de febrero de 1992 que justifica las medidas cautelares, para el caso, el embargo *inaudita parte debitoris* para evitar la pérdida de la propia eficacia de la medida y el menoscabo de la tutela judicial efectiva.

En Colombia por su parte, en la Sentencia C-925/1999 se manifestó: “las medidas cautelares están destinadas a salvaguardar los derechos subjetivos en disputa y, principalmente, a garantizar la efectividad y eficacia de la administración de justicia”. En la Sentencia del Consejo de Estado exp. 19227 de 1994 se reconoce que el derecho a la Tutela Judicial efectiva, está integrado “por el derecho al proceso, el derecho a que éste se desarrolle según los parámetros constitucionales y el derecho al aseguramiento del bien o derecho en litigio”.

Novedoso resulta además el reconocimiento del legislador colombiano de lo aquí expuesto. Así en la exposición de motivos de la Ley 1437/2011 expresamente reconoció que “las medidas cautelares (...) se constituyen en el más novedoso y eficaz instrumento para lograr la tutela judicial efectiva”.

### **5.1 La suspensión cautelar del acto administrativo una de las manifestaciones de la tutela cautelar y un límite a la ejecutividad de los actos administrativos.**

En el derecho administrativo la suspensión del acto administrativo, medida cautelar por excelencia en esta jurisdicción, forma parte de esas medidas que garantizan provisionalmente el derecho y que se constitucionalizan con el derecho fundamental la tutela judicial efectiva. En Co-



lombia, además, la suspensión del acto se constitucionaliza individualmente en el Art. 238 CN “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”. Los Arts. 24 CE y el 29, 229 y 238 CN impusieron modificaciones a los principios del derechos administrativo, concretamente, replantean la institución suspensiva de actos administrativos y abren la posibilidad de adoptar otras medidas cautelares de tipo positivo. La ejecutoriedad de los actos administrativos, la excesiva duración de los procesos y la naturaleza de los derechos que sirven de fundamento a la pretensión pueden determinar la ineficacia de la sentencia. Para evitar que los efectos del fallo sean nugatorios y no respondan a los criterios de justicia, las herramientas que garantizan provisional de derechos deben interpretarse a la luz de los principios y derechos fundamentales constitucionales<sup>146</sup>.

Tradicionalmente se ha entendido la suspensión cautelar – y en general todas las medidas cautelares- como mecanismo excepcional, ha sido vista con desconfianza por la jurisdicción contencioso administrativo<sup>147</sup>, ello, principalmente por los dogmas sobre los que se ha asentado el derecho administrativo, en particular, la prerrogativa pública de la autotutela ejecutiva sobre que ya se ha escrito en este capítulo. La magnificación del privilegio de la autotutela de la administración pública trajo consigo una línea jurisprudencial restrictiva del Consejo de Estado, una interpretación oscurantista<sup>148</sup> de excepcionalidad de la institución cautelar y sometimiento de su otorgamiento a condiciones de certeza jurídica de ilegalidad del acto: manifiesta y ostensible violación de la norma alegada como vulnerada, integración del concepto de violación (todas normas que se consideran infringidas y el por qué de

---

<sup>146</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela... Ob. cit.*

<sup>147</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Reflexión sobre la constitucionalización...” en *La batalla por las medidas cautelares... Ob. cit.*, pág. 276 y ss.: “El Consejo de Estado ha resultado más papista que el papa” es la expresión usada por él profesor para referirse al legislador y su regulación de la tutela cautelar en el contencioso-administrativo. Del mismo autor y en el mismo sentido: *Hacia una nueva justicia administrativa... Ob. cit.*, pág.165 y ss.

<sup>148</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso- administrativas y ampliación de su campo de aplicación...” en *La batalla por las medidas cautelares... Ob. cit.*, pág. 310, considera que la suspensión del acto administrativa ha sido “oscuramente concebida y aplicada”.

cada afirmación), perjuicios irremediables (con el concepto de irremediable sometido a la posibilidad de valorar pecuniariamente el derecho), imposibilidad de suspender actos de contenido negativo, entre otras.

No era imaginable el desarrollo que bajo el Estado Constitucional iba a tener la suspensión cautelar. Sin embargo tal auge no ha venido tanto de la mano del juez administrativo, como del constitucional. En aras de la efectividad de la tutela judicial efectiva resulta necesario que el juez contencioso – administrativo tenga la posibilidad, pero no excepcional, de suspender decisiones de la Administración. El replanteamiento de cada uno de los condicionamientos (manifiesta violación de normas, perjuicios irremediables, interés general inmerso en los actos de la administración) ha ido llegando. **La suspensión cautelar, finalmente, se empieza a visualizar como un verdadero límite a la autotutela ejecutiva de la administración pública.** “El principio general de derecho a un control jurisdiccional efectivo impone en ciertos casos la protección cautelar”<sup>149</sup>. Tiene todavía mayor énfasis esta medida tratándose de actos administrativos sancionadores. Pues si el legislador consideró facultar a las autoridades administrativas para imponer, previo procedimiento, sanciones a los administrados, resulta constitucionalmente adecuado dotar a los ciudadanos de un sistema de garantías jurisdiccionales mediante las cuales se controle tal decisión y, dentro de este sistema de garantías, la suspensión cautelar del acto, que permite también el ejercicio de derecho de defensa, ocupa una posición preferente.

La efectividad de la tutela judicial, al menos de la contenciosa administrativa, “depende del grado de eficacia del sistema de control jurisdiccional de la administración y esa eficacia está condicionada a su vez por la regulación misma del cauce procesal a través del que se produce, las posibilidades de conservación del derecho o situación jurídica litigiosa mientras penda el proceso y finalmente los poderes del juez en orden a

---

<sup>149</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Reflexión sobre la constitucionalización...” en *La batalla por las medidas cautelares... Ob. cit.*, pág. 288 refiriéndose al Consejo de Estado Francés que incluso estaría obligado a suspender Decretos que ejecuten la Ley si se acredita que ésta es contraria a la Constitución. En Francia, la decisión del Consejo Constitucional de 5 de septiembre de 1986 fue de las primeras que se preocupó por que el juez contencioso administrativo dispusiera de la posibilidad de suspender cautelarmente la ejecución de una medida administrativa, en el caso concreto, de expulsión de un extranjero.

la ejecución del fallo”<sup>150</sup>. “Lo que no tiene sentido (...) es mantener una «deferencia un tanto superada respecto a la Administración (...) en la que se manifiesta un respeto más supersticioso que razonable de las prerrogativas de ésta»”<sup>151</sup>.

Precisamente esa actitud inmóvil de la jurisdicción contenciosa respecto de la institución suspensiva, y esa restricción de garantía provisional de los derechos en los procesos ordinarios, llevaron al legislador (español y colombiano) a otorgar poderes cautelares amplios al juez tratándose de protección de derechos fundamentales. Así como, generó algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional Español y Corte Constitucional Colombiana en los que se hacen a algunos llamados de cara a la interpretación de la suspensión cautelar de conformidad con los principios constitucionales de 1978 y de 1991, respectivamente. En este sentido hay que recordar, por ejemplo:

a. El procedimiento preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales ante los Tribunales contencioso-administrativos españoles que cobró vigencia con el Art. 6 y ss. de la Ley 26 de diciembre de 1978<sup>152</sup>, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. En este procedimiento se invirtió la regla general en materia cautelar. La suspensión del acto administrativo debía ordenarse y, excepcionalmente, se denegaría justificada en la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general.

b. En la misma línea, en Colombia tratándose de protección provisional de derechos fundamentales (o de algunos derechos colectivos -sociales, económicos y culturales- *conexos* con los fundamentales<sup>153</sup>), el legislador colombiano consideró (Art. 7 D.2591/1991) que el juez de tutela podría, no sólo suspender de oficio o a petición de parte la aplicación de un acto

---

<sup>150</sup> PAREJO ALFONSO, L., *Estado Social y Administración...* *Ob. cit.*, pág. 285.

<sup>151</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Reflexión sobre la constitucionalización...” en *La batalla por las medidas cautelares...* *Ob. cit.*, pág. 288, refiriéndose al trabajo de TSIKLITIRAS, S., “Le statut constitutionnel du sursis à exécution devant le juge administratif”, en *Revue du Droit Public*, Núm. 3, 1992, pág. 679-723.

<sup>152</sup> Norma que fue derogada por la vigente Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

<sup>153</sup> Sobre la Teoría de la conexidad *vid* Sentencias Corte Constitucional T-405/1992, T-415/93, T-63/93 y T-574/1996.

administrativo, sino que podría además ordenar , de oficio o a petición de parte, “lo que considere necesario para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un fallo eventual a favor del solicitante”. Igualmente cuando la acción de tutela se utilice conjuntamente con los medios de control procedentes ante la jurisdicción contencioso-administrativa como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, el juez podrá “ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección de solicita”.

c. En materia de protección provisional de derechos colectivos en Colombia, el Art. 25 L. 472/98 también establece una cláusula “*numerus apertus*” relacionada con la adopción de medidas cautelares. El juez, en acciones populares, es competente para adoptar las *medidas cautelares necesarias para impedir perjuicios irremediables e irreparables o suspender los hechos generadores de la amenaza a los derechos e intereses colectivos*. En general, es competente para “adoptar cualquier medida previa que estime *pertinente para prevenir el daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado*”.

d. Igualmente, como se explicó en el capítulo primero el Tribunal Constitucional Español hizo suya la teoría de la tutela judicial efectiva y la tutela cautelar expuesta majestuosamente en los fallos del TJCE Factortame de 19 de junio de 1990, Zuckerfabrik de 21 de febrero de 1991, Atlanta de 9 Noviembre de 1995, entre otros. En este marco, se adopta por el Tribunal Supremo de Justicia del País Vasco el famoso Auto de 21 de marzo de 1991 en el que se ordena una medida cautelar positiva: se requiere a la Administración para que, en un plazo determinado, dicte una nueva resolución que contenga tres cuestiones que no fueron precisadas en el acto impugnado.

e. Algunos replanteamientos ya se habían hecho por el Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo Español, entre ellos, la sensata aclaración de que no resulta identificar el restablecimiento de la situación jurídica individualizada con el pago de una indemnización dineraria, cuando esta última no es el objetivo principal e inmediato de la pretensión (ATS 3 de mayo de 1979). También la imposibilidad de denegar la suspensión cautelar con el argumento de solvencia de la Administración Pública (ATS 17 junio de 1980) y la declaratoria de inconstitucionalidad del Art. 34 L. 7/1985 que impedía la suspensión cautelar de las órdenes de expulsión de extranjeros.

f. Así mismo, uno de los pronunciamientos más claros fue el que hizo la STC 238/1992 al expresamente manifestar que “la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde así a la necesidad de asegurar en su caso, la efectividad del pronunciamiento del órgano judicial: esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el Art. 24.1 de la Constitución) desprovisto de la eficacia por conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento”. Continúa el constitucional aclarando que así el Art. 24.1 de la Constitución no haga referencia expresa a las medidas cautelares ni a la potestad de suspensión “la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el cumplimiento efectivo de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”.

g. Por su parte, la Corte Constitucional Colombiana en sentencia de unificación SU39 de 3 de febrero de 1997 hace un llamado de atención doble: al legislador y al Consejo de Estado ello de cara a “aggiornare” la institución cautelar suspensiva de acuerdo a los preceptos constitucionales“(…) la necesidad de proteger los derechos constitucionales fundamentales y efectivizarlos impone un cambio, una nueva concepción de la institución de la suspensión provisional (...) un viraje que se requiere para adaptarla a los principios, valores y derechos que consagran el nuevo orden constitucional”. La Jurisdicción contencioso - administrativa “con el fin de amparar y asegurar la defensa de los derechos fundamentales podría, aplicando directamente la Constitución Política como es su deber, suspender los efectos de los actos administrativos que configuren violaciones, amenazas o transgresión a los derechos fundamentales”.

h. La misma Corte Constitucional en Sentencia C-037/2000 le recordó a los jueces contencioso-administrativos la excepción de ilegalidad, es decir, la posibilidad de inaplicar, dentro del trámite de la acción que esté conociendo, el acto administrativo que lesione el orden jurídico superior.

La ausencia de tutela cautelar, en particular, la interpretación restrictiva de la medida de suspensión cautelar “se traduciría inevitablemente en la ineluctable ventaja de una Administración resuelta a imponerse a cualquier precio, ya que vendría a añadir a su formidable privilegio de autotutela que le proporciona la ejecutoriedad inmediata de sus decisiones, la posibilidad de su mantenimiento durante un tiempo casi ilimitado (si

se unen los larguísimos plazos ordinarios de duración de los procesos)"<sup>154</sup>.

Conociendo ya el fundamento teórico constitucional de las medidas cautelares y, dentro de ellas, de la suspensión cautelar de los actos administrativos. Habrá que centrarse ahora en características derivadas de la propia naturaleza de todas las medidas cautelares como un género: instrumentalidad, provisionalidad, mutabilidad, sumariedad y urgencia. Ello para posteriormente analizar, en el siguiente capítulo, si los requisitos impuestos a por el legislador contencioso- administrativo español y colombiano para obtener la suspensión cautelar del acto administrativo, resultan, a primera vista, racionales y/o proporcionales o, si por el contrario, imponen cargas que pueden obstaculizar la efectividad del derecho pretendido.

## II. INSTRUMENTALIDAD (AUTONOMIA Vs. DEPENDENCIA DEL PROCESO PRINCIPAL).

El proceso cautelar, y la suspensión cautelar como una especie dentro de ese género, ha sido objeto de estudio por parte de la doctrina en cuanto a su autonomía o dependencia con respecto al proceso principal.

Esta característica de la instrumentalidad de las medidas cautelares debe mirarse desde varias aristas: la primera, se cimenta en el proceso cautelar como facilitador del proceso principal, es decir, un proceso destinado a garantizar la efectividad de la tutela judicial y, por tanto, los efectos del futuro fallo. En términos de CALAMANDREI, las medidas cautelares son el "instrumento del instrumento"<sup>155</sup> necesario para obtener la tutela de los derechos e intereses legítimos. En este sentido, la existencia de una demanda (proceso principal), o el condicionamiento de la medida a la presentación de la demanda, será presupuesto *sine qua non* para obtener una garantía provisional de derechos (procedimiento cautelar accesorio). La segunda, responde a un punto de vista estrictamente procedimental, la sustanciación del procedimiento cautelar en un

---

<sup>154</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Sobre la tutela cautelar...", en *Revista Española... Ob. cit.*, pág. 394.

<sup>155</sup> CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio ... Ob. cit.*, pág. 22

cuaderno separado de aquel en el que reposan las actuaciones del proceso principal. Esta opción realmente no disiente de la primera, pues con independencia de su tramitación física por separado, necesitará la existencia de un proceso principal para poder surtirse y, la tercera: la instrumentalidad como límite al poder del juez para ordenar medidas cautelares.

### **1. Instrumentalidad en relación con la existencia de un vínculo entre la medida cautelar y el proceso principal.**

En efecto la tutela cautelar, en su acepción más clásica, ha sido conocida como accesorio, dependiente, subsidiaria, subordinada o conexas de un proceso principal. Las herramientas cautelares han sido descritas como un instrumento o medio predispuesto para un fin: el mejor éxito de la providencia definitiva que, a su vez, es un medio para la efectividad de los derechos de los ciudadano<sup>156</sup>. Bajo esta óptica, una medida cautelar sólo podrá ser ordenada si resulta útil para garantizar el resultado del proceso iniciado, o a iniciarse, por parte afectada para obtener la protección de su derecho.

A esta variante parecen pertenecer la LJCA española y la LPACA colombiana pues las dos incorporan el elemento teleológico de las medidas cautelares así: "(...) la adopción de cuantas medida cautelares aseguren la efectividad de la sentencia" (Art. 129.1 LJCA). "(...) la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o aplicación

---

<sup>156</sup> *Idem*: "(...) las resoluciones cautelares no son un fin en sí mismas, sino que están indefectiblemente preordenadas a la emanación de una resolución definitiva cuya fructuosidad práctica asegura preventivamente". En el mismo sentido: LÓPEZ BLANCO, H. F., *Instituciones de... Ob. cit.*, pág. 1025 "la medida cautelar por su carácter eminentemente accesorio e instrumental, sólo busca reafirmar el cumplimiento del derecho solicitado por el demandante e impedir para él más males de los que de por sí le ha ocasionado el demandado al constreñirlo a acudir a la administración pública"; FONT SERRA, E., "Las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva", en *El sistema de medidas cautelares*, Pamplona, 1974, pág. 143 y ss; FAIRÉN GUILLÉN, V., "La reforma del proceso cautelar civil español", en *Temas del Ordenamiento procesal*, Tomo II, 1982, pág. 895 y ss.; CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, 1992, pág. 33; SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Teoría general de las medidas cautelares", en *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona 1974, pág. 15.

de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso” (Art. 130 LJCA). Igualmente, la legislación contencioso administrativa colombiana dispone “(...) las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia” (Art. 229 LPACA).

Esta posición, en principio, no es incompatible cuando la garantía provisional solicitada por el ciudadano es de carácter suspensivo, ello porque la suspensión provisional de un acto administrativo no quiere decir anulación del mismo y, para que tal acto suspendido salga del ordenamiento jurídico, requerirá que la anulación del mismo sea declarada como resultado del proceso contencioso administrativo de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho.

Lo anterior no significa que los efectos de la medida suspensiva sean, en estricto sentido, de mero aseguramiento<sup>157</sup>. Los efectos de la suspensión del acto bien pueden dirigirse a mantener el *status quo* del derecho o interés legítimo previo a la instauración de la demanda situación que, en determinadas circunstancias, conllevará también la satisfacción de los derechos e intereses de las partes. Es el caso, por ejemplo, de la suspensión de actos cuyo contenido es una orden de expulsión de extranjeros (la ejecución inmediata del acto de expulsión vaciaría de contenido la sentencia que posteriormente recaiga en el proceso), o, la remoción de un funcionario de su cargo o, como veremos en el último capítulo, de actos cuyo contenido sea una orden de demolición de un inmueble. En estas situaciones, aunque se mantiene el *status quo* de la persona y del objeto respectivamente, la medida cautelar satisface provisionalmente el derecho hasta tanto no se resuelva de fondo el objeto del proceso. Hay que recordar que la justicia tardía equivale a una justicia denegada y, en este sentido, la garantía provisional de derechos hace que el ciudadano obtenga una respuesta a tiempo, aunque sea provisional y condicionada a un fallo futuro, que permite la satisfacción de su derecho o del ejercicio de su interés legítimo.

---

<sup>157</sup> En este sentido: ORTELLS RAMOS, M., Calderón Cuadrado, M.P.: *La tutela judicial cautelar en el derecho español*, Granada, 1996, pág. 19 los denomina efectos de conservación pero no de estricto aseguramiento y considera que los efectos de aseguramiento están caracterizados por mantener o constituir una situación adecuada para que, cuando jurídicamente puedan desarrollarse los efectos de la sentencia principal, puedan efectivamente hacerlo sin obstáculos de difícil superación y con toda plenitud.



Ahora bien, cuando la garantía provisional necesaria para la salvaguarda de la tutela judicial efectiva es de carácter positivo la instrumentalidad en términos de dependencia pareciera limitar el contenido de las medidas cautelares a acordarse. Ello porque con frecuencia se permiten sólo las medidas conservativas y se excluyen, de las medidas cautelares positivas<sup>158</sup>, **las órdenes** por parte del juez a la Administración Pública **anticipativas**<sup>159</sup> e **innovativas**<sup>160</sup>, órdenes éstas que también pueden llegar a ser necesarias para que no se vulnere la tutela judicial,<sup>161</sup> (por

---

<sup>158</sup> Cfr: ESCUDERO HERRERA, C., "De la instrumentalidad y otras características de las medidas cautelares en el orden contencioso-administrativo. Especial referencia a la suspensión de las disposiciones y actos ", en *Actualidad Administrativa*, Tomo 2, 1998, pág. 527 y ss.

<sup>159</sup> CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio ... Ob. cit.*, pág. 40 y 41 señalaba que existe una distinta perspectiva de la instrumentalidad "mientras que en las tradicionales medidas cautelares se pretende el aseguramiento preventivo de las medidas adecuadas para conseguir una resolución prácticamente eficaz, en las medidas anticipatorias, la medida tiende a la satisfacción del derecho porque si no la propia dilación, la mora del proceso ordinario, producirá el estado de insatisfacción del derecho sobre el cual se contiene".

<sup>160</sup> ORTELLS RAMOS, M., *Derecho jurisdiccional II*, Valencia, 1997, pág. 638.

<sup>161</sup> En este sentido resulta de capital importancia el fallo del TJCE Auto *Antonissen*, C-396/96 P (R) que recuerda que las cautelares anticipativas, específicamente del *référé provision* que según la jurisprudencia constante del TJCE también garantiza la tutela judicial efectiva. "(...) una prohibición absoluta de obtener una medida de esta naturaleza, independientemente de las circunstancias del caso, sería contrario al derecho a una protección jurisdiccional completa y efectiva que los justiciables tienen del Derecho Comunitario, y que implica de manera especial que pueda ser asegurada su protección provisional si es necesaria a la plena efectividad de la decisión definitiva (...) No puede excluirse, pues, anticipadamente, de manera general y abstracta, que un pago a título de provisión, incluso por el mismo importe que el reclamado en la demanda de fondo, sea necesario para garantizar la eficacia de la Sentencia de fondo cuando, en su caso, aparezca justificado, vistos los intereses en presencia (...)". Corresponde al juez de medidas cautelares a quien se solicita una medida de esa naturaleza hacer un balance entre, por una parte, el interés del reclamante en evitar una degradación de su situación financiera, que puede arrastrarle a la cesación definitiva de sus actividades, y, por otra parte, el riesgo de que las indemnizaciones pedidas no puedan ser recuperadas en el caso en que el recurso de fondo sea rechazado". A la urgencia genérica (peligro que causa para los derechos la mora congénita del proceso) que, como se verá, plantea el *référé provision* francés para su otorgamiento, el TJCE añade un criterio más severo: (...) limitarse a los casos en los cuales el *fumus boni iuris* aparece particularmente sólido y la urgencia de las medidas solicitadas incontestables. En todo caso, tal apreciación debe ser efectuada en función de las circunstancias de cada caso singular". En este sentido el trabajo del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas (referé-provision). A propósito del auto del presidente del

ejemplo, la orden de permitir la realización de una manifestación, con fundamento en el derecho a la libertad de expresión, que se denegó por la Administración). En este marco, valga hacer la siguiente aclaración: la sentencia de fondo debe tener una relación directa con el derecho o interés legítimo que se pretende proteger y, si eso es así, serán válidas todas las medidas que sean necesarias para proteger ese derecho o interés. Por lo tanto, la instrumentalidad de la medida cautelar sí debe ser respecto del proceso principal, en tanto en cuanto, el proceso principal sea instrumento del derecho o interés que pretende ser declarado.

En consecuencia, si la sentencia de fondo para garantizar el derecho necesita modificar la situación jurídica del particular (por ejemplo, concederle una licencia que le ha sido denegada para ejercer su profesión o conceder los medicamentos necesarios para garantizar el derecho a la salud) la garantía provisional del derecho deberá, bien anticipar provisionalmente algunos de los efectos del fallo, o bien innovar provisionalmente la situación jurídica de quien parece tener la razón<sup>162</sup>. Lo anterior,

---

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de enero de 1997 (asunto Antonissen)", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 142, 1997, pág. 225-243.

<sup>162</sup> ESCUDERO HERRERA, C., "De la instrumentalidad y otras características de las medidas cautelares...", en *Actualidad Administrativa... Ob. cit.*, pág. 527: "En este tipo de medidas sólo mediante la anticipación total del futuro contenido hipotético de la resolución de fondo, podrá lograrse el fin aseguratorio pretendido, que de otra forma no será posible; y a este estadio es al que se debe llegar cuando se adopta una medida cautelar de carácter anticipatorio, no sólo para evitar la frustración de los derechos que se pueden hacer valer en el proceso, sino también por el consagrado derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución". En el mismo sentido: ORTELLS RAMOS, M., "Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1.428 LEC", en *justicia*, Núm. 1, 1989, pág. 84 "las medidas que anticipan en parte o provisionalmente efectos de la sentencia responden a la función de asegurar la efectividad de la misma que supone algo más que asegurar la ejecución, dado que implica también proteger aquélla frente a riesgos que impidan que sus efectos se desarrollen en condiciones de plena utilidad para el que sea reconocido como titular del derecho". En Colombia *vid*: CORREA PALACIO, R.E., "Medidas cautelares en el nuevo código de procedimiento administrativo..." en *Derecho Contencioso Administrativo. ... Ob. cit.*, pág. 494: "en la Sentencia el juez está expresamente autorizado para proferir medidas innovativas con el fin de restablecer el derecho conculcado con el acto objeto de anulación (...) para restablecer el derecho del particular, los organismos de lo Contencioso Administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas, prerrogativa que en congruencia con las pretensiones bien podría justificar medidas cautelares que superan la mera suspensión provisional para pasar a proferir órdenes positivas que logran la eficacia de la cautela judicial".

claro está, si en el caso concreto se acredita la apariencia de buen derecho y con la finalidad de no agravar el perjuicio que ya se le está causando al titular del derecho con la mora propia del proceso judicial<sup>163</sup>. De no concederse la **medida provisional anticipativa o innovativa**, cuando la salvaguarda del derecho o interés legítimo así lo amerita, muy probablemente la sentencia de fondo implicará que el derecho solicitado se traduzca en una suma de dinero a título de indemnización cuando no era dinero lo que se estaba solicitando (p.e. en el caso de la desmejora del derecho a la salud) o en una indemnización muy superior por los perjuicios que se agravan con la mora judicial (p.e. en el caso de la licencia para ejercer la profesión). Esta situación no sólo va en detrimento de la tutela judicial efectiva<sup>164</sup>, sino también de las sostenibilidad fiscal de las Administraciones públicas. En los términos aquí descritos, ni los efectos jurídicos de la suspensión provisional de actos, ni de las medidas cautelares positivas desdibujan la instrumentalidad de la medida cautelar respecto de las resultas del proceso principal.

Ahora bien, tratándose de **medidas anticipativas** se debe hacer una corta alusión a los *référé* del derecho francés, en particular al *référé provision*. Los *référé* tienen su origen en el procedimiento civil francés y fueron incorporados posteriormente al contencioso-administrativo.

---

<sup>163</sup> En este sentido: CALDERÓN CUADRARO M.P., "Tutela anticipatoria, procesos sumarios y medidas cautelares . (Con ocasión de la sentencia del Tribunal Constitucional 210/1993 de 28 de junio)", en *Diario La Ley*, Tomo 2, 1995, pág. 1086. "El peligro que se intenta conjurar con este tipo de medidas no responde exactamente al concepto clásico que sobre él se ha venido manteniendo en la actualidad parece avanzar con fuerza otra interpretación que amplía el concepto de *periculum in mora* al también peligro de tardanza, cuyos riesgos sí parecen evitar cautelas de esta naturaleza. Mientras que en el primer caso se pretende el aseguramiento preventivo de los medios adecuados para conseguir una resolución prácticamente eficaz, la lucha es contra el riesgo de que no puedan utilizarse dichos mecanismos; en el segundo, la medida tiende a la satisfacción del derecho porque si no la propia dilación, la mora del proceso ordinario, produciría el estado de insatisfacción del derecho sobre el cual se contiene".

<sup>164</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 1087: "Sin embargo, su función, asegurar la efectividad del resultado de un proceso, en ciertos casos exigirá precisamente que se anticipe el mismo en vía cautelar. Ahora bien, aunque nuestra opinión sea favorable a su admisión, resulta conveniente realizar una comprobación de esta afirmada compatibilidad entre función anticipatoria y función cautelar, No debemos olvidar que la anticipación no deja de ser una manifestación más, que no la única ni la más importante, del contenido posible de la tutela cautelar, y en este sentido no puede producirse equiparación alguna entre ambas instituciones".

*Référé* es el nombre genérico dado a los procedimientos de urgencia que se adelantan ante el contencioso- administrativo francés. Estos incluyen tanto medidas cautelares accesorias de un proceso principal (*référé suspension*<sup>165</sup>, *référé provision*) como medidas cautelares autónomas o independientes (*référé liberté*). Sobre estos últimos que, en términos del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, "son juicios rápidos y sumarios"<sup>166</sup> que permiten garantizar de manera adecuada la tutela judicial, se hablará en el siguiente acápite.

El *référé provision* o medida cautelar de provisión o pago anticipado de las deudas contraídas por la Administración se ha ido consolidando en Francia como un instrumento eficaz frente al impago de deudas. Para que la cautela se ordene requiere la existencia de un proceso principal, que el deudor (Administración) no presente *alegaciones serias* respecto de la existencia de la deuda y acreditar el elemento de urgencia desde una perspectiva *genérica*, es decir, el peligro congénito que acarrea para los derechos de las partes la mora propia del proceso. El contenido de la medida será la orden de pago inmediato de todo o de una parte de la cantidad reclamada en el juicio principal en tanto éste se sustancia<sup>167</sup>. Es

---

<sup>165</sup> *Référé suspension* sí requiere para su admisión que se haya interpuesto una demanda principal, exige una situación de urgencia específica (no es suficiente la urgencia vista desde el punto de vista genérico, es decir, el peligro genérico que existe congénitamente a la mora del proceso), la urgencia aquí debe ser alegada por la parta individualizándola al caso concreto, sopesándola con la del contrario y una duda seria respecto de la legalidad del acto. En este sentido: DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 166 y ss.

<sup>166</sup> Cfr.: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar la Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional?", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 151, 2000, pág. 262; DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 166 y ss.

<sup>167</sup> Esta medida cautelar ha sido también incorporada a la jurisprudencia del TJCE Auto *Antonissen*, C-396/96 P (R) dentro del principio general de admisibilidad de cualquier clase de medida cautelar que sea adecuada a la situación de cuya tutela judicial se trata. Sobre esta medida cautelar anticipativa y el fallo citado *vid*: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas (referé-provision)...", en *Revista de Administración... Ob. cit.*, pág. 225- 243. En el proceso civil francés esta medida es autónoma. Es decir, no es necesario para que se adopte la existencia de un proceso principal y, por lo tanto, no hace tránsito a cosa juzgada. El deudor puede, si así lo quiere, acudir posteriormente a un proceso declarativo en que aporte elementos que permitan probar la inexistencia de la deuda, su no exigibilidad o el monto de la misma.

decir, el deudor debe pagar lo ordenado por el juez inmediatamente. El pago de la cautela puede, en caso de ser necesario, condicionarse a la constitución de una contracautela (caución) por parte del demandante. Esta “institución se aplica normalmente a deudas tanto líquidas como ilíquidas, como, por ejemplo, las reclamaciones de responsabilidad por falta de servicio, de responsabilidad por daños hospitalarios, a honorarios profesionales, a responsabilidad por daños causados por obras públicas, a responsabilidad por daños contractuales, pagos contractuales, etc.”<sup>168</sup>.

El ordenamiento legal español, en materia de contratos con la Administración Pública (R.D. Legislativo 3/2011 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público –TRLCS- ) en su Art. 216.4 incorpora la medida cautelar de anticipo o pago de una deuda contraída por la Administración Pública. El supuesto único en el que cabe esta medida es el siguiente: la Administración teniendo la obligación de abonar el precio del contrato dentro de los treinta días<sup>169</sup> siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que la acrediten los bienes entregados o los servicios prestados, no lo hace. Transcurrido este plazo, los contratistas podrán reclamar por escrito a la Administración Pública contratante el pago de la obligación y, si hay lugar a ello, los

---

Sin embargo, una vez pagada la totalidad de la deuda, pocos son los procesos plenarios que se inician después de un *référé provision*, principalmente porque el acuerdo de la medida tuvo su fundamento en la falta de “contestación sería” frente a la exigibilidad de la deuda.

<sup>168</sup> *Ibidem*, pág. 235. En Italia, con la admisión de medidas cautelares positivas, es posible que la orden de esta medida anticipativa tenga cabida. En este sentido: CASSESE, S., *Le basi del Diritto Amministrativo*, Milano, 1995, S. CASSESE, *Le basi del Diritto Amministrativo*, terza edizione, Milano, 1995, pág. 454.

<sup>169</sup> El Art. 216 TRLCS establece que “la Administración deberá aprobar las certificaciones de obra o los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados dentro de los treinta días siguientes a la entrega efectiva de los bienes o prestación del servicio, salvo acuerdo expreso en contrario establecido en el contrato y en alguno de los documentos que rijan la licitación (...) En todo caso, si el contratista incumpliera el plazo de treinta días para presentar la factura ante el registro administrativo, el devengo de intereses no se iniciará hasta transcurridos treinta días desde la fecha de presentación de la factura en el registro correspondiente, sin que la Administración haya aprobado la conformidad, si procede, y efectuado el correspondiente abono”.

intereses moratorios. Si pasado un mes desde la reclamación la Administración Pública no contesta, se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago y los interesados podrán recurrir ante el contencioso – administrativo por inactividad de la administración, pudiendo solicitar al órgano judicial, como medida cautelar, el pago inmediato de la deuda. El juez deberá adoptar dicha medida, salvo que la Administración se oponga acreditando que no concurren circunstancias que acrediten el pago de la deuda o que la cuantía reclamada no corresponde a la que se exigen. En este último caso, la medida se limitará a la cuantía exigible (Art. 217).

No estamos hablando en *strictu sensu* de una medida independiente del proceso principal, pero ¿qué interés pueden llegar a tener las partes en continuar con el proceso principal si sus pretensiones ya han sido satisfechas y sus derechos e intereses ya han sido protegidos? De acordarse la medida cautelar por falta de una seria oposición de la Administración Pública frente a la deuda, la decisión del fondo recurso contencioso administrativo deberá venir casi de manera inmediata. En el supuesto en que las partes, una vez hecho el pago correspondiente como consecuencia de la orden cautelar, queden satisfechas con la protección de sus derechos y desistan de continuar con el proceso, se estaría en presencia de una **medida cautelar autónoma**.

Más claro se ve esta idea de autonomía en el supuesto en que la medida cautelar se solicite antes de la interposición del recurso. Como claramente lo expresa el Art. 217 TRLCSP se trata de una situación que configura inactividad de la administración, lo que faculta al interesado a solicitar de manera inmediata, antes de la interposición del recurso, la medida cautelar de pago de la deuda (Art. 136 LJCA). Una vez ordenado el pago y cumplido el mismo por la Administración Pública, ¿Qué necesidad pueden tener las partes en interponer la demanda posterior? Salvo que el pago no se haya hecho de manera total o no se hayan contemplado los intereses moratorios, la medida cautelar satisfizo los derechos e intereses de las partes y la tutela judicial habrá sido realmente efectiva. Si la medida cautelar ha ordenado el pago total y este se ha hecho antes de que transcurra el término para que la medida quede sin efecto (10 días) no habrá necesidad del recurso posterior.

Es un hecho notorio que la Administración pública francesa no es la única que tiene deudas y grandes retrasos en el pago de las mismas. Es un denominador común en todas las Administraciones Públicas el endeudamiento, no sólo por obligaciones derivadas de la contratación, sino

también el relacionado, con pagos de la seguridad social o de salarios, entre otros. Los acreedores de la Administración pública han estado sometidos a procesos largos para obtener el pago de sus acreencias. Ello sumado al hecho de que gran parte de esos títulos ejecutivos son derivados de sentencias judiciales de condena contra la Administración Pública (es decir los ciudadanos, ya llevan cargando, desde tiempo atrás, con un proceso declarativo previo de larga duración). Muchas veces el futuro de la empresa contratista, o el mínimo vital de la persona natural acreedora depende de los pagos que no ha realizado la Administración Pública, sobre todo en tiempos de crisis económica, pese a ello, salvo el embargo y secuestro excepcionalísimo como medida cautelar, no encuentran una garantía provisional de sus derechos<sup>170</sup>. No es entonces, ni mucho menos, descabellado la orden provisional de anticipar pagos de la deuda o la totalidad de la misma materializando el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>171</sup>. Se debe valorar positivamente el esfuerzo del ordenamiento jurídico español por “aggiornare” su normativa a las exigencias de las directivas comunitarias. Sin embargo, no es aún suficiente pues la medidas cautelar de pago debe poder ordenarse para cualquier deuda contraída por la administración, no sólo para las derivadas de la contratación, que sea jurídicamente exigible.

Como lo hemos ido argumentando a lo largo de todo este capítulo, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Art. 24CE, 29 y 229 CN)

---

<sup>170</sup> Es de resaltar el gran paso dado en el ATSJ de Aragón de 26 de febrero de 1998 que estimó la medida cautelar solicitada de pago, por parte de la Diputación General de Aragón, de una suma de dinero, a título de compensación económica, a una concesionaria del servicio público de transporte. Lo anterior en razón a la “aparente” ilegalidad de la decisión impugnada (denegación de ayuda pública). “Tratándose de supuestos de impago por la Administración de obligaciones pecuniarias recurridas o derivadas de un título exigible e incontrovertido, la apariencia de buen derecho en quien reclama o solicita la medida es fundamental, petición frente a la que la Administración difícilmente puede alegar graves e irreparables perjuicios económicos tratándose, como se trata, de obligaciones de contenido económico recurridas legal o reglamentariamente o dimanantes de un título publico o administrativo otorgado por la Administración”. Auto comentado por HERRÁIZ SERRANO, O., “El paso firme dado por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el duro batallar por la tutela cautelar...”, en *Revista Española de Derecho... Ob. cit.*, pág. 265 y ss.

<sup>171</sup> Sobre las ventajas de una medida cautelar de orden de pago *vid* GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas (referer-provision)...”, en *Revista de Administración... Ob. cit.*, pág. 242.

incorpora la adopción de todas las medidas necesarias y adecuadas para garantizar provisionalmente la protección de los derechos o intereses legítimos en litigio de los ciudadanos que acuden a la jurisdicción. Esta habilitación genérica permitiría que los jueces contencioso-administrativos pudieran ordenar también, como medida cautelar, pagos anticipados o totales de las deudas adquiridas por la Administración Pública, frente a las cuales no se haga una oposición seria. Sin embargo, es una práctica que no resulta muy conocida para la jurisdicción contencioso-administrativa y que, seguramente, requerirá, para que logre hacer eco en los ordenamientos jurídicos, una Ley previa que expresamente la consagre<sup>172</sup>.

A mayor abundamiento, el legislador Colombiano en el Art. 229 LPACA ya optó, equivocadamente, por limitar la procedencia de medidas cautelares en el contencioso administrativo a los procesos declarativos. Dejando sin regular, por ejemplo, las medidas cautelares procedentes en los procesos ejecutivos. Para el proceso ejecutivo contra la Administración los artículos 297 y ss., de la LPACA, remiten a las disposiciones del Código General del Proceso, que como tradicionalmente ha sido en este tipo de procesos, sólo contempla la medida cautelar de embargo y secuestro<sup>173</sup>.

Amén de lo anterior, dentro de los procesos declarativos, que se adelanten ante el contencioso administrativo, la LPACA limitó la posibilidad de ordenes positivas a la Administración, sólo se podrán ordenar aquellas que tengan contenido de hacer o no hacer, dejando por fuera las de dar. Que estas limitaciones sean razonables y proporcionadas en los términos de la finalidad prevista por los Art. 29 y 229 por lo menos queda en entre dicho.

---

<sup>172</sup> En este sentido: *Ibidem*, pág. 243.

<sup>173</sup> Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia de la Sala Plena de 5 de marzo/2014, exp. 2013-06871-01 cita el informe de ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes (Gaceta No. 951, 23 de noviembre de 2010) que en materia de medidas cautelares en los procesos ejecutivos indicó: "(...) Así en el Art. 229 se aclara que las medidas cautelares proceden en todos los procesos declarativos que se adelanten en la jurisdicción, con lo que queda claro que no cobijan los procesos ejecutivos, cuyo pronunciamiento y adopción de medidas cautelares se remite al código de procedimiento civil para el proceso ejecutivo (...)" (Sic).



Pese a ello se debe celebrar los buenos intentos de algunos Jueces por incorporar en la práctica judicial órdenes de pago provisional a la Administración Pública. De Capital importancia resulta el Auto de 6 de agosto de 2014, exp. 2013-00339-00, expedido por el Juzgado Administrativo 751 de Descongestión Oral de San Gil.

En este pronunciamiento se resuelve **la solicitud de la medida cautelar de pago provisional** del del 87.17% de la pensión que recibía el Señor Manrique Riveros, a título de pensión de sobrevivientes para su esposa, pensión que fue denegada por las resoluciones RDP 14801 de 3 de abril de 2013 y RDP 022306 del 16 de mayo de 2013, expedidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGGP). Se solicita que el restante porcentaje quede en suspenso hasta que sea resuelto el fondo del asunto, debido a que la Sra. Chacón Rueda, aduce ser compañera permanente del difunto pensionado.

El demandado (UGGP) solicita se deniegue la medida por no existir pruebas fehacientes que permitan establecer a quién corresponde la pensión de sobrevivientes, si a la esposa o a la compañera permanente del fallecido.

La motivación del Juez para la orden provisional resulta ejemplar “la medida cautelar (...) tiene por finalidad proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Además (...) obedece a unos principios de orden constitucional que subyacen tras aquellos, como son la tutela judicial efectiva del derecho subjetivo reclamado en vía judicial, la preeminencia de los derechos fundamentales y el acceso a la administración de justicia, los cuales pueden verse sacrificados en el curso del proceso en razón al tiempo que conlleva surtir cada etapa procesal hasta que sobreviene la sentencia definitiva”. Además de eso, da importancia a las “medida cautelares adicionales a la suspensión provisional del acto administrativo”.

Sin embargo, no fue muy hábil con la técnica establecida para la adopción de las medidas cautelares. A pesar de que se le estaba solicitando una medida cautelar positiva (la orden provisional de pago) sólo consideró como requisitos sustantivos de adopción el *fumus boni iuris* (con el contenido de “probar, así sea sumariamente, la titularidad del derecho que reclama”) y el *periculum in mora* (argumentar “la existencia de un perjuicio irremediable o la ineficacia eventual de la sentencia”). No ponderó los intereses en juego. Éste último requisito fue incorporado por el Legislador como criterio de adopción de medidas cautelares diferentes a

la suspensión del acto administrativo<sup>174</sup>. Sin embargo, el derecho en juego, para el caso concreto, era el mínimo vital y móvil necesario para la subsistencia de la accionante, un derecho fundamental.

Sobre la **apariencia de buen derecho** el despacho consideró que:

a. La pensión de sobrevivientes está consagrada para asegurar los derechos fundamentales a la dignidad humana y al mínimo vital y móvil de los familiares que dependían del trabajador fallecido. Además la pensión de sobrevivientes adquiere el carácter de derecho fundamental cuando sus beneficiarios son sujetos de especial protección (personas mayores de edad, mujeres cabeza de familia, personas en extrema pobreza), se convierte en “una garantía irrenunciable e imprescriptible para salvaguardar personas en estado de indefensión, ya sea por razones económicas, físicas o mentales, debido a la ausencia del causante”.

b. El reconocimiento de la pensión de sobreviviente cuando la convivencia no es simultánea conlleva que “la compañera permanente podrá reclamar un porcentaje igual al tiempo convivido con el causante, mientras que la otra cuota parte corresponderá a la esposa con la cual existe vínculo matrimonial vigente y, por lo tanto, sociedad conyugal vigente”.

c. En las pruebas documentales aportadas se acredita el matrimonio del causante con la demandante, la edad de 68 años de esta última, la pensión de vejez del causante, la muerte del pensionado.

d. Además, existe un fallo de tutela, proferido por un juez laboral, en el que se ordena el reconocimiento de la pensión sobreviviente proporcional a la demandante, para lo cual la UGPP expidió la resolución RDP031081M, de 10 de julio de 2013, pero esta decisión no tuvo efecto al ser revocado el fallo de tutela en segunda instancia.

d. Existe un documento notarial en el que el causante solicita el traspaso de su pensión a su esposa. Así como documentos notariales en los que la Sra. Chacón Rueda afirma que la convivencia con el causante tuvo una duración de 5 años, 4 meses y 2 días.

**En cuanto al *periculum in mora*** el despacho considera que la demandante cuenta con 68 años de edad y no cuenta con un ingreso periódico que garantice su subsistencia digna, toda vez que era su esposo el que le

---

<sup>174</sup> Sobre este punto, remito al capítulo cuarto.

procuraba la manutención. Además considera que tales circunstancias la colocan en un Estado de debilidad manifiesta.

Una vez hechas estas apreciaciones ordena la suspensión provisional de los actos administrativos acusados y **ordena que la entidad demandada reconozca de forma provisional una cuota parte de la pensión de sobrevivientes** a favor de la demandante (86.441%) desde que se hizo efectiva y hasta que se decida el fondo del asunto.

Resulta absolutamente loable este auto, no sólo por **ordenar una medida cautelar de pago provisional** (no enlistada dentro del Art. 229 LPACA) sino además por hacer una **análisis no superficial del material probatorio** y proteger provisionalmente el derecho de la esposa, quedando para el fondo del asunto resolver la duda sobre el derecho de la compañera permanente (tercera interesada en el proceso). La decisión del fondo recurso contencioso administrativo deberá venir casi de manera inmediata, dado la fuerte apariencia de derecho que pudo encontrar el juez en las pruebas aportadas con la demanda y la solicitud de la medida cautelar. Pero también, **por proteger derechos fundamentales** vulnerados dentro de la situación concreta, encontrando el elemento de inmediatez y urgencia que le permite, así no lo haya analizado en un acápite particular, dar prelación al derecho fundamental al mínimo vital y móvil por sobre los intereses legítimos de la Administración Pública en mantener los dineros pensionales resguardados hasta tanto no se tenga certeza jurídica de la situación de la compañera permanente.

Por último resulta considerable hacer referencia a la proporcionalidad y de la medida cautelar. El Juez ha ordenado el pago provisional de la pensión desde el momento en que se adquirió el derecho por la esposa (4 de marzo de 2013), es decir, no sólo ordena el pago de la mesada pensional desde el momento de la orden cautelar sino también el pago del retroactivo. Es decir, la medida cautelar ha anticipado los efectos de la sentencia para el demandante y ha innovado su situación jurídica. Probablemente bastaría para el mantenimiento de la demandante el pago de las mesadas pensionales desde el momento de la orden cautelar, quedando los dineros del pago retroactivo como restablecimiento del derecho por parte del fallo de fondo. Sin embargo, la fuerte apariencia del derecho de la demandante, no sólo a la pensión de sobrevivientes, sino respecto del porcentaje en que la misma le correspondía, permitió que el juez haya resuelto su situación jurídica, quedando para el fallo de fondo, únicamente resolver la situación del tercero interviniente.

Tres asuntos más quedan aquí pendientes: i. El relacionado con **la posibilidad de solicitar las medidas cautelares, antes de que el proceso principal exista**, es decir, antes de la presentación de la demanda y ii. La instrumentalidad en las suspensiones de actos administrativos que reproducen uno ya suspendido o anulado y iii. La técnica, que cada vez tiene mayor recepción, de **las medidas cautelares independientes o autónomas**.

**i. Respecto de las medidas cautelares susceptibles de ser solicitadas antes de la presentación de la demanda.**

La LJCA las permite para las situaciones que configuren vías de hecho (actuaciones de la Administración que, de manera manifiesta y flagrante, prescinden de toda legalidad, Art. 30) o inactividad de la Administración Pública (ausencia de actuación de la Administración cuando tiene el deber legal de actuar que emana de una disposición general, de un acto, contrato o convenio, Art. 29<sup>175</sup>). En tales circunstancias, dos particularidades se presentan relacionadas con la garantía provisional de derechos: 1. **se invierte la regla general del recurso contencioso administrativo no suspensivo**. La medida cautelar se adoptará, salvo que no estén presentes, en el caso concreto, los elementos que configuran la vía de hecho o inactividad de la administración, o que con la adopción de la medida se cause una perturbación grave a los intereses generales o de terceros (Art. 136.1) y 2. **La solicitud de medidas cautelares, se pueda presentar antes de la interposición de recurso e inaudita altera parte**, siempre y cuando el juez aprecie las circunstancias especiales de vía de hecho o inactividad de la administración. El órgano judicial acordará la medida cautelar, ordenará su ejecución, pero, en la misma resolución, dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida. “Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada” (Art. 135.1a modificado por el Art. 3.10 L. 35/2011).

---

<sup>175</sup> Para que la inactividad de la administración se configure, además del deber legal de actuar se requiere el paso del plazo de tres meses, después de presentada la reclamación, sin que la Administración haya realizado cualquier tipo de actuación.

Además, el solicitante deberá interponer el recurso contencioso administrativo, a más tardar, dentro de los diez días siguientes después de la notificación de la decisión cautelar, so pena de que la medida adoptada quede sin efecto y deba el solicitante pagar los perjuicios generados con ella.

Por el contrario, en Colombia, la **LPACA** no contempló, en ninguna de sus disposiciones, la posibilidad de solicitar las medidas cautelares **de manera previa a la interposición del recurso contencioso - administrativo**. Ni siquiera reguló tal posibilidad para los casos de urgencia, aquellos en los que por sus especiales circunstancias, el derecho requiera protección provisional inmediata. Es más, ni siquiera consideró una reglamentación especial para las vías de hecho o la inactividad de la administración. La única circunstancia especial incorporada al procedimiento de adopción de las medidas cautelares para los casos de urgencia fue la ordenar la medida ***inaudita altera parte*** (Art. 234) y **la de poder presentar la solicitud de medidas junto con el recurso contencioso administrativo, sin necesidad de haber agotado el requisito de procedibilidad conciliación prejudicial**<sup>176</sup>.

Durante todo este capítulo se ha venido explicando que la tutela cautelar, como elemento inescindible de la tutela judicial efectiva, debe procurar por no hacer ilusoria la efectividad de los derechos que se encuentran vulnerados; debe estar encaminada a garantizar que, al finalizar el proceso, la intromisión ilegítima o legítima (en los casos en que el individuo no tenga el deber jurídico de soportarla) cesará y se repondrá al individuo en el ejercicio del derecho o interés del que se ha visto privado. Por lo tanto, si la efectividad de los derechos de las partes depende de una garantía provisional inmediata, que no espera a la presentación de la demanda, debería poder acordarse.

El legislador colombiano, probablemente ajeno a la práctica, desconoce el tiempo que tarda normalmente un letrado en preparar y presentar una demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa (4 meses en promedio). Durante ese lapso muy probablemente el derecho del administrado pueda sufrir desmejora, o el perjuicio que se esté causan-

---

<sup>176</sup> Este requisito de flexibilidad de la legislación tratándose de medidas cautelares de urgencia no lo contempla expresamente la norma, fue una interpretación dada por el Consejo de Estado en Sentencia de la Sala Plena de 5 de marzo/2014 exp. 2013-06871-01.

do aumente, o el peligro que se vaya a causar con dicha actuación sea aún más latente. No resulta garantista, desde el contenido de la tutela judicial efectiva, negar la posibilidad de acudir de manera inmediata a la jurisdicción contencioso-administrativa a solicitar la garantía provisional de derechos.

Ahora bien, si se trata recursos contencioso- administrativos de nulidad y restablecimiento del derecho, reparaciones directas o contractuales, en las que se requiere el agotamiento del requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial (que tarda 6 meses en promedio). El Consejo de Estado<sup>177</sup> ha hecho una amplia interpretación del Art. 234 LPACA:

“Inclusive y ante el hipotético argumento sobre la ineficacia de la medida, dada la exigencia de que se agote el requisito de procedibilidad referido a la conciliación previa a la admisión de la demanda, es evidente que el juez de lo contencioso administrativo puede admitir la posibilidad de que el accionante presente la demanda y la solicitud de medida cautelar previamente al agotamiento de la conciliación prejudicial, al tenor de lo dispuesto en el Artículo 234 de la Ley 1437 de 2011 que regula las medidas cautelares de urgencia(...) casos como el presente, el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el requisito de procedibilidad”. **En estos supuestos, en todo caso, hay que interponer el recurso contencioso administrativo**, así no se tramite de inmediato su admisión, sino solamente la adopción o no de la medida cautelar. Por esta razón, no se puede considerar como una posibilidad real de adopción de las medidas cautelares previamente a la interposición del recurso.

Debe resaltarse que esta posibilidad ya estaba antes de la vigencia de la LPACA y el Consejo de Estado lo que hace es regresar, por vía de interpretación judicial, a la situación inmediatamente anterior. El inciso 5 Art. 35 L. 640/2010, modificado por el Art. 52 L. 1395/2010, establecía que “cuando en el proceso de que se trate, y se quiera solicitar el decreto y la práctica de medidas cautelares, se podrá acudir directamente a la jurisdicción” (Sic). Ello sin necesidad de agotar previamente a la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad. La norma antes señalada fue expresamente derogada por el Art. 309 LPACA. El Código

---

<sup>177</sup> Sentencia de la Sala Plena de 5 de marzo/2014 exp. 2013-06871-01.

General del Proceso (L. 1564/2012) estableció en su Art. 613 que no es "(...) necesario agotar el requisito de procedibilidad en los procesos ejecutivos, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se adelanten, como tampoco en los demás procesos en que el demandante pida medidas cautelares de carácter patrimonial o cuando quien demande sea una entidad pública (...)"<sup>178</sup>.

No es de extrañarse que, en las circunstancias de reglamentación legal descritas, los ciudadanos, al menos en Colombia, sigan acudiendo a obtener la garantía de sus derechos vía de recurso de amparo o acción de tutela. Como se ha explicado en el primer capítulo y en este segundo cuando se abordó el tema de los derechos fundamentales, se trata de una acción pública (sin formalismos en su solicitud), con procedimiento célere (10 días para proferir el fallo, sin requisitos previos de procedibilidad, y con opción para el juez de adoptar todas las medidas cautelares necesarias para la protección del derecho desde el mismo momento en el que presenta la solicitud), preferencial, sumario y expedito para la protección de derechos fundamentales (entendidos como inominados) - propiamente dichos o por conexidad<sup>179</sup>. Los administrados acuden a los jueces de tutela para solicitar la protección de derechos conculcados por las acciones u omisiones de las autoridades, especialmente, administrativas. Todos los jueces de la República (dentro de ellos, los pertenecientes a la jurisdicción contencioso-administrativa) son jueces de tutela y,

---

<sup>178</sup> Esta norma del Código General del Proceso es aplicable desde el 1 de enero de 2014. Cfr.: GONZÁLEZ REY, S., "Comentarios del capítulo XI. Medidas Cautelares", en *Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo Ley 1437 de 2011 comentado y concordado*, Bogotá 2013, pág. 490.

<sup>179</sup> En este sentido ver el contenido del título II de la CN. Entre otros derechos fundamentales: vida, integridad personal, libertad e igualdad ante la ley, personalidad jurídica, intimidad, libre desarrollo de la personalidad, libertad de conciencia, libertad de cultos, expresión e información, honra, paz, petición, circulación y residencia, trabajo, asociación, sindicalización, libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación, cátedra, libertad personal, **debido proceso**, habeas corpus, doble instancia, aprehensión en flagrancia, no autoincriminación, prohibición de destierro, prisión perpetua y confiscación, asilo, reunión, manifestación, participación, libertad de escoger profesión, ocupación, arte u oficio. Por conexidad la Corte Constitución ha señalado que son fundamentales: dignidad humana, educación, salud, licencia de maternidad, seguridad social, propiedad, visita conyugal del interno, seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad pública, filiación, huelga, **acceso a la administración de justicia**, subsidio familia, deporte, recreación y aprovechamiento del tiempo libre.

en ese tipo de acciones, se revisten de amplios poderes especiales para actuar. Aunque, como se verá más adelante, la cláusula *numerus apertus* para ordenar las medidas cautelares necesarias para la protección provisional del derecho fundamental, que se explicó en el primer capítulo, ha quedado un poco en entredicho por la modificación hecha en el párrafo del Art. 229 LPACA, la acción de tutela sigue siendo una herramienta mucho más efectiva para la garantía de los derechos que los recursos ordinarios en sede contencioso- administrativa<sup>180</sup>.

No es de recibo que veintitrés años después de la entrada en vigencia de la Constitución Política de Colombia que consagra el derecho fundamental instrumental a la tutela judicial efectiva como garante, no sólo de derechos fundamentales sino, de todos los derechos subjetivos, el legislador no reconozca que la finalidad constitucional de efectividad de derechos pasa por manos del juez contencioso- administrativo y que éste debe tener todas las posibilidades necesarias para no hacer ilusorios los derechos e intereses legítimos de los administrados. El colapso jurisdiccional que ha causado la acción de tutela tiene su origen, entre otras, en la imposibilidad legal del juez administrativo de garantizar provisionalmente derechos de manera inmediata en los procedimientos ordinarios. Sin embargo, el mismo juez con la toga de juez constitucional, en acciones de tutela, si puede hacerlo.

Ahora bien, **la posibilidad de solicitar previamente (a la presentación del recurso contencioso) la garantía provisional del derecho o interés legítimo no va en detrimento de la instrumentalidad** de la institución cautelar, sobre todo si se ata el mantenimiento de los efectos de la medida cautelar a la obligación posterior de presentación de la demanda.

En el derecho Español, **La posibilidad de solicitud previa (a la interposición del recurso) de las medidas cautelares no debería estar**

---

<sup>180</sup> En materia de garantías provisionales es una institución que se asemeja al *référé libéré* francés (L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, 4 de mayo de 2000). El juez de *référé* puede adoptar todas las medidas necesarias para la salvaguarda de una libertad fundamental que haya sido vulnerada de modo grave y manifiestamente ilegal por parte de una persona jurídica de derecho público o un organismo de derecho privado encargado de la gestión de servicios públicos en el ejercicio de sus funciones. La solicitud de *référé* deberá motivarse en la urgencia y el juez se ha de pronunciar en 48 horas y puede adoptar todo tipo de medidas cautelares.



**atada, exclusivamente a los casos de vías de hecho o inactividad de la administración.** Tratándose de suspensión provisional de los actos, por ejemplo, jamás habrá una solicitud de suspensión en circunstancias de inactividad de la administración. La inactividad de la administración parte de su no actuación (ausencia de acto). Lo anterior no quiere decir no existan actos administrativos ilegales que estén vulnerando derechos o intereses legítimos y que, las circunstancias concretas, ameriten su suspensión inmediata, incluso, antes de que se presente la demanda. Ahora, las vías de hecho parten de una ausencia total, absoluta y manifiesta de procedimiento. Se trata de una actividad al margen de la legalidad que lesiona los derechos o intereses de los particulares. En este caso, si podría solicitarse la suspensión inmediata, en los términos del Art. 136 LJCA.

## **ii. La “suspensión automática”<sup>181</sup> de actos administrativos en el contencioso-administrativo colombiano.**

Se trata de un procedimiento incorporado al ordenamiento contencioso-administrativo desde el segundo código contencioso-administrativo<sup>182</sup> y conservado por las reglamentaciones venideras<sup>183</sup>. Por medio de este procedimiento se puede solicitar la suspensión cautelar (o directamente la anulación) de un acto administrativo que ha reproducido un acto que

---

<sup>181</sup> Término utilizado por la doctrina y por el propio Consejo de Estado, entre otras: Sentencia Consejo de Estado diciembre 7 de 1976. M.P. Álvaro Pérez Vives y Auto 107, julio de 1988. M.P. Consuelo Sarria Olcos.

<sup>182</sup> El Art. 99 de Ley 167 de 1941 establecía que ningún acto administrativo anulado o suspendido por las autoridades competentes podría ser reproducido por las autoridades administrativas que lo profirieron si éste conservare la esencia de las disposiciones anuladas o suspendidas. En el caso descrito, la orden de suspensión debía decidirse y cumplirse inmediatamente en cualquier estado del proceso y sin que fuera posible ningún recurso. Si aún se encontraba pendiente el proceso en el que se ordenó la suspensión del acto cuyas disposiciones fueron ilegalmente reproducidas, bastaba solicitar la suspensión acompañada de la copia del nuevo acto.

<sup>183</sup> Art. 158 Decreto 01/84, modificado por el Decreto 2304/89 determinó que las solicitudes de suspensión de actos que reproduzcan actos anulados o suspendidos provisionalmente serían decididas inmediatamente por la Sala Sección o Subsección del Consejo de Estado o Tribunal Administrativo, cualquiera que sea el estado del proceso.

ya había sido suspendido provisionalmente o había sido anulado por la jurisdicción contencioso-administrativa (Art. 237 LPACA<sup>184</sup>).

Si se trata de la reproducción de un acto administrativo que, en virtud de una orden judicial, se encuentra suspendido cautelarmente, al administrado le bastará con solicitar, dentro del mismo proceso y ante el mismo juez administrativo competente, la suspensión de los efectos del nuevo acto, acompañando al proceso copia de éste (Art. 238 LPACA).

Hasta aquí se trata de una suspensión provisional de un acto que reproduce uno anterior que ha sido suspendido y que se presenta en el mismo proceso principal en el que se debate la legalidad del segundo acto. La instrumentalidad no queda en entre dicho.

Ahora bien, no contempla el legislador el procedimiento a seguir en caso de que el acto administrativo reproduzca uno ya suspendido por el juez en vía de acción de tutela. En la situación descrita la suspensión del acto se pudo ordenar en una acción de tutela que fue interpuesta como medio de protección principal, porque la acción contencioso administrativa no resultaba idónea para la “*protección integral de los derechos fundamentales*”<sup>185</sup>, o bien se como mecanismo transitorio porque se utilizó para evitar un perjuicio irremediable. Dos circunstancias que al tenor del D. 2591/91 resultan perfectamente posibles.

---

<sup>184</sup> “Ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia o al auto, hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión”. Esta norma tiene sus homólogas en el Código de Régimen Departamental, Art. 86, que establece que “Las ordenanzas u otros actos de las asambleas departamentales anulados definitivamente por los tribunales de lo contencioso administrativo, en el concepto de ser contrarios a la Constitución o a las leyes, o lesivos de derechos civiles, no podrán ser reproducidos por aquellas corporaciones si conservan la esencia de las mismas disposiciones anuladas, a menos que una disposición legal, posterior a la sentencia, autorice expresamente a las asambleas para ocuparse de tales asuntos” y en Código de Régimen Municipal, Art. 124, “Los acuerdos u otros actos de los concejos municipales anulados definitivamente por los tribunales de lo contencioso administrativo, en el concepto de ser contrario a la Constitución o a las leyes, o lesivos de derechos civiles, no podrán ser reproducidos por aquellas corporaciones si conservan la esencia de las mismas disposiciones anuladas, a menor que una disposición legal, posterior a la sentencia, autorice expresamente a los concejos para ocuparse de tales asuntos”.

<sup>185</sup> Sentencia Corte Constitucional SU- 961/99.

En esta última situación, es decir, cuando la suspensión del acto administrativo se dio como una orden dentro de la acción de tutela interpuesta como mecanismo transitorio, si se ha hecho caso del fallo del juez de tutela (que ordena que la vigencia de la suspensión cautelar sea sólo durante el término que el juez contencioso utilice para decidir del fondo del asunto Art. 8 D.2591/91) deberá estar cursando ante el juez contencioso-administrativo la acción ordinaria que permita decidir sobre la nulidad del acto administrativo suspendido por el juez de tutela. Por lo tanto, la solicitud de suspensión cautelar del acto que reprodujo el ya suspendido por el juez de tutela se presentará ante el juez contencioso que esté conociendo de la nulidad. Si no hay en curso una acción de nulidad o nulidad y restablecimiento, y ya han pasado los cuatro meses de plazo dados por el juez de tutela en su fallo, la suspensión ordenada habrá quedado sin efecto (Art. 8 D. 2591/91) caso en el cual, el afectado con el acto que reprodujo el ya suspendido deberá solicitar la nulidad, o nulidad y restablecimiento del derecho, del nuevo acto ante el juez administrativo. Hasta aquí no está en entredicho la instrumentalidad.

Ahora bien, dos situaciones problemáticas se plantean en este punto: la primera responde a la situación arriba descrita, un acto suspendido por un juez de tutela en una situación en donde la tutela se concedió como acción principal porque la acción contencioso administrativa no resultaba idónea para la "*protección integral de los derechos fundamentales*"; la segunda un acto administrativo, que reproduce un acto suspendido por juez de tutela, que es expedido por la autoridad pública durante los cuatro meses siguientes a la suspensión hecha por el juez de tutela y aún no se ha instaurado el correspondiente medio de control ordinario ante la jurisdicción contencioso- administrativa.

En estos casos no hay o no es nada seguro que exista, un proceso contencioso administrativo en curso en el que se debata la validez del acto que suspendió el juez de tutela. Entonces, ¿quién será el juez competente para ordenar la suspensión del acto reproduce el acto ya suspendido? ¿Qué procedimiento se deberá seguir para obtener tal suspensión? Existen frente a esto dos opciones: en primer lugar, si la persona afectada carece de este procedimiento "especial" para solicitar la suspensión del acto administrativo que reproduce un acto ya suspendido por el juez de tutela y entonces deberá interponer, contra dicho acto, el correspondiente recurso contencioso- administrativo y solicitar allí su suspen-

sión<sup>186</sup> (téngase en cuenta aquí el tiempo que tarda todo este trámite y el perjuicio para el ciudadano afectado, además de la posición de desigualdad frente a la administración de justicia en la que ese ciudadano estaría con respecto a los demás que, en su misma situación, pero con una suspensión ordenada por un juez contencioso, si pueden acudir a este procedimiento “especial” de suspensión más célere) ó en segundo lugar, estamos frente a casos en los que la medida cautelar de suspensión que se debe adoptar por el juez administrativo sin la existencia de un procedimiento principal. Es decir, **una medida cautelar autónoma**<sup>187</sup> cuya instrumentalidad, tal cual aquí planteada, no existe.

Ahora bien, tratándose de un acto administrativo que reproduzca uno ya declarado nulo por el juez contencioso administrativo, el interesado podrá pedir la suspensión provisional y la nulidad del acto que reproduce el acto ya anulado, mediante escrito razonado dirigido al juez que decretó la anulación, con el que acompañará la copia del nuevo acto. Si el juez o magistrado considera fundada tal acusación, dispondrá la suspensión inmediata de los efectos del nuevo acto, ordenará que se dé traslado de lo actuado a la entidad responsable de la reproducción del acto y convocará a una audiencia con el objeto de decidir sobre la nulidad (Art. 241 LPACA). Nuevamente estamos frente a una suspensión cautelar que, aunque en un proceso especial mucho más célere, conserva la característica de instrumentalidad.

Como se puede apreciar no se trata propiamente de una suspensión automática, es decir, interpuesta la solicitud no se suspende de manera inmediata el acto que reproduce uno suspendido cautelarmente o decla-

---

<sup>186</sup> Esta parecería ser la posición que se desprende la interpretación del Art. 158 CCA que incorporaba la misma institución. Así en Sentencia Consejo de Estado diciembre 7 de 1976. M.P. Álvaro Pérez Vives “La **suspensión automática** se pide mediante demanda separada, lo que obviamente genera un proceso diferente al que propició la declaración de nulidad o la suspensión provisional del acto acusado. Esta forma de proceder es de rigor cuando el primer proceso haya finalizado”

<sup>187</sup> Pareciera que esta no es una idea del todo ajena para el Consejo de Estado, pues en el Auto 107, julio de 1988. M.P. Consuelo Sarria Alcos expresamente dice “(...) existe la figura de la suspensión provisional que se solicita sin que exista demanda, respecto del acto que reproduce uno ya suspendido por la jurisdicción contencioso administrativa”. Sin embargo, reconocido esto continúa el Auto enumerando los requisitos para que opere este tipo de suspensión provisional y el primero de ellos dice es: “(...)1. Que se esté tramitando un proceso contra un acto administrativo”.

rado nulo, hay que esperar a que el juez ordene su suspensión para que esto suceda.

### iii. Medidas cautelares independientes o autónomas respecto de un proceso principal.

Cada vez va tomando más fuerza en los ordenamientos jurídicos contencioso administrativos la posibilidad de adoptar herramientas cautelares independientes de la existencia de un proceso principal. Esta afirmación resulta absolutamente extraña si nos posicionamos bajo el paradigma legicentrista coetáneo con el Estado Derecho Liberal. Las prerrogativas de la Administración pública, entre ellas, la autotutela ejecutiva, han sido desde siempre iconos del derecho administrativo, en su visión clásica de génesis francesa, y protagonistas de interpretaciones restrictivas del régimen cautelar contencioso. Resulta curioso que, precisamente, sea el ordenamiento jurídico francés<sup>188</sup> uno de aquellos ha incorporado, paulatinamente, la posibilidad de instrumentos cautelares no como medios destinados al fin de garantizar la efectividad de un fallo posterior en el proceso principal, sino como una finalidad en sí misma para lo protección de los derechos<sup>189</sup>.

El ejemplo por excelencia de la situación arriba descrita es el *référé liberté* francés<sup>190</sup>, un juicio sumario mediante el cual el juez de *référé* puede adoptar todas las medidas necesarias para la salvaguarda de una libertad fundamental que haya sido vulnerada, de modo grave y manifiestamente ilegal, por parte de una persona jurídica de derecho público o un organismo de derecho privado encargado de la gestión de servicios públicos en el ejercicio de sus funciones. La solicitud de *référé* deberá

---

<sup>188</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La crisis del contencioso-administrativo francés: el fin de un paradigma", en *Hacia una nueva justicia administrativa*, 1989, pág. 71 y ss.

<sup>189</sup> Valga desde ya la remisión en este punto a algunos de los trabajos de los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar las salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional?", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 151, 2000, pág. 262 y ss.; DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo...* Ob. cit., pág. 163 y ss.; ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares...* Ob. cit., pág. 38 y ss.

<sup>190</sup> L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa.

motivarse en la urgencia (no siendo suficiente la urgencia genérica del peligro propio de la mora del proceso, sino que debe ser individualizada en el caso concreto, sopesándose con la opuesta por la contraparte) y el juez se ha de pronunciar en 48 horas pudiendo este último, además, adoptar todo tipo de medidas cautelares que considere necesarias<sup>191</sup>.

Estas herramientas cautelares no atadas al curso de un proceso principal han sido mejor definidas por la doctrina como procesos sumarios<sup>192</sup> porque permiten poner en inmediata posesión del derecho o ejercicio del interés legítimo a quien manifiesta ser el titular del mismo, desapoderando a quien no tiene la razón, desde el primer momento, de su posición de ventaja. Al no tener su resultado el efecto de cosa juzgada, no hay impedimento para que, posteriormente, se abra un juicio plenario (definitivo) en el que se debata sobre el fondo del asunto. Sin embargo, de conformidad con la práctica de esta institución<sup>193</sup> pocas son las veces en que el vencido inicia tal juicio plenario, precisamente porque la decisión del *référé libéré* ha sido adecuada, ha hecho justicia material y ha dejado satisfechas a las partes.

Las medidas cautelares autónomas son de especialidad utilidad frente a "las Administraciones que abusan de la autotutela para desplazar a los administrados la carga de recursos obvios, pero muy alejados en cuanto a su resolución. El cinismo de los obligados a un dar o a un hacer o a un no hacer, que se parapetan en su condición de poseedores (o de decidir ejecutoriamente, que es aún más grave, por cuanto supone que el sujeto pueda crear por sí mismo la situación del poseedor) para imponer a sus

---

<sup>191</sup> Cfr.: DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 167 y ss.

<sup>192</sup> Sobre el punto *vid*: ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares... Ob. cit.*, pág. 38 y ss.; DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 73 y ss.: "(...) cabe proponer la creación de procedimientos sumarios o abreviados para determinados supuestos materiales, evitando de esta manera forzar la naturaleza del instrumento procesal cautelar (...) Ello implica que el ámbito de actuación de cada una de estas categorías ha de estar claramente delimitado, a pesar de que en casos concretos puedan establecerse canales de comunicación entre ambos".

<sup>193</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998...", en *Revista de Administración... Ob. cit.*, pág. 262; CAMPO CABAL, J. M., *Perspectivas de las medidas cautelares... Ob. cit.*, pág. 71.

acreedores costosísimos, lentísimos y, por si fuera poco, aventurados procesos para poder forzarles al cumplimiento de sus obligaciones”<sup>194</sup>.

Este tipo de medidas cautelares se han puesto en jaque, precisamente, desde la característica de instrumentalidad, porque cuando los derechos o intereses ya están satisfechos, ninguna de las partes tendrá interés en interponer un recurso posterior en el que se debata y resuelva el fondo del asunto. Esta situación más que preocupar debería enaltecer la institución, pues no es sino una manifestación de lo oportuna que resulta y de todas las bondades que tiene medida cautelar<sup>195</sup>.

### - La existencia de medidas cautelares autónomas en el Ordenamiento Jurídico Colombiano.

En Colombia existe actualmente una acción constitucional cuyo resultado podría conllevar la satisfacción de los derechos e intereses legítimos de manera inmediata y autónoma de la existencia de un proceso principal. Esta es la acción de tutela o el derecho de amparo. Si bien es una acción para lo protección de derechos fundamentales y no un incidente cautelar, su autonomía, celeridad, sumariedad, trato preferencial, e incluso su posibilidad de garantía provisional inmediata de derechos, hace que haga las veces del llamado *référé libéré* arriba explicado. Así mismo, hasta 1989, existió la denominada “suspensión en prevención” procedimiento que permitía solicitar la suspensión de actos de trámite, ejecutivos o preparatorios de actos administrativos inconstitucionales o ilegales no susceptibles de ningún recurso. Seguidamente se harán algunas anotaciones respecto de estas instituciones.

### a. La acción de tutela en Colombia y su clausula *numerus apertus* de medidas cautelares.

---

<sup>194</sup> CAMPO CABAL, J. M., *Perspectivas de las medidas cautelares... Ob. cit.*, pág. 81; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas (referé-provision)...", en *Revista de Administración... Ob. cit.*, pág. 233; *La batalla por las medidas cautelares... Ob. cit.*, pág. 335 y ss.;

<sup>195</sup> Sobre este punto *vid*: CALDERÓN CUADRADO, M. P., "Tutela anticipatoria, procesos sumarios y medidas cautelares. (Con ocasión de la sentencia del Tribunal Constitucional 210/1993 de 28 de junio)", en *La Ley*, Núm. 2, 1995, pág. pags. 1086-1097.

Como se explicó en el primer capítulo y se profundizó al hablar de derechos fundamentales en este segundo, el Art. 86 CN, regulado por el D. 2591/91, incorporó una acción constitucional pública para la protección de derechos fundamentales. Se trata de un procedimiento célere (10 días para proferir el fallo Art. 3 y 29), y preferencial (Art. 15). En Colombia, los ciudadanos han encontrado la protección inmediata de sus derechos conculcados por las acciones u omisiones de las autoridades públicas, entre ellas las administrativas, y de los particulares a través de la acción de tutela. Además de los 10 días para resolver sobre el fondo del asunto (la vulneración de un derecho fundamental), el juez de tutela (que es cualquier juez de la república, incluyendo el juez administrativo) está revestido de amplios poderes especiales, entre ellos, ordenar de manera inmediata **cualquier medida** (incluyendo la de suspensión del acto administrativo) **que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto eventual del fallo a favor del solicitante** (Art. 7).

En este marco de protección el juez de tutela puede de oficio o a petición de parte, por ejemplo: suspender la aplicación del acto concreto que *amenace o vulnere* el derecho fundamental del accionante, no aplicar el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso<sup>196</sup>, ordenar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho, todo ello con la finalidad de proteger el derecho que amenazado o vulnerado, evitar mayores daños de los ya ocasionados y no vaciar de contenido un posible fallo estimatorio de las peticiones del accionante.

Aun existiendo otro medio de defensa judicial, la tutela podrá interponerse como **mecanismo principal cuando el medio judicial existente no resulte idóneo** para la “protección integral de los derechos fundamentales” o como mecanismo transitorio siempre y cuando se requiera la tutela para **evitar un perjuicio irremediable**. Esto quiere decir que cuando la inmediatez y urgencia ameriten la protección de los derechos fundamentales, muy probablemente, los medios de control ordinarios

---

<sup>196</sup> Esta medida se ordena para aquellos casos en que la acción de tutela se utilice como mecanismo transitorio conjuntamente con la acción de nulidad u otras acciones procedentes ante la jurisdicción contenciosa administrativa (Art. 8 D. 2591/91). Sobre este punto *vid*: Auto Corte Constitucional 1 de septiembre de 1994 expediente T-32.352, M.P. Jorge Arango Mejía.



contencioso – administrativos (nulidad por inconstitucionalidad, simple nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, controversias contractuales, reparación directa, entre otros) no resulten idóneos<sup>197</sup> para garantizar los derechos fundamentales o, aún garantizando tal protección integral, no logren evitar un perjuicio irremediable. Lo anterior parece lógico porque cualquier protección provisional de derechos en vía contencioso – administrativa deberá esperar, como mínimo, a la presentación de la demanda y, adicional a ello, pasar por una serie de fuertes requisitos legales que ha impuesto el legislador para poder adoptar la medida cautelar.

Algunos ejemplos de **la no idoneidad de los procesos ordinarios contencioso-administrativos** para la “protección integral de los derechos fundamentales” se han estudiado por la Corte Constitucional en los siguientes casos:

- la autoridad pública ha proveído las vacantes del sistema de carrera administrativa sin tener en cuenta la lista de elegibles producto del concurso público. En este caso, la Corte Constitucional ha determinado que los medios de control contencioso-administrativos no resultan idóneos porque no consiguen, en igual grado que la acción de tutela, el amparo de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados en los procesos de vinculación de servidores públicos cuando ello se hace por concurso de méritos. “Muchas veces el agotamiento de dichas acciones implica la prolongación en el tiempo de su vulneración y no consiguen la protección del derecho a la igualdad concretamente, ya que, en la práctica, ellas tan solo consiguen una compensación económica del daño causado, la reelaboración de la lista de elegibles (cuando inconstitucionalmente se ha excluido a un aspirante o se le ha incluido en un puesto inferior al que merece) y, muchas veces, la orden tardía de nombrar a quien verdaderamente tiene el derecho de ocupar el cargo, pero sin que realmente pueda restablecerse el derecho a permanecer en él durante todo el tiempo que dura el proceso contencioso administrativo y con lo cual se ve seriamente comprometido el derecho, también fundamental, a la participación en la conformación, ejercicio y

---

<sup>197</sup> Sentencia Corte Constitucional SU-961 de 1999 MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

control del poder político, en la modalidad de “acceder al desempeño de funciones y cargos públicos”<sup>198</sup>.

- Las autoridades públicas omiten adoptar las medidas necesarias para la protección de las viviendas afectadas por continuos desprendimientos de rocas y deslizamientos de tierras, generándose con dicha omisión una afectación real y directa a la vida y a la vivienda digna. Ante la gravedad de la situación y para evitar un perjuicio irremediable la corte consideró “necesario la adopción de un plan completo, que en primer lugar, pasaba por la realización de un peritaje practicado por una autoridad independiente del orden nacional que determinara el estado de las estructuras y de las condiciones reales de las viviendas, en segundo lugar, que contemplara intervenciones dirigidas a mitigar y prevenir los riesgos de los inmuebles afectados y, por último, de un plan de reubicación de los ocupantes que estuvieran en la situación más delicada”<sup>199</sup>.

En estos casos, el fallo de tutela consistirá en una orden del juez (dictada máximo en 10 días), dirigida a la entidad pública o al particular (el que preste servicios públicos, entre otros), para que haga (medidas positivas), deje de hacer (medidas suspensivas) u otorgue algo (medidas de suministro o pago). El incumplimiento de lo ordenado por el juez de tutela acarreará incluso sanciones penales. Lo anterior, sumado a la petición todo tipo de medidas provisionales (ordenes de hacer, no hacer o dar) que generalmente se emiten en el plazo de 48 horas desde que se instaura la acción, hacen de este mecanismo la joya de la corona de la protección de derechos en Colombia.

Ahora bien, en relación con **la idoneidad de la suspensión provisional susceptible de ser adoptada en los procedimientos ordinarios y su similitud con la que se adopte dentro de la acción de la tutela**, la Corte Constitucional ha dicho que: “(...)No es menos cierto que los jueces constitucionales deben evaluar con mucho detenimiento si la eventual solicitud de suspensión provisional que se presente ante el contencioso administrativo logra efectivamente proteger los derechos fundamentales del actor, ello porque no basta con constatar que el mecanismo

---

<sup>198</sup> Sentencias Corte Constitucional T-388/98, M.P. Fabio Morón; SU-133 y SU-136 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-333 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>199</sup> Sentencia Corte Constitucional T- 081/2013, M.P. Humberto Sierra Porto.

judicial principal admite la suspensión provisional del acto administrativo para desechar la procedencia de la acción de tutela(...)”<sup>200</sup>.

Resulta cierto que la suspensión provisional – única medida cautelar posible en el contencioso-administrativo hasta antes de la LPACA- siempre fue declarada como, por la Corte Constitucional, no idónea para la protección de derechos fundamentales por su carácter excepcional y por los rígidos requisitos legales que se requerían para su adopción, entre ellos: la vulneración notoria, ostensible y flagrante de normas superiores por parte del acto administrativo y que esa manifiesta transgresión “saltara a la vista” con mera comparación entre el acto y las normas vulneradas . Pues bien, en vía de recurso administrativo no se consideraba idónea esta la suspensión provisional para la salvaguarda de derechos fundamentales porque se podrían presentar casos en que se vulneraran derechos fundamentales por actos administrativos cuya transgresión de normas superiores no fuera manifiesta y que para evidenciarse necesitaran más que una sencilla comparación de normas<sup>201</sup>. Por esta razón se admitían las acciones de tutela presentada por personas a las que sus derechos fundamentales se estaban desconociendo por un acto administrativo.

Aún después de la vigencia de la Constitución de 1991 se seguía tramitando como excepcional la medida cautelar suspensiva, ello a pesar del llamado de atención hecho por la Corte Constitucional a la Jurisdicción contencioso-administrativa en la SU-039, de febrero 3 de 1997, en donde solicitó una **reinterpretación de la medida cautelar suspensiva en función de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales** que sean vulnerados o amenazados por los actos administrativos objeto de debate dentro de las acciones ordinarias, con independencia de de la invocación expresa, por parte del demandante, de todas las normas de orden superior que vulneran el acto administrativo y de la manifiesta vulneración o amenaza del derecho.

Sin embargo, la interpretación restrictiva de la suspensión provisional, la exigencia de una manifiesta vulneración de las normas superiores por el acto administrativo y el estudio ligero que se hacía para evidenciar la manifiesta vulneración **no eran los únicos impedimentos** que hacían

---

<sup>200</sup> Sentencia Corte Constitucional T-148/12, M.P. Juan Carlos Henao

<sup>201</sup> *Idem*.

inidónea esta medida cautelar para la protección de derechos fundamentales. Tampoco resultaba eficaz por las siguientes razones:

- **la propia finalidad** que se ha imprimido a la suspensión cautelar: “impedir provisionalmente la ejecución de actos administrativos que son violatorios del ordenamiento jurídico y cuando en algunos casos, además, su ejecución pueda ocasionar perjuicios a una persona”<sup>202</sup> (Sic) que es muy distinta a la finalidad de la acción de tutela contra actos administrativos: protección integral de los derechos fundamentales vulnerados por dichos actos administrativos.
- **El resultado de la acción de tutela no es la suspensión o declaratoria de ilegalidad** de un acto administrativo por ir en contra del ordenamiento jurídico (el juez de tutela carece de competencia para hacer juicio de validez sobre los actos administrativos), sino la salvaguarda de los derechos fundamentales vulnerados por el acto administrativo.
- **La imposibilidad de solicitar la suspensión de manera inmediata** a la vulneración del derecho fundamental (se debe esperar, como mínimo a la interposición del recurso administrativo) o la prohibición anterior de solicitarla durante el transcurso del proceso.
- **La restricción para poder variar** la medida o levantarla en cualquier estado del proceso. La mutabilidad de la medida ya se permitió en el Art. 235 LPCA.
- **La necesidad de integrar el llamado “concepto de violación”** del acto administrativo para poder hacer el estudio de ilegalidad del mismo. Aunado a la certeza de ilegalidad del acto administrativo que se exige por los Tribunales para adoptar la cautela<sup>203</sup>.
- **La imposibilidad de suspender actos de contenido negativo** o de remoción de funcionarios. Límite superado por la actual LPACA (Art. 230)

---

<sup>202</sup> Sentencia Corte Constitucional SU 39 de febrero 3 de 1997.

<sup>203</sup> Sobre el concepto de violación como requisito exigido también con posterioridad a la entrada en vigencia de la LPACA *vid*: Consejo de Estado, Sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, 13 de mayo de 2014 exp. No. 201400360 00. M. P. Gerardo Arenas Monsalve.

- **La no ejecución inmediata de la medida cautelar** acordada (pues la misma queda supeditada a la resolución de la apelación que contra ella se interponga), entre otros, siguen siendo obstáculos para obtener una protección integral de los derechos fundamentales.

Pues bien, esta idea de **no idoneidad** del recurso contencioso administrativo para la protección de derechos fundamentales **pretende ser re-evaluada**, con fundamento en las medidas cautelares, al tenor de las nuevas disposiciones de la LPACA. El Consejo de Estado en la ya citada Sentencia de la Sala Plena de 5 de marzo/2014, exp. 2013-06871-01<sup>204</sup>, consideró que:

- La interpretación amplia del Art. 234 LPACA, relativo a las medidas cautelares de urgencia, **permite solicitar las medidas cautelares sin necesidad de agotar el requisito de conciliación prejudicial**. Téngase en cuenta que se sigue exigiendo la presentación de la demanda (cuya admisión es la queda supeditada al posterior agotamiento de este requisito de procedibilidad).

- “ La ley 1437 de 2011 (...) contempló medios de control, cuya filosofía se orientó a garantizar a la sociedad un verdadero acceso a la Administración de Justicia, y sobre todo, incorporó instrumentos ágiles y novedosos, tendientes a garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos” (Sic).

- “(...) la suspensión provisional del nuevo código tiene la misma prontitud y eficacia protectora de la acción de tutela por varias razones a) porque se decide al iniciar el proceso, b) porque procede para evitar un perjuicio irremediable, y iii) porque la contradicción que se exige para suspender el acto administrativo ya no tiene el rigor y la exigencia

---

<sup>204</sup> Esta sentencia se origina dentro del contexto del acto administrativo de la Procuraduría General de la Nación número 2012-4477890 14CD - 2013-661-576188 que sancionó con destitución del cargo e inhabilidad por quince años para el ejercicio de cargos públicos al mandatario electo por voto popular Gustavo Petro Urrego. En el caso concreto se estudia la apelación del fallo de tutela expedido por el Tribunal Contencioso-administrativo de Cundinamarca que considera improcedente la acción de tutela, aún como mecanismo transitorio, para la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, el ejercicio de los derechos políticos, la honra y el buen nombre vulnerados por el acto administrativo, por considerar que el medio de control ordinario nulidad y nulidad restablecimiento del derecho es idóneo para la salvaguarda de los mencionados derechos.

del pasado: que sea ostensible; de hecho se puede hacer un estudio complejo para concluirlo (...)" (Sic).

- "(...) El resultado es que la intervención positiva sobre las medidas cautelares debe desplazar a la acción de tutela cada vez más – pero en un sentido correcto, a la luz del artículo 86- pues al interior de las acciones ordinarias se puede resolver la problemática de la protección efectiva y pronta de los derechos fundamentales" (Sic).

- "En conclusión el actor dispone de otro medio de defensa judicial y llegado el caso, previo cumplimiento de las exigencias legales, cuenta con las medidas cautelares, a través de las cuales puede hacer valer sus derechos" (Sic).

Sería ideal que lo manifestado por el Consejo de Estado pudiese materializarse en la realidad cotidiana de la Jurisdicción contenciosa: que el régimen cautelar de protección de derechos fundamentales se hubiera trasladado al escenario del recurso en vía contencioso-administrativa. Sin embargo, sucedió todo lo contrario: el régimen cautelar de en vía de recurso contencioso-administrativo se le aplica ahora a la protección de derechos fundamentales – y también colectivos- cuando sea de competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa (parágrafo Art. 229 LPACA).

Es decir, las medidas cautelares reguladas en los Art. 229 a 241 LPACA son las aplicables a las acciones de tutela y acciones populares que, conozca la jurisdicción contencioso administrativa, por razón de competencia<sup>205</sup>. No hay una derogación expresa del Art. 7 D.2591/91 ni del Art. 25 L. 472/98. Sin embargo, el legislador deja claro en el parágrafo del Art. 229 LPACA que son esas las medidas cautelares, y no otras, las que, en adelante, se deberán ordenar en acciones de tutela y en las acciones populares. Es una norma posterior y especial.

La acción de tutela es una acción que no es de conocimiento exclusivo de la jurisdicción contencioso administrativa, no es un amparo ordinario previsto en la jurisdicción contenciosa para proteger derechos funda-

---

<sup>205</sup> Sobre la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de acción de tutela ver el D. 1382/2000. Sobre la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de acciones populares Art. 15 L.472/98. El común denominador de esta competencia: Las autoridades públicas o personas privadas que cumplan funciones administrativas.

mentales, es la única acción idónea con la que cuentan los administrados para garantizar una protección integral de los derechos fundamentales. También conocen de acciones de tutela todos los jueces de la jurisdicción ordinaria y, en estos casos, las medidas cautelares aplicables son las del Art. 7 D.2531/91.

Igualmente, la acción popular es la única acción idónea con la que, actualmente, cuentan los administrados para garantizar sus derechos colectivos y no es de conocimiento exclusivo de la jurisdicción contencioso-administrativa, también tiene competencia la jurisdicción ordinaria. En estos casos, las medidas cautelares aplicables son las del Art. 25 L. 472/98.

Como se ha afirmado desde el primer capítulo, en lo atinente a la tutela cautelar, la regulación más respetuosa del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se hizo en los Art. 7 D. 2591/91<sup>206</sup> (acción de tutela) y Art. 25 de la Ley 472/98<sup>207</sup> (acciones populares).

---

<sup>206</sup> “Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere. Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante. La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible. El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso”. El juez podrá, de oficio o a petición de parte, por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado.

<sup>207</sup> “*Medidas Cautelares.* Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado. En particular, podrá decretar las siguientes: a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando; b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado; c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas; d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.

Justo los dos artículos que dejaba sin aplicación el párrafo del 229 la LPACA tratándose de acciones de tutela o populares se interpongan ante la jurisdicción contenciosa. Se utiliza la expresión dejaba porque, por fortuna, la Corte Constitucional en Sentencia C-284/2014, de mayo 15<sup>208</sup>, declaró inexecutable dicho párrafo en la expresión “y en los procesos de tutela”. Por lo tanto las medidas cautelares procedentes en las acciones de tutela siguen siendo las del Art. 7 del D. 2591/91.

Se habían diferenciado, de esta manera y sin razón, las medidas cautelares susceptibles de ser ordenadas en las acciones de tutela y las acciones populares interpuestas ante la jurisdicción contencioso-administrativa de aquellas que, por razón de los sujetos accionados, son de conocimiento de la jurisdicción ordinaria ¿Qué criterio, razonable y proporcional, utilizó el legislador para ello? Más que el “sujeto cualificado Administración Pública”<sup>209</sup> no se encuentra otro. Es necesario remitirse aquí a los argumentos sobre el Estado Constitucional expuestos en acápite correspondiente a la autotutela de la administración y en lo derechos fundamentales. Si dentro de un Estado Constitucional cada una de las prerrogativas de la administración está siendo replanteadas e reinterpretadas a la luz de los principios, mal hizo el legislador en conceder un nuevo privilegio a la Administración que no encuentra justificación constitucional. El párrafo del Art. 229 LPACA vulnera los artículos constitucionales 228 (La administración de justicia es una función pública), 299 (acceso a la administración de justicia), 29 (derecho fundamental al debido proceso), 13 (derecho fundamental a la derecho a la igualdad), 86 (acción de tutela para garantizar derechos fundamentales), 152 (Reserva de ley estatutaria para la regulación de derechos y deberes de las

---

Artículo 26<sup>o</sup>.- *Oposición a las Medidas Cautelares*. El auto que decreta las medidas previas será notificado simultáneamente con la administración de la demanda y podrá ser objeto de los cursos de reposición y de apelación; los recursos se concederán en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en el término de cinco días. La oposición a las medidas previas sólo podrá fundamentarse en los siguientes casos: a) Evitar mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger; b) Evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público; c) Evitar al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable. d) Corresponde al quien alegue estas causales demostrarlas”.

<sup>208</sup> Ponencia de la Magistrada María Victoria Calle.

<sup>209</sup> Teniendo en cuenta el criterio orgánico y material de la acepción, pues también se incluyen particulares que cumplan funciones administrativas.



personas y los procedimientos y recursos para su protección), y 169 (El título de las leyes deberá corresponder precisamente a su contenido).

**¿Por qué los medios de control ordinarios siguen siendo mecanismos no idóneos para la protección integral de los derechos fundamentales, en lo relacionado con medidas cautelares?**

- Para la acción de tutela el legislador, permitió, acertadamente, que el juez de ordenara **cualquier medida provisional que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto eventual del fallo a favor del solicitante** (Art. 7 D.2591/91).

En esta dinámica, intrínsecamente y de forma equilibrada, incorporó los criterios de *periculum in mora* (genérico - proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante), el *fumus boni iuris* (verosimilitud de los argumentos del accionante que el juez debe deducir de la solicitud y las pruebas presentadas con ella, sin obligación de escuchar a la parte contraria) y la *ponderación de intereses* (pero a valorarse con posterioridad a la orden de suspensión provisional, sólo en el caso de pretenderse el levantamiento de dicha suspensión para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público Art. 7 inciso 2). Es decir, para las medidas cautelares positivas, la normativa de la acción de tutela, no menciona el requisito de ponderación de intereses.

Aun dando por cierto que, en una interpretación manera sistemática y teleológica, en el artículo 229 LPACA se consagra una cláusula *numerus apertus* de medidas cautelares y que el listado hecho por el legislador en el Art. 230 es meramente ejemplificativo<sup>210</sup> todavía quedan algunas limitaciones en la LPACA:

- Como si tuvieran naturaleza jurídica diferente, la medida cautelar suspensiva está sometida a requisitos distintos a los que piden para el resto de las medidas cautelares (las ordenes positivas), lo que no sucedía en el Art. 7 D. 2591/91.

---

<sup>210</sup> Situación ésta que no está tan clara porque, por ejemplo, el Consejo de Estado, en sentencia de la Sala Plena de 5 de marzo/2014, exp. 2013-06871-01, cita el informe de la ponencia para segundo debate en Cámara (Gaceta No.951 23 Noviembre de 2010) diciendo de manera un poco gaseosa: "(...) A su turno el art. 230 sobre el contenido y alcance de las medidas cautelares (...) se elimina la expresión "entre otras" para dejar claro, en aras de la seguridad jurídica y las garantías de las partes, **que las allí enumeradas y tipificadas son de carácter taxativo** (...)".

- En este sentido, El Art. 231 LPACA exige para que la suspensión proceda, requisitos mucho más exigentes respecto a los que establece el D. 2591/91. La primera disposición normativa determina que *“la suspensión provisional (...) procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal vulneración 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”*. Es decir, que esta regulación de la suspensión cautelar de los actos administrativos: no se cierra la posibilidad al juez de exigir la integración total del llamado “concepto de violación”<sup>211</sup> (las normas que se consideran infringidas y las razones de cada afirmación).

Esta postura legislativa frente al principio de *iura novit curia* ya deja su sin sabor, pero, lo deja aún más, tratándose de una acción pública de garantía de derechos fundamentales como la acción de tutela. Se tendrá que aguardar a la aplicación, por los jueces administrativos, de este nuevo precepto legal ya que la teoría del “concepto de violación” es una interpretación del Consejo de Estado que, con mayor o menor acierto, tiene arraigo absoluto en la práctica judicial<sup>212</sup>. La suspensión cautelar en el D. 2591/91 no está sometida al requisito de violación de las disposiciones invocadas en la solicitud de tutela, su procedencia depende de la verosimilitud con la que se argumente la amenaza o vulneración de un derecho fundamental.

En conclusión, LPACA exige un *fumus boni iuris* bastante más fuerte. **Téngase en cuenta que lo realmente relevante en la acción de tutela no es la ilegalidad del acto (de hecho, el juez de tutela no tiene competencia para declararla) lo que verdaderamente interesa es la protección integral del derecho fundamental. Así que el *fumus boni iuris* solicitado para la acción de tutela debe ser mucho más débil.**

- En la LPACA el juicio de **ponderación de intereses** se hace, por regla general, de manera previa, con audiencia de la parte contraria y su

---

<sup>211</sup> Sobre el concepto de violación como requisito exigido también con posterioridad a la entrada en vigencia de la LPACA *vid:* Consejo de Estado, Sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, 13 de mayo de 2014 exp. No. 110010325000201400360 00, M. P. Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>212</sup> C. E. Auto de 29 de octubre de 1983 y 4640 de 27 de abril de 1984, MP Jacobo Pérez Escobar.

resultado debe permitir concluir que sería más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla (Art. 231 parte final). El juicio de ponderación de intereses en el Art. 7 D. 2191/91 no se exige y, menos de manera previa. Solamente se hace evidente tratándose de la medida cautelar de suspensión del acto administrativo y se hará con posterioridad a su acuerdo para valorar su levantamiento (Inciso 2 Art. 7 D. 2591/91).

Merece la pena destacar aquí que la redacción del criterio de ponderación de intereses hecha por el legislador de la LPACA fue bastante desafortunada, pues pareciera que sólo pretende mirar la gravedad o beneficio de la adopción de la medida cautelar de cara al interés público. No es ello lo que se infiere de una ponderación de derechos e intereses en juego, pues debería mirarse también el perjuicio para el derecho o interés legítimo de la parte.

- El ***periculum in mora*** también tiene connotaciones muy distintas en las dos normas: la LPACA lo exige para la medida suspensiva en términos de “*demostrarse sumariamente la exigencia del perjuicio*” y para las órdenes positivas se exige bien que “*de no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable*” o que “*existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serán nugatorios*”. El Art. 7 D. 2591/91 exigía el ***periculum in mora*** en términos generales para todas las medidas provisionales que solicitaran: “*protección de los derechos y no hacer ilusorio un eventual fallo a favor del solicitante*”.

- Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia de la Sala Plena de 5 de marzo/2014, exp. 2013-06871-0, reconoce y justifica, en una redacción desafortunada, la diferencia de los requisitos de adopción de la medida cautelar suspensiva de las demás medidas cautelares positivas citando, para ello, el informe de ponencia para el segundo debate en la Cámara de Representantes (Gaceta No. 951 de 23 de noviembre de 2010):

“Así mismo se varía la frase inicial del inciso segundo del citado artículo 231 para una mejor comprensión de la distinción entre las condiciones para que proceda la suspensión provisional de los actos administrativos y los requisitos que se deben cumplir para la adopción de las demás medidas cautelares(...) Los requisitos previstos para las demás medidas cautelares diferentes a la suspensión provisional de los actos en los numerales siguientes tienen por objeto que el tiempo transcurrido en el

proceso no afecte los intereses de mayor valía de la comunidad, o no causen agravio a un interés subjetivo, por eso proceden siempre y cuando se reúnan ciertos supuestos, como el buen derecho del demandante (bonus fomis iuri), o sea la probabilidad razonable de que prospere su causa; la eventual lesión del interés público y los perjuicios que la medida pudiera ocasionar, y la irremediabilidad de los daños el temor fundado de la ineficacia final de la sentencia por la demora del proceso (periculum mora). De esta manera para otorgar o denegar alguna medida cautelar – se reitera diferente a la suspensión provisional de actos-, el juez o magistrado ponente deberá considerar los supuestos establecidos en la citada norma bajo el principio de proporcionalidad, ponderando la eventual lesión al interés público, los daños y perjuicios provocados con la medida a terceros, así como los caracteres de instrumentalidad y provisionalidad, de modo que no se afecte la gestión sustantiva de la entidad, no se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros, así como también por ejemplo tomar en cuenta las posibilidades y previsiones financieras y presupuestales que la administración deberá efectuar para la ejecución de la medida cautelar. Ello implica que la medida cautelar pueda denegarse cuando se esta se pudiera seguirse una perturbación grave de los intereses generales o de terceros que el juez o magistrado ponente ponderará en forma circunstanciada (...)”<sup>213</sup> (Sic).

• Como se puede apreciar, **en el Art. 7 D. 2591/91** no se diferenciaron los requisitos necesarios para acordar la medida cautelar suspensiva de las demás medidas cauteles necesarias, **ni se mencionó como causal de denegación de la medida la afectación de los intereses de terceros no las previsiones financieras y presupuestales que la administración deberá efectuar para la ejecución de la medida cautelar**. Es más, la LPACA tampoco menciona en ningún momento la denegación de la medida por la afectación de los intereses de terceros o las previsiones financieras y presupuestales de la Administración Pública. Pese a ello, el Consejo de Estado las considera. De acuerdo con esto, el juez contencioso administrativo en el trámite de una acción de tutela se vería compelido a realizar todas estas elucubraciones, contraviniendo, además, ello la naturaleza sumaria de la acción de tutela.

---

<sup>213</sup> Subrayas fuera del texto original.

- No hay posibilidad de medidas innovativas (Art. 231). Igualmente excluye las medidas cautelares con contenido de obligación de dar (Art. 230). El Art. 7 D. 2595/91 no excluía ningún tipo de medidas cautelares.
- La concesión de la medida cautelar, salvo la de suspensión, podrá quedar condicionada la prestación de una caución. En materia de derechos fundamentales la adopción de ninguna la medida cautelar no se condicionaba.
- El auto que decida sobre las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez días siguientes al vencimiento del término que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En ese mismo acto el juez fijará caución y la medida cautelar sólo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada. Probablemente este procedimiento no tenga cabida en el escenario de protección de derechos fundamentales
- El recurso de apelación contra el auto que decreta la medida cautelar se tramitará en efecto devolutivo, lo que implicará el mantenimiento de la competencia del inferior jerárquico para seguir adelantando el proceso, pero los efectos del auto que ordena la suspensión deberán seguir esperando hasta que dicho auto no se encuentre plenamente ejecutoriado (Art. 236). Probablemente este recurso no tenga cabida en un escenario de protección de derechos fundamentales.
- Como consecuencia de los dos puntos anteriores, será aplicables siempre el procedimiento de las medidas cautelares de urgencia (Art. 234). Sin embargo, también requerirá el cumplimiento de cada uno de los requisitos sustantivos de adopción, arriba descritos, y además la constitución de la caución excepto para cuando se trate de una medida suspensiva.
- Cuando la medida cautelar sea revocada en el curso de proceso por considerar que su decreto era improcedente o cuando la sentencia sea desestimatoria, el solicitante responderá patrimonialmente por los perjuicios que se hayan causado (Art. 240). Esta norma jamás se contempló por el legislador en procesos de protección de derechos fundamentales. Además, es una responsabilidad objetiva que no está atada a la culpa o dolo del solicitante, lo que desincentiva, aún más, al solicitante a pedir la protección provisional de sus derechos.

Es verdad que se ha estado abogando porque la tutela cautelar, tan bien entendida por el legislador, en materia de protección de derechos fun-

damentales encuentre asidero en los recursos ordinarios de la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, como ya se ha explicado, aquí sucedió todo lo contrario.

Ahora bien, este mismo ejercicio se podría hacer con el Art. 25 L.742/98 que regula las medidas cautelares en materia de acciones populares y que, con la entrada en vigencia del párrafo del Art. 229 LPACA, también se deja de aplicar cuando estas sean de competencia de la jurisdicción contenciosa – administrativo. Probablemente las conclusiones serían similares, sobre todo, por la diferencia en la apreciación en los tres requisitos sustantivos de de adopción de las medidas cautelares, ya que el Art. 25 mencionado es mucho más flexible en:

1. el buen derecho del demandante (la preponderancia y coherencia de los argumentos del accionante que el juez debe inferir del estudio de los hechos expuestos y las pruebas existentes);
2. el peligro que genera la mora del proceso (impedir perjuicios irreparables e irreparables o suspender los hechos generadoras de amenazas a los derechos e intereses colectivos); y
3. la ponderación de intereses (que se hará por el juez con posterioridad al acuerdo de la medida cautelar con la finalidad de evitar mayores perjuicios al interés colectivo o evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público).

La inconstitucionalidad de esta estaba clara. Valga aquí señalar que cuando la Corte Constitucional, en la Sentencia C-644/11, se pronunció respecto del Inciso 2 del Art. 144 LPACA (que prohíbe al juez de acciones populares pronunciarse sobre la ilegalidad de actos administrativos) consideró que si bien se cierra la posibilidad de que el juez popular decrete la nulidad de un acto o contrato, establece que el juez puede “adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos”. Por lo tanto, cualquier interpretación que se deba hacer de las medidas cautelares en materia de derechos o colectivos tendrá que evitar ser restrictiva y considerar la finalidad de los Art. 29 y 229 constitucionales.

Como era de esperarse, en Sentencia C-284/2014, de mayo 15<sup>214</sup> la Corte Constitucional declaró Declarar EXEQUIBLE, el párrafo del artículo

---

<sup>214</sup> Ponencia de la Magistrada María Victoria Calle.

229 de la Ley 1437 de 2011, excepto la expresión “y en los procesos de tutela” que se declara INEXEQUIBLE.

En materia de medidas cautelares procedentes en las acciones populares el Alto Tribunal considero que la regulación de los Arts. 229 y ss., es **complementaria** de la regulación especial establecida en el Art. 25 L. 472/98: “la aplicación de las medidas cautelares del capítulo XI, Título V del LPACA a los procesos encaminados a proteger derechos e intereses colectivos se ajusta a los artículos 18, 88, 89, 228 y 229 de la Constitución, por cuanto: (i) no reduce las medidas que puede decretar el juez sino que las complementa. (ii) el juez puede, en ejercicio de sus atribuciones, adoptar medidas cautelares de oficio o a petición de parte; (iii) sin necesidad de prestar caución, por parte quien las solicita; (iv) si bien en general se prevé un espacio previo al decreto de la medida cautelar, dispuesto para darle traslado a la otra parte y para que esta pueda oponerse, se admite también la posibilidad de medidas de urgencia que pretermitan esa oportunidad; (v) la decisión de decretar las medidas es susceptible de recursos de apelación o súplica, según el caso, pero de concederse sería en el efecto evolutivo; (vi) estas medidas se aplicarían en tales procesos, pero cuando sean de conocimiento de la justicia administrativa, lo cual en esta materia responde a un principio de razón suficiente”(Sic).

**En relación con la aplicación de las medidas cautelares en la acción de tutela, la corporación consideró inconstitucional** la aplicación de la regulación de la LPACA. Las principales razones fueron las siguientes: (i) el parágrafo impugnado introduce un desdoblamiento en el régimen de medidas cautelares dentro de procesos de tutela, que responde a la adscripción jurisdiccional ordinaria del juez que conozca de ellos, con lo cual disloca injustificadamente la unidad de la jurisdicción constitucional (arts. 13 y 86 C. Po.); (ii) en virtud de la norma demandada, se activaría una causal en virtud de la cual se podría llegar a ampliar el plazo constitucional previsto para la solución de acciones de tutela, con lo cual se viola la celeridad que caracteriza constitucionalmente este instrumento (art. 86 C. Po.); (iii) crea recursos contra actos del juez de tutela que ordenan una protección inmediata, en contra de la general vocación de las providencias de este tipo a producir efectos instantáneos y a adquirir firmeza, con la única excepción en este último punto de la sentencia de primera instancia (arts. 86, 228 y 229 C. Po.); (iv) incorpora al marco normativo de la tutela ingredientes radicalmente incompatibles

con la informalidad del amparo y en cuya virtud se privilegiarían las formas sobre lo sustancial (art. 228); (v) supone una reducción injustificada de los niveles de protección que, en términos de recursos judiciales, se alcanzaron con el Decreto 2591 de 1991; (vi) viola la reserva de ley estatutaria, como quiera que se trata de la regulación de un mecanismo de protección de derechos fundamentales (arts. 152 y 153 C.Po.)”. Algo similar sucedió, *mutatis mutandis*, en el ordenamiento jurídico Español cuando, con la entrada en vigencia de la LJCA, se derogó expresamente el régimen cautelar establecido para el procedimiento preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales ante los Tribunales contencioso-administrativos (Art. 6 y ss., Ley 26 de diciembre de 1978). En este procedimiento de protección de derechos fundamentales se había invertido la regla general en materia cautelar: la suspensión del acto administrativo debía ordenarse y, excepcionalmente, se justificaría su denegación en la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general. Sin embargo, en que dejó ese especial régimen cautelar sin vigencia la regla general es la no suspensión. Ahora bien, aquí no se está hablando del derecho de amparo ante el Tribunal Constitucional (medio idóneo para la protección integral de los derechos fundamentales) sino, de la garantía del amparo ordinario ante la justicia administrativa.

Hechas las puntuaciones sobre la procedencia de la tutela cautelar por no idoneidad de los recursos en vía administrativa para la protección integral de derechos fundamentales, ahora se deben hacer algunas anotaciones relacionadas con la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio.

**En caso de que se haya utilizado la tutela contra actos administrativos que vulneran derechos fundamentales como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable**, la orden del juez permanecerá vigente, solamente, hasta que la autoridad judicial competente decida sobre el fondo de la acción ordinaria interpuesta. En caso de no haberse interpuesto aún dicha acción ordinaria, la misma deberá instaurarse ante la autoridad judicial competente en el término de 4 meses a partir del fallo de tutela so pena del cese de los efectos del fallo de tutela.

Como se puede apreciar, la acción de tutela es versión local y mejorada del *référé libéré*. Como consecuencia del uso de esta acción el juez ha ordenado: todo tipo de “medidas cautelares, realizar estudios, construir o terminar la construcción de obras, acciones contra terceros, asesorar



personas, suspender trámites administrativos, grupos de trabajo, conceder espacios de participación, adoptar reglamentos, verificar el cumplimiento de un acto de la administración, soluciones paliativas temporales, trato similar a situaciones similares y no ordenar si es un hecho superado”<sup>215</sup>.

El Consejo de Estado en la, ya citada, sentencia de la Sala Plena de 5 de marzo/2014, exp. 2013-06871-01 **también consideró que la tutela contra actos administrativos que vulneran derechos fundamentales es improcedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable** por las siguientes razones:

- “(...) Se destaca especialmente el requisito 4, literal a), del art. 231, que introdujo el concepto de “perjuicio irremediable” también contemplado por la acción de tutela como mecanismo transitorio. Tratándose de las medidas cautelares en los procesos contencioso administrativos se debe poner de relieve que el legislador dotó a la justicia administrativa de mecanismos de protección convencionales, mejor adecuados para garantizar los derechos de todo orden”.

- Por perjuicio irremediable entiende el Consejo de Estado, citando la Sentencia de la Corte Constitucional T-570/2007, el perjuicio que sea inminente, que necesite urgente intervención, de gran intensidad, injustificado y que no provenga de una acción legítima. Así mismo, citando la Sentencia T- 350/2011, lo define como “ese actuar injustificado y carente de legitimidad se presenta por falta absoluta de competencia, actuación al margen del procedimiento establecido, ausencia de apoyo probatorio, decisión fundamentada en normas inexistentes o en un engaño, ausencia absoluta de fundamentos fácticos y jurídicos, desconocimiento del precedente con fuerza vinculante o evidencia de una violación directa de la constitución que son los denominados requisitos de procedibilidad que ha venido trazando la jurisprudencia”.

- “No es procedente la acción de tutela (...) tampoco como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, puesto que además de las consecuencias que acarrea la sanción de destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos, no obra de manera ostensible, un

---

<sup>215</sup> Corte constitucional Sentencia T-081/13.

actuar injustificado y carente de legitimidad, pues el ente a cuyo cargo se encuentra la potestad disciplinaria, tiene competencia (...) no actuó al margen del procedimiento establecido (...)"

Dos aspectos relacionados con lo dicho:

- El primero, la acción de tutela tiene grandes bondades, pero se ha convertido en otra causa de congestión de la administración de justicia y, por lo tanto, colaboradora de la mora judicial en los procesos ordinarios de la jurisdicción contenciosa. Los ciudadanos acuden a ella al no encontrar en los medios de control ordinarios procedimientos idóneos para la protección de sus derechos, o cuando, siendo idóneos, los medios ordinarios, no logran evitar un perjuicio irremediable. ¿No sería mejor hacer de los recursos ordinarios herramientas idóneas para la salvaguarda de todos los derechos de los administrados? De eso se trata la efectividad de la tutela judicial. Tal consecuencia se obtiene, entre otras, trasladando el escenario de garantía provisional de derechos que se encuentra en la acción de tutela a los recursos ordinarios de de la jurisdicción contencioso- administrativo.

- El segundo, pudiendo el juez contencioso-administrativo justificar, en los Art. 29, 238 y 229 CN, su competencia para adoptar todo tipo de medidas cautelares necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva, no lo hace por miedo a prevaricar. Sigue esperando para cada medida cautelar que ordene, una habilitación previa y expresa de una Ley (en estricto sentido). Ahora bien, 22 años después de la vigencia del texto fundamental llega una habilitación del legislador en materia cautelar para el juez contencioso (incorporada en la LPACA), sin embargo, como se verá en el siguiente capítulo, tal habilitación no es tan amplia como la que se tiene en materia de protección de derechos fundamentales. Son todavía varias las restricciones en materia cautelar en los procedimientos ordinarios de la jurisdicción contencioso administrativa. Ello impedirá que los medios de control ordinarios se conviertan en acciones idóneas para la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos y que logren evitar perjuicios irremediables, consecuencia: los ciudadanos seguirán acudiendo a la acción de tutela.

## **b. La extinta suspensión en prevención del ordenamiento jurídico colombiano.**

Incorporada por el Art. 153 D. 01/1984, la denominada “**suspensión en prevención**” era una medida cautelar que procedía contra actos prepa-

ratorios o actos de trámite dirigidos a producir un acto definitivo inconstitucional o ilegal que no fuera susceptibles de ningún recurso. Así mismo procedía contra actos de ejecución cuando el definitivo no hubiera sido notificado debidamente, cuando los recursos dirigidos contra él no hubieran sido resueltos ni siquiera en forma presunta o cuando las autoridades hubieran impedido que se recurrieran<sup>216</sup>. La suspensión en prevención impedía que futuros actos ilegales o inconstitucionales vieran la luz o que se ejecutaran actos indebidamente notificados o que generaran indefensión.

Cuatro años de vigencia y un único uso tuvo esta medida cautelar en el ordenamiento jurídico colombiano. En 1988 el Gobierno Nacional convocó, sin el lleno de los requisitos, una asamblea constituyente dirigida a reformar la constitución. El Consejo de Estado consideró que, en efecto, había lugar a suspender preventivamente dicha convocatoria. Posteriormente, el Consejo de Estado en Sentencia 048 de 10 de agosto de 1989 declaró inexecutable la posibilidad de suspensión preventiva frente a actos preparatorios o de trámite dirigidos a producir un acto definitivo inconstitucional o ilegal que no fuera susceptible de ningún recurso, dejando la figura únicamente para los actos de ejecución indebidamente notificados, cuyos recursos no hubieran sido resueltos o que las autoridades hubieran impedido su recurso. Finalmente, En 1989 la posibilidad suspensión preventiva fue retirada del ordenamiento jurídico colombiano por el D. 2304/89. La doctrina ha llegado a afirmar que las razones de la derogación fueron más políticas que jurídicas<sup>217</sup>.

La vulneración del derecho de defensa y la instrumentalidad de la medida cautelar de suspensión preventiva sirvieron como motivación de la inconstitucionalidad de suspensión provisional contra actos de trámite o preparatorios:

- a criterio del consejo de Estado, cuando la jurisdicción contencioso-administrativa decidía ordenar la suspensión provisional de un acto de

---

<sup>216</sup> Continuaba el Art. 153 D. 01/84 derogado por el D. 2304/89: "La suspensión impedirá completar o ejecutar los actos definitivos. En este caso el proceso y la suspensión terminarán cuando se cumpla con los requisitos omitidos".

<sup>217</sup> Sobre este punto *vid:* IBÁÑEZ NAJAR, J. E., "Veinte años de vigencia del Código Contencioso Administrativo Colombiano ", en *Civilizar. Universidad Sergio Arboleda*, Num. 5, 2003, pág. 10 y ss.

trámite o preparatorio por estar dirigido a producir un acto administrativo ilegal o inconstitucional desconocía el derecho de contradicción de la Administración Pública por no permitir que fuera oída, que presentara pruebas y que pudiera ser vencida en un juicio.

En efecto, se adoptaba la suspensión *inaudita altera parte*, sin embargo, el sistema contencioso administrativo, vigente para el momento, permitía recursos frente a la decisión de suspensión preventiva (apelación -Art. 155 y 181- súplica -Art. 183- ) cuyo espacio permitía que la Administración Pública o el Ministerio Público defendieran la permanencia de los actos de trámite o preparatorios, controvirtieran pruebas, solicitaran las propias y, de esta manera, no se veía comprometido el derecho de defensa ni el de contradicción<sup>218</sup>.

- Ahora bien, El Consejo de Estado también consideró que se trataba de una **medida cautelar autónoma**, que operaba de manera independiente de cualquier proceso. Situación esta no estaba acorde con el mandato constitucional de suspensión provisional que implica un pronunciamiento definitivo por parte de la jurisdicción y una decisión cautelar que no se perpetuara en el tiempo.

Precisamente la naturaleza preventiva de la medida se dirigía a impedir que se expedieran e incorporaran al ordenamiento jurídico actos administrativos ilegales o inconstitucionales que no fueran susceptibles de recursos. Suspendido por la jurisdicción contencioso – administrativa el acto preparatorio o de trámite, y en firme tal suspensión (interpuestos los recursos que contra ella procedían o pasados los términos de los mismos sin que se interpusieran), la Administración Pública no podría ya expedir el acto administrativo definitivo. Este es un ejemplo idóneo de los **procedimientos cautelares que son suficientes para lograr el cometido pretendido**, en el caso concreto: la no incorporación al ordenamiento jurídico colombiano de actos administrativos ilegales o inconstitucionales. Un **proceso posterior resultaría innecesario y desgastante**, más aún, cuando la Administración Pública pudo debatir en los recursos frente a la decisión de suspensión preventiva la necesidad y legalidad del acto a expedirse<sup>219</sup>. Pese a ello, el Consejo de Estado de terminó que la no existencia de un acto definitivo impediría la interposi-

---

<sup>218</sup> Sentencia Consejo de Estado de 10 de mayo de 1988, Exp. 880. M.P. Simón Rodríguez.

<sup>219</sup> *Idem*.

ción de un proceso posterior del que emanara una decisión definitiva sobre la ilegalidad o no del acto suspendido.

El segundo supuesto de hecho (actos de ejecución de un acto administrativo indebidamente notificado) pasó el examen de constitucionalidad porque allí ya existía un acto administrativo, sólo que no era aún ejecutivo por falta de notificación o de firmeza del mismo. Además, la terminación de ese proceso quedó supeditada al cumplimiento de los requisitos omitidos (notificación, resolución de recursos) por la Administración. Consideró el Consejo de Estado que el mero hecho de la existencia de un acto definitivo permitiría, posteriormente, que el acto fuera impugnado en un proceso posterior. Sin embargo, la suspensión no era ordenada dentro de un proceso de nulidad o nulidad y restablecimiento de derecho, ni sus efectos eran supeditados a la interposición de un recurso. Por lo tanto, **se seguía frente a una medida cautelar autónoma** de un proceso principal que fue considerada constitucional.

Esta posibilidad que tenía la jurisdicción contencioso-administrativa desapareció del ordenamiento jurídico. Cuando el administrado se encuentre en alguno de los dos supuestos de hecho mencionados, nuevamente deberá acudir a la acción de tutela para lograr la suspensión del acto de trámite o de los actos de ejecución de un acto indebidamente notificado o que le cause indefensión. Sin embargo, en escenario de tutela sólo se debatirá sobre la vulneración de un derecho fundamental (por ejemplo del debido proceso) pero no sobre la ilegalidad o inconstitucionalidad del futuro acto o del acto de ejecución, por lo tanto, probablemente el acto se inaplique para el caso concreto, pero no se impida que nazca a la vida jurídica o que posteriormente se debata sobre su legalidad<sup>220</sup>. Una vez más el juez de tutela puede hacer sobre la actuación de la Administración Pública lo que el juez contencioso-administrativo no (a pesar de ser el mismo juez de conocimiento de las acciones de tutela).

---

<sup>220</sup> Ya el Consejo de Estado en la citada sentencia de 10 de mayo de 1988 había manifestado las semejanzas de la figura de la suspensión preventiva con el derecho de amparo y las *injunctio*ns inglesas y norteamericanas “pues estas acciones legales, al igual que la suspensión provisional en prevención, persiguen adelantarse a la realización del acto injurídico, porque se considera que así se propende eficazmente a la protección de los derechos precaviendo la culminación de actuaciones ilegales” (Sic.). En este sentido, el escenario de protección actual de los supuestos de hecho de la suspensión preventiva quedó única y exclusivamente en vía de acción de tutela.

## - La exigencia de medidas cautelares autónomas en el Ordenamiento Jurídico Español

Las directivas 89/665/CEE<sup>221</sup>, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras y 92/13/CCE<sup>222</sup>, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones exigen como obligación a los Estados Miembros la incorporación en sus ordenamientos jurídicos de medidas necesarias para garantizar que las decisiones de los “poderes adjudicadores” puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible (Art. 1.1 89/665/CEE). Pero no sólo eso, en dichos procedimientos eficaces y rápidos se deben incorporar los poderes necesarios para “adoptar, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los poderes adjudicadores” (Art. 2.1.a 89/665/CEE). Así como, para “anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedi-

---

221

<http://eurlex.europa.eu/legalontent/ES/TXT/?qid=1398113329994&uri=CELEX:31989L0665>. Sobre las medidas autónomas exigidas al Reino de España, como estado miembro por esta directiva *vid*: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998...", en *Revista de Admistración... Ob. cit.*, pág. 263 y ss.

222

<http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/?qid=1398113329994&uri=CELEX:31992L0013>.

miento de adjudicación del contrato en cuestión” (Art. 2.1.b 89/665/CEE).

Además de mantener lo ya expuesto por la directiva 89/665/CEE, la directiva 92/13/CCE obliga a **los Estados Miembros a incorporar los procedimientos necesarios que contemplen también poderes para:**

- ordenar “las medidas provisionales para corregir la presunta violación o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de formalización de contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por la entidad contratante (Art. 2.1.a).
- Anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, el anuncio periódico indicativo, el anuncio sobre la existencia de un sistema de calificación, la convocatoria de licitación, los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de formalización de contrato en cuestión. (Art. 2.1.b); o bien,
- adoptar, a la mayor brevedad, a ser posible mediante procedimiento de urgencia o, si fuese necesario, mediante procedimiento definitivo en cuanto al fondo, medidas distintas a las consideradas en las letras a) y b) que tengan por objeto corregir la violación comprobada e impedir que se causen perjuicios a los intereses afectados; en particular, emitir una orden de pago de una cantidad determinada en caso de que la infracción no sea corregida o evitada. (Art. 2.1.c).
- Los Estados miembros podrán efectuar dicha elección bien para el conjunto de las entidades contratantes, o bien para categorías de entidades definidas a partir de criterios objetivos, salvaguardando en todo caso la eficacia de las medidas establecidas con el fin de impedir que se cause un perjuicio a los intereses afectados (Art. 2.1.c).

El legislador Español expidió la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995 y sobre la trasposición de las directivas arriba mencionadas inicialmente consideró que la materia de recursos era totalmente ajena a la legislación de contratos de las Administracio-

nes Públicas<sup>223</sup>, situación que impidió la incorporación de nuevas medidas cautelares en materia de contratación pública. Posteriormente, siempre en materia de contratación pública, se expidieron las leyes: 48/1998, derogada por la L. 31/2007 y ésta a su vez modificada por la L. 34/2010, normativa refundida en el R.D. Legislativo 3/2011, 4 de noviembre –TRLCSF-, que incorporaron medidas cautelares en vía procedimiento administrativo y de recurso administrativo. Sin embargo, salvo la medida cautelar de pago anticipado de las obligaciones contractuales arriba explicada, no hubo pronunciamiento respecto a las medidas cautelares en materia en vía de recurso contencioso administrativo a cuya incorporación obligaban las directivas (Art. 1.1 Directiva 89/665/CEE y 92/13/CCE).

Las medidas cautelares en vía contencioso-administrativa tuvieron que esperar hasta la expedición de la L.29/98 (LJCA), cuyos artículos 129 y siguientes reglamentaron, de manera general, la tutela cautelar en los recursos contencioso-administrativos, sin hacer ninguna mención expresa, ni siquiera a manera de ejemplo, sobre medidas cautelares procedentes en materia de contratación pública. (Téngase en cuenta aquí lo ya explicado sobre la medida cautelar de orden de pago de la deuda en materia de contratación incorporada después por el Art. 217 TRLCSF). Tampoco se permitió en la LJCA la existencia de medidas cautelares autónomas de un proceso principal y, no es desconocido para nadie que, los recursos contencioso-administrativos distan mucho de cumplir con los requisitos de **eficacia y rapidez** exigidos por las directivas<sup>224</sup>.

Valga señalar aquí que en el ordenamiento jurídico colombiano la LPA-CA en su Art. 230.2 si hizo mención de la suspensión de los procedimientos o actuaciones administrativas de carácter contractual. Sin embargo, a renglón seguido, le deja el legislador la advertencia al juez de que solamente podrá acordarla cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar los supuestos de hecho que están dando lugar a su adopción y, en todo caso, el juez indicará las condiciones que la Adminis-

---

<sup>223</sup> Así expresado en la exposición de motivos de la Ley de 18 de mayo de 1995. Sobre esto: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998...", en *Revista de Administración... Ob. cit.*, pág. 265.

<sup>224</sup> *Ibidem*, pág. 266.



tración demandada deba observar para reanudar el procedimiento o la actuación sobre la cual recaiga la medida.

• **Medidas cautelares en materia de contratación pública en vía de procedimiento administrativo:**

Ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se podrá instaurar la reclamación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de sectores especiales (regulados por la Ley 31/2007). El Tribunal Central de Recursos Contractuales (o su entidad homóloga en las comunidades autónomas y corporaciones locales) podrá acordar las medidas cautelares de carácter provisional necesarias para asegurar la eficacia de la resolución en el momento en que se dicte (Art. 101.1b).

Ahora bien, antes de interponer la reclamación ante la autoridad competente las personas (físicas o jurídicas afectadas) también podrán solicitar la adopción de medidas provisionales dirigidas a corregir las infracciones del procedimiento administrativo o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados. Dentro de ellas podrán incluirse la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato o de la ejecución de cualquier decisión adoptada por el contratante (Art. 103.1). Sobre estas medidas se pronunciará motivadamente el órgano competente, antes de adoptar la decisión sobre la reclamación interpuesta. Previo a pronunciarse sobre la medida cautelar deberá comunicar sobre su solicitud a la entidad contratante, quien se deberá pronunciar (en dos días) y presentar las alegaciones pertinentes. Las medidas cautelares podrán también ser propuestas por el órgano competente. Podrá además el órgano competente supeditar la medida provisional a la constitución de una caución en el caso en que de ellas puedan derivarse perjuicios (Art. 103.3).

La instrumentalidad de estas medidas resulta clara porque su vigencia quedará supeditada a la interposición de la reclamación (Art. 103.5). Al poder ser también propuestas por el órgano competente, la solicitud de la parte de una medida cautelar no será límite para que el Tribunal Central ordene la medida solicitada o cualquier otra que considere necesaria para corregir las infracciones del procedimiento administrativo o impedir que se causen otros perjuicios a los derechos o intereses legítimos.

- **Medidas cautelares en materia de contratación pública en vía de recurso administrativo.**

Igualmente se incorpora un recurso especial en materia de contratación con el sector público con la finalidad de revisar las decisiones en materia de contratación (TRLGSP Art. 40 y ss). En este escenario la resolución ya ha sido emitida y son susceptibles de este recurso especial antes de la interposición del contencioso-administrativo.

Los actos susceptibles de este recurso especial son aquellos, expedidos dentro de los procedimientos contractuales de obra, concesión, suministro, prestación de servicios, gestión de servicios públicos, colaboración entre Administraciones Públicas y entre éstas y el Sector Privado, que tengan por objeto:

a. los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b. los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación -si estos deciden directa o indirectamente sobre la adjudicación o determinen la imposibilidad de continuar con el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicios irreparables a derechos o intereses legítimos-, salvo que respondan al procedimiento del trámite de emergencia (Art. 40.3). Por ejemplo, establece la misma Ley, los actos de la mesa de contratación por lo que se acuerde la exclusión de licitadores, pues éstos determinan la imposibilidad de continuar con el procedimiento.

c. Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores (Art. 40.2).

Este recurso especial es potestativo y de interponerse reemplaza, para los actos descritos, los recursos en vía administrativa. La competencia para su conocimiento es también del Tribunal Central de Recursos Contractuales (o su entidad homóloga en las comunidades autónomas y corporaciones locales).

De otra parte, en materia cautelar, el afectado con la decisión podrá solicitar con el recurso, durante el trámite del mismo o incluso antes de la interposición del recurso, las medidas cautelares que consideren necesarias para corregir las infracciones del procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los derechos e intereses legítimos. Dentro de tales medidas podrán estar la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato o la ejecución de cualquier decisión adoptada por la entidad contratante (Art. 43.1).

Sobre estas medidas se pronunciará motivadamente el órgano competente, antes de adoptar la decisión sobre fondo del recurso (5 días después de la solicitud). Antes de pronunciarse sobre la medida cautelar el Tribunal deberá comunicar sobre su solicitud a la entidad contratante (el mismo día en que reciba la solicitud de medidas), quien se deberá pronunciar (en dos días) y presentar las alegaciones pertinentes. Las medidas cautelares podrán también ser propuestas por el Tribunal Central de Recursos contractuales. Podrá además el órgano competente supeditar una medida provisional a la constitución de una caución en el caso en que de ellas puedan derivarse perjuicios (Art. 43.5)

Ahora bien, una vez interpuesto el recurso si el acto recurrido es el de adjudicación del contrato, **la suspensión de la tramitación del expediente de contratación será automática** (Art. 45). Sobre el mantenimiento o levantamiento de la suspensión automática decidirá, expresamente, el Tribunal Central o el órgano competente cinco días después de recibidas las alegaciones del contratante (Art. 46).

Como puede observarse, no se incorporaron a la legislación española estas medidas como autónomas. La instrumentalidad es evidente porque su vigencia, cuando se interponen antes del recurso, quedó supeditada a la interposición de la reclamación (Art. 43). Al poder ser también propuestas por el órgano competente, la solicitud de la parte de una medida cautelar no será límite para que el Tribunal Central ordene la medida solicitada por el interesado o cualquier otra que considere necesaria para corregir las infracciones del procedimiento administrativo o impedir que se causen otros perjuicios a los derechos o intereses legítimos.

La resolución del recurso será motivada y decidirá sobre las pretensiones formuladas. De ser procedente se pronunciará sobre: a. la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación. b. la necesidad que el órgano de contratación acuerde la adjudicación del contrato a otro licitador, caso en cual le concederá el plazo de diez días para que determine lo correspondiente a los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato. c. Si hay obligación de indemnizar por parte de la entidad contratante a la persona interesada por daños y perjuicios que se le hayan causado en virtud de la infracción legal que se ha demostrado en el recurso y d. Sobre levantamiento de la

medida cautelar de suspensión del acto de adjudicación y de las otras medidas cautelares que se hubieran acordado. Si se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, también se acordará en la resolución una multa para el responsable (Art. 47).

Estas medidas cautelares en vía de procedimiento administrativo previo y de recurso especial (porque el Tribunal Central, aunque autónomo, no tiene naturaleza judicial) son reflejo de “una posición activa y correctora de la actuación de la empresa contratante (...) sin embargo, la intervención de control de la Administración no es en sí misma, como resulta obvio, una «tutela judicial», y que en este sentido no cumple en su plenitud con la directiva aplicable”<sup>225</sup>

**En materia de recurso contencioso administrativo podría decirse que una interpretación constitucional de los Art. 129 y ss LJCA, de conformidad con el Art. 24 CE, permitiría la adopción de todo tipo de medidas cautelares, inclusive de carácter contractual<sup>226</sup> (por ejemplo, cualquier orden dirigida a la entidad contratante para que cumpla con sus obligaciones, o tendiente a impedir que se causen perjuicios a los intereses afectados, la suspensión del procedimiento de adjudicación, del acto de adjudicación, del mismo contrato o la orden de ejecutar cualquier decisión adoptada por el contratante). Sin embargo, difícil será su materialización teniendo en cuenta que se necesitará el agotamiento previo de la vía administrativa y que la inmediatez y urgencia con la que se requiere la medida cautelar probablemente no permitiría esperar a la interposición del recurso contencioso. Preparado el recurso, interpuestas las medidas cautelares y acordadas por el Juez, éstas probablemente llegarían ya cuando el contrato se esté ejecutando. Valga**

---

<sup>225</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998...", en *Revista de Administración... Ob. cit.*, pág. 266.

<sup>226</sup> En el derecho francés existe, para estos casos, el *référé précontractual*, un procedimiento autónomo y dependiente de un proceso principal. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *idem* lo define como una “actuación rápida e inmediata del juez contencioso – administrativo para aplicarse en caso de infracción de las normas de publicidad y de bases de la licitación (...) el juez puede ordenar a la entidad contratante de atenerse a sus obligaciones incumplidas o bien la suspensión de la adjudicación de un contrato (...) El recurso no es admisible si ya está adjudicado el contrato, de modo que su fin específico se dirige a que éste llegue a formalizarse en las condiciones de publicidad y competencia abiertas(...)”.

aquí recordar que no se estaría dentro de los supuestos de vías de hecho e inactividad de la administración, que la LJCA no incorpora medidas cautelares autónomas de un proceso principal y que la vía del recurso contencioso no es la más **eficaz y rápida**.

Ahora bien, si realmente funcionan los controles ya explicados en vía de procedimiento administrativo previo y en vía de recurso administrativo, probablemente serán menos los vicios de los que adolezcan los contratos públicos que lesionen derechos o intereses legítimos y, por lo tanto, requieran de una tutela judicial efectiva. Además, es necesario reconocer el gran avance en materia cautelar que genera la medida de orden de pago de la deuda en materia de contratación incorporada por el Art. 217 TRLCSP) que, como ya se explicó puede “en la práctica” decantarse como una medida cautelar autónoma.

## **2. Instrumentalidad relacionada con la tramitación de la medida cautelar en cuaderno separado.**

La segunda variante mira el proceso cautelar desde el punto de vista de su procedimiento. Éste último será, en principio, independiente del proceso principal, toda vez que se adelanta en pieza separada y sigue un trámite independiente sin importar la etapa.<sup>227</sup> Es indudable la autonomía procedimental de algunas medidas cautelares -por ejemplo en la suspensión del acto del administrativo- que deben tramitarse por tal motivo en pieza separada respecto al proceso principal y que poseen unos presupuestos propios, parcialmente similares a los presupuestos sustanciales de los que deriva la pretensión principal en el proceso. Sin embargo, tales peculiaridades no son suficientes para hablar de autonomía<sup>228</sup>. El profesor CAMPO CABAL<sup>229</sup> citando a ROJAS FRANCO quien a su vez se apoya en el trabajo de ALDO SANDULLI<sup>230</sup> sostiene que la auto-

---

<sup>227</sup> En este sentido: QUIROGA CUBILLOS, H., *Procesos y Medidas...* Ob. cit., pág. 21 y ss.

<sup>228</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 1974, pág. 15 y ss.

<sup>229</sup> CAMPO CABAL, J. M., *Medidas Cautelares en...* Ob. cit., pág. 10 y ss.

<sup>230</sup> SANDULLI, A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, vol. II, Napoli, 1989, pág. 1510 y ss.

nomía en este caso es meramente relativa, pues la suspensión tiene una *causa petendi* exclusiva y un *petitum* propio, que incide sobre la eficacia del acto y no como ocurre con la demanda principal sobre la validez y la existencia del acto. Sin embargo, la medida cautelar, tal como consagrada en las legislaciones estudiadas, depende del proceso principal.

En este marco: a. En el ordenamiento jurídico español, el Art 131LJCA establece que “el incidente cautelar se sustanciará en pieza separada (...) en un plazo que no excederá de diez días, y será resuelto por auto dentro de los cinco días siguientes”. Ahora bien, si lo que se impugnaré es una disposición general, y se solicitaré la suspensión de la vigencia, “la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de la demanda”; b. La LPACA en su Art. 231 establece que “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 (...)”. Así mismo, el Art. 233 determina que “El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de la medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella, en escrito separado, dentro del término de 5 días, plazo que correrá de forma independiente al de la contestación de la demanda (...) 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”.

Sobre este trámite independiente se ha pronunciado el Consejo de Estado “el trámite dispuesto para las medidas cautelares en el nuevo ordenamiento sobre oportunidad, requisitos de la solicitud, procedencia, términos y recursos es un trámite independiente al previsto para las demás actuaciones que deban surtirse dentro del proceso contencioso administrativo (...) de tal manera que la adopción de dichas medidas no está condicionada a la admisión de la demanda y/o a la firmeza del auto admisorio. La medida se adopta mediante una providencia motivada, inclusive, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda, o en cualquier estado del proceso”<sup>231</sup>.

---

<sup>231</sup> Consejo de Estado, Sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, 13 de mayo de 2014 exp. No. 201400360 00. M. P. Gerardo Arenas Monsalve.

### **3. Instrumentalidad como límite a los poderes cautelares del Juez.**

Las medidas cautelares, en la acepción más estricta de la instrumentalidad, es decir, la dependencia del proceso principal, están atadas al pronunciamiento de fondo y éste a su vez a las pretensiones solicitadas en la demanda. Por lo tanto los poderes del juez cautelar no están limitados, estrictamente, por las pretensiones cautelares sino por las propias pretensiones de la demanda y, además, deben usarse con la finalidad de garantizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Art. 24 CE, 29 y 299 CN)

El juez de conocimiento del caso requerirá, por tratarse la jurisdicción contencioso- administrativa de una justicia rogada, la petición de parte de alguna medida cautelar que el demandante considere necesaria para la salvaguarda de su derecho o interés legítimo. Sin embargo, si el juez, teniendo en cuenta los hechos y argumentos suministrados, considera que la medida solicitada no es la idónea o no es suficiente para la garantizar provisionalmente el derecho o interés legítimo, la protección de la tutela judicial efectiva, hace que pueda ordenar la medida cautelar que considere más ajustada para tal fin. El criterio de “necesidad” o “idoneidad” pasa por el tamiz de mirar si existe otra medida más moderada para la consecución del mismo objetivo con la misma eficacia.

En el ordenamiento jurídico Español el Art 129.1 LJCA establece que “los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”.

Por su parte, el ordenamiento jurídico colombiano en su Art. 229 LPACA consagra que a petición de parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. A reglón seguido el Art. 230 establece que “deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda (...) la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”. Cuando se trate de medidas cautelares dentro de procedimientos de garantía de

---

derechos fundamentales no requerirá el juez contencioso- administrativo petición de parte. En estos casos la autoridad judicial podrá ordenar las medidas cautelares de oficio (Parágrafo Art 229).

De los dos autos pioneros en materia de tutela cautelar, uno de ellos, el ATSJ del País Vasco de 21 de marzo de 1991<sup>232</sup>, ordena una medida cautelar positiva sin solicitud previa de parte. El acto impugnado fue uno denegatorio de la inscripción de la sociedad recurrente en el "registro de entidades de inspección y control reglamentario" en la Dirección de Administración Industrial del departamento de Industria y Comercio del Gobierno Vasco. El recurrente solicitó en su recurso contencioso-administrativo la suspensión del acto impugnado o, si con ello no fuera posible que pudiera volver a actuar la sociedad, la habilitación provisional para actuar en tanto se tramita el recurso. La sala del TSJ del País Vasco podría haber ordenado la inscripción provisional en el mencionado registro. Sin embargo, en el acto administrativo impugnado no encontró los elementos suficientes que requería en términos de motivación, eso aunado a los riesgos en materia de seguridad para las personas y cosas que dicha medida positiva podría acarrear. Por lo tanto, la Sala sí ordena la medida cautelar de habilitación provisional de la sociedad pero difiere su efecto en el tiempo. Es decir, tendrá efectos si así llegase a exigirlo la tutela judicial efectiva y la apariencia de buen derecho del demandante en su momento. Pero para ello, impone a la Administración autora del acto, sin perjuicio de otras medidas cautelares que pueda posteriormente acordar en el transcurso del proceso, dictar una nueva resolución (en el plazo de 30 días) que fuera expresiva de tres cuestiones que no precisaron en el expediente administrativo: a. motivos de fondo determinantes de la denegación acordada en el acto impugnado. b. Conexión de los motivos de fondo con la seguridad de las personas y sus bienes y c. El carácter subsanable o no de las diferencias apreciadas. De esta manera podría la Sala apreciar el interés público concreto que pretende salvaguardar el acto administrativo denegatorio de la inscripción en el registro.

---

<sup>232</sup> (RJ/2444). Sobre este Auto, resulta de obligatorio estudio el comentario hecho por el Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Medidas cautelares positivas y disociadas en el tiempo: El Auto de 21 de marzo de 1991 de la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Número 70, 1991, pág. 377-388.



Probablemente sí, como en el caso expuesto, la sala de decisión se hubiera limitado a las medidas cautelares solicitadas por el recurrente, o si probable riesgo objetivo que la medida cautelar positiva solicitada podría traer para la seguridad industrial- seguridad para las personas y cosas- hubiera sido determinante, habría denegado la protección provisional del derecho de la sociedad. Pese a ello, la obligación constitucional de garantizar la tutela judicial efectiva (Art. 24 CE) le permitió apreciar que la duración del proceso contencioso- administrativo conllevaría la paralización de las actividades de la sociedad durante años y que en la resolución impugnada no se justificaban las razones de interés público concretas por las cuales se había denegado la inscripción en el registro. Esa insuficiencia del procedimiento administrativo ameritó una protección cautelar inmediata para el recurrente, traducida en una orden de hacer a la Administración Pública.

Lo especial de este Auto no es tan sólo la orden de una medida cautelar positiva, en vigencia de la LJCA/56 que no las permitía expresamente, o la adopción de una medida cautelar diferente a la solicitada por el recurrente, sino que además, durante el término dado por el TSJ del País Vasco a la Administración Pública para expedir la nueva resolución contentiva de los argumentos solicitados, el Gobierno Vasco recaba nuevos datos técnicos de la sociedad recurrente y expide una resolución que permite la inscripción en el “registro de entidades de inspección y control reglamentario” de la sociedad recurrente, decisión ésta que llevó a la posterior terminación del proceso judicial.

Si existe un verdadero ejemplo de tutela judicial efectiva y de tutela cautelar como protección integral de los derechos e intereses legítimos es este auto. Debería ser de consulta obligatoria para los Jueces Contencioso-administrativos. De haber obrado la Sala del TSJ del País Vasco en virtud de la estricta habilitación legal, interpretada exegéticamente, el derecho de la sociedad a ejercer su actividad en el campo de la seguridad industrial hubiera sido vulnerado<sup>233</sup>.

Otro ejemplo de una medida cautelar que resulta idónea para la salvaguarda de los derechos aducidos en las pretensiones pero no corresponde con la solicitada por la parte también lo encontramos en ATSJ del

---

<sup>233</sup> Sobre la resolución e inscripción pudo también comentar el Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por las medidas cautelares... Ob. cit.*, pág. 236 y ss.

País Vasco de 14 de octubre de 1991<sup>234</sup>. Aquí nuevamente impone a la Administración, como medida cautelar, la obligación de dictar un nuevo acto en el que tenga en cuenta un aspecto sobre el que ha hecho caso omiso, es decir, el procedimiento específico regulado por el reglamento de 30 de noviembre de 1961 sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.

En este caso, el ayuntamiento de Bilbao denegó la licencia municipal de instalación de un bar- cafetería en razón a que vulneraba las distancias mínimas establecidas por la reglamentación de establecimientos de hostelería. El afectado interpone el recurso contencioso- administrativo y solicita la suspensión cautelar del acto y la consecuente procedencia de la habilitación provisional para funcionar pues la paralización de su actividad durante el tiempo en que tarde el recurso en resolverse le conllevará necesariamente la venta del local ya que sin los ingresos del bar no podrá hacer frente a los gastos ni tampoco pagar el crédito que solicitó para ponerlo a andar.

La Sala del TSJ del País vasco vuelve a construir argumentos relacionados con:

- el replanteamiento del sistema de medidas cautelares a la luz del Art. 24 CE, sobre todo, en cuanto a la obligación del Juez de adoptar aquellas medidas cautelares que sean necesarias e imprescindibles para asegurar la plena efectividad del acto terminal del proceso, para no frustrar el derecho a la tutela judicial.
- Una interpretación sistemática del texto fundamental, Art. 24 junto con el 9.2, explica que los poderes públicos deben promover las condiciones para que la igualdad y la libertad sea efectiva y se remuevan todos los obstáculos que impidan ello.
- Lo que se debe disfrutar al final del proceso son los derechos e intereses legítimos cuya protección ha invocado y no una indemnización sustitutiva del derecho ante la imposibilidad de su disfrute.

---

<sup>234</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Nuevas medidas cautelares "Positivas": La imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de continuar un procedimiento, eliminando un obstáculo inicial sin apariencia de buen Derecho", en *Revista de Administración Pública* Núm. 126, 1991, pág. 297-307.

- El perjuicio irreparable de la venta y pérdida del negocio (no en términos de solvencia de la administración para pagar una indemnización posterior) que se le puede ocasionar al recurrente con la duración del proceso. Situación esta que ya haría que la tutela judicial no fuera efectiva.
- Los razonables argumentos del recurrente en su postura frente a la titularidad del derecho que le asiste ya que la fachada del otro bar – cafetería con el que limita carece de entrada por ese mismo lado, por lo que hay posibilidades ciertas de que la distancia entre un bar y otro, medida desde la única entrada al público que tiene el bar limítrofe, sea mayor a la exigida por la norma que le denegó la licencia.
- No conceder la licencia provisional para abrir el bar, no porque no sea susceptible esa medida de ser acordada en vía cautelar, sino porque las circunstancias concretas del caso ameritan que la Administración Pública que denegó la licencia ultime el procedimiento administrativo contemplado en los Art. 29 a 33 del Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas. Continuar el procedimiento administrativo de concesión de licencia abierto es la orden positiva que la Sala le da a la Administración Pública, y para ello le da algunas indicaciones: a. medir la distancia de separación entre los dos bares desde la única puerta de acceso de cada uno de ellos y b. que si como resultado de la nueva medición de distancia se debiera conceder la licencia al recurrente se haga de manera provisional hasta tanto no quede en firme el fallo que devenga en el proceso contencioso-administrativo<sup>235</sup>.

Como se puede apreciar, en ninguno de estos memorables ejemplos el juez contencioso-administrativo interfirió en las competencias propias del ejecutivo, por el contrario, le ordena hacer o terminar de hacer el trabajo que a ella corresponde y que no ha hecho. Atrás ha quedado el postulado legicentrista “juzgar a la administración es administrar”<sup>236</sup>, por el contrario, dentro de un Estado Constitucional juzgar a la adminis-

---

<sup>235</sup> Cfr.: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por las medidas cautelares... Ob. cit.*, pág. 268 y ss.

<sup>236</sup> Frase acuñada en el origen de la Administración Napoleónica, en razón a la desconfianza que se tenía frente a los jueces ordinarios para juzgar asuntos relacionados con el nuevo derecho de la Administración. Así mismo, en el entendido de que la división de poderes implicaba la no injerencia de los asuntos de cada uno de ellos.

tración es controlarla en su actividad y hacer que administre mejor<sup>237</sup>. Tampoco la Sala prejugó con las medidas cautelares adoptadas el fondo del asunto, tema éste que se estudiará en el acápite correspondiente al *fumus boni iuris*.

Lastimosamente, no es posible citar un ejemplo similar en el ámbito del contencioso-administrativo colombiano. El carácter excepcionalísimo y restrictivo que siempre ha tenido la garantía provisional de derechos hace que hasta el acuerdo por parte del Juez de la medida cautelar solicitada por la parte se torne dispendioso y difícil. Ahora bien, hasta el año 2012 la única cautela reglamentada por el legislador era la suspensión del acto administrativo, incluso esa medida se interpretaba restrictivamente. La justicia cautelar en Colombia ha sido y sigue siendo timorata. Pensar en una orden positiva a la Administración en vía de recurso contencioso-administrativo era casi un atentado contra el principio de legalidad (antes de la expedición de la LPACA), ahora, mucho más lo era (o lo sigue siendo) pensar en una medida cautelar que se ordene por el juez sin que se haya solicitado a instancia de parte con la finalidad de salvaguardar la tutela judicial efectiva.

Teniendo en cuenta el marco constitucional de los Art. 29 y 229 – derecho fundamental a la tutela judicial efectiva-, el marco legal del Artículo 230 LPACA –que marca límite en la congruencia de las medidas cautelares en términos de “tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda- y, además, la posibilidad que tiene el juez contencioso-administrativo para, **de oficio**, en cualquier estado del proceso, modificar la medida cautelar cuando advierta que no se cumplieron los requisitos para su otorgamiento, que estos no se presentan o que fueron superados o que hay que variar la medida para que se cumpla (Art. 235 LPACA) no se encuentra prohibición alguna para que el juez modifique la medida cautelar, solicitada por la parte, si considera que hay otra que resulta más idónea y efectiva para garantizar su derecho o interés legítimo<sup>238</sup>.

---

<sup>237</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., "Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor", en *Revista Española de Administración Pública* Núm. 76, 1992, pág. 511 y ss. En el mismo sentido: PAREJO ALFONSO, L., *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, 1993, pág. 25 y ss.

<sup>238</sup> Esta regla si fue asumida expresamente por el Legislador en la jurisdicción ordinaria colombiana. El Art. 590 de la L. 1564/2012, Código General del Proceso, permite que:

Aparejada con la instrumentalidad, también están las características de provisionalidad, mutabilidad, sumariedad y urgencia de la decisión cautelar.

---

“Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho. Así mismo, 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”. Es necesario recordar que: a. el derecho a la tutela judicial efectiva tiene el carácter de fundamental y, por lo tanto, salvaguarda de igual manera todos los derechos de los ciudadanos ante cualquier jurisdicción (ordinaria o contencioso-administrativa). b. Las limitaciones que imponga el legislador a su ejercicio, en particular, en lo relacionado con la tutela cautelar, deben ser razonables, proporcionadas y, en todo caso, responder a la finalidad establecida por la constitución. c. modular el derecho a la tutela judicial efectiva y, de ahí, a la tutela cautelar en la jurisdicción contencioso-administrativa con el fundamento único del sujeto cualificado Administración Pública no resulta del todo coherente con los principios del Estado Constitucional, en particular, con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y, desde allí, el control judicial de toda las manifestaciones de la Administración Pública. “Si bien la Constitución colombiana no consagra expresamente “la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”, como lo hace el artículo 9<sup>o</sup>-3<sup>o</sup> de la Constitución Española, este principio deriva de normas específicas de nuestra Carta. Así, el artículo 1<sup>o</sup> define a Colombia como un Estado social de derecho fundado en la prevalencia del interés general, lo cual excluye que los funcionarios puedan ejercer sus atribuciones de manera caprichosa. Por su parte, el artículo 2<sup>o</sup> delimita los fines del Estado y los objetivos de las autoridades públicas, lo cual muestra que las atribuciones ejercidas por las autoridades deben estar destinadas a realizar esos valores constitucionales y no a satisfacer el arbitrio del funcionario. Esto se ve complementado por el artículo 123 superior que establece expresamente que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento. Finalmente, el artículo 209 define los principios que orientan la función administrativa y señala que ésta se encuentra al servicio de los intereses generales y debe ser ejercida de manera igualitaria e imparcial”. Así lo afirmó la Corte Constitucional en Sentencia C- 318/95.

### III. PROVISIONALIDAD.

Propio de la naturaleza cautelar resulta lo provisional<sup>239</sup>. Mediante el juicio cautelar y su resolución se obtiene una tutela provisional, no definitiva y, por lo tanto, sin fuerza de cosa juzgada pues ésta última se reserva a la posterior sentencia de fondo. Los efectos de la medida son limitados en el tiempo y van ligados a su función de servicio al proceso principal y también a su función de garantía provisional de derechos subjetivos e intereses legítimos.

La medida cautelar finalizará sus efectos cuando el beneficiado con la misma no interponga el recurso contencioso-administrativo ordenado por el juez en los casos de vía de hecho o inactividad de la administración en los que se hubiera acordado una medida cautelar con antelación al recurso en vía contenciosa (Art. 135y 136 LJCA). La cautela también puede cesar sus efectos durante el curso del propio proceso cuando varíen las circunstancias que sirvieron de fundamento y motivación para el acuerdo de la medida (mutabilidad derivada de cláusula de *Rebus sic stantibus*), o con la finalización del proceso<sup>240</sup> cuando se emita por el juez la sentencia que resuelva sobre el fondo del asunto<sup>241</sup>. En este últi-

<sup>239</sup> CALAMANDREI en su obra *Introduzione allo studio ... Ob. cit.*, pág. 36 y ss., le otorgaba un significado a la provisionalidad relacionado con la instrumentalidad: lo que está destinado a durar hasta tanto no sobrevenga un elemento sucesivo (el fallo de fondo) y lo diferencié de aquello meramente temporal que hace referencia a aquello que, por sí mismo, tiene una duración limitada, con independencia de lo que le sobrevenga. En sentido contrario: DE MIGUEL Y ALONSO, C., "Notas sobre el proceso cautelar", en *Revista de derecho procesal* Num. 4, 1966, pág. Pág. 11.

<sup>240</sup> Ténganse en cuenta también que en los ordenamientos procesales Colombiano y Español se dispone de la pretensión y mediante, por ejemplo, el desistimiento, pueden generarse la terminación del proceso. En estos casos también la medida cautelar cesaría sus efectos.

<sup>241</sup> Sobre la temporalidad o provisionalidad de la tutela cautelar *vid*: CALDERÓN CUADRADO, M. P., "Tutela anticipatoria, procesos sumarios y medidas cautelares...", en *La Ley... Ob. cit.*, pág. 4 y ss.: "la resolución cautelar es siempre provisional, su desaparición, en todo caso, es necesaria consecuencia de la vinculación existente con el proceso principal; finalizado éste, carece de sentido una continuación de la medida cautelar"; QUIROGA CUBILLOS, H., *Procesos y Medidas... Ob. cit.*, pág. 23 y ss.: "proceso cautelar tiene una duración temporal limitada" y FAIRÉN GUILLÉN, V., "El proceso cautelar en la Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Número 2 1996, pág. 1648-1654.

mo caso, siempre está la posibilidad de que, si han sido estimadas en la sentencia las pretensiones del demandante, la medida tomada provisionalmente se torne en una decisión de garantía definitiva en la sentencia. Por ejemplo, con la suspensión cautelar del acto administrativo se suspenden los efectos del acto impugnado provisionalmente, una vez se declara por el juez en sentencia la ilegalidad del acto éste último no producirá efectos nunca más.

La seguridad jurídica no se pone en entredicho con la adopción de una medida cautelar, aún bajo la probabilidad de que existan medidas cautelares autónomas, siempre quedará abierta la posibilidad de interponer, seguidamente, un recurso contencioso-administrativo en el que se debata el fondo del asunto y cuya sentencia tenga el carácter de cosa juzgada material.

En el contencioso- administrativo español el Art. 132.1 LJCA dispone que "las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga la sentencia en firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley. No obstante, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado"<sup>242</sup>.

En el ordenamiento contencioso-administrativo colombiano se guardó silencio sobre el levantamiento de la medida cautelar en la sentencia

---

<sup>242</sup> Es necesario recordar cómo la jurisprudencia del TJCE ha sido determinante en la adopción de un modelo de tutela cautelar más respetuoso del derecho a la tutela judicial efectiva. En el caso específico de la provisionalidad de la suspensión cautelar del acto administrativo la Sentencia Zuckerfabrik, comentada por el prof. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Las medidas cautelares que puede adoptar el Juez nacional contra el Derecho Comunitario: la Sentencia Zuckerfabrik del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de febrero de 1991 (TJCE 1991, 135). ", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. Núm. 72, Madrid, 1991, pág. 105 – 188, expresamente determina que la suspensión de la ejecución debe conservar el carácter provisional. En concreto, la suspensión solo puede acordarse hasta que el Tribunal de Justicia resuelva la cuestión de apreciación de validez. Si el Tribunal no estuviera ya interviniendo, la medida de suspensión obliga a que el juez plantee inmediatamente la cuestión prejudicial. Si la decisión del tribunal de justicia es declarar válido el reglamento comunitario, el Juez Nacional deberá levantar la medida cautelar, si su juicio fuese a favor de la invalidez, la suspensión será confirmada hasta tanto el juez nacional dice su sentencia de fondo.

que resuelva el fondo del asunto y de por terminado el proceso. La cláusula de remisión general a la norma procesal civil (Art. 306 LPACA) permite que en los aspectos no contemplados en la LPACA se siga lo dispuesto para el procedimiento civil, siempre y cuando las disposiciones sean compatibles en naturaleza con las de la jurisdicción contencioso-administrativa. En esta normativa, la terminación del proceso es causal de levantamiento de la medida cautelar.

#### IV. MUTABILIDAD.

Así como es propio de la naturaleza cautelar, la provisionalidad, también lo es la mutabilidad. Las medidas cautelares permanecen en tanto en cuanto: a. se mantengan las circunstancias específicas en que éstas fueron ordenadas por el juez. b. No se haya dictado sentencia que resuelva el fondo del asunto o c. No se haya terminado el proceso por alguna de las causas de terminación anormal (p.e. el desistimiento). El primer supuesto es el que ahora merece la atención: si cambian las circunstancias que sirvieron de fundamento para la medida cautelar y la efectividad de la tutela judicial así lo amerita, la consecuencia será modificación, sustitución o revocatoria de la medida adoptada.

Esta característica tiene fundamento axiológico en la cláusula *rebus sic stantibus*, según la cual, las estipulaciones deben mantenerse, tal cual como han sido determinadas, en la medida en que todo aquello que las motivó se mantenga en las mismas condiciones. Cabrá su modificación, sustitución o revocación en cuanto se varíen de alguna manera las circunstancias concurrentes al momento de su adopción. Para el caso específico de las medidas cautelares, éstas variarían o mutarían en la medida en que se alteren las circunstancias concretas que fundamentaron su adopción: por ejemplo, aumento, disminución, desaparición del *periculum in mora* o disminución del *fumus bonis juris*<sup>243</sup>.

---

<sup>243</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V., "El proceso cautelar en la Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Número 2 1996, pág. 1648-1654, QUIROGA CUBILLOS, H., *Procesos y Medidas cautelares*, Bogotá, 1985,



Esta característica es connatural a la instrumentalidad y provisionalidad de la institución cautelar<sup>244</sup>. Por lo tanto, una regulación completa de la garantía provisional de derechos bien debe establecer, o al menos no prohibir, un procedimiento para su levantamiento o sustitución cuando las circunstancias de adopción iniciales de la medida hayan variado.

La pregunta es ¿qué se entiende por circunstancias de adopción? Es decir, ¿los supuestos de hecho y también de derecho que concurrieron en el momento exacto del acuerdo de la medida cautelar? Y, en este sentido, ¿los avances en el proceso principal podrían conllevar también el levantamiento o la sustitución de la medida cautelar?

En el contencioso- español está bastante claro que no toda variación de circunstancias en las condiciones iniciales de adopción de la medida son suficientes para modificar o levantar la medida cautelar. Solamente podrán ser modificadas o revocadas las medidas cautelares, durante el curso del procedimiento, si cambiaran las circunstancias fácticas en virtud de las cuales se hubieran adoptado. No podrán modificarse o revocarse si han cambiado las circunstancias de “derecho”, entendidas como: los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto del análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate o la modificación de los criterios de valoración de Juez o Tribunal aplicó a los hechos (Art. 132 LJCA).

Esta limitación no ha sido muy aceptada por parte de la doctrina Española, especialmente por la interpretación restrictiva que los jueces han hecho de ella “en el sentido de que una denegación inicial de las medidas cautelares solicitadas en el escrito de interposición del recurso impide volver a solicitarlas cuando el juez o Tribunal disponen de mejores elementos de juicio; por ejemplo, tras la demanda”<sup>245</sup>. ¿Qué tendrá que ver la oportunidad procesal para solicitar cualquier medida cautelar – durante todo el curso del proceso- con la posibilidad de modificación o re-

---

<sup>244</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V., "La reforma del proceso...", en *Temas del Ordenamiento... Ob. cit.*, pág. 903 y ss; CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia... Ob. Cit.*, pág. 33 y ss.

<sup>245</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998...", en *Revista de Administración... Ob. cit.*, pág. 270.

vocación de una medida cautelar ya adoptada?<sup>246</sup> No es la restricción de la solicitud de cualquier medida cautelar en cualquier estado del proceso (Art. 129 LJCA) a lo que está refiriéndose la limitación, sino exclusivamente, a las circunstancias que pueden dar lugar a la modificación o revocación de las medidas cautelares que ya se han adoptado (Art. 132.2)

Esta regla general es aplicable a todas las medidas cautelares, incluyendo la suspensión provisional de los actos administrativos. La medida suspensiva puede ser reformada si cambian los hechos que motivaron su adopción. Así también, si la suspensión ha sido denegada en un primer momento pero, durante el curso del proceso, la situación del afectado con el acto ha variado, podrá volver a solicitarse la suspensión con fundamento en el cambio de circunstancias fácticas; o modificarse si, de las circunstancias concretas, se deduce que se requiere otra medida más adecuada para la protección del derecho o interés legítimo. Cuando cambian las condiciones fácticas tenidas en cuenta para su resolución, el acto acordado puede ser modificado de oficio a petición de parte<sup>247</sup>. "Precisamente por el carácter cautelar y revisable que tienen los acuerdos adoptados en la pieza de suspensión, los mismos pueden ser rectificadas en cualquier momento, a la vista de nuevos datos o circunstancias que sean puestas en conocimiento del Tribunal"<sup>248</sup>.

En Colombia, por el contrario, el legislador contencioso-administrativo no tuvo siempre tan claro que la mutabilidad resultaba connatural al juicio cautelar. El D. 01/84 (antiguo código contencioso-administrativo) a penas si contempló la medida cautelar única de suspensión provisional

---

<sup>246</sup> Razón le asiste al Profesor García de Enterría, E., *idem* y a la Profesora DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. Cit.*, pág. 210 al afirmar que no resulta de recibo que esta exclusión de modificación en virtud de los avances del proceso o de un cambio en la interpretación de los hechos se emplee para reducir garantías previstas en otras partes del articulado.

<sup>247</sup> MARTÍN- RETORTILLO GONZÁLEZ, C., "El alcance suspensivo del recurso contencioso administrativo en la ejecutoriedad de los actos recurridos", en *Anales de la dirección general de lo contencioso del Estado*, 1961, pág. Pág. 65.

<sup>248</sup> Auto de 6 de septiembre de 1991 (RJ/6808). Cfr.: ESCUDERO HERRERA, C., "De la instrumentalidad y otras características de las medidas cautelares...", en *Actualidad Administrativa... Ob. cit.*, pág. 551.

cuyo debate sólo era susceptible de darse desde el momento de la presentación de la demanda hasta el auto admisorio de la misma. Pasada ésta actuación procesal (auto admisorio), no era posible durante todo el resto del proceso, ni en segunda instancia, debatir de nuevo acerca de las medidas cautelares (Art. 152 CCA). Esta situación era altísimamente contraria a la tutela judicial efectiva, más aún cuando el promedio de duración de los procesos en primera instancia alcanzaba los 5 años. Con toda seguridad, en tantos años las circunstancias de hecho que llevaron a denegar la solicitud inicial habrían cambiado. Probablemente, el legislador del año 2012 incorporó la característica de “variabilidad” a los procesos cautelares contencioso-administrativos siguiendo el ejemplo de las medidas cautelares establecidas para el proceso de protección de derechos fundamentales (Art. 7 D. 2591/91) y, en ese entendido, El Art. 235 LPACA permitió que:

i. El afectado con la medida pueda solicitar el levantamiento de la misma prestado caución a satisfacción de Juez. Esta decisión se permitirá siempre y cuando tal posibilidad resulte compatible con la naturaleza de la medida, para garantizar la reparación de daños y perjuicios que se llegaren a causar. Si tenemos en cuenta que, la mayoría de las veces, la caución se surte mediante pólizas de aseguramiento o depósitos bancarios, seguramente el levantamiento de la medida cautelar en virtud de una caución propuesta y constituida por el demandado sólo será posible cuando las pretensiones del beneficiado con la cautela sean, exclusivamente, económicas.

ii. La medida cautelar pueda ser modificada o revocada por el Juez o Magistrado en cualquier estado del proceso, **de oficio o a petición de parte**, cuando:

a. el Juez o Magistrado advierta que **no se cumplieron los requisitos para su otorgamiento**,

b. o que estos (los requisitos para su otorgamiento) **ya no se presentan**

c. o que fueron superados,

d. o **que es necesario variar la medida para que esta se cumpla.**

iii. La parte a favor de quien se otorga la medida está obligada a informar, dentro de los tres 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. Si se omite este deber, y la contraparte estuviere imposibilitada para conocer dicha modificación de circunstancias, será sancionada con multa.

Lo anterior significa que, en el contencioso-administrativo colombiano, la variabilidad de la medida cautelar no está limitada, como en el español, sólo al cambio de las circunstancias fácticas que sirvieron de fundamento a la adopción de la medida, o por lo menos, no está prohibido por el legislador, que los avances que se vayan haciendo durante el proceso o los cambios en los criterios de valoración del juez de los hechos también puedan conllevar la modificación o revocación de la cautela. A pesar de que en las causales el legislador a penas describe algunas de las formas en las que las circunstancias de hecho iniciales pueden variar (porque desaparecen las condiciones, porque fueron superadas que al final se reconducen a que desaparecen, o porque es necesario para su cumplimiento que se varíe la medida) A renglón seguido impone, la norma estudiada, a la parte beneficiada con la cautela informar todo cambio sustancial – sin ninguna restricción- que se produzca en las circunstancias que permitieron su adopción y que pueden conllevar su modificación o levantamiento.

De acuerdo con esto, resulta llamativa la posibilidad de modificación de la medida por incumplimiento de la misma, ello porque la medida cautelar, como toda orden judicial, resulta de obligatorio cumplimiento para la autoridad pública. ¿Quién asegura que cambiando la cautela la autoridad renuente la cumplirá? En cualquier caso, el incumplimiento de la medida cautelar por parte del funcionario o autoridad pública acarreará las consecuencias establecidas en el Art. 241 LPACA: apertura de un incidente de desacato y, como consecuencia de éste, se podrán imponer multas sucesivas por cada día de retardo en el cumplimiento hasta por el monto de dos SMLMV a cargo del renuente. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria por el incumplimiento de la orden.

Sobre la mutabilidad de la medida cautelar motivada en los cambios en los supuestos fácticos que cimentaron su acuerdo, no existen opiniones encontradas. Es de sentido común que las circunstancias de hecho puedan variar durante los cinco o diez años de duración de un proceso judicial. Por el contrario, no hay aún consenso sobre la limitación, o no, de la modificación o revocación de la medida cautelar en virtud de los avances que vaya teniendo el proceso, o por la valoración que el juez vaya haciendo de los hechos. Estos último dos supuestos están relacionados, directamente, con la independencia entre el proceso principal y

el proceso cautelar y con la prohibición de prejuzgar del proceso principal<sup>249</sup>.

Bien, entre mayor sea la certeza de la vulneración del derecho o interés legítimo que se exija, por el legislador en su regulación o por el juez en su valoración, para acordar la medida cautelar, mayor será la posibilidad de prejuzgamiento. Como se explicará en el próximo capítulo, apariencia de derecho no quiere decir certeza del mismo. La apariencia o verosimilitud de las pretensiones del demandante debe estar presente como requisito sustancial para el acuerdo de la medida cautelar y la certeza jurídica será el presupuesto necesario para la sentencia de fondo. Si hay certeza de la vulneración del derecho o del interés legítimo, la obligación del juez será ordenar una medida cautelar, sino proferir la sentencia de fondo. Desde este punto de vista, la mera apariencia de derecho previa no alcanzará la certeza necesaria para que se pueda hablar de “prejuzgamiento”.

Ahora bien, es innegable que el natural avance en las etapas del proceso ayudará a una mejor protección provisional del derecho o interés legítimo que se está vulnerando, pues permitirá evidenciar mejor, por un lado, la apariencia del derecho del demandante y, por el otro, la falta de razón que le asiste a la Administración o, de igual manera, la carencia de buen derecho del demandante y la razón que le asiste a la Administración demandada. Por lo tanto, resulta sano y respetuoso de la tutela judicial efectiva, que la posibilidad de mutabilidad de la medida cautelar, durante todo el transcurso del proceso, no se dote de rigidez alguna. Es decir, que pueda el juez hacerlo, de oficio o a petición de parte, cuando las circunstancias tanto de hecho como de derecho (criterios de interpretación, avances del proceso) que motivaron el acuerdo de la medida cautelar hayan cambiado<sup>250</sup>, y ameriten el levantamiento de la medida

---

<sup>249</sup> Prohibición que el legislador colombiano quiso dejar expresamente plasmada en el Art. 229 LPACA.

<sup>250</sup> Cfr.: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998...", en *Revista de Administración... Ob. cit.*, pág. 270 y ss.: «(...)o después de la prueba, trámites que normalmente permitirán apreciar mejor el *fumus boni iuris* del acto o el abuso procesal de la Administración al haber forzado el proceso a dicho autor y, por tanto, decidir más atinadamente en el sentido más adecuado al fin propio de la institución(...) el carácter de provisional de las medidas “provisionales”, valga la redundancia, entiendo que debe impedir aquí que juegue cualquier principio rígido y formal de preclusión».

cautelar o la necesidad de ordenar otra que resulte más adecuada. Lo anterior siempre en el entendido que, cuando el juez llegue a la certeza jurídica, debe fallar de fondo. Mientras la certeza jurídica no llegue, todas las decisiones que se tomen relacionadas con la salvaguarda del derecho o interés legítimo, seguirán siendo provisionales.

Esta regla general descrita debe aplicarse a todo tipo de medida cautelar, incluida la suspensión provisional. Así no parece coherente, al menos de cara a un posible prejuzgamiento, limitar el levantamiento o la modificación de la medida cautelar, únicamente, a los casos en que, con posterioridad a la adopción de la medida, se presenten nuevos hechos, tampoco lo es diferenciar los requisitos sustanciales o procesales de adopción de las medidas cautelares según sean suspensivas o positivas<sup>251</sup>, pues todas ellas responden a la misma naturaleza y garantizar la efectividad de la tutela judicial.

Es tarea del juez contencioso- administrativo y de las partes interesadas dar aplicación a la cláusula *rebus sic stantibus*, sobre todo si de ello depende una mejor administración de justicia y, por lo tanto, la efectividad de la tutela judicial. Que se salvaguarden los derechos e intereses legítimos debatidos en los procedimientos contenciosos para que no terminen convertidos en indemnizaciones pagadas por la Administración Pública depende, en gran medida, de la idoneidad y adecuación de las medidas cautelares que requieran ser adoptadas durante todo el curso del proceso.

En vigencia de la LPACA se puede citar algún ejemplo de modulación o mutabilidad de la medida cautelar. Se trata del auto de 4 de diciembre de 2013, juzgado 13 administrativo oral de Bucaramanga, exp. 2013-00361-00). En él se resuelve sobre la solicitud de suspensión provisional del acto demandado, resolución No. 06657 de 11 de abril de 2013 proferida por el Gobernador de Santander que declaró insubsistente a un empleado en provisionalidad que llevaba trabajando con el departamento, desde el año 1990, durante 22 años, 10 meses 22 días.

---

<sup>251</sup> Relata la profesora DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo...* Ob. cit., pág. 210 que en el ordenamiento jurídico Alemán la cláusula *rebus sic stantibus* se incorpora únicamente para la medida cautelar suspensión pero no para las órdenes provisionales.

Respecto al *Fumus boni iuris* el despacho analizó:

Desde 1995 el empleado presentó miopía degenerativa alta agravada por las actividades propias de su cargo. Medicina legal el 5 de julio de 2013 calificó la situación del demandante con una pérdida de la capacidad laboral del 54.1% por enfermedad común. Las condiciones de salud del demandante eran conocidas por el empleador (Departamento de Santander) quien además ya tenía recomendaciones de la Empresa Prestadora de los Servicios de Salud para la readaptación ocupacional de su puesto de trabajo. El examen de retiro fue insatisfactorio. Así mismo valoró la situación de discapacidad en la que se encontraba el demandante. El demandado no solicitó nunca permiso al ministerio de trabajo para la declaración de insubsistencia.

Sobre el *periculum in mora* no hizo ninguna apreciación específica sin embargo, el estado de salud del demandante y su situación de discapacidad justificaban la inmediatez de la protección provisional de su derecho.

En consecuencia, el despacho ordenó “la suspensión cautelar del acto demandado hasta tanto se profiera la decisión de fondo o se incluya en nómina de pensionados al accionante”. Teniendo en cuenta, además, el derecho fundamental a la protección laboral reforzada en personas en situación de discapacidad, lo que como consecuencia traía el reintegro del demandante en su cargo.

Sin hacer una apreciación de si se causarán perjuicios con la medida cautelar, condicionó el Juez la medida cautelar a la prestación de una caución por parte del demandante equivalente al 10% del valor de las pretensiones. Sin perjuicio de lo que se dirá el próximo capítulo sobre las contracautelas, valga aquí aclarar que las mismas no se pueden desligar de los perjuicios reales que se causen con la adopción de la medida cautelar y que, cuando hay derechos fundamentales de por medio, la caución resulta absolutamente inaceptable.

El departamento de Santander no dio cumplimiento a la medida cautelar, debiendo el demandante interponer un incidente de desacato. El demandando en su defensa argumentó que el cargo del demandante se encontraba provisto por personal en propiedad y, de cumplirse la medida, se afectarían los derechos de un tercero. Ante tal situación, el despacho solicitó a la entidad pública un listado de las vacantes disponibles correspondientes al cargo del mismo nivel que ocupaba el demandante. El demandado aportó un certificado de cero vacantes con las indicacio-

nes solicitadas. El Juzgado dedujo de todas las pruebas obrantes en el proceso cautelar que la entidad pública contaba “vacantes homologables” al nivel del demandante e impone sanción por el desacato al cumplimiento de la medida. El Gobernador del departamento en cumplimiento de lo ordenado por el juez decide dejar sin efecto el nombramiento del titular en propiedad del cargo en cuestión y reintegrar al demandante.

El proceso continúa y en la Audiencia inicial el demandante alega una incompetencia territorial, por lo que el juez se declara incompetente y ordena la remisión del expediente al juez competente, pero además **modula la medida cautelar** teniendo en cuenta que el cargo del que fue declarado insubsistente se encontraba provisto en propiedad y que no se pueden afectar los derechos adquiridos de carrera administrativa por parte de quien venció el concurso y fue nombrado y posesionado legalmente, ordena ubicar al demandante en un de igual o mejor categoría.

## V. SUMARIEDAD y URGENCIA

La sumariedad está directamente relacionada con celeridad que, en razón a la necesidad de protección de los derechos e intereses legítimos debatidos en el proceso, resulta propia del juicio cautelar<sup>252</sup>. Los plazos de duración requeridos para la adopción de la medida cautelar no pueden ser iguales a los términos del proceso principal.

También se incorpora dentro de la característica de sumariedad la “*sumaria cognitio*” o “(...) juicio de verosimilitud de los hechos y no su determinación absoluta y completa, (...) la sumariedad entendida como la limitación del conocimiento judicial a la apreciación de las circunstancias y presupuestos precisos para la adopción de la medida cautelar, (...) debe conformarse con la verosimilitud y probabilidad resultante de una cognición más expedita (...) que la ordinaria.”<sup>253</sup> Este argumento se abordará en el siguiente capítulo. Sin embargo, merece la pena señalar

---

<sup>252</sup> Cfr.: *Ibidem* pág. 58. Así mismo *vid*: TESO GAMELLA, P., *Medidas cautelares en la justicia administrativa. Las medidas cautelares configuración general*, Valencia, 2007, pág. 5 y ss.

<sup>253</sup> JINESTA LOBO, E., *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo*, San José, Costa Rica, 1996, pág. 123.



que, una mala interpretación de esta afirmación, ha generado interpretaciones sesgadas en materia de medidas cautelares, especialmente, tratándose de suspensión provisional en punto de la apariencia de buen derecho: se ha hecho eco de la *sumaria cognitio* para exigir un *fumus boni iuris* de carácter fuerte, es decir, de certeza de ilegalidad del acto administrativo, una manifiesta, ostensible y flagrante ilegalidad del acto que salte a la vista del fallador y pueda apreciarse *prima facie*. La apariencia de derecho exigida para la adopción de la medida cautelar no puede ser igual a la certeza jurídica exigida para el fallo de fondo. Ahora bien, sumariedad no es sinónimo de superficialidad<sup>254</sup>, por lo que es el Juez quien debe analizar, en cada caso concreto, todo lo que sea necesario para determinar concurrencia de los presupuestos exigidos y la necesidad de adoptar la medida de acuerdo a las exigencias de la tutela judicial efectiva.

La celeridad del juicio cautelar encuentra fundamento en la urgencia, elemento éste que justifica la propia existencia de la garantía provisional de derechos. La Administración de Justicia nace con una tara congénita: la mora<sup>255</sup>. El proceso judicial toma su tiempo, el reconocimiento jurisdiccional del derecho no se da de manera inmediata. Entre la presentación de la demanda del ciudadano y la sentencia existe un tiempo que repercute en detrimento de los derechos e intereses (públicos o privados) del ciudadano. Para que tal demora en el tiempo no afecte los derechos e intereses en litigio se necesita, en un breve lapso, debatir y decidir sobre la garantía provisional del derecho o interés en conflicto<sup>256</sup>. En el contencioso-administrativo el debate cautelar resulta absolutamente prioritario: la prerrogativa de autotutela de la Administración

---

<sup>254</sup> Al respecto: QUIROGA CUBILLOS, H., *Procesos y Medidas... Ob. cit.*, pág. 40 y ss; SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Teoría general de las medidas...", en *Las medidas cautelares... Ob. cit.*, pág. 21 y ss., y CAMPO CABAL, J. M., *Medidas Cautelares en... Ob. cit.*, pág. 13 y ss.: "(...) Se refiere a la prisa o la ligereza, pero sin errores (...)".

<sup>255</sup> Cfr.: QUIROGA CUBILLOS, H., *Procesos y Medidas... Ob. cit.*, pág. 40 y ss; SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Teoría general de las medidas...", en *Las medidas cautelares... Ob. cit.*, pág. 21 y ss., y CAMPO CABAL, J. M., *Medidas Cautelares en... Ob. cit.*, pág. 13 y ss.: "Las cautelas tienen fundamento en el *periculum in mora*, y por ende de ahí se desprende que el proceso debe ser brevísimo y ágil para proteger el *fumus boni iuris*, debe ser rapidísimo con la finalidad de ganar tiempo y no permitir que se preste para hacer ilusoria la sentencia".

<sup>256</sup> Sobre este argumento, entre otros: CARRERAS LLANSANA, J., "las medidas cautelares...", en *Estudios de derecho procesal... Ob. cit.*, pág. 570 y ss.

Pública, la presunción de legalidad de sus decisiones, la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos deben compatibilizarse con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, situación que hace del juicio cautelar una herramienta indispensable para la efectividad de los derechos.

Por otra parte, la urgencia tal y como se acaba de describir responde a un criterio genérico del peligro por la mora del proceso o *periculum in mora*. Sin embargo, el legislador, dentro de su libertad de configuración democrática, muchas veces matiza esta urgencia genérica y exige, además, la demostración de perjuicios adicionales para el derecho o interés legítimo debatido en el caso concreto.

Así mismo, también se incorporan a las legislaciones procesales administrativas procedimientos especiales cuando la urgencia en la protección del derecho o interés legítimo no da espera en el tiempo ni a la presentación del recurso contencioso, ni a la audiencia de la contraparte. En estos últimos casos, por ejemplo, se permite la posibilidad de solicitar las medidas cautelares previas a la interposición del recurso contencioso o la adopción de las mismas *inaudita altera parte*.

En este marco, el legislador contencioso-administrativo español no definió la urgencia términos taxativos, es decir, no estableció un listado cerrado de los supuestos de hecho que puedan conllevar a la utilización del procedimiento especial establecido en el Art. 135 LJCA. Serán los interesados los que deban cumplir con la carga de sustentar la *concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso* y el juez o tribunal la autoridad encargada de valorar tales circunstancias. Si se ha argumentado efectivamente una situación que amerita el procedimiento de urgencia y la autoridad judicial así lo ha declarado, ésta última adoptará la medida y *dará audiencia a la parte contraria* para que presente alegaciones o *convocará a las partes a una comparecencia* dentro de los tres días siguientes. Pasadas estas diligencias el juez se pronunciará en auto sobre el mantenimiento, modificación o levantamiento de la medida cautelar adoptada. Si por el contrario, el juez no logra apreciar las circunstancias de especial urgencia dará el trámite ordinario (Art. 131 LJCA) a la solicitud medida cautelar. Ahora bien, ese procedimiento especial que se realiza *inaudita altera parte* también tiene su excepción: *en los supuestos que tengan relación con las actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen retorno y el afectado sea menor de edad* (Art. 135.2). La pro-

tección de los derechos del mejor implicará que, en estos casos, se oiga previamente a la adopción de la medida cautelar al Ministerio Fiscal.

Igualmente, La **LJCA** contempla algunos ejemplos de situaciones que pueden conllevar el trámite de urgencia de las medidas cautelares: las vías de hecho y la inactividad de la Administración Pública en términos del Art. 29, 30 y 136. Como ya se ha mencionado cuando se escribió sobre medidas cautelares previas, en tales circunstancias, dos particularidades se presentan relacionadas con la garantía provisional de derechos: 1. **La medida cautelar se adoptará**, salvo que no estén presentes, en el caso concreto, los elementos que configuran la vía de hecho o inactividad de la administración, o si con la adopción de la medida se causa una perturbación grave a los intereses generales o de terceros (Art. 136.1) y 2. **La solicitud de medidas cautelares, se pueda presentar antes de la interposición de recurso contencioso e inaudita altera parte**, siempre y cuando el juez aprecie las circunstancias especiales de vía de hecho o inactividad de la administración. Si el juez ha apreciado dichas circunstancias procederá a ordenar, con posterioridad a la orden de la medida, la audiencia a la parte contraria o la comparecencia, a la que ya se ha hecho mención, en los términos del Art. 135.1 (modificado por el Art. 3.10 L. 35/2011).

**En el contencioso- administrativo colombiano** los supuestos de hecho que dan lugar al trámite especial de las medidas cautelares de urgencia tampoco están definidos de manera taxativa (Art. 234). En la LPACA la urgencia se incorpora en términos de cualquier situación en la que *se evidencie que por su urgencia no es posible agotar el trámite previsto* en el Art. 233. Sin embargo, las particularidades del procedimiento son algo distintas a las descritas en el ordenamiento español.

a. Lo primero es que así la situación de hecho apremie por su urgencia tienen que concurrir todos los requisitos exigidos por el legislador para adoptar la medida cautelar. No se da prelación a uno u otro requisito como en el caso español que, tratándose de medidas de urgencia, permite que el requisito preponderante y suficiente para la adopción de la medida cautelar sea la apariencia de buen derecho del demandante. En la LPACA se requiere la concurrencia de todos los requisitos exigidos así:

Para el caso de la medida cautelar suspensiva: la violación de las disposiciones de orden superior invocadas que el juez deberá apreciar del análisis del acto demandando, su confrontación con las normas superiores alegadas como vulneradas o del estudio de las pruebas allegadas con

la solicitud. Así mismo, si se pretende el restablecimiento del derecho del demandante o la indemnización de perjuicios, además de lo anterior, deberá el solicitante probar sumariamente la existencia de perjuicios.

Si se tratase de una orden positiva o de la suspensión de procedimientos, inclusive, de naturaleza contractual, deberán concurrir necesariamente: la apariencia de buen derecho (demanda fundada razonablemente en derecho y demostración sumaria de la titularidad del derecho invocado), un juicio de ponderación de intereses que arroje como resultado *que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida que concederla y*, adicionalmente, el *periculum in mora* (*que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serán nugatorios*).

b. Demostrados los requisitos antedichos, las únicas circunstancias especiales incorporadas al procedimiento de adopción de las medidas cautelares para los casos de urgencia son: **poder presentar la solicitud de medidas junto con el recurso contencioso administrativo, sin necesidad de haber agotado el requisito de procedibilidad conciliación prejudicial**<sup>257</sup>, que el juez pueda ordenar la medida *inaudita altera parte*, el **cumplimiento inmediato de la providencia cautelar** sin necesidad de esperar a su firmeza<sup>258</sup> y la posibilidad de que sea el Juez, de oficio, el que reconduzca el trámite del procedimiento cautelar ordinario a un trámite de procedimiento cautelar de urgencia (Art. 234 LPACA).

Sobre la circunstancias de especial urgencia en el Art. 234 el Consejo de Estado<sup>259</sup> ha manifestado lo siguiente: «El Despacho, al efectuar la valo-

---

<sup>257</sup> Este requisito de flexibilidad de la legislación tratándose de medidas cautelares de urgencia no lo contempla expresamente la norma, fue una interpretación dada por el Consejo de Estado en Sentencia de la Sala Plena de 5 de marzo/2014 exp. 2013-06871-01.

<sup>258</sup> Como se verá en el acápite correspondiente a los recursos, en el siguiente capítulo, la providencia cautelar, en el procedimiento cautelar ordinario del art. 233 LPACA deberá esperar a firmeza para poder ser ejecutada.

<sup>259</sup> Consejo de Estado, Sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, 13 de mayo de 2014 exp. No. 201400360 00. M. P. Gerardo Arenas Monsalve.

ración de la urgencia de la medida, en armonía con las reglas de procedencia de las medidas cautelares (art. 229) y con la norma sobre su contenido y alcance (art. 230), consideró en providencia de diez (10) de abril del año en curso, que *“...tratándose de actos administrativos sancionatorios, que están precedidos de un procedimiento complejo en su motivación y decisión, el juicio que debe formarse el juzgador para examinar los actos demandados y confrontarlos con las normas superiores, no puede producirse exclusivamente con los aspectos que le señala el demandante, sino que se requiere, para su adecuada valoración, contar igualmente con el punto de vista del ente estatal que profirió los actos sancionatorios enjuiciados”*» (Sic).

Es decir, que con fundamento en lo anterior, los actos sancionadores, precedidos de un procedimiento complejo de motivación y decisión (o sea todos) han quedado excluidos del trámite especial de medidas cautelares de urgencia contemplado en el Art. 234 LPACA. Interpretación ésta que resulta al menos curiosa, puesto que para la medida cautelar de urgencia, inclusive la suspensiva, el juez no cuenta únicamente con los argumentos y pruebas presentados en la solicitud por el demandante, sino que tiene la motivación incorporada en el propio acto administrativo. Además de ello, hay que recordar que toda actuación de la Administración Pública está sometida a un procedimiento administrativo previo y, por lo tanto, el juez también encontrará en dicho procedimiento administrativo la justificación y los argumentos de la Administración Pública demanda. Todo ello sin necesidad de que la misma sea oída previamente a la adopción de la medida cautelar.

Amén de lo anterior, para paliar los efectos de las medidas cautelares, inclusive las de carácter urgente, están las contracautelas (Art. 234 inciso final). En la redacción del legislador contencioso-administrativo colombiano no está tan claro que la caución exigida para la adopción de las medidas cautelares de urgencia quede ligada a la posible causación de perjuicios al demandado: *“la medida cautelar así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta”*. Por el contrario, la norma citada parece indicar que necesariamente se deberá prestar caución para obtener la adopción de la medida de urgencia.

Ahora bien, merece la pena señalar uno de los autos en el que el Consejo de Estado, utilizó sus poderes de director de proceso, para **reconducir el procedimiento cautelar ordinario a un procedimiento de urgen-**

**cia: se trata de la suspensión del concurso de méritos de Jueces y Magistrados convocado en el año 2013.**

Por medio de Auto de 30 de abril de 2013, exp. 3914-13<sup>260</sup>, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, suspendió los efectos de la expresión “sólo se permitirá la inscripción de un (1 cargo)” incorporada en el art. 2 del acuerdo PSSAA13-9939 de 25 de junio de 2012, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura (Sala Administrativa), “por medio del cual se adelanta el proceso de selección y se convoca al concurso de méritos para la provisión de los cargos de Funcionarios de la Rama Judicial”. La suspensión de la expresión citada **conllevó obligatoriamente** la suspensión inmediata (Art. 234 LPCA) de la etapa del concurso de méritos correspondientes a la prueba de conocimientos y psicotécnicos.

La Medida cautelar fue solicitada por el demandante en ejercicio del medio de control de simple nulidad. Esta solicitud fue hecha en escrito separado, junto con la presentación de la demanda y de conformidad con los criterios del Art. 233 LPCA que contempla necesariamente correr traslado de dicha solicitud al demandado para que éste último, dentro de los 5 días siguientes, se pronuncie al respecto.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Segunda, Subsección A, corrió traslado al demandado (Consejo Superior de la Judicatura) del escrito de solicitud de suspensión cautelar mediante auto del día 11 de diciembre de 2013, actuación que se surtió mediante notificación electrónica efectuada el día 24 de abril de 2014<sup>261</sup>. Si descontamos el periodo de vacancia judicial (del 17 de diciembre al 10 de enero), la notificación se surtió ¡alrededor de tres meses después de expedido el auto de trámite! Es decir, cinco días para pronunciarse sobre la medida pero tres meses para que se notifique el auto de trámite que ordena correr traslado. Ya eso es un indicador de la mora de los procesos contencioso-administrativos, inclusive, mora para los trámites del propios del procedimiento cautelar que pretende no pretende otra cosa que la garantía provisional de los derechos e intereses legítimos.

---

<sup>260</sup> M.P. Gustavo Gómez Aranguren.

<sup>261</sup> Auto de 30 de abril de 2013, exp. 3914-13. M.P. Gustavo Gómez Aranguren.

Retardos aparte, el 30 de abril de 2014 (encontrándose aún corriendo el término de 5 días para que se pronuncie el demandado) el Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección A, expidió el auto que dio origen a este comentario. En este auto, **la medida cautelar fue reconducida, de oficio, al procedimiento de urgencia** (Art. 234 LPCA) debido a la inmediatez de la prueba de conocimientos (primera fase del concurso) que estaba citada para el 4 de mayo de 2014 y no había tiempo de esperar ni al curso del proceso principal, ni al curso del procedimiento cautelar ordinario establecido en el Art. 233 LPACA. El juez contencioso-administrativo utilizó su poderes como director del proceso cautelar y avizoró las circunstancias de inmediatez y la futura ineficacia de la decisión cautelar. Si se esperaba al curso del procedimiento ordinario establecido para las medidas cautelares, la prueba de conocimientos se llevaría a cabo, situación esta que habría vaciado de contenido la decisión cautelar y, por lo tanto, vulnerado el derecho a la tutela cautelar y con ello el de la tutela judicial efectiva.

De poco sirvió el esfuerzo por evitar que el concurso se surtiera vulnerando el derecho de libre acceso a la función pública, si en segunda instancia, el Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, revocó la medida cautelar de suspensión (auto de 19 de agosto de 2014) y reanudó el concurso, dando paso a la prueba de conocimientos. Lo anterior, en el entendido de que la convocatoria permitió a los interesados inscribirse y participar “en varias opciones sólo que en un área o especialidad” pues, por ejemplo “existen 30 cargos de magistrados”. El Consejo de Estado confunde las vacantes con los cargos. A juicio del Alto Tribunal, la libertad de acceso a la función pública en este caso está salvaguardada por poder acceder a varias vacantes pero no se vulnera por no poder aplicar a varios cargos.

Ahora bien, el procedimiento de urgencia que contempla las medidas cautelares *inadudita altera parte* no vulnera el derecho de defensa del demandado. Dos razones importantes. La primera, que el auto que acuerda la medida cautelar se puede recurrir (en este caso particular en súplica, ante el propio Consejo de Estado) por el demandado. La segunda que la motivación utilizada para la expedición del acto administrativo debe haber quedado absolutamente clara en el propio acto.

Pues bien a la explicación de todos los requisitos sustantivos enunciados (*fumus boni iuris, periculum in mora* y ponderación de intereses) y de los requisitos procesales (oportunidad procesal, contenido y sustentación de la solicitud, audiencia de parte, contracautelas, entre otros)

necesarios para la adopción de la medida cautelar suspensiva y su análisis desde la finalidad de la tutela judicial efectiva estará dedicado el próximo capítulo.



## CAPÍTULO IV.

### REGULACIÓN DE LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DE LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO ESPAÑOL Y COLOMBIANO.

En el capítulo anterior se señaló como la finalidad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no es otra que poder terminar con la intromisión ilegítima o legítima y reponer al individuo en el ejercicio del derecho o interés legítimo del que se ha visto privado<sup>1</sup>. Tal cometido sólo es posible si la decisión de fondo tomada por la autoridad judicial materializa los derechos, es decir, satisface, con sus argumentos la posición jurídica de la parte que haya demostrado en el proceso tener la razón. Por lo tanto, desde el propio contenido del derecho fundamental, se encuentra un otorgamiento de competencia para que el juez, de forma motivada, ordene cualquier tipo de medida necesaria para garantizar que se finalice la intromisión que está perturbando el ejercicio del derecho a su titular<sup>2</sup>. No obstante, la consecución del fin descrito no podrá lograrse sin la denominada “tutela cautelar”: la adopción de medidas necesarias y adecuadas **para garantizar provisionalmente** la protección de los derechos o intereses legítimos en litigio de quienes acuden a la jurisdicción<sup>3</sup>. La finalidad del derecho a la tutela judicial efectiva opera, además, como límite en relación con las características definitorias de las medidas cautelares tales como instrumentalidad, provisionalidad, mutabilidad y urgencia.

Dentro del marco Constitucional, también se ha afirmado que legislador, por su facultad de configuración, está legitimado para someter al cumplimiento de ciertos requisitos el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva y, por lo tanto, de la tutela cautelar. En este sentido, los requisi-

---

<sup>1</sup> Cfr. PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Barcelona, .2007, pág. 337 y ss.

<sup>2</sup> Cfr. ALVARO DE OLIVEIRA, C. A., "El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva...", en *XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal... Ob. cit.*, pág. 6

<sup>3</sup> En este sentido: DIEZ- PICAZO, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, 2005, Pág. 96 y ss.

tos o deberes que imponga el legislador para obtener la tutela judicial efectiva han de ser racionales, proporcionados y estar encaminados al cumplimiento de la finalidad constitucional de este derecho fundamental.

En el presente capítulo se analizan los requisitos legales establecidos por el legislador contencioso-administrativo Español (LJCA/98) y Colombiano (LPACA) para el ejercicio de la tutela cautelar necesaria para la obtención de la tutela judicial efectiva. En particular, la obtención de la medida de suspensión cautelar de los actos administrativos.

Para ello, se ha dividido el capítulo en dos epígrafes. En el primero se analizarán los requisitos “sustantivos” de adopción de la medida cautelar suspensiva: actos administrativos susceptibles de ser suspendidos, *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y ponderación de intereses en conflicto. El segundo se dedica al análisis de los requisitos “procesales” necesarios para la adopción de la medida cautelar suspensiva: tipos de proceso en los que procede, juez competente, oportunidad procesal, contenido y sustentación de la solicitud, audiencia parte, pruebas, contracautela, resolución motivada y recursos.

## **I. REQUISITOS SUSTANTIVOS DE ADOPCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y COLOMBIANO.**

### **1. Actos administrativos susceptibles de ser suspendidos cautelarmente.**

Constitucionalmente, en los artículos 24, 106.1 CE y 116, 29, 229, 238CN existe una habilitación genérica, para que el juez - motivadamente- ordene cualquier tipo de medida necesaria para garantizar el fin de la presunta intromisión que está perturbando el ejercicio del derecho o interés legítimo a su titular, para ello, el juez debe adoptar las medidas necesarias y adecuadas **que garanticen provisionalmente** la protección de dichos derechos o intereses en litigio.

En este marco, la suspensión provisional de los actos administrativos encuentra cabida como una de las medidas cautelares posibles para obtener la tutela judicial efectiva.

Cuando el legislador, en ejercicio de su potestad de configuración, ha decidido someter la medida cautelar suspensiva al cumplimiento de cier-

tos deberes de la parte solicitante y tales deberes o requisitos han estado relacionados con las clases de actos administrativos susceptibles de tal cautela, la respuesta de los máximos garantes de la Constitución ha sido contundente: **el legislador no puede eliminar del todo la posibilidad de adoptar medidas cautelares, entre ellas la suspensión provisional del acto administrativo, puesto que estas son herramientas destinadas a asegurar la efectividad de la sentencia estimatoria que pudiera recaer en el proceso.**

En este marco, el Tribunal Constitucional Español en la Sentencia 238/1992<sup>4</sup> conoció la cuestión de inconstitucionalidad promovida sobre el art. 6.2 de la Ley 34/1979, de 16 de noviembre, de “Fincas Manifiestamente Mejorables”. Normativa que conllevaba, en algunos supuestos, su posterior declaración de “urgente ocupación” y “expropiación” de la Finca. Dicho precepto legal impedía la suspensión del Decreto que declarara que determinada finca tenía la condición de “manifiestamente mejorable”, situación que contrariaba lo dispuesto en el art. 24 CE y el mandato de plena justiciabilidad del actuar administrativo presente en el art. 106.1. Es decir, nada menos y nada más que los dos argumentos constitucionales que se han utilizado en los capítulos anteriores para derivar una cláusula *numerus apertus* en materia de medidas cautelares.

El Tribunal Constitucional en este caso se planteó el interrogante en términos de “saber si el Art. 24.1 impone al legislador el establecimiento de la medida cautelar de suspensión en el régimen contencioso-administrativo ordinario o, si (...) le queda constitucionalmente prohibido sustraer determinadas clases de supuestos a la ponderación judicial para proceder él mismo- el legislador democrático- a esta ponderación”. A tal interrogante dio respuesta con los siguientes argumentos:

- **“la posibilidad legal de solicitar y obtener de los órganos jurisdiccionales la suspensión del acto administrativo impugnado se configura como un límite a la ejecutividad de las Resoluciones de la Administración (...)”<sup>5</sup>.**

---

<sup>4</sup> (RTC/238) Ponente. Don Luis López Guerra. Esta sentencia, a pesar de que se dicta en vigencia de la anterior LJCA/56, sí se profiere en vigencia de la actual Constitución Española de 1978.

<sup>5</sup> En el mismo sentido: STC 22/1984 (RTC\22), en la que también se debaten argumentos relacionados con la autotutela administrativa y su relación con el principio constitucional de eficacia (Art. 103.1 CE).

- **“La acomodación a la Constitución de tal prerrogativa no permite desconocer que, en determinadas circunstancias, su ejercicio pudiera implicar, cuando el acto administrativo hubiera sido impugnado en vía jurisdiccional, una merma en la efectividad de la tutela judicial. La potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde así a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional: esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el art. 24.1 C.E.) desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento(...)”.**
- **“(...) el art. 24.1 CE no hace referencia alguna a las medidas cautelares ni a la potestad de suspensión. Pero de ello no puede inferirse que quede libre el legislador de todo límite para disponer o no medidas de aquel género o para ordenarlas sin condicionamiento constitucional alguno”.**
- **“La tutela judicial ha de ser, por imperativo constitucional, «efectiva», y la medida en que lo sea o no ha de hallarse en la suficiencia de las potestades atribuidas por ley a los órganos del poder judicial para, efectivamente, salvaguardar los intereses o derechos cuya protección se demanda (...)”.**
- **«la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso»<sup>6</sup>.**
- **“(...) no puede el mismo legislador eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la Sentencia estimatoria que pudiera dictarse en el proceso contencioso-administrativo; pues con ello se vendría a privar a los justiciables de una garantía que, por equilibrar y ponderar la incidencia de aquellas prerrogativas, se configura como contenido del derecho a la tutela judicial**

---

<sup>6</sup> Sobre este argumento: STC 14/1992 ( RTC\14).

**efectiva. Para que ésta se considere satisfecha, es, pues, preciso que se facilite que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal, y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, pueda resolver sobre su eventual suspensión (...)**<sup>7</sup>.

- **“(...) La prerrogativa de la ejecutividad no puede desplegarse libre de todo control jurisdiccional y debe el legislador, por ello, articular, en uso de su libertad de configuración, las medidas cautelares que hagan posible el control que la Constitución exige. Al haberlas suprimido aquí por entero se ha venido también a desconocer, en definitiva, el mandato de plena justiciabilidad del actuar administrativo presente en el art. 106.1(...)**”.

De ahí que si el legislador, en ejercicio de su configuración democrática considera que debe someter las medidas cautelares al cumplimiento de ciertos deberes puede hacerlo, pero **dichos límites deben necesariamente permitir el control de las decisiones de la Administración por parte de la Jurisdicción y la consecución de la tutela judicial efectiva. El legislador debe dejar margen de apreciación al Juzgador para que sea éste último el que conceda o niegue, según las circunstancias del caso, la suspensión pedida.**

En términos parecidos se había pronunciado ya el Tribunal Constitucional, sobre la inconstitucionalidad del Art. Art. 34 L. 7/1985 que impedía la suspensión cautelar de las órdenes de expulsión de extranjeros, en la STC 115/1987. En esta sentencia argumentó que: la imposibilidad de suspensión de los actos que ordenen la expulsión de un extranjero constituía una excepción legal a lo dispuesto por el Art. 122 LJCA/56 (que regulaba en su momento el carácter general de la suspensión cautelar) “que pudiera deparar la privación para los recurrentes de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución) (...) y resultar, por ello, inconstitucional”.

**No es distinto el escenario en el derecho contencioso-administrativo colombiano.** El Art. 193 de la antigua Constitución de 1886 ya establecía que “la jurisdicción de lo contencioso administrativo

---

<sup>7</sup> Sobre el punto *vid.*: STC 66/1984.

podrá suspender provisionalmente los actos de la administración por los motivos y con los requisitos que establezca la ley”. Esta norma constitucional fue regulada por los arts. 152 y siguientes del decreto 01 de 1984, modificados por el Decreto 2304 de 1989. Es decir, constitucionalmente sólo se determinaba la naturaleza jurisdiccional de la suspensión provisional y el **principio de la universalidad de la medida cautelar** (procedencia para todos los actos de la administración). Así mismo, la regulación de rango legal citada incorporaba **la procedencia genérica de la medida suspensiva**<sup>8</sup>.

La anterior afirmación parecía clara para la Corte Suprema de Justicia en su momento, cuando como órgano competente (en vigencia de la Constitución de 1886) se pronunció sobre la constitucionalidad del Art. 153 del Decreto 01/1984. En tal pronunciamiento<sup>9</sup> afirmó que: “conforme a este mandato constitucional, la suspensión provisional procede contra todos los actos de la administración, sean definitivos, de trámite, de ejecución, o preparatorios y de cualquier orden, es decir, nacionales, departamentales, municipales, intendenciales, comisariales, pues como ya se puede observar el constituyente no hizo distinción alguna (...) Puede agregarse, así mismo, que el artículo 193 de la Carta sienta el principio general de que todo acto administrativo, por el sólo hecho de serlo es susceptible de suspensión provisional y que el constituyente en este campo únicamente dejó a la ley el señalamiento de los motivos y

---

<sup>8</sup> Art. 152 CCA: “el Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos: 1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida. 2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud. 3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor”. La antigua Ley 167 de 1941 en su Art. 98 incorporaba un listado de actos administrativos no susceptibles de suspensión: los debatidos en juicios electorales, en las acciones referentes a cambios, remociones suspensión o retiro en el personal militar o en el ramo educativo, en las acciones sobre el monto, atribución o pago de impuestos, contribuciones o tasas, cuando no se trata de un acto de carácter general creador o regulador del tributo.

<sup>9</sup> Sentencia de Constitucionalidad C. S. de Justicia 48/1989, 10 de agosto. M.P. José Eudoro Narváez. En el mismo sentido Consejo de Estado auto febrero 25 de 1985.

requisitos para la procedencia de la medida, extremos que no pueden interpretarse hasta el punto de permitir excepciones que no trae la constitución”.

La Constitución de 1991 mantuvo el rango constitucional de la medida cautelar suspensiva. El Art. 238 de la Carta determina: “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 la vía judicial”. En este marco, constitucionalmente sólo incorporó la naturaleza jurisdiccional de la suspensión provisional y el **principio de la universalidad de la medida cautelar** (procedencia para todos los actos administrativos susceptibles de impugnación por vía judicial, con independencia de la categoría –objetivos, subjetivos y/o mixtos- y de la acción que contra el mismo se interponga – nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, contractual, reparación directa). El resto de la regulación de la institución suspensiva quedó remitida a la legislación de la Jurisdicción Contenciosa administrativa los Art. 229 y ss., LPACA. Esta regulación mantiene también la **procedencia genérica de la medida cautelar suspensiva** para los todos los actos administrativos<sup>10</sup>.

Dentro del Estado Constitucional, toda la actuación de la Administración pública debe ser contralada por la jurisdicción, no existe ningún reducto de la actuación administrativa que se escape al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. La arbitrariedad de los poderes públicos, entre ellos la Administración, está proscrita. En este sentido, los actos administrativos susceptibles de impugnación en vía judicial son todos los actos administrativos definitivos, es decir, aquellos que deciden directa o indirectamente sobre el fondo del asunto que versa el procedimiento administrativo previo o hagan imposible continuar con la actuación.

Pese a lo dicho anteriormente, el Consejo de Estado interpretaba de manera restrictiva la medida cautelar suspensiva cuando la misma se

---

<sup>10</sup> Art. 230 LPACA: “Las medidas cautelares podrán ser (...) de suspensión (...) Para tal efecto el Juez o Magistrado ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas: (...) 3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (...)”.

solicitaba sobre actos de administrativos de remoción de funcionarios o sobre actos administrativos contractuales.

A juicio del Consejo, los actos de remoción de funcionarios son actos administrativos de aplicación inmediata y sus efectos no permanecen en el tiempo. "La suspensión provisional tiene por finalidad evitar que un acto administrativo continúe surtiendo efectos, para evitar así los perjuicios que pueda ocasionar mientras se profiere su juzgamiento definitivo. Pero si ese acto ya surtió todos sus efectos y quien decreta la suspensión provisional no está facultado para ordenar restablecimiento de derechos ni para volver las cosas al estado anterior, no tiene objeto suspenderlo provisionalmente; corresponderá a la sentencia decidir sobre su legalidad y ordenar el restablecimiento de derechos individuales correspondiente. Es esa la situación que se plantea en este proceso. El acto de nombramiento, puso fin a la relación laboral e implicó la cesación definitiva de funciones. Para que la persona retirada del servicio por insubsistencia pueda reintegrarse se requiere o un nuevo nombramiento o una orden judicial que sólo puede impartirse en la sentencia después de analizar si la remoción se ajustó o no a derecho"<sup>11</sup>.

Esta tesis sostenida desde tiempo atrás<sup>12</sup> desconocía: a. el Art. 29 y 299 CN en su la posibilidad de ordenar cualquier tipo de medidas cautelares

---

<sup>11</sup> Auto 26 de agosto de 1992, exp. 7143, M.P. Clara Forero de Castro. En el caso particular, se estudiaba la suspensión cautelar de la declaratoria de insubsistencia, expedida por el Consejo Municipal, de la personera municipal de Rionegro. La Personera Municipal fue designada para el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 1990 y el 31 de agosto de 1992. "El Tribunal decretó la suspensión provisional del acto por medio del cual el Concejo Municipal declaró insubsistente su nombramiento, teniendo en cuenta que una de las normas citadas como infringidas, el artículo 103 del C. de R.M. establece que los personeros municipales que ejerzan el cargo en propiedad, solo podrán ser removidos o suspendidos antes del vencimiento del período por decisión judicial o de la Procuraduría General de la Nación, y en este caso el Concejo obró por su propia cuenta, sin que hubiera decisión judicial o de la Procuraduría". En el mismo sentido: Consejo de Estado Auto 3 de junio de 1992, exp. 6610, M.P. Dolly Pedraza de Arenas.

<sup>12</sup> Auto de 7 de marzo de 1959, Sala Unitaria, M.P. Pedro Gómez Valderrama citado en el Auto del Consejo de Estado, 3 de junio de 1992, exp. 6610: "Es necesario señalar, por otra parte, que el amparo al cual tiende la suspensión provisional no tiene operancia en los casos de destitución de empleados, por cuanto el resultado final no se ve influido por la falta de suspensión. Por una parte porque si el proceso desemboca en la conclusión final de que ha habido violación legal y se anula el acto respectivo, debe restablecerse el derecho en la medida en que ello sea conducente; si no hay lugar a restablecimiento, por



necesarias para garantizar la efectividad de la sentencia futura, en este caso una medida cautelar suspensiva que, a su vez, resulta de naturaleza anticipativa de los efectos de la sentencia; b. la universalidad constitucional de la medida cautelar suspensiva establecida en el art. 238 CN; c. la generalidad de su procedencia incorporada en el antiguo art. 152 CCA y en el actual art. 230 LPACA; d. el principio *ubi lex non distiguit nec nos distinguere debemos* y e. la pérdida de efectividad de la sentencia futura a favor de recurrente en caso de no ordenarse la medida suspensiva puesto que, de esperarse hasta el final del proceso para poder reintegrar en el cargo a la funcionaria, el periodo para el que fue elegido la misma ya habría finalizado. El reintegro se traduciría en una suma de dinero equivalente a la indemnización por su retiro improcedente. Sobre este último punto apenas si la sentencia hace algún pronunciamiento genérico: “el hecho de no suspender la norma, no hace mayor el perjuicio. La razón del amparo establecido en el Código Contencioso Administrativo, es la de evitar un perjuicio, es decir, la de suspender la vigencia de un acto en cuanto ésta pueda ocasionar daño a situaciones jurídicas subjetivas. Pero mal puede suspenderse la vigencia de un acto que, como es inherente a su misma naturaleza, ha producido ya todos sus efectos. Diferente cosa es, ya al decidir sobre el fondo del asunto, decretar la anulación si es el caso, pues con ello se retrotrae la situación de orden jurídico anterior al momento en que se produjo el quebrantamiento de la norma”.

Esta interpretación fue abandonada por el Consejo de Estado desde la entrada en vigencia de la LPACA. En el auto de 13 de mayo de 2014<sup>13</sup> el Consejo de Estado **ordenó la suspensión provisional de los actos administrativos** proferidos por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, de fechas 9 de diciembre de 2013 y 13 de enero de

---

no hallarse violación legal que de méritos para anular, el actor no ve tampoco menoscabado su derecho. En cambio, si en el último caso hubiese habido suspensión provisional, se habría producido un desequilibrio. No procede, por estas razones el recurso de suspensión provisional contra las providencias de remoción de empleados; en el supuesto caso de una destitución injusta, que por determinados motivos produjese un perjuicio, el restablecimiento final del derecho, por las particulares consecuencias que envuelve, produce el mismo resultado final”.

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, exp. No. 201400360 00. M. P. Gerardo Arenas Monsalve.

2014. El primero de ellos declaró responsable disciplinariamente el Alcalde de Bogotá Gustavo Petro y **lo sancionó con destitución del cargo** e inhabilidad general por 15 años. El segundo resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo, de fecha 9 de diciembre de 2013, confirmando la sanción impuesta y dejándola en firme. En cumplimiento de la decisión disciplinaria, para ejecutar la sanción, el Presidente de la República expidió el Decreto 570 de 20 de marzo de 2014 que destituyó en el ejercicio del cargo al Alcalde Mayor de Bogotá. En el mismo acto encargó en funciones al Señor Rafael Pardo, mientras se conformaba la terna para proceder a la designación de Alcalde de conformidad con la normativa vigente.

En este pronunciamiento reconoció el Alto Tribunal **la universalidad** de la medida cautelar suspensiva; **la finalidad** de *proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia* y la **procedencia general** de la medida en todos los procesos declarativos al tenor de los arts. 229, 230 y 231 LPACA: «**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 el artículo 231, inciso primero, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá i) por violación de las disposiciones invocadas en la demanda, ii) en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando dicha violación surja i) del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Y, en aquellos casos en los que adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, deberá probarse “al menos sumariamente la existencia de los mismos”**»<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, 13 de mayo de 2014 exp. No. 201400360 00. M. P. Gerardo Arenas Monsalve.

Además del argumento constitucional de universalidad de la medida suspensiva y legal de procedencia genérica de la misma, el Consejo de Estado manifestó que:

- **El acto administrativo que sanciona a un funcionario con la destitución es un acto definitivo y por lo tanto, susceptible con control jurisdiccional y del análisis de suspensión provisional.** “El acto administrativo de fecha 9 de diciembre de 2013 proferido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación es un acto administrativo definitivo con el que se decide el fondo del asunto (art. 43 CPA-CA) al constituir el fallo de única instancia dentro del proceso disciplinario (arts. 169A y 170 del CDU) (...)”<sup>15</sup>.
- **La suspensión cautelar de los actos administrativos de remoción de servidores públicos no implica, *per se*, restablecimiento del derecho automático o prejuzgamiento alguno.** Así como, que, **las medidas cautelares anticipativas son necesarias para garantizar la tutela judicial.** En estos casos, las dos partes se encuentran igual situación frente a la medida cautelar suspensiva y anticipativa: el posible adelanto de los efectos de la sentencia. «Pero ello no puede ser obstáculo para la efectividad de la medida cautelar solicitada, si hay razones para ello; eso explica porqué el Código precisó que “la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento». «La medida suspende los efectos que produce el acto administrativo *sub judice*, pero el restablecimiento del derecho solo deriva de la declaratoria de nulidad del acto que se efectúa en la sentencia. La medida provisional afecta la eficacia del acto, mientras que el restablecimiento del derecho solo es posible si se declara la nulidad del acto demandado, esto es, si se deja sin validez la decisión administrativa (...) al juez le corresponde igualmente examinar la situación desde el punto de vista del demandante: si la decisión resultare ilegal (...) “se estaría haciendo inoqua cualquier decisión de fondo” que le restableciera el derecho reclamado»<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> *Idem.*

<sup>16</sup> *Idem.*

- Las “razones para ello” a que hace alusión el auto citado no son otras que el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* tal cual como han sido formulados por el Art. 231 LPACA: “*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*”.
- Por lo anterior, se dio cabida al análisis de los requisitos legales mencionados en el caso *sub judice* llegándose a la conclusión, después de valorar individualmente el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, de ordenar la suspensión de los actos administrativos demandados que retiraban del cargo al funcionario. Sobre estos dos elementos, y los argumentos concretos que sustentaron la medida en este caso, se hará referencia en el siguiente acápite.

Ahora bien, tratándose de actos administrativos contractuales el Consejo de Estado sólo permitió la suspensión cautelar de los mismos hasta la habilitación legal del año 1998, hecha por art. 32 L. 446/1998 al art. 87 CCA<sup>17</sup>. Las acciones contractuales son las idóneas para la solución de controversias respecto a los derechos y obligaciones derivados de un

---

<sup>17</sup> "Artículo 87. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas. Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato (...)". Téngase en cuenta que ya se encontraba vigente la Constitución de 1991. Sobre el alcance de esta disposición normativa *vid*: Consejo de Estado sentencias del 13 de diciembre de 2001, exp. 19.777, M.P. Ricardo Hoyos Duque y 29 de junio de 2000, exp. 16.602, M.P. María Elena Giraldo Gómez; Autos del 7 de octubre de 2004, exp. 26.649, M.P., María Elena Giraldo Gómez; 2 de agosto de 2006, exp. 30.141, M.P. Ramiro Saavedra Becerra; 23 de mayo de 2002, exp. 22.049, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

contrato estatal. Tales obligaciones y derechos pueden derivar de la ejecución del propio contrato o de un acto administrativo producido con ocasión de la actividad contractual<sup>18</sup>. “El hecho de que el control de legalidad de los actos administrativos que se expidan con ocasión de la actividad contractual lo sea a través de la acción prevista en el art. 87 del C.C.A., no impide que frente a ellos no proceda la medida cautelar de la suspensión provisional, todo vez que es evidente que dichos actos son también actos administrativos y tienen igualmente la aptitud de producir efectos en la esfera jurídica del administrado, en este caso el contratista.”<sup>19</sup> En este marco el Consejo de Estado ha suspendido: a. pliegos de condiciones<sup>20</sup>; b. actos de terminación del contrato (como manifestación unilateral de la Administración) proferidos por una entidad pública sin procedimiento administrativo previo<sup>21</sup> y c. actos administrativos relacionados con el cobro de la clausula penal<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> Consejo de Estado Sentencia 3 de agosto de 2006, exp. 15.687, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>19</sup> Auto Consejo de Estado, 25 de junio de 1999, Rad. 16550, M. P. Ricardo Hoyos Duque. En la misma línea: Consejo de Estado, Auto 19 de julio de 2007, exp. 34.059.

<sup>20</sup> Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección tercera, 1 de agosto de 1991, Rad. 6802, M.P. Juan de Dios Montes Hernández. En el mismo sentido: Consejo de Estado Auto 19 de julio de 2010, exp. 38.924, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. En este caso se ordenó la suspensión del aparte pertinente del pliego de condiciones de la licitación pública 002 de 2010 para la concesión de la operación y explotación del tercer canal de televisión de operación privada de cubrimiento nacional. La razón principal aducida es que “la subasta autorizada como mecanismo de selección para la asignación de espectro radioeléctrico exige pluralidad de oferentes, requisito esencial para la legalidad de dicho mecanismo, con el fin de que los interesados puedan competir en procura de la adjudicación de una frecuencia para operar un canal de televisión (...) el numeral 4.11 del pliego de condiciones de la licitación pública 002 de 2010 contraría lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, en consideración a que autoriza la adjudicación del contrato a través de la subasta a un único proponente que resulte habilitado, mientras que la regla especial para el proceso de asignación del espectro radioeléctrico por medio de dicho mecanismo – subasta– exige pluralidad de interesados (...) De la comparación entre el aparte del pliego de condiciones acusado y la norma superior que se indica transgredida, la Sala advierte que mediante el demandado pliego de condiciones la Comisión Nacional de Televisión contempla y/o autoriza la adjudicación de la concesión a través del mecanismo de *subasta* aún cuando sólo hubiere un único proponente habilitado, circunstancia que contraría abiertamente lo dispuesto por la Ley”.

<sup>21</sup> Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección tercera, 24 de septiembre de 1998, Rad. 14821, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

<sup>22</sup> Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección tercera, 27 de mayo de 2004, Rad. 26178, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

Esta aclaración jurisprudencial tenía su razón de ser en vigencia de la interpretación restrictiva del antiguo art. 152 CCA. Hoy la LPACA habilita expresamente al juez, no sólo para suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo, también para suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. Aunque la norma le hace la salvedad de que sólo podrá adoptar tal medida cautelar 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”.

## **2. *Fumus Boni Iuris* o apariencia de buen derecho. Concepto, contenido y *modus procedendi*.**

Si existe un presupuesto sustantivo cuyo protagonismo ha permitido la evolución del régimen de medidas cautelares en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, desde principios de los años 90's, es sin lugar a dudas el “humo” o “apariencia de buen derecho”. Gracias a la tutela cautelar y a su pilar básico: el *fumus boni iuris*, en España fue posible la superación de la interpretación exegética del preconstitucional Art. 122 LJCA/56 y en Colombia, aunque con un proceso mucho más lento, el abandono de los restrictivos preceptos del art. 152 y ss. CCA. Estas disposiciones normativas limitaban las herramientas cautelares a una única medida suspensiva y, a su vez, confinaban la concesión de ésta a situaciones excepcionales: acreditación de perjuicios de difícil o imposible reparación y manifiesta infracción de las normas superiores vulneradas por el acto administrativo. Todo ello, además, bajo la consideración del criterio de “solvencia” permanente de la Administración Pública.

### **- Concepto:**

**No existe un concepto único y universal** del *fumus boni iuris*, en los diferentes ordenamientos jurídicos, el contenido de este requisito se ha hecho depender de la mayor o menor exigencia de certeza del derecho que se pida al demandante acreditar para obtener su protección provisional.

En términos generales, se trata de una “*sumaria cognitio*” de la situación jurídica de las partes para lograr resguardar, temporalmente, aquella que lo requiera, pues la espera hasta la sentencia para ser protegida, podría menoscabar de manera irreversible sus derechos<sup>23</sup>.

La apariencia de buen derecho conlleva entonces apreciar, de manera provisional, la existencia del derecho<sup>24</sup> o interés legítimo de las partes mediante “un juicio de probabilidad o verosimilitud”<sup>25</sup> de los argumentos presentados por ellas<sup>26</sup>. Por lo tanto, pareciera que en el análisis de la preponderancia provisional de unos argumentos frente a otros también existe un trabajo de ponderación por parte del juez<sup>27</sup>.

Lo anterior “obliga al juez que decide la medida cautelar a intentar una valoración *prima facie* de las respectivas posiciones, de forma que debe

---

<sup>23</sup> Más adelante se explicará como irreversible no quiere decir irreparable en términos meramente económicos.

<sup>24</sup> Sobre la apariencia de buen derecho como requisito de adopción de las medidas cautelares Cfr.: CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio... Ob. cit.*, pág. 62 y ss.

<sup>25</sup> Son los términos para aproximarse al concepto de “*apparenza del diritto*” CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio... Ob. cit.*, pág. 63. En este sentido: ATS 8 de noviembre de 1990 (R/8815).

<sup>26</sup> Cfr.: DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 259 y ss. y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por las medidas cautelares... Ob. cit.*, pág. 174 y ss. En el mismo sentido: STS 12 de noviembre 1999 (R/10007). Así mismo: JIMENEZ PLAZA, C., *El “fumus...”: un análisis... Ob. cit.*, pág. 55 y ss. – 95 y ss.

<sup>27</sup> En el caso Alemán: Cfr.: DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 266 y 369: “La ponderación es, como decía, un mecanismo de argumentación, de evaluación del peso de unos determinados intereses, intereses que en el marco de la tutela cautelar vienen determinados por la urgencia y el *fumus boni iuris*”; BACIGALUPO, M., *La nueva tutela cautelar en el Contencioso- Administrativo, Ob. cit.*, pág. 33 y ss quienes analizando el ordenamiento jurídico Alemán, por ejemplo, concluyen que el *fumus boni iuris* cuyo contenido se centra en la “perspectivas de éxito de la demanda” se toma en cuenta dentro de la ponderación de intereses, careciendo de autonomía propia. En este sentido, el contenido de la ponderación de intereses en Alemania no se centra en el perjuicio que pueda causarse con la resolución cautelar a las partes involucradas en el litigio, sino de hacer una valoración temprana de las “perspectivas de éxito de la demanda”, de tal manera que no exista diferencia, al menos en lo posible, entre lo que resuelve provisionalmente la justicia cautelar y la sentencia de fondo. En el mismo sentido: JIMENEZ PLAZA, C., *El “fumus bonis iuris”: un análisis jurisprudencial*, Madrid 2005, pág. 22 y ss.

otorgar la tutela cautelar a quien tenga «apariencia de buen derecho» (...) precisamente para que la parte que sostiene una posición injusta manifiestamente no se beneficie, como es tan frecuente, con la larga duración del proceso (...).

Este replanteamiento obliga a una valoración anticipada de las posiciones de las partes, valoración (...) no completa, puesto que el proceso puede estar en sus inicios (...) valoración por tanto provisional y que no prejuzga la sentencia de fondo"<sup>28</sup>.

Más allá de encontrar un concepto que permita el acercamiento a este criterio, su real complejidad está en primer lugar, en **la identificación de su objeto o contenido**, es decir, en la mayor o menor certeza del derecho o interés legítimo de las partes que se exija, directamente por el ordenamiento jurídico o mediante desarrollo jurisprudencial, para la obtención de la tutela cautelar. En segundo lugar, en el **modus procedendi** para apreciar la existencia de ese *fumus*. Desde esta perspectiva adquieren relevancia la valoración que el fallador haga, de conformidad con la regulación, de los argumentos y las pruebas presentadas con la solicitud de la medida<sup>29</sup>. Pareciera que la apariencia de buen derecho se ha valorado más desde esta última perspectiva meramente procedimental, haciendo menos a los elementos de los que se deduce la vulneración del derecho o interés legítimo.

#### - **Identificación de su contenido.**

En este marco, **dentro del contenido** del *fumus boni iuris* se han incorporado diversas posturas desde el punto de vista de lo que el fallador debe encontrar en los argumentos de las partes y tener en cuenta para asegurar la presencia de este criterio. Es así como el juez ha apreciado provisionalmente o "*prima facie*"<sup>30</sup> la adecuación de las pretensiones del

---

<sup>28</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La nueva doctrina del T.S. sobre las medidas cautelares: la recepción de *fumus boni iuris*...", en *Revista Española... Ob. cit.*, pág. 84.

<sup>29</sup> Cfr.: SUAY RINCÓN, J., "El "Fumus Bonis Iuris" como criterio determinante para la adopción de una medida cautelar...", en *Revista de Estudios... Ob. cit.*, pág. 659 y ss.

<sup>30</sup> Sentencia TJCE caso Factortame, 19 de junio 1990. La sentencia se puede encontrar en: <http://curia.europa.eu/es/content/juris/index.htm>. Igualmente, Auto TJCE, 23 de febrero de 2001, C-444/00, República de Austria Vs. Consejo de la Unión Europea.



demandante al derecho teniendo en cuenta las siguientes y diversas fórmulas: “que los argumentos del demandante no carezcan de fundamento”<sup>31</sup>, que en los mismos no haya “ausencia manifiesta de fundamento”<sup>32</sup>, “las perspectivas de éxito de la demanda”<sup>33</sup> “las alegaciones serias o fundadas”<sup>34</sup> del demandante, la “justificación inicial de la pretensión”<sup>35</sup>, que la demanda no esté “manifiestamente mal fundamentada”<sup>36</sup>, las “alegaciones que justifiquen a primera vista la medida”<sup>37</sup>. Así mismo,

---

<sup>31</sup> Cfr.: SSTS 10 de junio de 1996 (RJ/4776) y 27 de enero de 1998 (RJ/669). En el mismo sentido: DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo...* Ob. cit., pág. 262 aduce que la idea de buen derecho de las pretensiones puede encontrar su origen en el derecho civil francés, así como, las “dudas serias” sobre la legalidad de la decisión impugnada exigida para la medida cautelar suspensiva o la ausencia de “contestación seria” requerida el *référé provision*. Así mismo: CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia...* Ob. cit., pág. 72 y ss.

<sup>32</sup> Esto también refiriéndose al derecho comunitario, un *fumus* más “dulcificado” respecto de la exigencia de “argumentos fundados”. Sobre el punto *vid*: MORVIDUCCI, C., “Fumus Boni Iuris e misure cautelari nel processo comunitario”, en *Rivista Italiana di diritto pubblico*, Núm. 3-4, 1999, pág. 705 y ss. En este sentido: STS 11 de noviembre de 2003 (RJ/402) se refiere a la “ausencia de fundamento plausible de la pretensión procesal”.

<sup>33</sup> BACIGALUPO, M., *La nueva tutela cautelar en el Contencioso- Administrativo*, Ob. cit., pág. 33; DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo...* Ob. cit., pág. 260: la expresión “perspectivas de éxito de la demanda principal” se encuentra incorporada al requisito del *fumus boni iuris en el ordenamiento contencioso-administrativo Alemán*. Merece la pena recordar que, en el contexto del ordenamiento contencioso Alemán, la suspensión del acto administrativo es automática y que este análisis sumario de las “perspectivas de éxito de la demanda principal” se hace para ver si la Administración obtiene el restablecimiento de la ejecutividad del acto administrativo. Sobre las perspectivas de éxito de la demanda ver también: SSTS 22 de enero de 2001 (RJ/157) y 11 de noviembre de 2003 (RJ/402) al referirse a que el recurso “tiene evidentes posibilidades de prosperar”.

<sup>34</sup> En esta tendencia también se ha movido el TJCE. Sobre este punto *vid*: CAMPOS SÁNCHEZ - BORDONA, M., “La tutela cautelar de los derechos con origen en el ordenamiento comunitario”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. “Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa”*, Núm. 8, 1999, pág. 67-108.

<sup>35</sup> ATS 10 de febrero de 1992 (RJ/937).

<sup>36</sup> Fórmula utilizada en el derecho francés después de la reforma del Código de Justicia Administrativa, del 2001 art. L. 522-3, para alivianar un poco el requisito del *fumus boni iuris*.

<sup>37</sup> Auto TJCE, 23 de marzo de 2001, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch c. Comisión de las Comunidades Europeas, City Electrical Factors BV y CEF Holdings Ltd*, C- 7/01.

desde el punto de vista del demandado ha valorado: los “inconsistentes argumentos de la oposición”<sup>38</sup>, “la falta de contestación seria”<sup>39</sup>, que también se valora de esta manera en “la tardanza de la Administración” en el cumplimiento de sus deberes<sup>40</sup>, “la apariencia de ilegalidad de la disposición contrariada”, la “manifiesta, evidente y ostensible ilegalidad”<sup>41</sup> del acto administrativo o disposición normativa. Como se puede apreciar, en los ordenamientos jurídicos, el contenido del la apariencia de buen derecho se **debate entre la irregularidad del acto administrativo impugnado y la legalidad de la situación jurídica individual para la cual se pide protección**. Este panorama acentúa la indeterminación del contenido de la apariencia de buen derecho<sup>42</sup>.

La irrupción de este elemento, **en el ordenamiento contencioso-administrativo español**, vino acompañada de la influencia directa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), en especial, la generada por el caso Factortame de 19 de junio de 1990<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup> ATS 17 de enero de 1991 (RJ/503).

<sup>39</sup> ATS 17 de enero de 1991 (RJ/503), SSTs 19 de abril de 1996 (RJ/3343), 3 de noviembre de 1997 (RJ/8074), ATS 16 de enero de 1998 (RJ/5567) y STS 12 de noviembre 1999 (RJ/10007). El Tribunal supremo ha considerado en estos pronunciamientos que hay falta de contestación seria cuando la Administración Pública sustente una posición sin el más mínimo fundamento, cuando guarde silencio ante la solidez, no sólo argumental, sino de fondo de la pretensión, cuando se alce defensora de la ilegalidad a destiempo o de manera injustificada.

<sup>41</sup> En particular esté es el contenido del *fumus* que ha acompañado a la suspensión cautelar en el ordenamiento jurídico colombiano. Así mismo, es el contenido que, en la jurisprudencia española, se exige para considerar la existencia de este criterio. En el ordenamiento jurídico italiano se hace referencia a la “*manifesta infondatezza*”.

<sup>41</sup> En particular esté es el contenido del *fumus* que ha acompañado a la suspensión cautelar en el ordenamiento jurídico colombiano. Así mismo, es el contenido que, en la jurisprudencia española, se exige para considerar la existencia de este criterio. En el ordenamiento jurídico italiano se hace referencia a la “*manifesta infondatezza*”.

<sup>42</sup> En este sentido: VECINA CIFUENTES, J., “La trascendencia del “Fumus boni iuris” como presupuesto de medidas cautelares...”, en *Revista de Derecho... Ob. cit.*, pág. 260.

<sup>43</sup> Ver capítulo I. (I.5) de este trabajo en el que se expuso el caso Factortame. Sobre la autoridad jurisprudencial de las conclusiones y su valor interpretativo de sentencias cuyo fallo es conforme con la propuesta en ellas contenida *vid*: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La nueva doctrina del T.S. sobre las medidas cautelares: la recepción de *fumus boni iuris*...”, en *Revista Española... Ob. cit.*, pág. 76 y ss. y “Perspectivas de las justicias administrativas

En este pronunciamiento, además de declarar la eficacia del derecho comunitario aún por encima de las disposiciones de orden nacional, el TJCE resaltó que: a. "no hay tutela judicial sino hay medidas cautelares, sin éstas el proceso se convierte en ciertas circunstancias en un instrumento de frustrar la justicia, de incumplir las obligaciones y deberes, de destruir o reducir el alcance de los derechos"; b. con fundamento en las normas de derecho comunitario se deberían adoptar medidas cautelares aunque no estén previstas en los ordenamientos internos siempre que sean necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva del derecho comunitario; c. **"la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón"**<sup>44</sup>. Principio éste que logra su reivindicación en el derecho procesal administrativo y se convierte en el fundamento básico para la apariencia de buen derecho.

Es decir, en el momento en el que se exige el derecho o interés legítimo ante la jurisdicción, el mismo existe o no existe, es legítimo o no lo es. Por lo tanto, se trata de valorar la mayor apariencia de legalidad del derecho y la menor apariencia de legalidad de los actos o disposiciones controvertidas, todo ello con la finalidad de garantizar provisionalmente

---

nacionales..." en *Revista Española... Ob. cit.*, pág.405 y ss., y "La Sentencia Factortame (19 de junio de 1990) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas...", en *Revista Española de... Ob. cit.*, pág.410 y ss. Sobre este asunto ver también: JIMÉNEZ-BLANCO, A., "De nuevo sobre el asunto Factortame", en *Revista Española... Ob. cit.*, pág.255 y ss. Un antecedente del *fumus boni iuris* en el TEDH se encuentran en los asuntos 43,44 y 45/59 Von Lachmüller y 3/75 R Johnson & Firth Brown Ltd. Sobre éste último el trabajo de: BORGONON, P., *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de primera instancia de la Comunidades Europeas*, Madrid, 1993, pág. 86 y ss.

<sup>44</sup> CHIOVENDA, G., *Istituzioni di diritto processuale civile... Ob. cit.*, pág. 146 y ss.; principio incluido en la teoría general de las medidas cautelares por: CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio... Ob. cit.* pág. 20 y ss. Negritas fuera del texto. Un amplio desarrollo de este principio como fundamento del *fumus boni iuris* en el ATS de Justicia del País Vasco 14 de octubre de 1991. Sobre este último pronunciamiento: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Nuevas medidas cautelares "positivas"...", en *La batalla por... Ob. cit.*, pág.255 y ss.

el derecho o interés legítimo en litigio y evitar que la decisión del juez obre en deterioro de los mismos por su tardanza<sup>45</sup>.

En este contexto aparece el ATS de 20 de diciembre de 1990<sup>46</sup> que logra *aggiornare*, con fundamento en el art. 24 CE, y recurriendo también a los arts. 72 y 116 LPA/56 y 1.428 LEC/1984, el contenido del preconstitucional del Art. 122 LJCA/1956. En este pronunciamiento se reconoce la tutela cautelar como elemento *sine qua non* del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En lo que al criterio de apariencia de buen derecho respecta, el Tribunal concluyó dos cosas: la primera, siguiendo la línea de la *Sentencia Factortame* del TJCE, la aplicación del principio "la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón"<sup>47</sup>. La

---

<sup>45</sup> Desde ese histórico pronunciamiento del TJCE y sobre el criterio del *fumus boni iuris* como justificativo de la adopción de medidas cautelares, han existido un alto número de trabajos de investigación doctrinal, de procesalistas y administrativistas españoles, que en el panorama de estudio de las medidas cautelares resultaron de gran importancia, entre otros: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La nueva doctrina del T.S. sobre las medidas cautelares: la recepción de *fumus boni iuris*...", en *Revista Española... Ob. cit.*, pág. 76 y ss., "La aplicación de la "apariencia de buen derecho" como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra reglamentos", en *Revista de Administración... Ob. cit.*, pág. 411 y ss., "La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la "apariencia de buen derecho" para el otorgamiento de las medidas cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de la ejecutividad", en *Revista de Administración pública*, Núm. 69, 1991, pág. 65 y ss.; "Medidas cautelares positivas y disociadas en el tiempo...", en *Revista Española de Derecho... Ob. cit.*, pág. 377 y ss., "Nuevas medidas cautelares "positivas": la imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de continuar con un procedimiento eliminando un obstáculo inicial sin apariencia de buen derecho (Auto de Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de octubre de 1991)", en *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, 1995, pág. 255 y ss.; SUAY RINCÓN, J., "El "Fumus Bonis Iuris" como criterio determinante para la adopción de una medida cautelar (Auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 19 de noviembre de 1990)", en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* Núm. 251, 1991, pág. 659 y ss.; VECINA CIFUENTES, J., "La trascendencia del "Fumus boni iuris" como presupuesto de medidas cautelares. Especial consideración a los procesos administrativo y constitucional. (A propósito del Auto del Tribunal Constitucional de 1 de diciembre de 1993)", en *Revista de Derecho Procesal*, Núm. 1, 1995, pág. 259-288.

<sup>46</sup> (RJ/10412).

<sup>47</sup> "Un principio latente, escondido en el ordenamiento jurídico Español y que una jurisprudencia sensible a las líneas de evolución jurídica que marcan nuevos tiempos – que rechazan aquella concepción sacral del poder que llevaba a ver al individuo un súbdito y no un ciudadano – permite hacer patente". Que posteriormente fue reconocido en senten-

segunda que, para el caso concreto, “*prima facie* la situación jurídica de los apelantes no es de franca y radical ilegalidad, que incluso parece que una actuación administrativa la ampara, que puede haber posibilidad de legalizarla (...) la ejecución del acto conlleva perjuicios graves para los recurrentes y no constan perjuicios ni para el interés público ni para terceros que pueden seguirse de la ejecución”<sup>48</sup>.

Este contenido del *fumus*: “la situación jurídica no es de franca y radical ilegalidad” se mantiene en algunos pronunciamientos posteriores. Así en ATS 17 de enero de 1991<sup>49</sup> que debatió sobre la apelación de la suspensión, ordenada por el TS de Justicia de Madrid, del acto administrativo expedido por la Gerencia Municipal de Urbanismo de Madrid en el que se decidía la realización, mediante ejecución sustitutoria, por la Administración de unas obras que parecían desatendidas por el propietario y en el que, además, se requería al titular de la propiedad para que pagara el valor de dichas obras. Consideró el alto tribunal que, para el caso estudiado, hay “posibilidad de suspender la ejecución del acto impugnado en razón de la «apariencia de buen derecho» de la pretensión articulada (...) El principio constitucional de efectividad de la tutela judicial (...) ha de proyectarse también sobre la ejecutividad del acto impugnado, lo que dada la larga duración del proceso reclama que ese control de la ejecutividad se adelante en el tiempo al que en la sentencia se lleva a cabo sobre el fondo del asunto (...) Se trata de una manifestación más, ahora en el campo de las medidas cautelares, de la protección de la apariencia jurídi-

---

cias 27 de febrero (RJ\1523), 20 de marzo (RJ\2243) y 4 de diciembre de 1990 (RJ\9721).

<sup>48</sup> En el caso concreto se impugnaba la orden de cierre de unas cuadras para ganado ovino. Además de ello existía un acuerdo municipal cuyo contenido reconocía un error técnico relacionado con la situación del recurrente. Un acuerdo en el cual se dejaba abierta la posibilidad de legalización de las naves o bodegas, así como, iniciar el expediente de renovación de licencia de actividad. Otros dos antecedentes en el TJCE, relacionados con el *fumus* de contenido “débil”, se encuentran en el Auto de 10 de octubre de 1989, asunto 246/1989, comentado por GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Novedades sobre los procesos en el conflicto de pesca anglo-español: La suspensión cautelar por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de la Ley inglesa de 1988 aparentemente contraria al Derecho Comunitario. Enseñanzas para nuestro sistema de medidas cautelares, sobre la primacía del Derecho Comunitario y respecto a la indemnización de los daños causados por infracción de éste.”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 64, 1989, pág. 593-608.

<sup>49</sup> (RJ/503).

ca de la que tantos supuestos pueden invocarse, no sólo en el campo del derecho privado, sino también en el del público (...). De la “documentación aportada por el recurrente ya en su reposición acreditaba que el acuerdo de ejecución sustitutoria se dictó cuando todavía no había finalizado el plazo otorgado al propietario del edificio para la realización de las obras y además que tal ejecución sustitutoria se decidía cuando ya las obras habían sido realizadas dentro de plazo”. (Sic). La Administración Pública frente al recurso de reposición interpuesto por el afectado guardó silencio. Esta **falta de oposición** más los **bien fundados argumentos del recurrente fueron determinantes** para que el Supremo apreciara “una «apariencia de buen derecho» bastante para provocar la suspensión instada dado que no cabe ordenar la ejecución sustitutoria de lo que ya está hecho (...) Dicho todo ello sin prejuzgar la decisión que sobre el fondo ha de pronunciarse en su día a la vista de todas las pruebas practicadas”<sup>50</sup>.

Luego vendría la primera aplicación de este criterio en disposiciones generales. Se trata del ATS de 10 de julio de 1991<sup>51</sup> que, con fundamento en la apariencia de buen derecho, suspende cautelarmente un artículo (139.3) del reglamento de la Ley de ordenación de los transportes terrestres que impedía a los transportistas funerarios locales prestar el servicio de transportes funerarios, pudiendo prestar tal servicio solamente las empresas funerarias con domicilio en las capitales. El Supremo consideró que existía una “apariencia de buen derecho bastante para suspender por ese motivo la disposición (...) ya que sin prejuzgar en modo alguno la cuestión de fondo (...) se alega por los recurrentes una nulidad de pleno derecho que no tiene necesaria cobertura legal en la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (...)”. Aunque la Administración aludió a una nueva normativa expedida que podría cobijar la legalidad de la decisión, el Tribunal consideró que no era suficiente para innovar la situación ya que el “nuevo contenido” se encontraba contemplado en un decreto anterior. “La controversia expuesta es suficiente (...) para

---

<sup>50</sup> Valorando también la renuencia de la Administración pública como elemento determinante para la adopción de la suspensión cautelar el ATS 1 de marzo de 1990 (RJ/1951): “habrá que entender que la tardanza de la Administración en la remisión del expediente será un dato más tendiente a justificar la suspensión”.

<sup>51</sup> Que resuelve el recurso contra el Artículo 139.3 del Real Decreto 1211/1990 que fue demandado por varias empresas de transporte funerario.

apreciar en la misma una apariencia de buen derecho bastante para provocar la suspensión interesada”.

En este caso también fueron valorados por el Tribunal Supremo: a. El *periculum in mora* en términos de los perjuicios que sufrirían los recurrentes (propietarios de las funerarias sin domicilio en las grandes capitales) por la disminución de su actividad que podría conllevar a la desaparición de sus negocios y b. La *ponderación de intereses* cuyo resultado arrojó que la suspensión del reglamento no afectaría el interés público pues el servicio de transportes funerarios quedaba cubierto. Sin embargo el **critério determinante** para la adopción de la medida fue el *fumus boni iuris* que, a pesar de que el recurso se fundamentó en una causa de nulidad de pleno derecho, **se dedujo la presencia de este requisito solamente de la verosimilitud de los argumentos del demandante**.

Amén de lo anterior, el propio Tribunal Constitucional, intérprete natural de la Carta Fundamental, acogió el contenido “débil” del *fumus boni iuris*: “la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa”<sup>52</sup> será “suficiente para acreditar una apariencia de buen derecho digno de tutela judicial preventiva inmediata”<sup>53</sup>.

Aunque ya es posterior, el ATSJ de Aragón de 26 de febrero de 1998<sup>54</sup> resulta de obligada citación en materia de apariencia de buen derecho. Este auto estima la **medida cautelar solicitada de pago**, por parte de la Diputación General de Aragón, de una suma de dinero, a título de compensación económica, a una concesionaria del servicio público de transporte. Lo anterior en razón a la “aparente” ilegalidad de la decisión impugnada (denegación de ayuda pública). “Tratándose de supuestos de impago por la Administración de obligaciones pecuniarias recurridas o derivadas de un título exigible e incontrovertido, la apariencia de buen derecho en quien reclama o solicita la medida es fundamental, petición frente a la que la Administración difícilmente puede alegar graves e irreparables

---

<sup>52</sup> STC 148/1993, 29 de abril (RTC/148) En el mismo sentido: STC 105/1994 (RTC/105).

<sup>53</sup> STC 10 de febrero de 1992 (RTC/14).

<sup>54</sup> Auto comentado por HERRÁIZ SERRANO, O., “El paso firme dado por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el duro batallar por la tutela cautelar: la aplicación de la técnica francesa del Refere Provision”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 102, 1999, pág. 265-280.

perjuicios económicos tratándose, como se trata, de obligaciones de contenido económico recurridas legal o reglamentariamente o dimanantes de un título público o administrativo otorgado por la Administración” (Sic). Téngase en cuenta que, tal y como debe ser, no se abordó el tradicional concepto de “Solvencia de la Administración”. Cuando se trata de deudas derivadas de un título a cuya ejecución no se opone la Administración, con argumentos serios, el *fumus boni iuris* es innegable y debe ser el criterio determinante para la adopción de la cautela.

Nuevos tiempos se avizoraban para la justicia cautelar en España. En especial hacia los inicios de los años 90`s, cuando aún en vigencia del antiguo Art. 122 LJCA/56 que partía del criterio de perjuicios de imposible reparación, y de la mano del Art. 24 CE, la aplicación de la apariencia de buen derecho tuvo la tendencia a incorporar un contenido, bastante flexible, “dulcificado” o “débil”<sup>55</sup>: “la demanda no se encuentra manifiestamente desprovista de fundamentos”<sup>56</sup>. Ello aunado a la inconsistencia fáctica y jurídica de los argumentos de la Administración hacía al ciudadano materializar su derecho a la tutela provisional<sup>57</sup>. Esta tendencia permaneció durante pocos años, por supuesto, siempre con el acechante fantasma de la rigidez y excepcionalidad de las medidas cautelares.

Pocos años bastaron para que la aplicación de este criterio quedara relegada, exclusivamente, a los casos en los que se argumentara, con bastante más profundidad, las posiciones de las partes para la obtención de la suspensión cautelar: bien “alegando unos principios legales o constitucionales **aparentemente fundados**, ejerce un «buen derecho» que de-

---

<sup>55</sup> Adjetivo acuñado para el contenido de la apariencia de buen derecho por la profesora DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 292 y ss. Así esta autora considera que “la ausencia de previsiones normativas claras que diferencien diversos regímenes jurídicos y (...) el carácter en cierta manera novedoso de este criterio en el contencioso -administrativo (...) genera que (...) el *fumus* tienda a identificarse con alguna de sus modalidades, reduciendo en consecuencia el ámbito de aplicación. La clasificación básica que puede establecerse es la que distingue entre el contenido del *fumus* «débil» y un *fumus* «fuerte»”.

<sup>56</sup> Ya lo venía un poco adelantando el TJCE desde el año 1975. Auto de 16 de enero, as. 3/75 R, Johnson & Firth Brown Ltd.

<sup>57</sup> Cfr.: JIMENEZ PLAZA, C., *El "fumus...": un análisis... Ob. cit.*, pág. 224



be prevaler frente a quien solamente se ampara en preceptos reglamentarios o en razones meramente coyunturales”<sup>58</sup>; bien, utilizando como fundamento de los argumentos: **las causales de nulidad del acto administrativo**.

En este camino de adecuación del contenido de la apariencia de buen derecho, surge la, ya comentada en el primer capítulo, Sentencia del TJCE Zuckerfabrik<sup>59</sup>, Su aporte puntual relacionado con el contenido del criterio que ahora nos ocupa fue que las medidas cautelares se deben acordar si las circunstancias propias del caso “llevan al juez nacional a la convicción de que hay **dudas serias** sobre la validez del Reglamento comunitario<sup>60</sup> (...) sólo la posibilidad de una declaración de invalidez, que está reservada al Tribunal de justicia, puede, en efecto, justificar el otorgamiento de la suspensión”.

Ahora bien, no bastando ya con tal nivel de “adecuación a derecho de la pretensión”<sup>61</sup>, posteriormente, se exigiría por los Tribunales de lo contencioso-administrativo que tal causal de nulidad del acto, alegada para obtener la medida cautelar, fuera “evidente”<sup>62</sup>, “patente” o “manifiesta” y “ostensible”<sup>63</sup>. Es decir, el *fumus* quedó reducido a las ilegalidades gro-

---

<sup>58</sup> ATS 17 de marzo de 1992 (RJ/448). Negritas fuera del texto. En el mismo sentido ATS 30 de septiembre de 1991 (RJ/7760).

<sup>59</sup> De 21 de febrero de 1991. Esta sentencia ha sido expuesta majestuosamente por profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Las medidas cautelares que puede adoptar el Juez nacional contra el Derecho Comunitario: la Sentencia Zuckerfabrik del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de febrero de 1991", en *Revista española de Derecho Administrativo*, Núm. 72, 1991, pág. 105 y ss.

<sup>60</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Batalla...* *Ob. cit.*, pág. 148 a 155 expone que parece pedirse más que un *fumus boni iuris*, apreciado *a prima facie*. Se precisa de la convicción de que hay dudas serias, casi de la evidencia para que se pueda suspender, en el caso concreto, la aplicación del Derecho comunitario. Este parece ser el punto de partida, nuevamente, del contenido “fuerte” del *fumus boni iuris*. Negritas fuera del texto.

<sup>61</sup> DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo...* *Ob. cit.*, pág. 274.

<sup>62</sup> Resalta de DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo...* *Ob. cit.*, pág. 268, que, en cierta manera “la yuxtaposición de los términos evidente y nulidad pueda considerarse una redundancia”.

<sup>63</sup> STS 14 de mayo de 1996 (RJ/4155) y ATS 6 de abril de 1999 (RJ/4631).

seras, que no ameriten “complicados razonamientos jurídicos”<sup>64</sup>, prácticamente, a la certeza propiamente dicha de la vulneración del derecho o del interés legítimo por parte de la Administración Pública. En estos términos, el particular difícilmente logra demostrar la existencia del criterio para obtener la protección cautelar y el juez con dificultad logra desmarcarse del temido “prejuzgamiento”. De esta manera, la apariencia de buen derecho termina siendo un criterio, que como se expondrá a continuación es concomitante con el *periculum in mora* y la ponderación de intereses y además, su apreciación resulta casi excepcional. Si la ilegalidad no es “clara y manifiesta”, si no “salta a la vista” del juzgador no la considerará y, por lo tanto, la medida cautelar no será acordada.

Precisamente fue esa falta de definición del contenido del *fumus*, la exigencia por parte de la jurisdicción de una “*prudente aplicación*”<sup>65</sup> y “*extrema cautela*”<sup>66</sup> para no incurrir en *equivocas incursiones*<sup>67</sup>, aspecto que conllevó al apoyo de desarrollos jurisprudenciales en el contenido del *fumus* dentro de las teorías de forma mucho más decantadas del derecho administrativo como: “**La teoría de las nulidades del acto administrativo**”<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> STS 23 de febrero de 2004 (RJ/2231).

<sup>65</sup> Entre otros: ATS 31 de enero de 1994 (RJ/266). Cfr.: DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 285. En el mismo sentido: CASES PALLARÉS, L., “La adopción de las medidas cautelares motivada en la nulidad de pleno derecho del acto administrativo”, en *Revista española de derecho administrativo*, Núm. 76, 1992, pág. 661-677.

<sup>66</sup> ATS 9 de noviembre de 1992 (RJ/8753). En el mismo sentido, STS de 19 de junio de 2001 y STS de Justicia de Madrid 13 de marzo de 2007: “la apariencia de buen derecho, como han indicado los Autos de 19 de mayo y 12 de noviembre de 1998 y de 10 de julio de 1998, exige, según reiterada jurisprudencia, su prudente aplicación y significa que sólo quepa considerar su alegación como determinante de la procedencia de la suspensión cuando el acto haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general que haya sido previamente declarada nula o cuando se impugna un acto o un disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados”. Igualmente, STS del País Vasco 14 de mayo de 2007.

<sup>67</sup> AATS 9 de febrero de 1993 (RJ/524) y 8 de marzo de 2001 (RJ/2848).

<sup>68</sup> Cfr. JIMENEZ PLAZA, C., *El “fumus...”: un análisis... Ob. cit.*, pág. 95 y ss. En este sentido: CASES PALLARÉS, L., “La adopción de las medidas cautelares motivada en la nulidad de pleno derecho del acto... en *Revista Española... Ob. cit.*, pág. 674 y, en entre otros, AATS 19 de septiembre de 1994 (RJ/7127) 10 de octubre de 1995 (RJ/7509).

Así en **vía administrativa** la LRJAPAC, aunque con la ponderación de *perjuicios* como criterio principal, consideró que podrá suspenderse la ejecución del acto cuando “la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de esta ley”<sup>69</sup> (Art. 111.b).

En vía de recurso contencioso- administrativo, **la apariencia de buen derecho, con un contenido “fuerte”, es determinante** para la adopción de la medida cautelar cuando se trata de **suspensiones de actos administrativos sustentados en normas previamente declaradas nulas de pleno derecho por los Tribunales**<sup>70</sup>, o de **actos administrativos que reproduzcan un acto previamente declarado nulo por la Jurisdicción**<sup>71</sup>. Ahora bien, si se trata de un acto administrativo que, por primera vez, se somete a control de la judicial, se exige que la “apariencia de buen derecho sea clara y manifiesta (...) debe ser apreciada sin necesidad de profundizar en el fondo del asunto”<sup>72</sup>.

Igualmente, en el contencioso- administrativo español resulta el *fumus* de contenido fuerte fundamental en la suspensión cautelar de disposiciones generales (Art. 130 LJCA) – argumento que se desarrolla con más

---

<sup>69</sup> El mismo contenido de nulidad se establecía en el Art. 116 LPA/58, modificada por la Ley 164/1963. La norma en comento permitió a las autoridades administrativas suspender la decisión sujeta a recurso cuando la impugnación fuese fundamentada en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas, para el momento, en el artículo cuarenta y siete de la norma estudiada. Un contenido de *fumus* fuerte para la suspensión en vía administrativa. En este sentido: STS 17 de julio de 2002 (RJ/9095).

<sup>70</sup> ATS 4 de noviembre de 1998 (RJ/ 8896), STS 13 de diciembre de 1996 (RJ/8856) y ATS 7 de noviembre de 2000 (RJ/285).

<sup>71</sup> ATS 4 de noviembre de 1998 (RJ/ 8896). ATS 13 de marzo (RJ/2966), 23 y 29 de mayo (RJ/4036), 18 de septiembre, 20 y 30 de octubre de 1995 (RJ/7394) . En el mismo sentido: STS 26 de enero de 1998 (RJ/573).

<sup>72</sup> ATS 4 de noviembre de 1998 (RJ/ 8896). Así mismo: AATS 12 de julio de 1993 (RJ/5571), 7 de noviembre de 1995 (RJ/8137): “(...) es por ello por lo que no podemos considerar como causa determinante de la suspensión , la alegación que estamos considerando, habida cuenta que no resulta clara, ostensible y manifiesta la invocada nulidad absoluta y en todo caso resultaría necesario el enjuiciamiento del fondo del asunto, para alcanzar una adecuada solución al respecto...” y AATS 15 de septiembre de 1999 (RJ/10201) , 1 de febrero de 2001 (RJ/1567), 19 de febrero de 2001 (RJ/2845) y 8 de marzo de 2001 (RJ/2848).

precisión en el último capítulo de este trabajo-. El Juez exige la existencia de una ilegalidad manifiesta, clara, ostensible, que resalte *prima facie* y que se deduzca de un mero análisis comparativo entre la disposición reglamentaria y la Ley que ésta vulnera<sup>73</sup>.

Tratándose de suspensiones de actos administrativos y de medidas cautelares positivas, si bien no hay una mención expresa en la LJCA de la apariencia de buen derecho, como fundamento el Art. 24 constitucional se tiene como criterio de adopción<sup>74</sup>. Así también lo ha considerado el Tribunal Supremo: “la apariencia de buen derecho o “*fumus boni iuris*” que no es un criterio desdeñable a la hora de tomar decisión sobre la adopción de medidas cautelares; ni lo fue en la jurisprudencia anterior a la Ley 29/1998, ni lo es en la que complementa lo dispuesto en ésta. Ese criterio, aun siendo objeto de seria controversia y de aplicaciones no siempre coincidentes, no parece que pueda ser desatendido; bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón o para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la adopción como la no adopción de la medida cautelar pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible.

Y no parece que pueda serlo en un ordenamiento que, como el Español, donde no se excluye cuando regula las medidas cautelares en la citada Ley 29/1998 y lo prevé expresamente en el artículo 728.2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, que habilita al Tribunal para fundar - sin prejuzgar el fondo del asunto - un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión. Tampoco parece que pueda serlo porque está enmarcado y forma parte del más general constituido por el Derecho Comunitario Europeo, cuyo Tribunal de Justicia afirma con toda reiteración y contundencia, la lícita utilización de aquel criterio.”<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> V. gr. AATS 6 abril 1999 (RJ/4361); 15 septiembre 1999 (RJ/10201); 5 de diciembre de 2000 (RJ/286); 19 de febrero de 2001 (RJ/2845).

<sup>74</sup> SSTC 17 de diciembre de 1992 (RTC/238), 29 de abril de 1993 (RTC/139), 7 de abril de 2004 (RTC/1678).

<sup>75</sup> STS 3 de Julio de 2007 (RJ/10341).

El criterio de la apariencia de buen derecho si se tiene en cuenta pero, como se ha visto la jurisprudencia mayoritaria, no se hace su aplicación en términos de verosimilitud de los argumentos, sino de manifiesta ilegalidad de la actividad de la Administración<sup>76</sup>.

En **Colombia**, el contenido “fuerte” de la apariencia de buen derecho ha acompañado desde siempre, a la suspensión provisional. Así el derogado Art. 152 CCA supeditaba expresamente la medida cautelar a “la manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma”<sup>77</sup>. Situación que conllevó una línea jurisprudencial acompañada de adjetivos tales como: vulneración de manera “clara”, “ostensible”, “flagrante” de lo dispuesto en normas superiores<sup>78</sup>.

Esa seguridad jurídica que se ha querido atar al criterio de apariencia de buen derecho, argumentándolo a través de la teoría de las nulidades manifiestas, aunque pretende evitar el prejuzgamiento del asunto y con ello la vulneración del debido proceso, logra arrojar precisamente la exigencia de certeza de la nulidad de pleno derecho del acto administrativo para ordenar la medida cautelar suspensiva. Si los supuestos antes expuestos no constituyen prejuzgamiento, entonces no existen ejemplos más concretos que pudieran darse para describirlo.

En esos casos, el contenido de certeza del derecho exigido para la configuración de la apariencia de buen derecho es el mismo que se exige para la sentencia de fondo.

---

<sup>76</sup> Resulta curioso leer el proyecto de Ley que dio origen a la vigente LJCA en el que se establecía respecto a las medidas cautelares en el art. 124 “podrán acordarse cuando existan dudas razonables sobre la actividad administrativa a que se refieran”. Sin embargo, el resultado final fue muy distinto.

<sup>77</sup> El mandato constitucional de 1886 (Art. 42-Acto Legislativo 3/1910) tuvo su desarrollo legal en la Ley 130 de 1913. El Art. 59d de dicho texto legal facultó al Tribunal Administrativo para que, recibida la demanda, pudiera suspender **provisionalmente** el acto denunciado cuando ello fuere necesario para evitar un perjuicio **notoriamente grave**. Es la primera vez que la legislación colombiana incluye las expresiones: “*provisionalmente*”, refiriéndose a la temporalidad connatural de las medidas cautelares, y “*notoriamente*”, exigiendo algo más que la mera apariencia del perjuicio grave.

<sup>78</sup> Entre otros: Consejo de Estado Auto 21845, febrero 7 de 2002., M.P. Alier Hernández Enríquez, Auto 7490, octubre 11 de 1996., M.P. Delio Gómez Leyva. Auto 4640, abril 27/1984., M.P. Jacobo Pérez Escobar

Aunado a lo anterior, merece la pena recordar que: a. En su origen, el contencioso de nulidad no se configura como un verdadero instrumento de protección de los derechos subjetivos, sino que responde más bien a la idea saneamiento del ordenamiento jurídico. b. las medidas cautelares y, en particular la suspensión cautelar no debe limitarse únicamente a los casos en que la Administración Pública actúe de manera manifiestamente ilegal o sea absolutamente arbitraria. Incluso los actos administrativos resultantes de actuaciones lícitas de la Administración, pueden vulnerar derechos o intereses legítimos de los ciudadanos. “La Administración actúa, constitucionalmente, de buena fe en cumplimiento de su marco competencial y, por lo tanto, limitar las medidas cautelares, a su actuar doloso, con la intención de causar daño, arbitrario o de mala fe, dejaría la mayoría de la actividad administrativa por fuera del alcance de la protección cautelar y con ello se malograría el principio de legalidad y la tutela judicial”<sup>79</sup>. Es verdad que ante una irregularidad administrativa de tal envergadura, sería impresentable contraponer argumentos de interés público para pretender la ejecución de un acto o disposición administrativa. Es evidente que la decisión debe retirarse del ordenamiento jurídico, sin embargo, también está claro que no deben ser los únicos de casos en los que se conceda la medida cautelar<sup>80</sup>. c. El *fumus* debería ser apreciado en su contenido desde la argumentación del demandante, si logra sustentar de manera verosímil la vulneración de su derecho o interés legítimo por el acto administrativo o la disposición normativa. A valorar tales argumentos pueden ayudar la apariencia de ilegalidad de los actos de la Administración.

Por fortuna, **la nueva LPACA en Colombia** no exige la “manifiesta infracción” de las normas de orden superior invocadas, sino simplemente la mera violación de las mismas (Art. 231). Dentro de este marco consti-

---

<sup>79</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por las medidas cautelares... Ob. cit.*, pág. 185 y ss. En el mismo sentido: JIMENEZ PLAZA, C., *El "fumus...": un análisis... Ob. cit.*, pág. 88 y ss., y FONT I LLOVET., "Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 34, 1982, pág. 477.y ss.

<sup>80</sup> Cfr.: JIMENEZ PLAZA, C., *El "fumus...": un análisis... Ob. cit.*, pág. 95: “la exigencia rigurosa de la «constancia judicial» de nulidad como presupuesto suspensor acaba desdibujando por completo la esencia y finalidad propia del principio, que no es otro que la verosimilitud del derecho pretendido por el acto”. (Sic).

tucional y legal, se esperaría una interpretación menos restrictiva del contenido del *fumus* necesario para la adopción de la medida cautelar. En este sentido, en el primer auto<sup>81</sup> en el que se decide sobre la suspensión provisional, expedido en vigencia de la nueva normativa, el Consejo de Estado mantuvo la alerta judicial de precaución y moderación frente a las herramientas cautelares: «no obstante que la nueva regulación como ya se dijo permite que el juez previo a pronunciarse sobre la suspensión provisional lleve a cabo análisis de la sustentación de la medida y estudie pruebas, ocurre que ante el perentorio señalamiento del 2° inciso del artículo 229 del CPACA (Capítulo XI Medidas Cautelares- procedencia), conforme al cual: “La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”, es preciso entonces que el juez sea muy cauteloso y guarde moderación a fin que el decreto de esta medida cautelar no signifique tomar partido definitivo en el juzgamiento del acto ni prive a la autoridad pública que lo produjo o al demandado (en el caso el elegido o el nombrado cuya designación se acusa), de que ejerzan su derecho de defensa y que para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba» (Sic). Entrando en la situación fáctica y jurídica concreta, el demandante solicitaba la suspensión del acta del comité electoral y la resolución rectoral por medio de las cuales se había proclamado la fórmula ganadora de los representantes de los egresados ante el Consejo Superior Universitario de una Institución de Educación Superior por inconsistencias en su elección, en particular por: a. sabotaje sobre el material electoral que el actor demostraba con las constancias en actas del comité electoral y de escrutinio de mesa y b. falta de competencia “del Rector para reglamentar la elección (...), del Comité Electoral para ordenar la suspensión de listados de “los electores inscritos” el mismo día de la jornada de votación” que el actor argumentó apoyándose en la Resolución N° 057 del 11 de abril de 2012 y en las Actas de escrutinio N° 16 y 17.

Ante los dos principales argumentos el Consejo de Estado respondió que se requería “hacer un examen integral y profundo tanto de las competencias del señor Rector de la Universidad Surcolombiana como de las atribuciones y funciones del Comité Electoral, que va más allá del análisis

---

<sup>81</sup> Auto de 13 de septiembre de (2012) Exp. 20012-0042., M.P. Susana Buitrago Valencia.

y estudio posible de llevarse a cabo en esta oportunidad sin correr el riesgo de incurrir en prejuzgamiento". Por lo tanto, decidió negar la suspensión.

Como se puede apreciar, al tratarse del primer pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado, se esperaba que iniciara a sentar precedente de armonización de la nueva legislación con los arts. 29, 238 y 229 constitucionales, sin embargo, jamás se pronunció sobre la verosimilitud de los argumentos del demandante. No pudiéndose ahora justificar - para negar la medida cautelar- en la ausencia de "manifiesta" vulneración de las normas de orden superior, se atrincheró en el *modus procedendi* para apreciar la apariencia de buen derecho.

Pues bien, se debe abordar entonces esta idea del *modus procedendi* para apreciar la existencia del *fumus*. Idea que, cada vez más, va adquiriendo relevancia en términos del juicio de valoración que el fallador hace de los argumentos y las pruebas presentadas con la solicitud de la medida cautelar, que el ordenamiento jurídico le permita valorar<sup>82</sup>.

#### - *Modus procedendi*.

Cierto es que la jurisprudencia se ha centrado más en el análisis de este criterio desde esta última perspectiva meramente procedimental. A partir del año 1997, el Tribunal Supremo Español define el *fumus* como "la única vía a través de la cual evitar, mediante **un juicio de razonabilidad**, provisional por supuesto, emitido precisamente por quien tiene atribuida constitucionalmente la función de juzgar, el riesgo mayor, desde la perspectiva del Estado de Derecho, de la irreversible conculcación de los derechos en litigio (...)"<sup>83</sup>. Sobre el contenido de ese juicio de razonabilidad poco se aclara, pero el Alto Tribunal también ha manifestado que se trata de "(...) un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, en coherencia con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (...)"<sup>84</sup>. Así mismo, el *fumus* se

---

<sup>82</sup> En este sentido el trabajo de SUAY RINCÓN, J., "El "Fumus Bonis Iuris" como criterio determinante para la adopción de una medida cautelar...", en *Revista de Estudios...* Ob. cit., pág. 659 y ss.

<sup>83</sup> STS 16 de junio de 1997 (RJ/5443).

<sup>84</sup> ATS 26 de diciembre de 2000 (RJ/1701).



ha entendido desde esta perspectiva como la apreciación de la manifiesta ilegalidad “a primera vista”<sup>85</sup>, sin necesidad de hacer “un análisis en profundidad”<sup>86</sup>, o “complicados razonamientos jurídicos”<sup>87</sup>.

Ahora bien, desde esta perspectiva procedimental, la mayor o menor exigencia de certeza del derecho o interés legítimo exigida para apreciar el *fumus* se infiere también de **un mínimo de prueba necesaria**, un “mínimo de acreditación de la situación que se alega”<sup>88</sup>. En este sentido, la diferencia entre el análisis sumario que realiza el juez en el juicio cautelar y el que realiza para el fallo de fondo radica en el nivel de prueba exigido y susceptible de ser valorado de conformidad con el ordenamiento jurídico.

**En el ordenamiento jurídico colombiano**, por ejemplo, bajo la vigencia del art. 152 CCA se exigía además de “la manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas” que se sustentara en “modo expreso” y que dicha infracción se apreciara “por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud”. **Tres limitaciones adicionales** a la medida cautelar que terminaron siendo aún más rígidas debido a la interpretación del Consejo de Estado: a. De la expresión sustentar en “modo expreso” se llegó en la jurisprudencia a la “conformación del **concepto de violación**”<sup>89</sup>. Es decir, las normas que se consideran infringidas y el por qué de cada afirmación<sup>90</sup>. Si el concepto de violación no se inte-

---

<sup>85</sup> STS 6 de octubre de 1997 (RJ/7420).

<sup>86</sup> STS 19 de septiembre de 1994 (RJ/7127).

<sup>87</sup> STS 23 de febrero de 2004 (RJ/2231).

<sup>88</sup> DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 264.

<sup>89</sup> Consejo de Estado Auto 4640, abril 27 de 1984. M.P., Jacobo Pérez Escobar, Auto 24 20 de e junio 1986., M.P. Guillermo Benavides Melo.

<sup>90</sup> Entre otros, Consejo de Estado Auto 4640, abril 27 de 1984, M.P., Jacobo Pérez Escobar: “En concepto de esta Sala, para que pueda prosperar la solicitud de suspensión provisional no basta con afirmar genéricamente que los actos acusados son violatorios en forma ostensible y flagrante de normas superiores de derecho o de las que se señalen. Es necesario además, que en la solicitud de suspensión provisional se concreten las normas que de tal manera se consideran infringidas y se exprese el por qué de cada afirmación. De no hacerse como quedó indicado la petición de suspensión provisional del acto administrativo no puede prosperar”.

gra debidamente, la suspensión cautelar no procede. Esta postura legislativa frente al principio de *iura novit curia* deja cierto sin sabor. b. De “**confrontación directa**” se entendió el “simple cotejo de las normas que se confrontan (...) de requerirse un estudio de fondo, debe el juez administrativo agotar el procedimiento pertinente y diferir el pronunciamiento sobre la validez del acto acusado para el momento en que se dicte sentencia”<sup>91</sup> A juicio del Consejo de Estado, el estudio de la medida cautelar “no requiere circunloquios ni reflexiones profundas, o sea que al comparar una y otra norma, surja evidentemente sin profundidad. No es posible la suspensión si debe penetrarse con alguna profundidad en el concepto, o sea, en la doctrina que lleva consigo las palabras con que esté redactada la norma superior”<sup>92</sup> c. **La limitación en la prueba a los documentos públicos** aducidos con la solicitud. Hasta el año 2012, no era posible sustentar los argumentos aducidos en la solicitud de la medida cautelar a través de cualquier medio probatorio o mediante indicios sólidos. Sólo los documentos públicos eran susceptibles de ser valorados por el juez<sup>93</sup>.

En este marco, por ejemplo, El Consejo de Estado ordenó la suspensión del aparte pertinente del pliego de condiciones de la licitación pública 002 de 2010 para la concesión de la operación y explotación del tercer canal de televisión de operación privada de cubrimiento nacional. La razón principal aducida es que “la subasta autorizada como mecanismo de selección para la asignación de espectro radioeléctrico **exige pluralidad de oferentes**, requisito esencial para la legalidad de dicho mecanismo, con el fin de que los interesados puedan competir en procura de la adjudicación de una frecuencia para operar un canal de televisión (...) el numeral 4.11 del pliego de condiciones de la licitación pública 002 de 2010 contraría lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, en consideración a que autoriza la adjudicación del contrato a través de la subasta a un único proponente que resulte habilitado, mientras que la regla especial para el proceso de asignación del espectro radioeléctrico

---

<sup>91</sup> Consejo de Estado Auto 21845, febrero 7 de 2002. M.P., Alier Hernández Enríquez y Auto 7490, octubre 11 de 1996. M.P., Delio Gómez Leyva.

<sup>92</sup> Consejo de Estado Auto 4640, abril 27 de 1984. M.P., Jacobo Pérez Escobar. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sentencia 12523, enero 30 de 1997, M.P., Juan de Dios Montes Hernández.

<sup>93</sup> Consejo de Estado, Sentencia 12523, enero 30 de 1997, M.P., Juan de Dios Montes Hernández.

por medio de dicho mecanismo –subasta– exige pluralidad de interesados (...). **De la comparación entre el aparte del pliego de condiciones acusado y la norma superior** que se indica transgredida, la Sala advierte que mediante el demandado pliego de condiciones la Comisión Nacional de Televisión contempla y/o autoriza la adjudicación de la concesión a través del mecanismo de *subasta* aún **cuando sólo hubiere un único proponente habilitado**, circunstancia que contraría abiertamente lo dispuesto por la Ley<sup>94</sup>.

Sin embargo, en ese mismo caso, se pedía también la suspensión de la Resolución 2010-380-000481-4 del 7 de mayo de 2010, por medio de la cual la Comisión Nacional de Televisión ordenó la apertura de la Licitación Pública 002 de 2010, la Sala **no observó** “de entrada **una ilegalidad abierta o grosera** en relación con lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2010 y considera que el respectivo estudio deberá realizarse al momento de dictar sentencia, a través de la valoración del material probatorio y del estudio integral de las normas que regulan el asunto, puesto que en esta oportunidad procesal no se tienen elementos suficientes que permitan deducir una ilegalidad tal que amerite su suspensión provisional<sup>95</sup>.”

La LPACA, si bien deja de un lado la “manifiesta” violación de las disposiciones invocadas como fundamento de la solicitud de suspensión, si exige que “tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de pruebas allegadas con la solicitud” (Art. 231). En este sentido:

**a. A pesar de no pedirse por la Ley la exigencia de integración del concepto de violación**, el Consejo de Estado la sigue considerando necesaria dentro de la sustentación de la solicitud “esta medida cautelar se debe solicitar, ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado” «De lo anterior se desprende que para decretar la medida cautelar, cuando se trata de la suspensión de los efectos de un acto adminis-

---

<sup>94</sup> Consejo de Estado Auto 19 de julio de 2010, exp. 38.924, M.P., Mauricio Fajardo Gómez. Negritas fuera del texto.

<sup>95</sup> *Idem*. Negritas fuera del texto.

trativo, el CPACA dispone que el juzgador tiene la carga de hacer explícita la “violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado” (art. 231). Esto quiere decir, no que deben estar demostradas todas las disposiciones invocadas, pero sí que al menos uno de los cargos expuestos lleve al juzgador la convicción de que se produjo la violación de la ley, pudiendo incluso, adicionalmente, llamar la atención sobre las violaciones legales que podrían tener efectividad luego de tramitado el proceso»<sup>96</sup>.

b. Acepta, como no era para menos, que a partir de la esta nueva regulación es posible que el juez “lleve a cabo **análisis de la sustentación de la medida y estudie pruebas**”. Sin embargo, considera también que “ante el perentorio señalamiento del 2º inciso del artículo 229 del CPACA: (...) “La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”, es preciso entonces que el juez **sea muy cauteloso y guarde moderación** a fin que el decreto de esta medida cautelar no signifique tomar partido definitivo en el juzgamiento del acto ni prive a la autoridad pública que lo produjo o al demandado (en el caso el elegido o el nombrado cuya designación se acusa), que ejerzan su derecho de defensa y que para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba”<sup>97</sup>. En este marco, no es posible que el demandante interprete “que los argumentos que justifican la solicitud de esta medida cautelar deben ahora ser escuetos, superficiales y sumarios. Como se indicó, no es este el alcance que ha dado el Consejo de Estado al artículo 231 de la nueva ley, el cual faculta al juez contencioso-administrativo para realizar un análisis que, sin implicar un prejuzgamiento sobre la cuestión de fondo, le permita valorar la forma en que los actos administrativos cuya suspensión se persigue violaron las normas legales que se invocan como transgredidas, análisis que exige un nivel de argumentación sólido y claro”<sup>98</sup>.

---

<sup>96</sup> Consejo de Estado, Sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, 13 de mayo de 2014 Exp. No. 201400360 00. M. P. Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>97</sup> Consejo de Estado, Auto de 13 de septiembre de (2012) Exp. 20012-0042., M.P. Susana Buitrago Valencia y Consejo de Estado, Auto 0263-2013, 22 de octubre de 2013, M.P., Gustavo Gómez Aranguren. Negritas fuera del texto.

<sup>98</sup> Consejo de Estado, Auto de 22 de octubre de 2013, Exp. 0263-2013, M.P., Gustavo Gómez Aranguren.

En **España** “al no existir en la fase incidental un periodo procesal para tal probanza, sólo eran las alegaciones de las partes las que debían proporcionar los indicios sólidos al juzgador”<sup>99</sup> En este sentido, se exige una mera **prueba indiciaria** deducida de los argumentos de la parte para apreciar si con la ejecución del acto administrativo se ocasionan perjuicios para quien solicita la medida. Lo que no quiere decir que se rechacen o no se valoren los demás medios probatorios.

Como se puede apreciar en Colombia, **la aplicación de la apariencia de buen derecho se ha visto limitada a este *modus procedendi***, la idea de “*sumaria cognitio*” o “(...) juicio de verosimilitud de los hechos y no su determinación absoluta y completa, (...)”<sup>100</sup>, ha generado interpretaciones sesgadas en materia de medidas cautelares. Especialmente, tratándose de la suspensión provisional en cuanto al tipo o número de medios probatorios susceptibles de ser valorados por el juez para ordenar la medida, o en cuanto a los supuestos facticos o jurídicos que puedan apreciar el mismo para que “*prima facie*” considere que hay apariencia de buen derecho. Desde este punto de vista, en principio, para apreciar el *fumus* parece carecer de relevancia cuáles son los elementos de los que se deduce la ilegalidad o el objeto de investigación; sino que lo único que caracteriza el pre-juicio sobre la posible concesión de una medida cautelar con respecto al juicio final es la **exhaustividad** o profundidad del análisis que el juez ha de realizar<sup>101</sup>.

Valga recordar que sumariedad no es sinónimo de superficialidad<sup>102</sup>. **Al juez le corresponde valorar todos los argumentos y las pruebas, en las que éstos se sustentan, pero en grado de *verosimilitud*, de manera sumaria y provisional, para considerar la existencia de *fumus***

---

<sup>99</sup> JIMENEZ PLAZA, C., *El “fumus...”: un análisis... Ob. cit.*, pág. 41. En el mismo sentido: ATS 24 de abril de 1995 (RJ/3145). Así mismo: AATS 13 de julio de 1990 (RJ/5056) y 12 de marzo de 1998 (RJ/7738).

<sup>100</sup> JINESTA LOBO, E., *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo.*, San José, Costa Rica, 1996, pág. 123.

<sup>101</sup> En este sentido ATS 5 de diciembre de 2000 (RJ/286).

<sup>102</sup> Al respecto: QUIROGA CUBILLOS, H., *Procesos y Medidas... Ob. cit.*, pág. 40 y ss.; SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Teoría general de las medidas...”, en *Las medidas cautelares... Ob. cit.*, pág. 21 y ss., y CAMPO CABAL, J. M., *Medidas Cautelares en... Ob. cit.*, pág. 13 y ss.: “(...) Se refiere a la prisa o la ligereza, pero sin errores (...)”.

***boni iuris* y garantizar la tutela judicial efectiva.** En el juicio cautelar el juez valora la *verosimilitud* de todos los argumentos presentados y soportados en las pruebas aportadas, mientras que en proceso principal los supuestos de hecho y de derecho no deben ser valorados en su verosimilitud, sino que deben ser realmente probados.

- **Algunos pronunciamientos recientes, de significativa importancia, en el contencioso-administrativo colombiano.**

La normatividad que regula las medidas cautelares **en Colombia** es bastante reciente, fenómeno que deja margen para que el Consejo de Estado siga ajustando sus interpretaciones al marco constitucional. Precisamente, ha incorporado importantes matices en la aplicación de este criterio en el Auto de 13 de mayo de 2014<sup>103</sup> proferido dentro del polémico caso de destitución del Alcalde de Bogotá por un acto administrativo de la Procuraduría general de la nación. El Alcalde de Bogotá en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho solicitó la suspensión provisional del acto administrativo de destitución e inhabilidad junto con el acto administrativo que ejecutó esa decisión. En efecto, los actos demandados son suspendidos provisionalmente.

**En cuanto a la apreciación del *fumus Boni Iuris* por su contenido,** el Alto Tribunal valoró la argumentación expuesta por el demandante en la solicitud, así como la existencia previa de varias decisiones judiciales (incluso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH) que, con anterioridad, habían determinado la presencia de verosimilitud a dichos argumentos. Así mismo, tuvo en cuenta la **apariencia** de ilegalidad del acto administrativo de destitución por cuestiones, tanto de competencia – el acto no fue expedido directamente por el Procurador General-, como de mala adecuación de los supuestos de hecho a las conductas por las cuales fue sancionado el demandante – específicamente, en cuanto a la configuración del dolo y la proporcionalidad de la sanción-:

---

<sup>103</sup> Exp. No. 201400360 00. M. P. Gerardo Arenas Monsalve.

- a. Existía ya la decisión del 18 de marzo de 2014, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 5/2004, que consideró: "*el presente asunto reúne prima facie los requisitos de gravedad, urgencia e irreparabilidad contenidos en el artículo 25 de su Reglamento. En consecuencia, la Comisión solicita al Gobierno de Colombia que suspenda inmediatamente los efectos de la decisión de 9 de diciembre de 2013, emitida y ratificada por la Procuraduría General de la Nación el 13 de enero de 2014*"<sup>104</sup>. Esta decisión de la CIDH no fue acatada por el Gobierno Colombiano por considerar que las resoluciones de la CIDH carecen de fuerza vinculante.
- b. Así mismo, existía la sentencia de tutela proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, el 21 de abril de 2014, que ordenó al Presidente de la República dejar sin efectos el Decreto 570 del 20 de marzo de 2014 "y en consecuencia, tome las decisiones a que haya lugar para el acatamiento de la medida cautelar 374-13 proferida por la CIDH en la resolución 05 del 18 de marzo de 2014". El Señor Presidente de la República sólo acató las medidas cautelares ordenadas por la CIDH después de una sentencia de tutela que lo obliga a hacerlo. Para ello, expide el Decreto 797 de 23 de abril de 2014 que cesó los efectos del Decreto 570 del 20 de marzo de 2014 y 761 de 21 de abril de 2014.
- c. "A pesar del cumplimiento, aunque tardío, de las medidas cautelares impuestas por la CIDH, los actos administrativos sobre los que versa el objeto del recurso gozan de la presunción de legalidad, y de los atributos de ejecutividad y ejecutoriedad. Y, a pesar de que el acto de ejecución de la destitución, perdió eficacia, los actos definitivos sancionatorios están plenamente vigentes y la medida cautelar de la suspensión es procedente para, de configurarse los supuestos necesarios, suspender los efectos

---

<sup>104</sup> Consideró la Comisión en la citada resolución "(...) a la fecha de la emisión de la presente resolución, la Comisión no ha recibido información respecto a alguna decisión sobre una condena penal, emitida por un juez competente y en un proceso penal, en contra del señor Gustavo Francisco Petro Urrego. En consecuencia, la Comisión estima que la posible aplicación de una sanción de naturaleza disciplinaria, adoptada por la autoridad administrativa, podría afectar el ejercicio de los derechos políticos del señor Gustavo Francisco Petro Urrego. (...) En particular, la Comisión toma nota que en dicha petición se aduce la posible falta de compatibilidad de la decisión de la Procuraduría General de la Nación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la potencial falta de efectividad de los recursos disponibles en la vía interna (...)".

jurídicos de esas decisiones administrativas proferidas por la Procuraduría General de la Nación”.

- d. «La sustentación de la solicitud de la medida cautelar en la que se argumenta que los actos administrativos demandados desconocieron el debido proceso porque la Procuraduría no atendió las reglas de competencia directa del Procurador General de la Nación. “Sobre el particular se debe señalar (...) que conforme al artículo 278.1 de la C.P., por tratarse de un **asunto de “infracción manifiesta” de la Constitución y la ley, era de competencia privativa del Procurador General** de la Nación, por lo que se configura el vicio de falta de competencia para expedir el acto sancionatorio (...) **No obstante la convicción del suscrito Magistrado** ahora ponente de esta decisión, debe señalarse que, **el debate** sobre la competencia por delegación de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, para expedir los actos administrativos sancionatorios que destituyeron al Alcalde Mayor de Bogotá, **ha suscitado controversia** al interior de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo<sup>105</sup>. **Lo que significa que es un aspecto que debe ser retomado en la sentencia**». Resulta absolutamente apropiada esta motivación de la apariencia de buen derecho, en principio, parece claro que la Constitución reserva la competencia, para sancionar al Alcalde Mayor de Bogotá, al titular de la procuraduría general. Sin embargo, existe discrepancia sobre el punto entre los Magistrados del Consejo de Estado. Por lo tanto, el *fumus* existe, y durante el transcurso del proceso se retomará el debate, se encontrará la certeza o se desvirtuará.
- e. «Del análisis y confrontación de las normas que se invocan (...) se tiene que en el acto sancionatorio la imputación se hizo a título de dolo bajo consideraciones, que a juicio de este Despacho **no constituyen una motivación que de manera razonable y con suficiencia argumentativa y probatoria, permita atribuir sin dubitación alguna que la falta disciplinaria es imputable a título de dolo** (...) El dolo como elemento subjetivo debe estar plenamente probado y la valoración de la conducta debe comprender a su vez el análisis del elemento volitivo o motivación del acto, el cual también requiere de su plena comprobación (...) De manera crítica debe decirse que, según se indica en el acto sancionato-

---

<sup>105</sup> Ver sentencia de tutela de 5 de marzo de 2014 Magistrado Ponente: Alfonso Vargas Rincón. Exp. No. 2013-06871-01, con salvamentos de voto. Las negritas fuera del texto.



rio, el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO “conocía los hechos”, y “**quería** que las empresas del Distrito asumieran, **a como di-era lugar**, la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá...”. La expresión transcrita implica que el ente disciplinario no solamente valoró negativamente las motivaciones que el señor PETRO URREGO expuso a lo largo del trámite disciplinario, sino que, tal expresión califica la conducta como un mero capricho del actuar. Para el Despacho **se evidencia que dicha valoración no contiene la entidad suficiente para convencer objetivamente de la intención que motivó la actuación del agente** y permita atribuir el dolo como el título más gravoso de culpabilidad en materia de responsabilidad disciplinaria (...) no se tuvieron en cuenta otros elementos que permitieran razonablemente determinar el grado de culpabilidad del agente y la gravedad de la falta imputada, como lo sería el haber analizado las causas que motivaron dicho actuar, entre ellas, la adopción de una política pública por parte del Alcalde a través de la inclusión de la población recicladora en la prestación del servicio público de aseo.

- f. «Se reitera en el acto sancionatorio, el juicio de valor sobre el querer del actuar del Alcalde Mayor de Bogotá, al señalarse que “*quería que empresas distintas a las del Distrito no pudieran prestar el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá en igualdad de condiciones*”. Ese querer, no es evidencia por si solo de la “*voluntad para realizar u omitir el deber o la prohibición*” como elemento de la culpabilidad (...) **no se encuentra plenamente acreditado que el Alcalde Mayor de Bogotá, haya desplegado la conducta imputada de manera voluntaria, con la unívoca e inequívoca intención de desconocer sus deberes funcionales y transgredir el ordenamiento jurídico**». Junto a ello, consideró el Consejo de Estado que no se tuvo en cuenta, en el proceso administrativo previo, la modalidad y circunstancias en las que se cometió cada una de las faltas por las que fue sancionado el demandante.

En cuanto al ***modus procedendi***, en este pronunciamiento, el Consejo de Estado consideró que “la medida de suspensión requiere del Juez una carga argumentativa que de manera razonada explique los motivos por los cuales estima que el acto contraviene las disposiciones superiores en que debía fundarse y justifica la decisión que de manera preventiva suspende la ejecución del acto administrativo. Esta decisión por expresa disposición legal, “*no implica prejuzgamiento*” (...) **insiste en la necesidad de efectuar un análisis amplio y detallado de las razones para**

**decretar la medida cautelar.** Pero igualmente considera que **esa preocupación no puede ser motivo para que el juzgador se abstenga de hacer uso del medio preventivo que le solicita el demandante, pues ello llevaría a la inoperancia de la figura de las medidas cautelares en general y de la suspensión provisional en particular,** que caracterizó al anterior Código Contencioso Administrativo y que llevó a consagrar en el nuevo Código una figura más amplia y protectora de los derechos del demandante frente a la actuación de la administración”.

Buen ejemplo de justicia cautelar resulta este auto. El análisis está hecho por juez es en términos de “verosimilitud de los argumentos” presentados por el demandante y no de la certeza jurídica de los mismos. De hecho, deja expresamente señalado que hay dudas sobre la interpretación jurídica de algunas disposiciones normativas y sobre la adecuación de las conductas. Dudas que se solventarán durante el proceso pero que, en principio, dan la apariencia de buen derecho al demandante. No se conformó el Consejero con un análisis superficial de mera comparación de normas, valoró la situación jurídica del actor y también la apariencia de ilegalidad de la decisión administrativa. También afirmó que el juez no debe proceder con miedo frente a la justicia cautelar, pues este la hace inoperante. Por el contrario, el juez debe hacer un análisis serio y argumentar suficientemente su decisión.

Si bien en este caso también se tuvo en cuenta el “*periculum in mora*”- al que se hará referencia más adelante- pues de no concederse la protección cautelar al actor se habría causado un perjuicio irreversible (su periodo electoral finalizaría antes de obtener una sentencia de fondo) y también se valoraron las decisiones previas de la CIDH y del Tribunal Superior de Cundinamarca que ordenaban la suspensión cautelar, merecerá la pena que esta decisión no sea una simple golondrina en pleno verano. Es decir, debe ser tenida en cuenta como un precedente obligatorio en los próximos pronunciamientos para desarrollar una línea jurisprudencial en materia de medidas cautelares que resulte acorde con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Ahora bien, en el mismo sentido, debe citarse **la suspensión del concurso de méritos de Jueces y Magistrados convocado en el año**

**2013.** Por medio del Auto de 30 de abril de 2013, exp. 3914-13<sup>106</sup>, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, suspendió los efectos de la expresión “sólo se permitirá la inscripción de un (1 cargo)” incorporada en el art. 2 del acuerdo PSSAA13-9939 de 25 de junio de 2012, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura (Sala Administrativa), “por medio del cual se adelanta el proceso de selección y se convoca al concurso de méritos para la provisión de los cargos de Funcionarios de la Rama Judicial”. La suspensión de la expresión citada **conllevó obligatoriamente** la suspensión inmediata (Art. 234 LPCA) de la etapa del concurso de méritos correspondientes a la prueba de conocimientos y psicotécnicos.

**La suspensión** fue solicitada por una ciudadana, dentro del medio de **control de simple nulidad** (Art. 137 LPACA). El aparte citado del acuerdo impidió a los concursantes opositar para varios cargos y, por lo tanto, fue demandado por considerarse violatorio de los derechos a la igualdad, al libre acceso a la función pública judicial y a la libertad de escoger oficio. Estos derechos tienen la categoría de fundamentales y no pueden ser restringidos en virtud de un acuerdo expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

La prueba de conocimientos estaba programada para el día 4 de mayo de 2014. Los aspirantes se presentarían a un examen diseñado para el único cargo al que pudieron inscribirse en la etapa de la convocatoria. Dada la premura del desarrollo de la primera prueba (que de hacerse y, posteriormente, declararse la nulidad del apartado demandado quedaría totalmente sin efectos y debería repetirse, con el desgaste que esto conlleva, tanto para la función pública, como para todos los aspirantes) se siguió el trámite de las medidas cautelares de urgencia (art. 234). En este marco, se dio paso al estudio de la suspensión cautelar *inadudita altera parte*. Sobre este trámite de las medidas cautelares sin audiencia de la parte contraria se profundizará en el acápite correspondiente a los requisitos procesales.

Pues bien, en este pronunciamiento, el Consejo de Estado no realiza una identificación de los criterios necesarios para la adopción de la medida cautelar, sin embargo, los criterios a tener en cuenta para la adopción de las medidas suspensivas y positivas son distintos. El único criterio de

---

<sup>106</sup> M.P. Gustavo Gómez Aranguren.

adopción de la suspensión en el medio de control simple nulidad es el *fumus boni iuris*. Al juez bastará que se acredite la violación de las disposiciones normativas invocadas como violadas. Esta acreditación se debe hacer, bien por confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, bien por cualquier tipo de medio probatorio - medios probatorios que han de ser estudiados en su totalidad para fundamentar la decisión cautelar- (art. 231 LPACA). En efecto, no surge del medio de control de simple nulidad, ni de la providencia cautelar dentro de estos procesos, ningún restablecimiento del derecho. El objeto de este recurso contencioso-administrativo es excluir del ordenamiento jurídico normas ilegales.

En este sentido, consideró la Alta Corporación que: a. de conformidad con el Art. 152 CN, cualquier regulación que pretenda realizarse de derechos fundamentales (cuando afecte su núcleo esencial, desarrolle elementos estructurales y principios propios del derecho, regule aspectos inherentes a su ejercicio, consagre límites, restricciones excepciones y prohibiciones del mismo<sup>107</sup>) deberá hacerse por norma con rango de Ley Estatutaria. b. El acceso a cargos públicos es un derecho fundamental<sup>108</sup> : “el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos es un derecho constitucional de naturaleza fundamental, cuya órbita de protección contempla la facultad que le asiste al participante del concurso de elegir entre las opciones disponibles la que más se acomoda a sus preferencias, partiendo del supuesto que cumple con los requisitos exigidos por la ley para el ejercicio del cargo de que se trate”. c. la expresión “sólo se permitirá la inscripción de un (1 cargo)” es una limitante al derecho fundamental de acceso a las funciones y cargos públicos y, por lo tanto, desborda la competencia del Consejo Superior de la Judicatura (Art. 17 Ley 270/1996) toda vez que competencia de restricción y limitación de los derechos fundamentales está reservada al Congreso de la República. d. Se encuentra acreditada la violación directa de disposiciones constitucionales y legales. Una violación constitucional y legal (Art. 40.7 y 152 a CN – 85 L. 270/1996) que el Consejo de Estado consideró “ostensible”.

---

<sup>107</sup> Sentencias: C-319 de 2006, abril 25, M. P. Álvaro Tafur Galvis y C-850 de 2009, 25 de noviembre, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>108</sup> “una garantía con la que cuenta el ciudadano para presentarse a concursar cuando haya cumplido los requisitos que la respectiva convocatoria prevé”. Entre otras, Sentencias T-003 de 1992 y T-309 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Si bien es cierto que el **criterio único y por lo tanto determinante en este caso es la apariencia de buen derecho**, es necesario mencionar que la no adopción la medida cautelar de suspensión dejaría vaciaría de contenido anticipadamente la sentencia y la tutela judicial sería ineficaz, pues una vez declarada la nulidad de la disposición demandada el concurso público ya se habría surtido en varias de sus etapas. No sólo tendrían que rediseñarse las pruebas técnicas, sino que tendría que iniciarse nuevamente el concurso, desde la etapa del reclutamiento, para que todos los aspirantes pudieran señalar los cargos (más de uno) a los que consideran pueden aplicar por cumplir con los requisitos exigidos.

Ahora bien, en este caso existe tensión entre intereses públicos. Por un lado, la salvaguarda y efectividad de los derechos fundamentales de los ciudadanos (protección a la libertad de acceso a los cargos públicos), así como, la eficiencia en los procedimientos de selección de la Administración de Justicia. Que éstos últimos se realicen de conformidad con las disposiciones normativas vigentes y que su resultado sea legal e idóneo para proveer los cargos vacantes es un interés público de altísima prioridad. Por otro lado, está la necesidad de que los cargos sean proveídos, cuanto antes, mediante concurso público para garantizar la tecnificación de la propia Administración de Justicia. Sin embargo, este segundo sufriría menoscabo, si tuviera que repetirse el concurso, porque el resultado arrojado vulnerara la constitución y la Ley.

Pese a lo expuesto, la decisión de suspensión fue recurrida en súplica, ante la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, por el Consejo Superior de la Judicatura. Con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón, se expide el Auto de 19 de agosto de 2014 **levantando la suspensión cautelar del acuerdo** arriba citado en cuanto a la expresión demandada “sólo se permitirá la inscripción de un (1 cargo)” y, por lo tanto, la suspensión de la etapa del concurso de méritos correspondientes a la prueba de conocimientos y psicotécnicos.

Nuevamente se está frente a un acto de medidas cautelares que no profundiza ni argumenta en los derechos constitucionales ni en los criterios legales de adopción de las mismas.

El recurrente en súplica consideró que el haber dado trámite de urgencia a la medida cautelar - cuándo aún se encontraba corriendo el término de traslado para pronunciarse sobre la misma - vulneró su derecho de defensa. Así mismo, que el solicitante de la medida cautelar no demostró la violación de las normas alegadas como vulneradas. Consideró el Consejo Superior de la judicatura que la «regla de inscripción para un

solo cargo obedece al ejercicio de la facultad de la administración de la carrera judicial, y pretende garantizar la selección del “mejor juez posible” para cada cargo». Así mismo, que esta situación evita dilaciones en el concurso y una más eficiente provisión de las vacantes: “existiendo la posibilidad de que sólo un aspirante se presentara a todos los cargos convocados, podría darse la situación de que resultara en varios registros de elegibles, circunstancia que conllevaría la dilación del procedimiento de agotamiento de las listas quitándole la oportunidad a otros aspirantes que estén en una posición inferior para acceder a los cargos”. Igualmente, que implicaría un mayor coste del concurso para la Administración de Justicia lo que afecta, a su juicio, la eficacia de ésta última.

Pues bien, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección b, no se detuvo en el estudio de ninguno de los puntos señalados por el recurrente. A esta Alta Corporación le bastó considerar que la expresión demanda no se puede leer de manera asilada: “la idea de que la convocatoria contempla la oportunidad de que los interesados pueden inscribirse en un (1) solo cargo, es decir que tienen una sola opción (...) si se analiza el artículo segundo del acuerdo (...) con claridad se desprende que la convocatoria permite varias opciones, sólo que en un área o especialidad y para ello es importante identificarla”. Se “convocó a los interesados en vincularse a los cargos de funcionarios (Juez o Magistrado) de la rama judicial, denominación en la cual **no hay solo uno**, existen varios. Por ejemplo, en el Tribunal Administrativo de Bucaramanga, existen 30 cargos de magistrados (...) no resulta razonable que para no quebrantar el derecho fundamental de acceso a funciones públicas se permita la inscripción en cargos de todas las denominaciones (...) por ello, en este momento procesal no podría afirmarse que haya incursionado en la órbita de una Ley Estatutaria (...) se limitó a señalar un regla de organización administrativa de la cual se podía ocupar la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (...) Refuerza esta apreciación el contenido del artículo 165 de la Ley estatutaria de Administración de Justicia (...) «En cada caso de conformidad con el reglamento, los aspirantes, en cualquier momento podrán manifestar las sedes territoriales de su interés”. Por las anteriores razones revocó la providencia de suspensión con la consecuente reanudación del concurso de méritos en la etapa correspondiente.

Como se puede apreciar, no se pronunció el auto sobre los requisitos de la medidas cautelares, en particular de la suspensión cautelar. **Sin embargo, analizó la apariencia de buen derecho** de la norma demandada. Probablemente, el Consejo de Estado en su análisis interpretó de

manera diferente el derecho fundamental al libre acceso a la función pública judicial y a la libertad de escoger oficio, con el número de vacantes existentes para un solo cargo. Es claro como no es lo mismo opositar a los cargos de Juez y Magistrado (estando en el cumplimiento de los requisitos para ambos) que hacerlo sólo para Juez o sólo para Magistrado, ello con independencia de cuántas plazas estén libres hay en el país para uno u otro cargo. Por lo tanto, este será un asunto que tendrá que esperar al pronunciamiento de fondo, no sin asumir las consecuencias de tal decisión trae: la continuidad de un concurso público que probablemente, con la sentencia, tenga que quedarse sin efecto y retrotraerse al momento en el que los aspirantes puedan hacer uso de su derecho fundamental a la libertad de acceso a la función pública y de escoger oficio. Es cierto que no se trata aquí de una situación “irreversible”, pues el concurso público que se adelante con fundamento en una norma que vulnere la Constitución y la ley debe ser repetido, pero, ¿a qué costo? la erogación innecesaria de recursos públicos, el desgaste de la Administración de la Rama Judicial en un concurso cuyos resultados pueden ser violatorios de derechos fundamentales, la efectividad de los derechos de los ciudadanos aspirantes y la propia eficacia de la Administración de Justicia.

- **El *fumus boni iuris*: un contenido fuerte para medidas suspensivas de actos administrativos, ordenadas dentro de los medios de control de simple nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, y débil para medidas suspensivas de procedimientos, incluso contractuales y medidas cautelares positivas.**

**En Colombia**, la apariencia de buen derecho es un criterio de gran relevancia, especialmente para la medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo. Como si respondieran a una naturaleza jurídica distinta, el legislador contencioso – administrativo en la LPACA consideró necesario diferenciar: 1. **los requisitos necesarios para la adopción de la suspensión cautelar de actos administrativos, de aquellos que se requieren para acordar el resto de medida cautelares** y 2. **El contenido del *fumus boni iuris* exigido para la medida suspensiva de actos administrativos y para otras medidas cautelares** (Art. 231).

En cuanto al primer punto, el **único requisito** exigido para la adopción de la medida suspensiva de actos, dentro del medio de **control de sim-**

**ple nulidad**, es el *fumus boni iuris*, al parecer, con un contenido “**fuerte**” en los términos explicados claramente en el acápite anterior (violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud – concepto de violación- cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud).

Así también el contenido fuerte del *fumus* se exige tratándose de las suspensiones de de un acto administrativo que ha reproducido un acto que ya había sido suspendido o había sido anulado previamente por la jurisdicción contencioso-administrativa (Art. 237 LPACA<sup>109</sup>). En estos supuestos, el contenido del *fumus* es de absoluta certeza, pues ya obra una declaratoria de suspensión o nulidad por parte del juez contencioso y, tal decisión, es requisito para la admisión del recurso.

Ahora bien, si la medida es solicitada dentro del **medio de control nulidad y restablecimiento del derecho**, al *fumus boni iuris* de “contenido fuerte” se le debe sumar el *periculum in mora*: probar al menos sumariamente la existencia de perjuicios. A este segundo requisito –Como ya se ha dicho – se hará referencia en el ítem siguiente. No menciona la legislación, en ningún momento, al menos para la suspensión de actos, la ponderación de intereses.

---

<sup>109</sup> “Ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia o al auto, hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión”. Esta norma tiene sus homólogas en el Código de Régimen Departamental, Art. 86, que establece que “Las ordenanzas u otros actos de las asambleas departamentales anulados definitivamente por los tribunales de lo contencioso administrativo, en el concepto de ser contrarios a la Constitución o a las leyes, o lesivos de derechos civiles, no podrán ser reproducidos por aquellas corporaciones si conservan la esencia de las mismas disposiciones anuladas, a menos que una disposición legal, posterior a la sentencia, autorice expresamente a las asambleas para ocuparse de tales asuntos” y en Código de Régimen Municipal, Art. 124, “Los acuerdos u otros actos de los concejos municipales anulados definitivamente por los tribunales de lo contencioso administrativo, en el concepto de ser contrario a la Constitución o a las leyes, o lesivos de derechos civiles, no podrán ser reproducidos por aquellas corporaciones si conservan la esencia de las mismas disposiciones anuladas, a menor que una disposición legal, posterior a la sentencia, autorice expresamente a los concejos para ocuparse de tales asuntos”. A este tipo de suspensiones se ha hecho referencia en el capítulo anterior.



Para **las demás medidas cautelares** (suspensiones de procedimientos, inclusive contractuales, ordenes positivas) susceptibles de ser solicitadas, en los demás medios de control declarativos, se exige la concurrencia de tres requisitos: **la apariencia de buen derecho, el periculum in mora y la ponderación de intereses** (Art. 231 inciso 2, numerales 1,2,3,4). Estos tres requisitos se describen en la LPACA así: “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 documentos, informaciones, argumentos, 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 con 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”. Al *periculum in mora* y a la ponderación de intereses, exigidos en los numerales 3 y 4 del Art. 231, se hará referencia más adelante.

Ahora bien, la suspensión de procedimientos administrativos, inclusive de carácter contractual, medidas que, como claramente se aprecia, son suspensivas y son medidas cautelares susceptibles de solicitarse también dentro de los medios de control nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho (Art. 230.2), quedan sometidas a la concurrencia de los tres requisitos: *fumus*, *periculum* y ponderación. Pero también para la propia suspensión del acto administrativo -si es solicitada dentro de procesos distintos a la simple nulidad o nulidad y restablecimiento- como por ejemplo, dentro de una reparación directa motivada en un acto administrativo legal, tendrían que concurrir los tres requisitos enunciados.

Como se puede apreciar, el criterio de diferenciación en la exigencia de requisitos para la adopción de las medidas cautelares en la LPACA, no queda claro, a la suspensión cautelar del acto administrativo se le diferenció de las demás medidas, no porque responda a una naturaleza jurídica, distinta, sino porque, hasta el 2012 era la única medida cautelar conocida en el contencioso- administrativo Colombiano y, por lo tanto, de ella se tenía mayor desarrollo jurisprudencial. No obstante esto, se

observa que la diferenciación que realiza el legislador no responde a criterios objetivos, razonables, ni mucho menos justificables constitucionalmente.

En cuanto al segundo punto, no contentos con la primera diferenciación, el contenido del *fumus boni iuris* para las medidas cautelares consideradas en la LPACA también varía. Si se trata de la suspensión cautelar de un acto administrativo (solicitada dentro de una nulidad o de una nulidad y restablecimiento del derecho) el contenido de la apariencia de buen derecho es el ya explicado Art. 231 (violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud – concepto de violación- cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud). Pero, si se trata de otro tipo de medida cautelar (positivas o suspensión de procedimientos, incluso, contractuales) el *fumus* se exige en los términos del Art. 231. 1 y 231.2: “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”. Un *fumus* más cercano a la variante “débil” a la que se hacía referencia páginas atrás: la demanda razonablemente fundada en derecho. El Consejo de Estado en la sentencia de la Sala Plena de 5 de marzo/2014, exp. 2013-06871-0, consideró que las medidas cautelares, distintas a la suspensión del acto administrativo, “proceden siempre y cuando se reúnan ciertos supuestos, como el buen derecho del demandante (*bonus fomis iuri*), o sea la probabilidad razonable de que prospere su causa (...)”. (Sic).

No ha sido posible desligar aún a la suspensión del acto administrativo del los tradicionales privilegios de la Administración Pública (ya reevaluados a la luz de la Constitución de 1991) y de los rituales y formalismos excesivos, tampoco que la jurisprudencia la aparte estos criterios de la apariencia de buen derecho de contenido fuerte.

Toda esta diferenciación resulta confusa, desgastante y absurda, especialmente porque no responde a un principio lógico, racional o proporcional. Como se explicó en el capítulo anterior la naturaleza de todas las medidas cautelares es exactamente la misma, no existe un criterio constitucional válido que permita diferenciar los requisitos legales exigidos para las suspensión del acto administrativo de los pedidos por el legislador para las medidas cautelares positivas, ni mucho menos, para

hacerlos distintos de aquellos que se piden para el acuerdo de la suspensión de procedimientos.

Pese a lo anterior, el Consejo de Estado en sentencia de la Sala Plena de 5 de marzo/2014, exp. 2013-06871-0, reconoce y justifica, la diferencia de los requisitos de adopción de la medida cautelar suspensiva de las demás, para ello cita el informe de ponencia para el segundo debate en la Cámara de Representantes (Gaceta No. 951 de 23 de noviembre de 2010):

“Así mismo se varía la frase inicial del inciso segundo del citado artículo 231 para una mejor comprensión de la distinción entre las condiciones para que proceda la suspensión provisional de los actos administrativos y los requisitos que se deben cumplir para la adopción de las demás medidas cautelares(...) Los requisitos previstos para las demás medidas cautelares diferentes a la suspensión provisional de los actos en los numerales siguientes tienen por objeto que el tiempo transcurrido en el proceso no afecte los intereses de mayor valía de la comunidad o no causen agravio a un interés subjetivo, por eso proceden siempre y cuando se reúnan ciertos supuestos, como el buen derecho del demandante (bonus fomis iuri), o sea la probabilidad razonable de que prospere su causa; la eventual lesión del interés público y los perjuicios que la medida pudiera ocasionar, y la irremediabilidad de los dañoso el temor fundado de la ineficacia final de la sentencia por la demora del proceso (periculum mora)”.

Aunque los pronunciamientos del TJCE no tiene ningún tipo de fuerza vinculante en los países de América Latina, si sirven de fuente en la armonización de los derechos fundamentales, merece por lo tanto la pena recordar aquí la Sentencia Atalanta de 9 de noviembre de 1995<sup>110</sup> en el que se concluyó que: “la protección provisional o cautelar que las jurisdicciones nacionales deben asegurar a los justiciables (...) no debe variar, tanto si éstos últimos piden suspensión de la ejecución, como si pi-

---

<sup>110</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Sobre la posibilidad de que las jurisdicciones nacionales adopten medidas cautelares positivas (y no sólo suspensiones) contra los actos de sus Administraciones respectivas dictados en ejecución de Reglamentos Comunitarios cuya validez se cuestiona (Sentencia Atlanta del Tribunal de Justicia, de 9 de noviembre de 1995) ", en *Revista española de Derecho Administrativo* Núm. 88, 1995, pág. 579 y ss., y DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 102-106.

den medidas provisionales que configuren o regulen en beneficio de ellos situaciones jurídicas controvertidas”<sup>111</sup>. “Las condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares positivas (...) son exactamente las mismas que las establecidas para la adopción de una medida cautelar de suspensión”<sup>112</sup>.

- **El *fumus boni iuris* en los casos de vías de hecho e inactividad de la Administración.**

En el **ordenamiento jurídico Español**, el criterio de *Fumus boni iuris* se incorpora, aunque no de manera expresa, como **criterio principal** para las medidas cautelares solicitadas cuando se configuran los supuesto de **vías de hecho e inactividad de la administración**<sup>113</sup> (Art. 136 LJCA). Como se adelantó en el capítulo anterior, es cierto que, en principio, pareciera que la regla general del régimen cautelar se invierte, es decir, “la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos [29 y 30 LJCA] o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el juez ponderará en forma circunstanciada”. Sin embargo, en ambos casos la situación de irregularidad de la actuación u omisión

---

<sup>111</sup> Sobre el Estudio del Art. 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn que consagra el derecho a la Tutela Judicial Efectiva *vid: Ibidem*, pág. 116 y ss.

<sup>112</sup> La Sentencia del Tribunal de Justicia reitera lo sostenido en el caso *Zuckerfabrik* ya expuesto.

<sup>113</sup> Artículo 29 LJCA: “1. Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración. 2. Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78. Artículo 30 LJCA: “En caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo”.

de la Administración Pública resulta **patente, evidente y flagrante**, de otra manera no se configurarían las situaciones de inactividad o la vía de hecho. Por lo tanto, la certeza de vulneración del derecho o interés legítimo del accionante si está presente y si se exige por el juez, sólo que esta vez, al momento de admitir el recurso<sup>114</sup>. Incluso, cierto sector de la doctrina ha considerado este régimen especial cautelar desde una perspectiva negativa del *fumus*: “el otorgamiento de la tutela cautelar no se condicionará en los recursos contra la inactividad administrativa a la existencia de una «apariencia de buen derecho» (esto es, la apariencia de que el recurrente ostenta, en efecto, un derecho subjetivo, a la prestación material omitida o a la ejecución de un acto en firme que le favorece) sino – tan sólo- a que no exista una evidencia de ausencia de tal derecho”<sup>115</sup>.

Como se explicará en el siguiente acápite, las medidas cautelares que se soliciten por el recurrente, por fuera de las situaciones de vía de hecho e inactividad de la Administración, no tienen como criterio principal de adopción la apariencia de buen derecho sino el *periculum in mora* y la previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto. Aunque, para ciertos estudiosos de la justicia cautelar, la ponderación de intereses en conflicto resultaría vaciada de contenido si no considera en su contenido la apariencia de buen derecho y la urgencia<sup>116</sup>. En el mismo sentido, para otro sector de la doctrina, también el *periculum in mora*, elemento congénito a la idea de protección cautelar, requiere del *fumus boni iuris* para que pueda configurarse, toda vez que la “efectividad de la sentencia”, como finalidad de la adopción de la medida cautelar, debe tener en consideración la adecuación a derecho de la pretensión, así co-

---

<sup>114</sup> Cfr.: JIMENEZ PLAZA, C., *El "fumus...": un análisis... Ob. cit.*, pág. 137: “se parte de una solidez indiscutida de la posición del justiciable, solidez que ha justificado el Tribunal admitiendo el recurso”.

<sup>115</sup> BACIGALUPO, M., *La nueva tutela cautelar en el Contencioso- Administrativo, Ob. cit.*, pág. 171.

<sup>116</sup> DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 277 y 368: “La ponderación implica, en primer lugar, integrar el *periculum in mora* y confrontar el riesgo que conlleva la adopción de la medida cautelar o, en su caso, la no adopción de la misma, para todos los intereses implicados. Dicha valoración, además, ha de venir acompañada de la toma en consideración del *fumus boni iuris*, de manera que sólo las situaciones jurídicas *prima facie* susceptibles de ser protegidas puedan tener cabida en el discurso del juez cautelar”.

mo la apreciación *prima facie* de la legalidad de la situación jurídica que debe ser protegida por el ordenamiento jurídico<sup>117</sup>.

Como se explicó en el capítulo anterior, en el ordenamiento jurídico Colombiano las situaciones configurativas de vías de hecho o inactividad de la administración no tienen un procedimiento especial, razón por la cual los ciudadanos deben acudir a la acción de tutela para obtener su protección. Ahora, de configurarse tales situaciones y pretender el actor un recurso contencioso – administrativo con solicitud de medidas cautelares de urgencia, no es el *fumus boni iuris* el requisito determinante en su adopción. Por el contrario, lo será el *periculum in mora* (Art. 234)<sup>118</sup>.

- **El *fumus* como requisito acumulativo para la adopción de medidas cautelares. Miedo al prejuzgamiento del proceso principal.**

En los ordenamientos contencioso-administrativos español y colombiano, el *fumus boni iuris* es un requisito acumulativo, debe concurrir con el ya tradicional *periculum in mora* y con la ponderación de intereses. Este último, de origen alemán y de adopción más reciente por los ordenamientos jurídicos antes mencionados. Lo anterior pese a los llamados a la cordura, especialmente, de parte de la doctrina Española<sup>119</sup>, que entiende la apariencia de buen derecho como único criterio a tener en cuenta para la adopción de la medida cautelar, “ya que la demora exorbitante de los procesos equivale ya de por sí a una frustración de la sen-

---

<sup>117</sup> En este sentido: CHINCHILLA MARÍN, M. C., "Los criterios de la adopción de las medidas cautelares en la nueva Ley reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa", en *Cuadernos de derecho... Ob. cit.*, pág. 17 y ss.

<sup>118</sup> Sobre este punto me remito a lo escrito en el capítulo anterior sobre medidas cautelares previas a la interposición del recurso.

<sup>119</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo I... Ob. cit.*, pág. 594 y ss; "Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998...", en *Revista de Administración... Ob. cit.*, pág. 258 y ss., "La Sentencia Factortame (19 de junio de 1990) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. ...", en *Revista Española de... Ob. cit.*, pág.441. Este autor considera que no es posible que se requiera la inexistencia de perjuicios para el interés público. "No puede una Administración invocar una excepción de interés público para excluir a favor de un ciudadano la tutela judicial efectiva, que comprende (...) la de una tutela cautelar que evite la defraudación de la tutela final si la medida cautelar (...) no se otorgase".

tencia final, lo que obliga a aplicar sistemáticamente la tutela cautelar, generalizándola virtualmente sobre el sólo criterio de la «apariencia de buen derecho»<sup>120</sup>. En la LJCA y LPACA vigentes, la oposición de la Administración Pública sustentada en argumentos de interés público, inmersos en la decisión administrativa impugnada, puede excluir la tutela judicial efectiva de los derechos de los ciudadanos y, por lo tanto, a la tutela cautelar. Sobre la ponderación de intereses, que ha terminado por convertirse en una ponderación de perjuicios a causarse con la inejecución del acto administrativo al interés público o a los intereses de terceros, se profundizará en los acápites posteriores.

El llamado es a la reivindicación del criterio de la apariencia de buen derecho como determinante para la adopción de la medida cautelar que, a su vez, resulta decisiva para evitar que se defraude la tutela judicial solicitada a la Jurisdicción. El Art. 24 CE y Art. 29 y 229 CN, ha eliminado cualquier tipo de restricción (medidas cautelares únicas, perjuicios irreparables, interés público etc...) frente a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de la tutela judicial. “La Constitución impone (obliga, estrictamente a los órganos judiciales, puesto que el justiciable esgrime frente a ellos un derecho fundamental) que la tutela cautelar se aplique siempre que haya riesgo de frustración de la tutela judicial final y por ello cualquier medio que sea oportuno (...)”<sup>121</sup>.

Esta era la idea que se iba abriendo camino en la jurisprudencia, en la etapa de contenido “débil” del *fumus*. El Tribunal Supremo en el auto de 20 de diciembre de 1990, si bien consideró que no constaban ningún tipo de perjuicios para el interés público ni para los terceros pudieran causarse con la suspensión del acto impugnado, también afirmó que “lo que se advierte prima facie, sin que ello suponga prejuzgar el fondo del pleito principal, es una apariencia – apariencia, insistimos – de buen derecho. Esa apariencia, aun siendo sólo eso, basta en un proceso cautelar para otorgar la protección provisional solicitada (...) El derecho a una tutela cautelar cuando se aprecia la existencia de una apariencia de buen

---

<sup>120</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por las medidas cautelares...* Ob. cit., pág. 214.

<sup>121</sup> *Ibidem*, pág. 219: “El Art. 9.2 [CE] (...) impone a todos los poderes públicos «remover los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud» de los derechos fundamentales”. En el mismo sentido: JIMENEZ PLAZA, C., *El “fumus...”: un análisis...* Ob. cit., pág. 88 y ss.

derecho se hace entonces manifiesto y, lo que era en principio latente se hace patente para todos”<sup>122</sup>.

Como se ha venido señalando, La razón fundamental aducida por la doctrina para que la apariencia de buen derecho no sea suficiente motivación en la adopción de las herramientas de protección cautelar es el temor al “*prejuzgamiento*”<sup>123</sup> del proceso principal y, con ello, la vulneración al debido proceso con todas las garantías. Para este sector la apariencia de buen derecho tiene una vinculación grande con el fondo del proceso y, si el juez se centra en las alegaciones dadas por el demandante para ordenar la medida cautelar, adelantará el sentido de la sentencia.

En este marco, resulta casi inoperante este criterio y con él la justicia cautelar. Algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo español consideraron inadecuada la citación de la apariencia de buen derecho por su relación con el fondo del asunto: “la doctrina del *fumus boni iuris* (...) de ser aplicada en la forma que pretende esa Administración traería consigo graves daños a la propia naturaleza del proceso jurisdiccional, dando lugar a la presunción de que en este trámite incidental se prejuzga el fallo de la reclamación contencioso- administrativa, lo que desnaturalizaría la finalidad de la medida cautelar (...)”<sup>124</sup>. “La alegación (...) del *fumus boni iuris* resulta inadecuada, pues sólo será la sentencia que contenga el examen de fondo la que se pronunciará sobre los aspectos sustanciales de dicha cuestión (...)”<sup>125</sup>. (Sic).

---

<sup>122</sup> En el mismo sentido, el ya citado ATS 17 de enero de 1991: “En definitiva, resulta claro que el «*fumus boni iuris*» que emana de la pretensión del en su día recurrente y ahora parte apelada, es bastante para entender que el concreto acto aquí impugnado no merece la ejecutividad que en general caracteriza al acto administrativo”. Igualmente sobre este punto *vid*: STC 10 de febrero de 1992 (RTC/14). STC 148/1993, 29 de abril (RTC/148).

<sup>123</sup> Al respecto: JIMENEZ PLAZA, C., *El “fumus...”: un análisis... Ob. cit.*, pág. 24 y ss. En el mismo sentido: AATS 10 de abril de 1990 (RJ/4055); 24 de diciembre de 1990 (RJ/10185), 4 de mayo de 1995 (RJ/3821), 26 de julio de 1996 (RJ/5721) y 29 de septiembre de 1996 (RJ/6448). Igualmente, Consejo de Estado Auto de 13 de septiembre de (2012) exp. 20012-0042., M.P. Susana Buitrago Valencia y Auto 0263-2013, 22 de octubre de 2013, M.P., Gustavo Gómez Aranguren.

<sup>124</sup> ATS 21 de enero de 1992 (RJ/629).

<sup>125</sup> ATS 9 de marzo de 2001 (RJ/2849). En el mismo sentido ATS 5 de febrero de 2001 (RJ/1398). Igualmente: STC 148/1993 (RTC/148), “el incidente cautelar entraña un jui-



Frente a estas tradicionales posturas se alzan las voces modernistas del derecho administrativo. “el contexto socio-procesal actual (...) exige cada vez más la superación de las barreras impuestas tradicionalmente al perjuicio de fondo. En la medida en que la decisión judicial sea cercana o coincidente con la resolución final (...) la protección de las prerrogativas del poder público ha de pasar necesariamente a un lugar secundario, dado que, superada la fase de presunciones, el control judicial ha de ejercerse hasta sus últimas consecuencias. El miedo al *fumus*, por lo tanto, también debe desaparecer”<sup>126</sup>.

Se explicaba líneas atrás que la relación entre *fumus boni iuris* y nulidades evidentes, manifiestas y ostensibles del acto administrativo, no logra evitar el prejuzgamiento del proceso principal. Por el contrario, cuanto mayor grado de certeza jurídica se exija, por los ordenamientos contencioso-administrativos, para la adopción de a medida cautelar mayor será el “pre-juicio” del asunto de fondo. La pregunta sería entonces ¿qué existe más cierto que lo *ostensible, evidente, manifiesto* o *flagrante*? O, que la ilegalidad de aquello que ha sido producto de aquello ya declarado nulo por la Jurisdicción, o que lo que ha reproduce el contenido de algo declarado nulo. Queda claro que los ordenamientos jurídicos o las posiciones jurisprudenciales que adjudican este tipo de contenido a la apariencia de buen derecho contribuyen a que el juez tenga un convencimiento pleno del sentido del fallo posterior.

La apariencia del buen derecho es eso: mera apariencia, no certeza del derecho. El *fumus* que también es susceptible de variaciones durante el curso del proceso, ante un cambio de circunstancias fácticas, conllevará la modificación o levantamiento de la medida cautelar sustentada en tal criterio. **Amén de ello, la decisión cautelar no tiene efecto de cosa juzgada como si lo tiene la sentencia**<sup>127</sup>. Esa gran diferencia existente

---

cio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal”.

<sup>126</sup> DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 277.

<sup>127</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Reflexión sobre la constitucionalización...” en *La batalla por las medidas cautelares... Ob. cit.*, pág. 323: “la justificación o seriedad de la pretensión podrá ser todo lo amplia que el demandante quiera, pero no una justificación plena e incuestionable, porque esta sólo podrá resultar del desarrollo de la totalidad del proceso y de la

entre la apariencia y la certeza del derecho o interés legítimo es la que sustenta la motivación del auto de medidas cautelares y la sentencia de fondo. No se trata de dos análisis lógicamente incompatibles, sino todo lo contrario. “El juez realiza un cálculo de probabilidades, sin que haya que preocuparse por una eventual convalidación de la resolución judicial posterior, por cuanto ambos procedimientos versan sobre objetos diferentes”<sup>128</sup>. Mientras la apariencia se construye con los argumentos que “*prima facie*” parecen claros, la certeza tiene que ir más allá de la apariencia y agotar las etapas del proceso justo y puede que ese estudio de fondo destruya la apariencia<sup>129</sup>.

*De lege lata*, merece la pena recordar el carácter instrumental de la resolución cautelar pues de ésta última dependerá la efectividad de la sentencia dentro del proceso principal. En este marco el Tribunal Supremo ha afirmado que: “No es cierto que la adopción o no de esa medida cautelar que es la suspensión del acto administrativo deba decidirse prescindiendo total y absolutamente de la cuestión de fondo sobre la que versa ese acto. Porque si tal cosa se admitiera estaríamos desvirtuando el fundamento mismo de la medida cautelar que no es otro que asegurar el cumplimiento de la sentencia que en su día se dicte con carácter definitivo e irrecurrible. Cosa distinta es que la decisión incidental de acordar o no la suspensión deba adoptarse sin prejuzgar el problema de fondo”<sup>130</sup>. “La larga duración de los procesos (...) impone el necesario equilibrio procesal que debe existir en todo el proceso. Proceso que, como es

---

sentencia final. Hay aquí indudablemente, una cierta “zona de incertidumbre” en los términos bien conocidos de la teoría del “margen de apreciación”. En este sentido: DE OTTO, I., “Estudios sobre el Poder Judicial”, en *Revista Jurídica de Asturias* Núm. 13, 1990, pág. 430. “la irrevocabilidad de la decisión con la que la jurisdicción se ejerce consiste en la imperatividad inmutable, esto es en el efecto de cosa juzgada, en el carácter inalterable de la decisión (cosa juzgada formal) y en la fuerza del pronunciamiento para obligar a todos como acto de concreción imperativa del derecho en un caso concreto, excluyéndola posibilidad de volver a tratar y decidir sobre el mismo objeto ya resuelto de manera firme (cosa juzgada material).

<sup>128</sup> CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio... Ob. cit.*, pág. 63.

<sup>129</sup> Cfr.: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por las medidas cautelares... Ob. cit.*, pág. 186 y ss.

<sup>130</sup> ATS 17 de febrero de 1990 (RJ/1439).

sabido, por lo menos en el orden jurisdiccional contencioso, nace inevitablemente descompensado"<sup>131</sup>.

Ahora bien, pueden ser perfectamente diferentes las apreciaciones del derecho que se realicen el auto de medidas cautelares frente a las que, posteriormente, se obtengan en la sentencia. Pero también, pudieran coincidir los resultados. En el primer caso, sin lugar a dudas no hay ningún tipo de prejuzgamiento y mucho menos una mala actuación de la jurisdicción, además, de demostrarse perjuicios causados a la contraparte (Administración) con la adopción de la medida cautelar, el juez habrá perfectamente podido condicionar la ejecución de la medida a la prestación de una caución<sup>132</sup>. En el segundo caso, en que la certeza obtenida, agotadas las etapas del debido proceso, ha coincidido con la apariencia de buen derecho apreciada por el juez "*prima facie*" se habrá obtenido por parte del afectado la pronta protección en su derecho o interés legítimo, se habrá evitado deshacer "situaciones jurídicas consolidadas por el tiempo"<sup>133</sup> y eso no es otra cosa que: justicia material<sup>134</sup>.

Como si se necesitara de una Ley que así lo manifestara, la LPACA estableció en su Art. 229 que "la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento". Pareciera ser que ya esa sola frase habilitante del legislador está haciendo eco en el "modus operandi" de los juristas Co-

---

<sup>131</sup> JIMENEZ PLAZA, C., *El "fumus...": un análisis... Ob. cit.*, pág. 61. En el mismo sentido: SARMIENTO ACOSTA, M. J., "Nueva funcionalidad de las medidas cautelares en el contencioso español", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 129, 1992, pág. 385 a 409.

<sup>132</sup> CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio... Ob. cit.*, pág. 72 y ss.

<sup>133</sup> DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 310.

<sup>134</sup> Sobre el Ordenamiento jurídico alemán, se han alzado voces sobre la eliminación de la prohibición del prejuzgamiento. Así lo cuenta: BACIGALUPO, M., "El sistema tutelar cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 128, 1992, pág. 450 y ss. En el mismo sentido: PAREJO ALFONSO, L., *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, 1983, pág. 309 y ss., y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por las medidas cautelares... Ob. cit.*, pág. 17 y ss.: "de un modo u otro, una medida cautelar siempre prejuzga, dado que, tanto si es adoptada como si no, favorecerá a una de las partes". Igualmente: DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 306.

lombianos y que se va abriendo camino una línea jurisprudencial que deja claro que conceder una medida cautelar no implica prejuzgar, desequilibrar la igualdad procesal o beneficiar al demandante, y que una posible anticipación de la sentencia, cuando esto resulta necesario, para salvaguardar la tutela judicial efectiva no puede ser un obstáculo para la justicia cautelar. El Consejo de Estado en el ya citado Auto 13 de mayo de 2014 Exp. No. 201400360 00, que se concede la suspensión provisional de los actos administrativos que sancionan con destitución e inhabilidad al Alcalde Mayor de Bogotá, manifestó que: “no le asiste razón a la entidad demandada cuando en el escrito de traslado señala que, la concesión de la medida cautelar de la suspensión provisional implica revertir una situación jurídica consolidada y el restablecimiento del derecho. **La medida suspende los efectos que produce el acto administrativo *sub judice*, pero el restablecimiento del derecho solo deriva de la declaratoria de nulidad del acto que se efectúa en la sentencia. La medida provisional afecta la eficacia del acto, mientras que el restablecimiento del derecho solo es posible si se declara la nulidad del acto** demandado, esto es, si se deja sin validez la decisión administrativa (...) frente a la decisión de la medida cautelar de suspensión de los efectos de un acto administrativo sancionatorio, **ambas partes se encuentran en la misma situación de posible anticipación de la decisión definitiva**. Pero ello **no puede ser obstáculo para la efectividad de la medida cautelar solicitada**, si hay razones para ello; eso explica porqué el Código precisó que “la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”.

Entrar a conocer el fondo del asunto, no es prejuzgarlo: “la posibilidad de «entrar a conocer el fondo del asunto», eso sí, sin prejuzgarlo, para que «todas» las pretensiones que se plantearan en el incidente recibieran, a la luz del art. 24 CE, una respuesta que, aunque sumaria, fuera justa y reversible en su integridad (...) La justicia no sólo debía ser dispensada en el ocaso de la causa, sino en la fase cautelar a través de un razonamiento jurisdiccional fundado tanto en los datos fácticos y jurídicos aportados por los litigantes”<sup>135</sup>.

También la prohibición de prejuzgar el fondo del asunto ha sido relacionada con la imposibilidad de la jurisdicción contencioso-administrativa

---

<sup>135</sup> JIMENEZ PLAZA, C., *El "fumus...": un análisis... Ob. cit.*, pág. 60.

para sustituir a la Administración Pública en sus decisiones. No es posible “sustituir el acto impugnado por otro de signo distinto, en este momento procesal en el que no procede prejuzgar el fondo del asunto”<sup>136</sup>. Sobre esta connotación se deben aclarar algunos aspectos: a. El prejuzgamiento no tiene porqué ser relacionado directamente con las órdenes provisionales dadas por el Juez a la Administración en el ejercicio del control jurisdiccional, dichas órdenes están más relacionadas con los poderes del Juez. b. La jurisdicción contencioso-administrativa controla todas las acciones u omisiones de la Administración Pública y, en virtud de tal control, podrá decirle o recordarle a la Administración lo que le corresponde a ella cumplir dentro de su marco competencial y el tiempo que tiene para llevarlo a cabo, el cómo lo haga estará ya dentro de las potestades de la propia Administración. c. Lo anterior transporta al campo de las potestades discrecionales. En los actos administrativos emanados de una potestad discrecional<sup>137</sup>, si bien es posible que la Administración Pública pueda decidir entre una determinada consecuencia jurídica u otra siempre y cuando motive suficientemente su decisión en términos de interés general, también lo es, que el juez puede controlar ese tipo de decisión mediante los elementos reglados o predeterminados por la norma<sup>138</sup>, los hechos determinantes que habilitan al empleo de esa potestad y los principios de orden superior. Por lo tanto, el juez no sustituye la decisión de la Administración, la controla

En este sentido, se entiende el Art. 106 CE que exige un control judicial pleno, sin que queden trincheras para la inmunidad, sobre la actuación de la Administración Pública. Así mismo, el Art. 71.2 LJCA prohíbe expresamente a los Tribunales determinar el contenido discrecional de los actos administrativos anulados. La adopción de una medida cautelar no es una injerencia en la actividad administrativa, sino una manifestación del control de la Jurisdicción<sup>139</sup>. En este punto, merece la pena resaltar

---

<sup>136</sup> ATS 12 de septiembre de 2000 (RJ/282).

<sup>137</sup> Aquella potestad que no tiene todas sus condiciones de ejercicio predeterminadas en la norma jurídica y por lo tanto algunas de ellas son susceptibles de valoraciones por parte de la Administración.

<sup>138</sup> La existencia de la potestad misma, el procedimiento administrativo previo, la competencia, el plazo, la finalidad etc.

<sup>139</sup> Cfr.: JIMENEZ PLAZA, C., *El "fumus...": un análisis... Ob. cit.*, pág. 78.

dos recientes sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Contencioso administrativa, ambas de 31 de julio 2014 (Rec. 2001/2013 y 3779/2013). Si bien no fue en sede cautelar, son pronunciamientos en los cuales el Alto Tribunal se manifestó con claridad sobre el alcance del control de los actos de la administración motivados en la discrecionalidad técnica.

En los casos concretos se impugnaban las calificaciones de las pruebas técnicas dentro de los procesos de oposición. Consideró el Supremo que “una cosa es que en sede judicial no se pueda sustituir el criterio técnico del tribunal calificador o valorar su mayor o menor acierto, siempre que no sea absurdo a su juicio, y otra que no quepa revisar la forma en la que ha sido aplicado. Cabe perfectamente, en aquellos casos en que se allegue error o arbitrariedad, por ejemplo, por no seguir el mismo criterio respecto a todos los aspirantes, apartarse de las bases e introducir un trato desigual a los a los aspirantes (...) si en el recurso administrativo o en vía judicial se cuestiona el fundamento de la puntuación numérica de la prueba, deberá el Tribunal Calificador o la Administración en que se inserta hacer explícitos con calidad y cantidad los criterios que avalaron dicha puntuación (...)” En el caso concreto “a falta de explicaciones del tribunal calificador sobre su distinta forma de proceder no encontramos justificación del distinto trato dispensado a ambos aspirantes”. El Tribunal **decide**, no sólo **anular la calificación**, sino que, además, le reconoce el derecho al recurrente a **pasar la prueba con la misma nota** que se le asignó a la otra persona. Así mismo, el mismo Tribunal ordena **proseguir con el proceso de selección** y, en caso de que el recurrente venza la oposición, deberá **ser nombrado desde el tiempo en que los demás nombramientos del mismo concurso fueron aprobados** originariamente.

Como se puede apreciar la decisión intervino en ese espacio tan propio de la Administración pública con la finalidad de salvaguardar el derecho a la igualdad y también la tutela judicial efectiva. En similar sentido, El T. S. de J. de Galicia, en Sentencia del 16 de abril de 2014, abordó la misma problemática de la discrecionalidad técnica y su control contencioso- administrativo, recordando la importancia de la motivación suficiente: “la discrecionalidad técnica no supone una autorización en blanco para asignar libremente puntuación sino que la misma ha de tener engarce en la convocatoria, en todo caso, bajo el principio de mérito y capacidad (...) debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el proce-

dimiento los fundamentos de la resolución que adopte (...) una respuesta motivada sobre las circunstancias que explican la calificación”.

Ahora bien, en el **espacio propio relacionado con las vías de hecho y la inactividad de la administración**, supuestos en los que además el *fumus boni iuris* resulta determinante para la adopción de la medida cautelar, ha considerado el Tribunal Supremo que los mecanismos establecidos para su control por la LJCA “no permiten a los órganos judiciales sustituir en a la Administración en aspectos no prefigurados por el Derecho, incluida la discrecionalidad en el *quando* de una decisión o de una actuación material, ni les faculta para traducir en mandatos precisos las genéricas e indeterminadas habilitaciones u obligaciones legales de creación de servicios o realización de actividades, pues en tal caso estarían invadiendo las funciones propias de aquella. De ahí que la Ley se refiera siempre a prestaciones concretas y actos que tengan plazo legal para su adopción”<sup>140</sup>.

En este marco también, el párrafo del Art. 230 LPACA preceptúa “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”. Un párrafo que no es novedoso, sino meramente de recordación de las diferencias existente entre potestad reglada y discrecional y entre Administración y control de la misma por parte de la Jurisdicción.

Visto desde la perspectiva arriba expuesta el prejuzgamiento no debe resultar un tabú para la justicia cautelar. Sin embargo, si los argumentos antedichos no terminan convenciendo y se continúa con la posición prudente, casi restrictiva, de aplicación del *fumus boni iuris*, de *lege ferenda* el camino idóneo para permitir el buen funcionamiento de la justicia cautelar y el normal desarrollo del proceso de fondo, deberá pasar por la **abolición de la idea del juez único y la separación de la com-**

---

<sup>140</sup> Exposición de Motivos LJCA.

**petencia para el conocimiento de la pretensión cautelar y de la pretensión del proceso principal**<sup>141</sup>. Que el juez de conocimiento de la pretensión cautelar (el que salvaguarda en ese escenario el derecho a la tutela cautelar) sea diferente al juez que conoce de la pretensión de fondo o del proceso principal. De esta manera el juicio cautelar pasaría a ser realmente un juicio sumario<sup>142</sup>.

Lo anterior a semejanza de los jueces de control de garantías<sup>143</sup> establecidos dentro del sistema penal acusatorio en el ordenamiento jurídico Colombiano. La finalidad principal de este juez es garantizar las incidencias del proceso penal relacionadas con la restricción de derechos fundamentales y de las libertades que puedan estar implicadas, así mismo garantizar el debido proceso en términos de un juez imparcial e impedir el prejuzgamiento. Un juez que tiene competencias tanto de procedimientos autónomos (habeas corpus, mecanismo de búsqueda urgente) como del conocimiento de las medidas cautelares dentro del proceso penal. Es un juez con amplios poderes, puede decretar pruebas de oficio sin que esto suponga la alteración del equilibrio de las partes en el proceso. Así mismo, las consideraciones del juez de garantías no atan a juez de conocimiento del proceso principal y, lo más importante, sus decisiones no tienen el carácter de cosa juzgada.

Como se explicará en los dos siguientes acápite, a lo posición restrictiva de aplicación del *fumus* como criterio de adopción de la medida cautelar hay que sumarle, los criterios de la previa valoración de todos los intereses en conflicto y el *periculum in mora* que han resultado privilegiados por los ordenamientos contencioso-administrativos acá estudiados y, por lo tanto, no sólo deberán concurrir con la apariencia de buen derecho, sino que además deberán ser analizados antes que ésta última.

---

<sup>141</sup> Así también lo recomienda DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 307 y ss.

<sup>142</sup> Algo parecido a los procesos monitorios en materia de procedimiento civil español o a las competencias asignadas al Juez de control de garantías dentro del sistema penal acusatorio en el ordenamiento jurídico colombiano. Sobre esto último vid: Sentencia C-396/2007.

<sup>143</sup> Incorporado en el ordenamiento jurídico colombiano por la Ley 906 de 2004 por medio de la cual se expide el código de procedimiento penal y regulado por la Ley 971/2005.



### 3. *Periculum in mora*. Concepto, contenido y *modus procedendi*.

#### - Concepto.

El peligro para los derechos o intereses legítimos que acarrea la mora del proceso ha sido un criterio que ha acompañado a la justicia cautelar desde sus orígenes<sup>144</sup>. Capítulos atrás se hacía referencia al buen funcionamiento de la administración de justicia y a la eficacia de sus decisiones<sup>145</sup>. Se afirmó que la ineficacia de éstas últimas es congénita al propio

---

<sup>144</sup> Así en las Leyes de 2 de abril, relativa a la organización de Consejos Provinciales, y 6 de septiembre de 1845, reguladora del Consejo Real se contemplaba: "la interposición de la demanda no suspende la ejecución de lo mandado; pero si en algún caso puede producir ésta *perjuicios graves e irreparables al interesado*, podrá suspenderse, sin ulterior recurso, siempre que ello no resultare inconveniente para los intereses de la Administración, a juicio de la Autoridad que hubiese dictado la providencia reclamada". Por lo tanto, para acordar la suspensión del acto de la Administración era necesario que éste ocasionara perjuicios graves e irreparables al particular interesado y que, tal solución suspensiva, a juicio de la Autoridad que hubiese dictado el acto reclamado, no fuera inconveniente para los intereses públicos. Mucho antes ya reseñaba VILLAPALOS SALAS, G. A., *Los recursos contra los actos de gobierno en la baja edad media*, Madrid, 1976, Pág. 194 y ss., que en la baja edad media (en la Cortes de Valladolid) era posible la suspensión de las Cartas del Rey contrarias a derecho y que causarían un *mal irreparable y cierto*. Igualmente, citado por RODRÍGUEZ ARANA - MUÑOZ, J., *La Suspensión del Acto... Ob. cit.*, pág. 91, el pronunciamiento del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1892 que declara que: "el Tribunal no debió admitir la apelación contra el auto en que se denegó, tanto más, cuanto el perjuicio alegado por el apelante con la ejecución de acuerdo administrativo, afectaba a intereses de un particular, que en su caso podían ser apreciados o indemnizados". En Colombia por su parte, el Art. 192 de la Constitución de 1886 determinó como finalidad de la suspensión de los actos de las Asambleas "evitar un grave perjuicio". Posteriormente, el Acto Legislativo 3 de 1910 (Art. 58, 64) supeditó la suspensión cautelar de los actos de las Asambleas Departamentales y Consejos Municipales a la causación de "grave perjuicio a los particulares". Este acto legislativo tuvo desarrollo legal en la Ley 130 de 1913. El Art. 59d del mencionado texto legal facultó al Tribunal Administrativo para que, recibida la demanda, pudiera suspender provisionalmente el acto denunciado cuando ello fuere necesario para evitar un *perjuicio notoriamente grave*. Ahora bien, el Decreto 2304 de 1989 modificatorio del Decreto 01 de 1984 mantuvo para la adopción de la suspensión la necesidad de demostrar, al menos sumariamente, el perjuicio causado o que se podría causar al actor con la ejecución del acto (Art. 31).

<sup>145</sup> En este sentido *vid*: CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio ... Ob. cit.*, pág. 60 y 144: "surgen de la necesidad de relacionar un quehacer pronto con un hacer bien."; ORTÍZ, J. C., "La constitución colombiana y las nuevas normas para la impartición de justicia", en

sistema judicial y se manifiesta en el mismo momento en que el reconocimiento jurisdiccional del derecho no se da de manera inmediata sino que, por el contrario, se aplaza en el tiempo. Entre la presentación de la demanda del ciudadano y el fallo judicial existe un lapso (a veces más, a veces menos) que opera siempre en detrimento de la situación jurídica de éste. Tal demora en el tiempo puede conllevar la insatisfacción de los derechos y hacer nugatorios los efectos de la decisión del juez, convirtiendo esta última en una mera declaración de intenciones y vulnerando directamente la tutela judicial<sup>146</sup>.

### - Contenido

La idea de “efectividad de la sentencia” como contenido del “*periculum in mora*” no era tan clara en los orígenes civilistas de la institución cautelar. Por el contrario, la función de la “medida cautelar” estaba directamente ligada al “**peligro de insolvencia del deudor**”. Una visión privatista y meramente proteccionista del **patrimonio** del demandado como garantía de los derechos. Este contenido del “peligro en la mora del proceso” incorporado al ámbito contencioso-administrativo, trajo consigo el argumento de refuerzo de la “solvencia de la Administración Pública”. Si las medidas cautelares encontraban su finalidad en evitar la insolvencia del deudor, no procedían, al menos fácilmente, frente a una Administración Pública que jamás tendrá riesgo de insolvencia. En este marco, se justificaría la negación reiterativa de las medidas cautelares. Este argumento, que bajo la óptica del actual Estado Constitucional, resulta absolutamente contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ha acompañado la justicia cautelar contencioso-administrativa, al parecer, hasta nuestros días. Que no exista riesgo de insolvencia de la Admi-

---

*Memorias del V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México 1998, pág. 674; LÓPEZ BLANCO, H. F., *Instituciones de... Ob. cit.*, pág. 1023: “las medidas cautelares evitan los efectos nocivos del excesivo tiempo que se utiliza en las tramitaciones de los procesos (...)”; RENDITI, E., *Derecho Procesal Civil*, vol. II, Buenos Aires, 1976, pág. 229 y 243: “(...) de poco servirán las decisiones judiciales si entre tanto se han escapado los bueyes (...) sabiamente se preocupa la ley por el peligro en muchos casos manifiesto e innegable de que las providencias de tutela jurisdiccional civil que ella conmina o prevé lleguen a aplicación demasiado tarde”.

<sup>146</sup> Como una función preventiva a la jurisdicción se le atribuye la potestad cautelar. Sobre este argumento: CARRERAS LLANSANA, J., “las medidas cautelares en el art. 1428 de la LEC”, en *Estudios de derecho procesal* Barcelona 1962, pág. 570 y 571.

nistración Pública **no quiere decir que el ciudadano titular derechos e intereses legítimos no esté sufriendo menoscabo en el disfrute o ejercicio de los mismos y que, la mora propia del proceso, termine agravando su situación jurídica.**

Posteriormente, el contenido del *periculum in mora* se vio atado al contenido de perjuicios *irreparables*<sup>147</sup> o a los perjuicios *graves e irreparables*<sup>148</sup> y luego a los perjuicios *irreparables o de difícil reparación*<sup>149</sup> derivados de la inmediata ejecución del acto. El concepto de *irreparabilidad* se relacionó, en principio, con el de *resarcibilidad* para ir luego decantándose hacia la irreversibilidad.

Así en **España**, por ejemplo, **en materia de procedimiento Administrativo**, el Art. 111 LRJPAC establece que el órgano competente para resolver el recurso podrá suspender la ejecución del acto recurrido si pudiera causar *perjuicios de imposible o difícil reparación* al recurrente. Pero no sólo, también exige la norma una previa ponderación, suficientemente razonada, entre *el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto*. Es decir, el *periculum in mora* para considerarse presente, en el caso concreto, debe superar la ponderación que el juez haga de los perjuicios que se causen, con la ejecución del acto al interés público, a los terceros y al particular afectado en sus derechos y, además de ello, de ser prevalente el perjuicio del demandante debe el mismo considerarse, como mínimo, de difícil reparación<sup>150</sup>.

Ahora bien, siguiendo con derecho español pero ahora en vía contencioso administrativa, la antigua LJCA/56 en su Art. 122.2 permitía que el Juez ordenara la suspensión cautelar cuando, de la ejecución del acto

---

<sup>147</sup> Así, por ejemplo, en el contencioso- administrativo español hasta antes de la entrada en vigencia de la LJCA/1956.

<sup>148</sup> Siendo receptivos al criterio que en el derecho italiano la Ley de lo contencioso administrativo de 1928 (Art. 39) exigía para la procedencia de la suspensión cautelar: "*gravi ragioni*" o el "*danni gravi e irreparabile derivanti dall'esecuzione dell'atto*" establecido en el Art. 21 de la antigua Ley del Tribunal Administrativo Regional.

<sup>149</sup> En términos de la LJCA/1956 que recogió posiciones jurisprudenciales que se fueron decantando desde 1930.

<sup>150</sup> Así también se consideró en el Art. 116 LPA/58, la suspensión del acto recurrido sólo sería susceptible de acordarse en el caso de que con la ejecución de la decisión pudieran causarse *perjuicios de imposible o difícil reparación*.

impugnado, se desprendieran *daños o perjuicios de imposible o difícil reparación*<sup>151</sup>. La interpretación de lo que se debía entender *por daños de imposible o difícil reparación* mantuvo, en principio, su carácter discrecional y, posteriormente, fue matizada por el contenido de la Exposición de Motivos de la propia Ley.

Inicialmente, se consideraban *irreparables* aquellos perjuicios que fueran susceptibles de valoración económica y que la Administración Pública no estuviera en condiciones de indemnizar o resarcir, como si se pretendiera siempre una condena frente a la Administración. Esta situación dejaba un alto porcentaje de suspensiones denegadas con fundamento en la *solvencia de la Administración*. Sólo en el supuesto de que los perjuicios no fueran susceptibles de valorarse económicamente se decretaba la suspensión<sup>152</sup>.

En ese trasegar del *periculum in mora*, se introduce la idea de que la *solvencia de la Administración* no podía ser excusa suficiente para la presencia del criterio de peligro de la mora del proceso y denegar la protección cautelar a la situación jurídica del demandante. Así lo empezaba a considerar también el Tribunal Supremo: la mera posibilidad de que los perjuicios sufridos por el accionante pudieran ser evaluados *crematísticamente* y resarcidos, *a posteriori*, por la Administración, no es óbice para el otorgamiento de la protección cautelar (ATS 17 de junio de 1980<sup>153</sup>). Y aunque este argumento ya se señalaba la exposición de Mo-

---

<sup>151</sup> Como se ha dicho, hasta antes de la LJCA/1956, sólo se permitía la suspensión para actos con cuya ejecución se causarían daños *irreparables*. Fue la legislación relativa al régimen municipal y la jurisprudencia de la época las que empezaron a permitir que los actos con cuya ejecución causarían daños *difícilmente reparables* también fueran susceptibles de suspensión. En este sentido: AATS 14 de abril de 1978 y 8 de julio de 1981 (RJ\3237). En el mismo sentido *vid*: RODRÍGUEZ ARANA - MUÑOZ, J., *La Suspensión del Acto... Ob. cit.*, pág. 100 y stes.

<sup>152</sup> En este sentido por ejemplo: ATS 3 de junio de 1976, 6 de mayo de 1977 y 4 de octubre de 1983 (RJ/5023).

<sup>153</sup> “Ni de la letra ni el espíritu que anima el precepto (artículo 122 LJCA) puede llegarse a la conclusión de que la mera posibilidad de que puedan ser evaluados económicamente y, en su caso reparados esos daños y perjuicios, en virtud de la presunción de solvencia de la Administración Pública obliga a negar la suspensión por este solo hecho y en toda ocasión pueden traducirse a criterios económicos los posibles daños o perjuicios, muchas veces es imposible fijar el quantum de los que, deberán ser indemnizados en caso de obtener los administrados una resolución favorable en el fondo, lo que además, solo podría obtenerse a costa de un largo proceso, que la suspensión puede evitar”.

tivos de la LJCA/56, sólo se logra su total asimilación hasta la entrada en vigencia de la CE de 1978 con la jurisprudencia posterior que empezó a resaltar la importancia derecho fundamental a la tutela judicial<sup>154</sup>.

Así por ejemplo el ATS de 3 de mayo de 1979 consideró dentro de sus fundamentos jurídicos que “el artículo 122 de la Ley jurisdiccional no autoriza a identificar el restablecimiento de la situación jurídica individualizada con el pago, en cualquier caso, de una indemnización dineraria, toda vez que restablecer significa reponer lo transformado por la directa ejecución del acto administrativo contrario a Derecho, al Estado de Derecho conforme con la legalidad aplicable, sin variaciones cualitativas de su configuración como serían las resultantes de sustituir el valor concreto controvertido por otro abstracto, o en dinero cuando este último no es el objetivo principal e inmediato de la pretensión(...)”<sup>155</sup>.

Entonces, el criterio de solvencia económica, “resulta reprochable desde la teoría general de las medidas cautelares”<sup>156</sup>, por varias razones: la primera, porque el análisis sobre la adopción o denegación de medidas cautelares no puede responder a fórmulas marco de compensaciones posteriores a los particulares por todo menoscabo irrogado por la Administración a los derechos e intereses legítimos, por el contrario, el examen sobre los perjuicios debe ser casuístico y pormenorizado, sólo de esta manera la decisión jurisdiccional logrará responder adecuadamente a la pretensión cautelar incoada. La segunda, porque se vulneraría el principio de identidad entre los solicitado o pretendido por el afectado en sus derechos e intereses legítimos y lo concedido por el fallo, situación que conllevaría la pérdida de efectividad de la tutela judicial. La tercera, porque aún en el caso en el que concurran perjuicios meramen-

---

<sup>154</sup> En la línea de solvencia de la Administración Pública como límite a las medidas cautelares: AATS 5 de diciembre de 1970 (RJ/1970); 19 de enero de 1971 (RJ/163); 23 de junio de 1972 (RJ/3550); 16 de mayo de 1974 (RJ/2508); 18 de abril de 1978 (RJ/2106); 24 de mayo de 1978 (RJ/2691) y 2 de junio de 1979 (RJ/2997). Ahora bien, en cuanto al cambio de contenido del *periculum in mora*, atendiendo a la exposición de motivos de la antigua LJCA/56 y a las primeras aplicaciones del art. 24 CE: AATS 21 de septiembre de 1981 (RJ/ 3286) y 20 de mayo de 1981 (RJ/ 2110). Cfr.: ESCUDERO HERRERA, C., "De la instrumentalidad y otras características de las medidas cautelares...", en *Actualidad Administrativa... Ob. cit.*, pág 3 y ss.

<sup>155</sup> ATS 3 de mayo de 1979 (RJ/2255). Cfr.: RODRÍGUEZ ARANA - MUÑOZ, J., *La Suspensión del Acto... Ob. cit.*, pág. 110.

<sup>156</sup> DE LA SIERRA, S., "Medidas Cautelares", en *Fundamentos... Ob. Cit.*, pág. 952.

te económicos, el juez puede exigir al solicitante de la medida cautelar la prestación de una contracautela<sup>157</sup>.

La indemnización sólo debe aparecer como respuesta a una pretensión de reparación, cuando la lesión del derecho ya está totalmente causada y los perjuicios que esta produce no se agravaran bajo ninguna circunstancia, es decir, cuando no se puede, regresar la situación jurídica a su estado anterior. En alguna medida la indemnización es una “compensación sustitutoria con finalidad reparadora”<sup>158</sup> y por eso resulta ser la *ultima ratio* de la protección de los derechos. El resultado indemnizatorio no siempre es la respuesta adecuada para satisfacer las prestaciones solicitadas<sup>159</sup>. Previo a esta opción, estrictamente resarcitoria, hay que utilizar y agotar el catálogo de remedios frente que permiten poner fin a la intromisión en el ejercicio del derecho o interés legítimo, entre ellos: la justicia cautelar que permite la protección provisional de dichas situaciones jurídicas y que bien puede ser de carácter preventivo, conservativo, anticipativo o innovativo, si la protección del derecho así lo requiere<sup>160</sup>.

Pues bien, esta nueva interpretación del contenido de *periculum in mora* trajo consigo la diferenciación entre *irreparabilidad* e *irreversibilidad*<sup>161</sup> de los perjuicios. Ya no se trataba entonces de valorar económicamente

---

<sup>157</sup> En el mismo sentido, *Ibidem*, pág. 63. “las reticencias judiciales a adoptar medidas cautelares en los supuestos en que únicamente puedan concurrir perjuicios de tipo económico pueden vencerse acudiendo a un instrumento tan útil como poco utilizado, cuales son las cauciones”.

<sup>158</sup> STC 29 de noviembre de 2004 (RTC/221).

<sup>159</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J., "Nuevos sistemas de control a la administración pública", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 22, 1979, pág. 405.

<sup>160</sup> Cfr.: DIEZ- PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales... Ob. cit.*, pág. 92 y ss.: “(...) el remedio consistente en la prohibición de las conductas perturbadoras de los derechos (...) Hoy en día, no cabe duda alguna que una medida cautelar puede consistir en la orden de abandonar una determinada conducta antijurídica, es decir, cesar en su realización y abstenerse de volver a realizarla en el futuro”.

<sup>161</sup> La diferencia entre *irresarcibilidad* e *irreversibilidad* ha sido claramente expuesta por: CHINCHILLA MARÍN, M. C., "Los criterios de la adopción de las medidas cautelares ...", en *Cuadernos de derecho... Ob. cit.*, pág. 52 y ss. En el mismo sentido: ATS 16 de febrero de 1999 (RJ/6953).

los perjuicios que con la ejecución de la decisión administrativa se estaban causando/causarían a derechos e intereses legítimos, ni de saber si la Administración Pública era o no solvente para el pago de tales perjuicios, sino de visualizar si el menoscabo que sufren/ han de sufrir tales derechos e intereses con la ejecución del acto, en caso de una sentencia estimatoria de las pretensiones, puede ser revertido, si el derecho puede ser restablecido; de no ser así, resultaría necesaria la medida cautelar para mantener el *status quo ante* de la situación jurídica del demandante.

“El aseguramiento del proceso, nuevo parámetro esencial, no se agota en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que de modo inmediato pueda producirse una situación que haga ineficaz el proceso, si bien se debe considerar que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales”<sup>162</sup>. “La noción de irreversibilidad está íntimamente unida a la irreparabilidad pues normalmente cuando se crean situaciones irreversibles, que no admiten vuelta atrás, el perjuicio suele ser irreparable o de muy difícil reparación”<sup>163</sup>.

Este nuevo contenido del *periculum*, que ya se empezaba a adaptar a algunas exigencias del art. 24, CE irradió también, como se explicó detalladamente en el segundo capítulo, en la suspensión cautelar de los actos administrativos de carácter sancionador, de tal manera que, por ejemplo, se dejó de requerir el abono anticipado de la multa para evitar la ejecución del acto administrativo (AATS 17 y 21 de julio de 1982, 16 de abril de 1984, 20 de junio de 1985 y STC de 6 de junio de 1984).

En estas condiciones, la prueba del perjuicio debería demostrar, por cualquier medio legal, su certeza, inminencia, actualidad (de su acaecimiento o posibilidad de cierta de que se presente), irreversibilidad y la relación de estos con el acto administrativo.

Es el administrado el que acredita de alguna forma estos extremos del *periculum im mora*, “no se trata de un prueba plena, pero sí, al menos, de

---

<sup>162</sup> STS 10 de noviembre de 2003 (RJ/9025).

<sup>163</sup> STC 17 de diciembre de 1992 (RTC/238).

una justificación de la presunta producción de tales daños, así como de su naturaleza y alcance, mediante la alegación de hechos en que consista la producción de dicho evento dañoso o perjudicial y que aquellos, cuando menos, se prueben indiciariamente”<sup>164</sup>. Una apreciación interesante hizo el Tribunal Supremo de Justicia a este respecto: “es preciso señalar que en ocasiones tales daños inminentes resultan acreditados a partir del planteamiento de la cuestión de fondo, donde puede quedar de relieve su propia evidencia”.<sup>165</sup> Ahora bien, como se indicó, en cuanto a los medios probatorios para acreditar el *periculum* hay total libertad, el legislador no ha querido limitar la demostración del perjuicio a un medio probatorio concreto. Así mismo para el demandado quien podrá oponerse a la existencia del perjuicio utilizando cualquier medio probatorio<sup>166</sup>.

Pero, la garantía provisional de derechos y, con ella, la tutela judicial efectiva no debe traducirse meramente en una indemnización *a posteriori* para compensar el menoscabo de los derechos e intereses legítimos<sup>167</sup> y tampoco basta con el mantenimiento del *status quo ante*. Hay situaciones jurídicas cuyo menoscabo no admite reparación alguna, ni siquiera por vía de reposición de las cosas a un estado primitivo<sup>168</sup>, por ejemplo: la denegación de un permiso para la realización de una manifestación, o la denegación de medicamentos, entre otros, en estos casos en los cuales si se presenta “peligro o amenaza a la situación jurídica, en virtud de la lentitud de la tutela ordinaria”<sup>169</sup> debe considerarse acreditado el requisito de *periculum in mora*, revisar la concurrencia de los demás requisitos y ordenar la medida cautelar. Hasta aquí se tiene entonces que cualquier riesgo que pueda causar ineffectividad del fallo es

---

<sup>164</sup> ATS 25 de enero de 1999 (RJ/1495). Así mismo: ATS 5 de febrero de 2001 (RJ/2001).

<sup>165</sup> ATS 12 de julio de 1993 (RJ/6224).

<sup>166</sup> Cf.: CALDERÓN CUADRADO, M. P., "La efectividad de la tutela judicial y las medidas cautelares indeterminadas ex art. 1.428 Lec", en *Recopilación de ponencias y comunicaciones: Planes provinciales y territoriales de formación*, Vol. 2, 1996, pág. 613.

<sup>167</sup> Cfr.: CANO MATA, A., "Limitaciones al Principio...", en *Revista Española... Ob. cit.*, pág. 216 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., "Tutela jurisdiccional efectiva...", en *Revista de Administración...*, *Ob. cit.*, pág. 1625 y ss.

<sup>168</sup> En este sentido: STS 26 de septiembre de 1984 (RJ/4548).

<sup>169</sup> CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio... Ob., cit.*, pág. 42.



un peligro que debe ser considerado para ser protegido cautelarmente<sup>170</sup>.

Ahora bien, el nuevo contenido del “*periculum in mora*” está asociado con una de las finalidades de las medidas cautelares: la efectividad de la sentencia o a la finalidad legítima del recurso. Esa efectividad de la sentencia o la finalidad legítima del recurso resulta una versión mejorada del tradicional “*periculum in mora*”<sup>171</sup>: “(...) de no accederse a la petición de suspensión (...) se perdería la finalidad legítima del recurso, desde la óptica de la plena efectividad de la sentencia, que es el cese de la situación flagrante de ilegalidad que se denuncia y que permanecería desde hace años con evidente causación de daños y perjuicios irreversibles o de distinta consideración (...)”<sup>172</sup>.

La finalidad legítima del recurso o la efectividad de la sentencia son sólo algunos de los propósitos que se pretenden obtener a través de la tutela cautelar, pues ésta última debe procurar de manera integral por la

---

<sup>170</sup> JINESTA LOBO, E., "Últimas disposiciones en materia de suspensión de la ejecución del acto de disposición impugnada en el contencioso-administrativo", en *Ivstitia*, Núm. 109-110, 1996, pág. 11 y ss. En el mismo sentido: VALORZI, A., *Tutela cautelare in processo amministrativo... Ob. cit.*, pág. VALORZI, A., *Tutela cautelare in processo amministrativo... Ob. cit.*, pág. 23 y ss.; BOTIA TORRALBA, P., *Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa... Ob. cit.*, pág. 40: “es obvio que el supuesto más frecuente en que procederá la adopción de la medida cautelar será aquel en que se pretenda la evitación de daños y perjuicios que, por su irreversibilidad o muy costosa reversión, harían perder a la sentencia su efecto útil”.

<sup>171</sup> Importada desde el Art. 56 LOTC/1979. En este marco: DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 229. Igualmente: STC 17 de diciembre de 1992 (RTC/238): “La potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento del órgano judicial, esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el Art. 24.1 de la constitución) desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento.” Para el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998...”, en *Revista de Administración... Ob. cit.*, pág. 258, se trata de “una simple versión más conceptuosa de la doctrina del perjuicio irreparable”. Igual afirmación hace: CHINCHILLA MARÍN, M. C., “Regulación de las medidas cautelares”, en *Justicia Administrativa... Ob. cit.*, pág. 191.

<sup>172</sup> STS 7 de abril de 2004 (R/2685).

efectividad de la tutela judicial<sup>173</sup>. Y en este sentido, también se ha pronunciado el Tribunal Supremo: “la finalidad legítima del recurso es, no sólo, pero sí prioritariamente, la efectividad de la sentencia que finalmente haya de ser dictada en él; de suerte que el instituto de las medidas cautelares tiene su razón de ser, prioritaria, **aunque no única**, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo”<sup>174</sup>.

Si el recurrente no obtiene la satisfacción del derecho solicitado en la pretensión, el recurso habrá perdido su finalidad<sup>175</sup> y la tutela judicial su efectividad. Si tutela judicial se limitara, desde el punto de vista de las medidas cautelares, exclusivamente, a la protección provisional de las situaciones jurídicas para evitar perjuicios irreversibles, las herramientas cautelares anticipativas o innovativas, por ejemplo, quedarían por fuera de esta perspectiva. Como se explicaba en el capítulo anterior, este tipo de medidas cautelares no mantienen el *status quo ante* de la situación jurídica, sino que anticipan, en alguna medida, el resultado del futuro fallo, debido a que no existe otra forma de que el perjuicio resulte inevitable, y esta situación muchas veces hace que la situación jurídica del demandante se modifique. *V gr.*: Pago provisional de una deuda, orden de otorgar unos medicamentos, autorizaciones provisionales<sup>176</sup> de cier-

---

<sup>173</sup> En este sentido: BOTIA TORRALBA, P., *Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa... Ob. cit.*, pág. 40: “la producción de datos y perjuicios de imposible o difícil reparación es un supuesto dentro de la categoría más amplia que representa la pérdida de la finalidad legítima del recurso”.

<sup>174</sup> STS 18 de noviembre de 2003 (RJ/8180). En el mismo sentido STS 21 de febrero de 2005 (RJ/2969). Subrayas fuera del texto original.

<sup>175</sup> AATS 8 de marzo de 2001 (RJ/2848) y 29 de abril de 2003 (JUR/125589). En el mismo sentido: BOTIA TORRALBA, P., *Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa... Ob. cit.*, pág. 39.

<sup>176</sup> Ejemplo de ello el ATS 6 marzo de 2001 (RJ/2487) mediante el cual se ordena la suspensión del acuerdo de la comisión permanente del CGPJ que desestima la solicitud de autorización para compatibilizar el cargo de presidente del TSJ de Cataluña con la actividad docente. Se trataba de un curso corto a ser impartido en fechas próximas a la presentación del recurso contencioso-administrativo. En este sentido consideró el Supremo que “la inmediata ejecución de la resolución que se impugna haría inútil la hipotética sentencia favorable que pudiera obtener el recurrente, pues ese pronunciamiento carecería de virtualidad al haber transcurrido el curso académico para el que se pide compatibilidad

tas licencias o permisos y, en general, todo tipo de perjuicios vinculados a plazos perentorios y efectos temporales.

Ahora bien, tratándose exclusivamente de la medida cautelar suspensiva, que proceden contra actos de contenido positivo, en el *periculum in mora* la irreversibilidad de los perjuicios sí tiene mayor relevancia<sup>177</sup>. Pues, en estos casos, se trata de no menoscabar el derecho o interés legítimo del demandante con la ejecución del acto administrativo demandado, de tal manera que su situación jurídica no se vea afectada por la intromisión, aparentemente ilegal, de la Administración Pública. Pero, para la adopción de otro tipo de medida cautelar (medias positivas), la irreversibilidad es sólo “una de las manifestaciones características del riesgo de pérdida de la finalidad del recurso a que se refiere el Art. 130.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa”<sup>178</sup>.

No es desconocido para nadie que el legislador contencioso – administrativo pos constitución de 1978 sólo conocía, hasta el momento, la medida cautelar de carácter suspensivo y ese desconocimiento respecto de las medidas cautelares positivas quedó claro en la redacción del Art. 130.1 al decir que la “medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder la finalidad legítima al recurso”<sup>179</sup>, dejando por fuera, al

---

y, en este caso, se trata de un medio necesario para que no pierda finalidad legítima el recurso jurisdiccional”.

<sup>177</sup> Es el caso de los AATS 28 de abril de 2006 (RJ/1956) (JUR/219917) relativos a la OPA de Gas Natural sobre Endesa. Allí se consideró que la no suspensión podría generar una situación irreversible, como la posición de dominio de la empresa resultante de la operación, el incremento de las barreras de entrada al sector del gas, la huida de competidores del mercado, adicional a el control que ejercería Gas Natural sobre el proyecto empresarial de Endesa a corto plazo, sobre su estructura administrativa y laboral, además de sobre “sus expectativas del mercado del gas con desinversiones importantes”. En estos casos, el juez para decidir con la urgencia necesaria, fundamentará la decisión en el *fumus*. En este sentido ver: DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 257.

<sup>178</sup> ATC 15 de diciembre de 1999 (RJ/313).

<sup>179</sup> Esa es la razón por la que siempre en materia de teoría general de las medidas cautelares las posiciones jurisprudenciales decantadas para la suspensión cautelar se hacen extensivas a las medidas positivas. Con toda seguridad, las medidas positivas irán ampliando los contenidos de cada unos de los criterios legales de adopción y, a su vez, irradiando con su evolución en la tradicional suspensión provisional. En este sentido: BACIGALUPO, M., *La nueva tutela cautelar en el Contencioso- Administrativo, Ob. cit.*, pág. 149 y ss.

menos en ese precepto, aquellas situaciones jurídicas que resultaron menoscabadas por una actuación de la administración en las que no hay un acto administrativo o disposición normativa de por medio.

Entonces, la LJCA permitió el acuerdo de cualquier medida cautelar, sea suspensiva o positiva, (previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto) **únicamente** cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición **podieran hacer perder su finalidad legítima al recurso**<sup>180</sup>. Ahora bien, aún configurándose peligro en la mora del proceso *la medida cautelar podrá negarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada* (Art. 130.1)<sup>181</sup>.

Con la adopción de la medida cautelar, desde el criterio del *periculum in mora*, se pretende evitar “la posibilidad de que una u otra de las posiciones enfrentadas resulten perjudicadas en la espera de una decisión definitiva del juicio”<sup>182</sup> o “la incapacidad del fallo que en su día se dicte para hacer efectiva la tutela otorgada”<sup>183</sup>. En particular, el riesgo que, un futuro fallo estimatorio de las pretensiones del demandante, no pueda llegar a materializarse, siendo entonces aún mayor el desmedro para el dere-

---

<sup>180</sup> La expresión “únicamente” establecida en este artículo 130.1 LJCA la ha interpretado el Tribunal Supremo con una doble referencia. Así en la STS de 14 de octubre de 2005 (RJ/8258): “valorando no sólo la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, sino también la de que con la medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el juez o tribunal ponderará en forma circunstanciada”. Cfr.: RODRÍGUEZ ARANA- MUÑOZ, J., “Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa...”, en *Las medidas cautelares en los procesos administrativos en iberamerica... Ob. cit.*, pág. 439. Ahora bien, esa expresión también ha sido interpretada como señal del mantenimiento de la excepcionalidad de las medidas cautelares. En este último sentido *vid*: CHINCHILLA MARÍN, M. C., “Regulación de las medidas cautelares”, en *Justicia Administrativa... Ob. cit.*, pág. 190: “en el régimen general de las medidas cautelares estas podrán adoptarse cuando sean necesarias para impedir que el recurso pierda su finalidad. Pero, aún dándose esta circunstancia, podrán, no obstante, denegarse cuando las mismas a su vez, puedan causar perturbación grave a los intereses generales o de tercero”.

<sup>181</sup> Cfr.: SSTS 2 de marzo y 27 de abril, 21 de octubre de 2004 (RJ/3481 - 5381 - 7339).

<sup>182</sup> Así se define el contenido de este criterio en la ya citada sentencia del TJCE *Factortame* de 19 de junio de 1990.

<sup>183</sup> Así en términos del ATS de 20 de diciembre de 1990 (RJ/10412). En el mismo sentido: SSTS 2 de marzo y 27 de abril de 2004 (RJ/3481- 7339).

cho o interés legítimo de quien acudió al proceso teniendo la razón<sup>184</sup>. Y éste es un contenido mucho más amplio. El criterio *periculum in mora* ya no se limita a los *perjuicios irreparables o irreversibles*.

Pese a lo arriba expuesto, también se encuentra posiciones jurisprudenciales que consideran que los perjuicios de *difícil o imposible reparación*<sup>185</sup> o irreversibles siguen siendo el único contenido posible del *periculum in mora* y, por lo tanto, la tutela judicial sólo se pone en riesgo frente a perjuicios irreparables e irreversibles<sup>186</sup>: “la adopción de la medida, exige de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos,

---

<sup>184</sup> En este sentido: STS de Madrid 13 de marzo de 2007 (JUR/350635). El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998...", en *Revista de Administración... Ob. cit.*, pág. 258 se muestra escéptico frente a este criterio, no tanto por su redacción y el contenido que de ahí se pueda desprender sino por el *oficium iudicis*: “el juez o Tribunal no se limita, en modo alguno, a comprobar una superado el portillo de acceso de la famosa ponderación de intereses, si lo pretendido en el recurso podría resultar perjudicado gravemente, sino definitivamente, si la medida no fuese adoptada. Hay infinidad de recursos que cumplen este requisito (por ejemplo: todas la impugnaciones de las bases de unas pruebas de selección del personal o de concursos de un contrato público por quienes no cumplen las condiciones que se impugnan, todas las impugnaciones de planes o normas urbanísticos por quienes resultan perjudicados por ellos, etc.) (...)Ningún juez o tribunal otorga jamás una suspensión cautelar (no digamos ya medidas positivas) por el simple argumento del daño irreparable si, simultáneamente no aprecia *prima facie* que el recurso pueda tener éxito de fondo”.

<sup>185</sup> Sentencia Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional 2 de abril de 2012 (JUR/160665).

<sup>186</sup> Así el ATS 27 de abril de 1999 (RJ/5195) y la STS de 2 de marzo de 2004 (RJ/3481):“la adopción de la medida, exige de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso”. Igualmente, la STS 27 de julio de 2005 (RJ/6700). En el mismo sentido: RODRÍGUEZ ARANA- MUÑOZ, J., "Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa en España", en *Las medidas cautelares en los procesos administrativos en iberamerica*, México, 2009, pág. 432 y ss., y CHINCHILLA MARÍN, M. C., "Regulación de las medidas cautelares ", en *Justicia Administrativa... Ob. cit.*, pág. 191.

con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso”<sup>187</sup>.

En efecto, los perjuicios irreversibles causados con la mora del proceso dejan sin efecto una sentencia estimatoria futura, pero es sólo uno de los ejemplos en que la decisión puede vaciarse de contenido. Como se explicó párrafos arriba, el contenido del *periculum in mora* no puede limitarse únicamente a los perjuicios irreversibles, pues se debe velar por la efectividad de la tutela judicial en su integridad. «En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado “finalidad legítima del recurso” **conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para “disfrutar” de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle (...)**»<sup>188</sup>.

Por su parte, el contenido del *periculum in mora* en el **Contencioso-administrativo colombiano** ha transitado por el “grave perjuicio” para el particular<sup>189</sup>, el “perjuicio notoriamente grave”<sup>190</sup>, “el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor”<sup>191</sup>, el “perjuicio irremediable”<sup>192</sup> o “serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serán nugatorios”<sup>193</sup>.

---

<sup>187</sup> SSTS 2 de marzo y 27 de abril de 2004 (RJ/3481 -5381). En el mismo sentido, AATS 2 de noviembre de 2000 (RJ/9844) y 5 de febrero, 21 de marzo y 25 de junio de 2001 (RJ/1615 - 1602 - 5801).

<sup>188</sup> STS 7 de abril de 2004 (RJ/3238). Negritas fuera del texto.

<sup>189</sup> En vigencia de la Constitución de 1886 el Art. 192 determinó como finalidad de la suspensión de los actos de las Asambleas “*evitar un grave perjuicio*”.

<sup>190</sup> Acto legislativo 3 de 1910 (Art. 58, 64) supeditó la suspensión cautelar de los actos de las Asambleas departamentales y Consejos Municipales a la causación de “*grave perjuicio a los particulares*”. El Art. 59d de dicho texto legal facultó al Tribunal Administrativo para que, recibida la demanda, pudiera suspender provisionalmente el acto denunciado cuando ello fuere necesario para *evitar un perjuicio notoriamente grave*.

<sup>191</sup> El Decreto 2304 de 1989 modificador del Decreto 01 de 1984 mantuvo para la adopción de la suspensión la necesidad de *demostrar, al menos sumariamente, el perjuicio causado o que se podría causar al actor con la ejecución del acto* (Art. 31).

<sup>192</sup> Art. 231.4 LPACA para las medidas cautelares distintas a la suspensión de actos.

<sup>193</sup> *Idem*.

En vigencia del antiguo decreto 2304/1989 la exigencia del *periculum* implicaba, sencillamente, su causación genérica, es decir, que con la ejecución del acto se hubiera causado o pudiera causar algún perjuicio al derecho o interés legítimo del actor (Art. 31). El legislador cualificó el perjuicio, como si lo hizo en las leyes contencioso-administrativas predecesoras. Sin embargo, en la jurisprudencia, fundamentada en la excepcionalidad de las medidas cautelares, se consideró que “no es suficiente pues la simple conjetura de un perjuicio o que éste pueda suponerse en forma más o menos razonada por el juzgador, o que ese perjuicio sea el resultado de un estimativo de carácter esencialmente subjetivo al cual sólo puede llegarse después de complejos análisis sino que ese perjuicio debe ser real, verdaderamente efectivo, nada de hipotético (...) debe igualmente asumir características de importancia, de consideración casi de enormidad o exceso, pues que es verdad no es suficiente el simple menoscabo económico transitorio (...) Hay un interés privado del demandante afectado con el acto de la administración que impugna y por ello la suspensión provisional debe estar rodeada **de mayores exigencias que son las que van a darle un margen de seriedad jurídica a ese obstáculo** que va a encontrar el acto acusado con esa medida”<sup>194</sup>.

Como se puede apreciar el reconocimiento es expreso, la excepcionalidad de la medida cautelar hace que se incorporaren mayores **obstáculos**, entre ellos, el refuerzo del contenido de los criterios como el *periculum*, para que los titulares de derechos o intereses legítimos menoscabados por la actuación de la Administración Pública obtengan la tutela judicial efectiva. Así mismo, aunque el legislador no haya exigido que el perjuicio tenga el contenido de *irremediable*, el Consejo de Estado si ha hecho parte esta acepción del *periculum in mora*<sup>195</sup>.

Ahora relacionemos los perjuicios a derechos e intereses legítimos con algunas cifras de mora procesal expuestas ya en el segundo capítulo. En Colombia, según los datos proporcionados por el Consejo de Estado, se tarda dos años la resolución de un conflicto de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la contencioso-administrativa. Una vez definida la competencia y admitida la demanda la demora es de aproximadamente

---

<sup>194</sup> Consejo de Estado, Sentencia 17 de noviembre de 1988, expediente 00942. M.P. Samuel Buitrago Hurtado. Negritas fuera del texto.

<sup>195</sup> Consejo de Estado, Auto del 29 de septiembre de 2011, exp. 2010-00141-01.

5 años en el Tribunal Superior y, en el caso de recurso ante el Consejo de Estado, de 10 años. Finalmente, proferida la sentencia ésta se tarda 18 meses en pagarse, cuando se hace de buen agrado. Y en caso de no pagarse voluntariamente se debe iniciar el proceso ejecutivo<sup>196</sup>. Otros datos sobre mora judicial pueden encontrarse en el Anteproyecto de Plan complementario al Plan Nacional de descongestión 2011 – Jurisdicción de lo Contencioso- Administrativo”, elaborado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura<sup>197</sup>. Según este documento a 31 de marzo de 2011, en los Tribunales Administrativos se tramitaban 64.066 procesos, a razón de **451 por magistrado** y 148.657 procesos en los Juzgados Administrativos, a razón de **573 procesos por Juez**. Así mismo, la duración de la primera y segunda instancia es: en Cali 1644 días en primera instancia y 288 días en segunda. En Medellín es de 885 días en primera instancia y 240 días en segunda. En Tunja: 2245 días en primera instancia y 528 en segunda. Además, el promedio se eleva cuando la segunda instancia se tramita ante el Consejo de Estado. La Sección Tercera, por ejemplo, tarda 10 años.

Sería un poco ingenuo pensar que durante éste tiempo el derecho o interés legítimo no sufra un menoscabo, a mayores, y cause perjuicios que ameriten no sólo la tutela ordinaria, sino también la tutela cautelar. Por ejemplo: el reconocimiento de la pensión de vejez, después de 10 años<sup>198</sup>, de haberse demandado el acto administrativo de denegación llega, con bastante frecuencia, cuando el actor y beneficiario ya ha fallecido.

---

<sup>196</sup> Cfr.: “Nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso-administrativo, Ley 1437 de 2011”. Conferencia de la Consejera de Estado y miembro de la comisión redactora de la reforma Dra. Ruth Stella Correa Palacio: *“Fundamentos y objetivos de la reforma del Libro II sobre la jurisdicción de lo contencioso- administrativo y sus funciones jurisdiccional y consultiva”*. Biblioteca Luis Ángel Arango, Bogotá 1-3 febrero 2011.

<sup>197</sup> Citado por: CORREA PALACIO, R.E., “Medidas cautelares en el nuevo código de procedimiento administrativo...” en *Derecho Contencioso Administrativo*. ... *Ob. cit.*, pág. 487 y ss.

<sup>198</sup> Téngase en cuenta que antes de esos diez años, el ciudadano también se han gastado un tiempo adicional en el procedimiento administrativo previo (que da origen a la resolución denegatoria) y en la vía administrativa. Cfr.: CORREA PALACIO, R.E., “Medidas cautelares en el nuevo código de procedimiento administrativo...” en *Derecho Contencioso Administrativo*. ... *Ob. cit.*, pág. 487 y ss.



Estos datos, si bien están tomados en el 2011, no son novedosos, ni han aumentado de manera abrupta durante ese sólo año, por el contrario, son producto de años y años de congestión judicial. Pese a esa apabullante realidad, la suspensión cautelar se mantenía en un interpretación llena de restricciones. Por ejemplo, se consideró que los **perjuicios ocasionados injustamente**, por los actos de remoción de funcionarios públicos no podían ser protegidos provisionalmente mediante una medida cautelar. La razón de tal afirmación era considera que se trataba de actos cuyos efectos eran de aplicación inmediata y no se mantenían durante cierto tiempo. Afirmó el Consejo de Estado que “sería inane declarar suspendidos los efectos de un acto ya consumado, pues el perjuicio que con él se infirió ya se causó y sólo podría cesar con la expedición de un nuevo acto que colocara al interesado nuevamente en la situación anterior y ello únicamente puede hacerse a través de una orden de restablecimiento del derecho que no es propia de una decisión cautelar. En estos casos, causado el perjuicio, sólo es susceptible de resarcirse con la sentencia, en la medida en que ésta, además de anular el acto, ordena el reintegro al cargo y la ficción de la continuidad en el servicio, durante todo el tiempo que el afectado injustamente permaneció fuera de él, así como el pago de los emolumentos dejados de percibir”<sup>199</sup>.

Ahora bien, en **vigencia de la actual LPACA** se mantiene el contenido genérico del *periculum in mora* para las medida cautelar suspensiva cuando se pretenda la nulidad del acto y, adicionalmente, el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios. En este caso deberá “*probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos*”. Sin mayores matices el legislador ha decidido mantener el mismo contenido del antiguo CCA, pero la interpretación jurisprudencial puede no cambiar.

Existe, por ejemplo confusión sobre los criterios sustantivos a tener en cuenta para ordenar la medida cautelar suspensiva de actos administrativos frente a los exigidos para acordar las demás medidas cautelares.

Como ya se explicó en el acápite anterior, el Art. 231 LPACA diferenció las medidas cautelares por su contenido suspensivo de actos administrativos de las demás medidas cautelares (suspensivas de procedimientos administrativos y positivas). Para las primeras, si solicitan dentro

---

<sup>199</sup> Consejo de Estado, Auto 3 de junio de 1992, exp. 6610. M.P. Dolly Pedraza de Arenas.

del medio de control de simple nulidad, dejó como criterio rector el *fumus boni iuris* (violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tan vulneración surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de pruebas allegas con la solicitud). Si la suspensión del acto se solicita dentro del medio de control nulidad y restablecimiento derecho, los criterios serán el *fumus boni iuris* junto con el *periculum in mora* (probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos [perjuicios]). Ahora bien, para las medidas cautelares suspensivas de procedimientos y positivas determinó el legislador la concurrencia del *fumus boni iuris* (que da demanda esté razonablemente fundada en derecho, que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o derechos invocados) el *periculum in mora* (que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable o que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serán nugatorios) y la ponderación de intereses (que el demandante haya presentado 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 que concederla).

Como se puede apreciar, los tres criterios tienen contenidos diferentes según la medida cautelar que se solicite. Y, además, la ponderación de intereses no se exige, expresamente, para la medida cautelar suspensiva de actos administrativos<sup>200</sup>.

Pese a ello, hay juzgados que están exigiendo la concurrencia de todos los requisitos arriba explicados, con todos sus contenidos, para ordenar la suspensión provisional de actos. Es el caso del Auto de 24 de abril de 2013, del Juzgado 24 administrativo oral de Medellín, que deniega la solicitud de suspensión cautelar de los actos administrativo de destitución del cargo de un funcionario público en virtud una sanción disciplinara a él impuesta. Se está ya en un escenario jurisdiccional regido por la CN de 1991 y por la LPACA de 2011. Sin embargo, la argumentación de la Juez consideró principalmente que:

---

<sup>200</sup> El Consejo de Estado reconoce esta diferencia en Sentencia de la Sala Plena de 5 de marzo de 2014, exp. 2013-06871-0. Magistrado Ponente. Alfonso Vargas Rincón.

- “la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, es una excepción a la presunción de legalidad que ampara las decisiones de la administración, en los eventos de infringir en forma **manifiesta** las normas superiores en que deben fundarse”. Como quedó dicho, ya la manifiesta infracción ha sido excluida como contenido de la apariencia de buen derecho. Sin embargo, se sigue haciendo énfasis en ella.

- “Es preciso entonces que el juez sea muy cauteloso y guarde moderación a fin que el decreto de esta medida cautelar no signifique tomar partido definitivo en el juzgamiento del acto ni prive a la autoridad pública que lo produjo o al demandado, de que ejerzan su derecho de defensa y que para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba”. En este punto, me permito reiterar los argumentos relacionados en el acápite correspondiente a la apariencia de buen derecho, en particular, a la clara diferencia ente certeza jurídica necesaria para la sentencia de fondo y la verosimilitud de los argumentos exigida para el juicio cautelar.

- Exige la concurrencia de la apariencia de buen derecho, el *periculum in mora* y la ponderación de intereses.

Sobre el *fumus*, lo requiere en términos de “una mayor carga argumentativa y un acrecentado esfuerzo probatorio, ello como mínima exigencia de aquel que desea obtener la prosperidad de sus pretensiones, pues si se desea que el juez haga uso de los poderes que comporta el decreto de una medida cautelar, se requiere que la parte interesada le otorgue suficientes elementos justificativos y probatorios para tal efecto”. Además, también que se aprecie una “vulneración que surja de 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”. Y, finalmente, que “el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados”.

Deduco el Juzgado, sin ningún análisis, que en “esta instancia judicial, resultaría indispensable realizar un análisis jurídico en torno a las disposiciones señaladas, ajeno a este momento procesal, para decidir si se están violando las normas mencionadas, como se indica en la demanda, sin que el mismo implique prejuzgamiento y de contera, la violación del debido proceso de cara al derecho de defensa de la entidad demandada”.

- El Juez **requiere también, como criterio de adopción de la medida suspensiva de actos, la ponderación de intereses.** “Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justi-

ficaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla”. Y hace esta ponderación en términos de valoración de perjuicios causados a las partes manteniendo la posición jurisprudencial de imposibilidad protección de los perjuicios del afectado con el acto sancionatorio: “en estos casos, causado el perjuicio, sólo es susceptible de resarcirse con la sentencia, en la medida en que ésta, además de anular el acto, ordena el reintegro al cargo y la ficción de la continuidad en el servicio, durante todo el tiempo que el afectado injustamente permaneció fuera de él, así como el pago de los emolumentos dejados de percibir. La medida provisional que está limitada exclusivamente a la suspensión del acto, no lograría la finalidad de la institución, porque cualquier decisión que vaya más allá constituiría un pronunciamiento de fondo, excediendo el carácter de la medida cautelar (...) se ha indicado que en caso de demostrarse dentro del proceso que ha existido violación legal y se anula el acto respectivo, debe restablecerse el derecho en la medida en que ello sea conducente; si no hay lugar a restablecimiento, por no hallarse violación legal que de méritos para anular, el actor no ve tampoco menoscabado su derecho. En cambio, si en el último caso hubiese habido suspensión provisional, se habría producido un desequilibrio para la administración y una ostensible afectación al erario público”.

Es decir, exige el Juez la presencia de un criterio que el legislador no y **pondera intereses en términos de perjuicios causados a las partes**. Aún reconociendo la existencia de perjuicios para el demandante y la agravación de su situación jurídica por el paso del tiempo, considera que no se pueden proteger, precisamente, porque dichos perjuicios se causan por un acto que ya surtió todos sus efectos. Quedando entonces, únicamente, cómo respuesta judicial el restablecimiento del derecho de la sentencia de fondo y la indemnización por los perjuicios causados. Es decir, hay una total ausencia de tutela cautelar.

- **En cuanto al *periculum***: cuando el accionante adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

Considera el despacho que “si bien se anexan documentos destinados para el análisis del fondo del asunto puesto en conocimiento, de ellos no es dable extraer ningún elemento de juicio sobre los argumentos expuestos por el apoderado de la parte actora, sobre la procedencia de la

medida cautelar invocada, esto es, la difícil situación económica que a la fecha atraviesa el señor, afectación emocional de éste y su núcleo familiar, y demás argumentos expuestos como soporte de tal solicitud, como consecuencia de la sanción impuesta. No existe prueba, siquiera sumaria, del perjuicio que la ejecución de los actos demandados causan o podría causar al demandante". (Sic). Además, citando el Auto del Consejo de Estado 17 de noviembre 1988, considera que "hay un interés privado del demandante afectado con el acto de la administración que impugna y por ello la suspensión provisional debe estar rodeada de mayores exigencias que son las que van a darle un margen de seriedad jurídica a ese obstáculo que va a encontrar el acto acusado con esa medida (...) No es suficiente pues, la simple conjetura de un perjuicio o que éste pueda suponerse en forma más o menos razonada por el juez, o que ese perjuicio sea el resultado de un estimativo de carácter esencialmente subjetivo al cual sólo puede llegarse después de complejos análisis, sino que ese perjuicio debe ser real, verdaderamente efectivo nada de hipotético. Y el perjuicio debe igualmente asumir características de importancia, de consideración, casi de enormidad o de exceso, puesto que en verdad no es suficiente el simple menoscabo económico transitorio".

En este marco de diferenciación de criterios y de contenidos de los mismos para la medida cautelar de suspensión del acto y las demás permitidas, el *periculum in mora* tiene connotaciones muy distintas, dependiendo de si se pretende una medida cautelar suspensiva positiva: para la primera se debe "*demostrarse sumariamente la exigencia del perjuicio*" y, para la segunda, se exige bien que "*de no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable*" o que "*existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serán nugatorios*". En la medida suspensiva de actos claramente el legislador no cualifica el perjuicio como si lo hace en las demás medidas cautelares.

Tratándose de estas "demás medidas cautelares" entonces ha dejado el legislador abierta la posibilidad a un *periculum in mora* genérico, pues incorporó un conector opcional, "*de no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable o que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serán nugatorios*". Sobre esta segunda posibilidad me remito a los argumentos arriba expuestos sobre efectividad de la sentencia.

En esta todavía confusión sobre el contenido de los criterios, bien merece la pena resaltar, el nuevo pronunciamiento del Consejo de Estado sobre los perjuicios irrogados por un acto administrativo sancionador (de

destitución) respecto de los funcionarios de elección popular próximos a finalizar su periodo constitucional o legal<sup>201</sup>: “ha de señalarse que, en el caso sub judice, los actos administrativos sancionatorios que imponen la destitución e inhabilidad en el ejercicio de cargos públicos al demandante, son actos que conllevan una carga para el accionante y le ocasionan un perjuicio, consistente en la imposibilidad de cumplir el mandato que por voto popular recibió de quienes lo eligieron como Alcalde Mayor de Bogotá para el período 2012-2015 (...) Con la solicitud de la medida, el demandante pretende «*impedir que se siga causando un perjuicio irremediable, consistente en el agotamiento día a día del período constitucional para el cual fui elegido*» (...)”<sup>202</sup>

En el caso concreto, de no concederse la medida cautelar suspensiva el actor, antes de que el Consejo de Estado profiera un fallo de fondo finalizaría su periodo constitucional como Alcalde. Su derecho a elegir y ser elegido tendría que sustituirse, posteriormente, por una suma de dinero equivalente. Al respecto ha argumentado la Alta Corporación que «al juez le corresponde igualmente examinar la situación desde el punto de vista del demandante: si la decisión resultare ilegal, para usar el mismo lenguaje de la entidad “se estaría haciendo inocua cualquier decisión de fondo” que le restableciera el derecho reclamado. Es claro en consecuencia para el juzgador, que **frente a la decisión de la medida cautelar de suspensión de los efectos de un acto administrativo sancionatorio, ambas partes se encuentran en la misma situación de posible anticipación de la decisión definitiva. Pero ello no puede ser obstáculo para la efectividad de la medida cautelar solicitada, si hay razones para ello**; eso explica porqué el Código precisó que “la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”».<sup>203</sup>

Valga considerar en este punto que, en el derecho Español, los Tribunales suelen denegar la suspensión de los actos sancionatorios disciplinarios a funcionarios, cuando éstos pertenecen a altos órganos del Estado.

---

<sup>201</sup> Se había vislumbrado algún antecedente de suspensión del acto sancionador con desvinculación de un funcionario público en la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Segunda, 7 de abril de 2006, exp. 0662-06.

<sup>202</sup> Consejo de Estado, Sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, exp. No. 201400360 00. M. P. Gerardo Arenas Monsalve

<sup>203</sup> Consejo de Estado, Sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, exp. No. 201400360 00. M. P. Gerardo Arenas Monsalve. Negritas fuera del texto original.

En estos supuestos, los Tribunales aluden a la “función ejemplificadora” de dichos funcionarios y, por lo tanto, es la ponderación de perjuicios la que determina la denegación de la medida cautelar: el perjuicio causado a las instituciones del Estado, detrás del cual se encuentra el interés público, prevalece frente al derecho al funcionario permanecer en su cargo<sup>204</sup>.

Bien, en cuando a los medios probatorios para acreditar los perjuicios causados al accionante, el legislador colombiano los ha dejado abiertos al uso de los medios de prueba legales y, además, bastará una prueba sumaria de la existencia de dichos perjuicios (Art. 231 LPACA)<sup>205</sup>.

En este contexto resulta necesario recordar lo siguiente:

a. A través de las medidas cautelares se materializa el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y por lo tanto el uso de estas herramientas no debe ser extraordinario o excepcional. La suspensión cautelar y demás herramientas cautelares son un límite, un contrapeso a las prerrogativas de la Administración pública. Mediante estos instrumentos se pretende equilibrar, ante los Tribunales, a los particulares frente a la Administración Pública. Además, la garantía provisional (tutela cautelar) de derechos contribuye al control de toda la actuación administrativa por parte de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

b. el *periculum in mora*, en su versión genérica, se encuentra siempre presente en la situación fáctica que se valora al momento de acordar la medida cautelar. La sola idea de tener que acudir a la jurisdicción ya implica que hay una limitación al ejercicio del derecho o interés legítimo, el cumplimiento del debido proceso como derecho instrumental para garantizar la efectividad de esas situaciones jurídicas puede conllevar, *per se*, una demora en la tutela judicial ordinaria que hace que las situaciones jurídicas que pretenden ser protegidas sufran menoscabo mayor– el proceso para obtener la razón no debe ser una carga para quien tiene la

---

<sup>204</sup> ATS 27 de abril de 1999 (RJ/5195). Cfr.: DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 242.

<sup>205</sup> Cfr.: PENAGOS, G., *Nulidades y acciones del acto administrativo*, Bogotá 1996, pág. 363. El legislador exigió como criterio para el acuerdo de la medida cautelar suspensiva en las acciones distintas a la de simple nulidad, *el perjuicio que sufre o que podría sufrir el actor y la prueba, aunque sea sumaria, de ese perjuicio*. Así también se preveía en el antiguo CCA.

razón-. Esa agravación a mayores necesariamente acentuará el grado de urgencia de adopción de la medida cautelar.

c. Si durante el transcurso del proceso, la demora en tomar la decisión de fondo conlleva la consolidación de situaciones que puedan vaciar de contenido anticipadamente la sentencia, la tutela judicial habrá sido inútil. Por lo tanto, el juez debe evitar que un posible fallo favorable a las pretensiones quede desprovisto de eficacia.

### - *Periculum in mora* genérico y cualificado.

El *periculum in mora*, en su versión genérica, corresponde plenamente con la característica de urgencia. Sin embargo, el legislador, dentro de su libertad de configuración democrática, muchas veces matiza esta urgencia o peligro genérico y exige, además, la demostración de perjuicios adicionales para el derecho o interés legítimo debatido en el caso concreto.

El *periculum* desde su contenido genérico, “peligro de ejercicio” o “peligro de retraso”<sup>206</sup> se identifica con la mora misma del proceso principal que pone en riesgo la efectividad de la tutela. Desde esta perspectiva se reconduciría entonces, al *fumus boni iuris* como criterio principal para la adopción de las medidas cautelares. Precisamente, en este sentido el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA manifestaba en sus trabajos de investigación que “el perjuicio atendible por quien dispone la medida cautelar debe consistir en el riesgo de que se frustre la tutela efectiva (...) Es ese riesgo y no otro. Lo anterior obliga al juez que decide la medida cautelar a intentar una valoración *prima facie* de las respectivas posiciones, de forma que debe otorgar la tutela cautelar a quien tenga apariencia de buen derecho”<sup>207</sup>. “La demora ordinaria de los procesos equivale ya por

---

<sup>206</sup> En términos de CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio... Ob. cit.*, pág. 55 y ss.

<sup>207</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por las medidas cautelares... Ob. cit.*, pág. 175. En el mismo sentido SSTC 29 de abril de 1993 (RTC/148), ATS 10 de mayo de 2004 (JUR 2005/179886), y SSTS 28 de junio de 2011 (RJ/5602) y 10 de junio 2012 (RJ/45) precisa que el Juez: “ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia de un recurso, del retraso de la emisión del fallo definitivo (*periculum in mora*) y la apariencia de que el



sí sola a la frustración de la sentencia final”<sup>208</sup>. Existen situaciones en que “el simple retraso en conseguir la tutela solicitada puede significar para quien la obtuvo una ineffectividad, incluso total de la sentencia”<sup>209</sup>. Así, por ejemplo, en caso de exigencia de prestaciones necesarias para la subsistencia como lo son las pensiones, pero también, se puede acreditar en obligaciones con plazo determinado o de cuyo cumplimiento se dependa. Este tipo de peligro necesitará de una garantía provisional inmediata, una medida cautelar innovativa o anticipativa de la protección requerida. «El derecho a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el “perjuicio” inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón»<sup>210</sup>.

Sin embargo, este contenido del *periculum in mora* ha tenido ciertas reticencias doctrinales. El legislador, dentro de su libertad de configuración democrática, muchas veces, ha matizado esta urgencia **genérica** y la ha **cualificado o concretizado**: exigiendo, además, la demostración de un riesgo concreto y relevante, de perjuicios adicionales a la mera duración del proceso para el derecho o interés legítimo debatido en el caso concreto, perjuicios que resulten **inmediatos e inminentes**. A esta categoría o contenido del *periculum* se le ha denominado también “peligro de infructuosidad” o “peligro marginal”<sup>211</sup>. “No puede entenderse que la pérdida de la finalidad del recurso se refiere a la mera duración del recurso contencioso-administrativo porque, entonces, en todos los casos procedería la adopción automática de las medidas cautelares”<sup>212</sup>.

---

demandante ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa (*fumus boni iuris*)”.

<sup>208</sup> *Ibidem*, pág. 197.

<sup>209</sup> CALDERÓN CUADRADO, M. P., “La efectividad de la tutela judicial...”, en *Recopilación de ponencias y comunicaciones... Ob. cit.*, pág. 611.

<sup>210</sup> STS 7 de abril de 2004 (RJ/2685).

<sup>211</sup> CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio... Ob. cit.*, pág. 55 y ss. Sobre este tipo de perjuicio: CALDERÓN CUADRADO, M. P., “La efectividad de la tutela judicial...”, en *Recopilación de ponencias y comunicaciones... Ob. cit.*, pág. 611 y ss. El peligro de infructuosidad que de origen fundamenta las medidas cautelares de aseguramiento para que el demandado, con su actuar, no vacíe de contenido anticipadamente la sentencia.

<sup>212</sup> Y para contrarrestar ese peligro genérico ya está la tutela ordinaria. Al menos así lo afirma: QUIROGA CUBILLOS, H., *Procesos y Medidas cautelares*, Bogotá, 1991, pág. 34 y ss.

La frustración de la finalidad del recurso se produce, por el contrario, cuando mientras dura el proceso, surgen o se advierte que pueden surgir, hechos o circunstancias específicas que impidan la efectividad de la sentencia”<sup>213</sup>.

Así por ejemplo, en vía contencioso-administrativa, el Tribunal Supremo Español ha considerado que el *periculum in mora* es “el temor razonable y objetivamente fundado de la parte actora de que la situación jurídica sustancial aducida resulte seriamente dañada o perjudicada de forma grave e irreparable durante el transcurso del tiempo necesario para dictar sentencia principal. Sígase de lo anterior, que el *periculum in mora* requiere de la concurrencia de dos elementos: el daño inminente y la demora del proceso ordinario de cognición”<sup>214</sup>.

Por su parte, la doctrina colombiana no toma partido definitivo sobre si el amplio lapso que se requiere para la obtención de la sentencia es suficiente para dar por bien habido el criterio del *periculum in mora*. Si bien afirma que “el sólo hecho de la mora no justifica la existencia de la medida cautelar”, por lo que “debe sumarse el peligro que esa mora representa para la garantía real de los derechos reclamados en la demanda, esto es, debe probarse la afectación que la mora traerá en la tutela judicial efectiva”<sup>215</sup>. También matiza tal afirmación con que “en algunos temas esa prueba emerge per se del mismo hecho de la mora, es decir, esta se confunde con el peligro para la tutela judicial, como por ejemplo cuando una persona de avanzada edad demanda el acto administrativo que le negó la pensión de vejez”<sup>216</sup>. Con los datos arriba expuestos de mora judicial que reflejan que la media de las dos instancias es de 10 años, no resulta difícil demostrar, por cualquier medio probatorio, el

---

<sup>213</sup> STS 21 de febrero de 2005 (RJ/2969). En este sentido también: QUIROGA CUBILLOS, H., *Procesos y Medidas cautelares...* Ob. cit., pág. 34 y ss., quien afirma que es a ese peligro específico al que responde la tutela cautelar.

<sup>214</sup> ATS 12 de septiembre de 2000 (RJ 2001/282). Se exige que los daños sean determinados, actuales (o que exista certeza de que ocurrirán, de no acordarse la medida cautelar) y que exista una relación de causalidad entre la ejecución del acto y los daños. En este sentido: ATS 28 abril de 2006 (RJ/1956).

<sup>215</sup> CORREA PALACIO, R.E., “Medidas cautelares en el nuevo código de procedimiento administrativo...” en *Derecho Contencioso Administrativo...* Ob. cit., pág. 514.

<sup>216</sup> *Idem*.

menoscabo, a mayores, que la situación jurídica del demandante pueda sufrir.

Entonces, no es fácil en el terreno de práctica encontrar casos en los que con la decisión de la Administración Pública (en sentido denegatorio o con órdenes de contenido positivo, y en general, modificatorias de una situación jurídica) o con la inactividad de misma no se hayan vulnerado y causado perjuicios a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Tanto así que, para poner fin a esa vulneración se debe acudir al proceso contencioso-administrativo. Amén de ello, es altamente probable que, durante el curso del proceso, ese menoscabo inicial vaya a mayores, agrave los perjuicios y haga inminente y necesaria la protección provisional de la situación jurídica<sup>217</sup>.

- ***Modus procedendi del periculum in mora.***

Ahora bien, donde realmente parece tener acento el *periculum in mora* es en la bilateralidad de este. Esa idea los perjuicios bilaterales se ha establecido como ***modus procedendi*** para considerar o no presente el criterio del peligro en la mora del proceso y pasa por una **“ponderación de los perjuicios** que se causen al demandante, a la Administración Pública demandada y a los terceros<sup>218</sup>. Así entonces, el perjuicio relevan-

---

<sup>217</sup> En este sentido también: DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 233 y ss.: “Sin embargo, la doctrina moderna prefiere incluir ambas categorías bajo una única rúbrica, la urgencia de reminiscencias galas y contenido plural (...) Sólo el perjuicio que guarde relación de necesidad y adecuación con la pretensión de fondo, justificará la intervención del juez de la urgencia”.

<sup>218</sup> Esa ponderación de perjuicios como *modus procedendi* no parece tan ajena a la legislación española. El Art. 123.2 LJCA/56 la consideraba como forma de oposición del demandado a la suspensión: “si el abogado del Estado se opusiese a la misma, fundado en que de ésta puede seguirse grave perturbación a los intereses públicos, que concretará, no podrá el Tribunal acordarla sin que previamente informe el ministerio o autoridad de que procediese el acto o la disposición del recurso”. Cfr. RODRÍGUEZ ARANA - MUÑOZ, J., *La Suspensión del Acto... Ob. cit.*, pág. 103. En este sentido, el ATS de 10 de marzo de 1980 (RJ/832): “debe prudentemente cumplirse valorando tanto las razones de interés público que justifican la prerrogativa de la ejecutividad, como los derechos de la persona que claman porque este régimen de prerrogativa vaya unido a un perfecto sistema de garantías”.

te para la adopción de la medida cautelar, **no está siendo el ocasionado por el mero paso del tiempo (hasta que se obtenga la sentencia), se valora por el juez también la gravedad e irreversibilidad del mismo, pero además se requiere que dicho perjuicio sea preponderante respecto al perjuicio aducido por la contraparte o, si la ley así lo exige, respecto al perjuicio de terceros**<sup>219</sup>.

En esos términos, por ejemplo, el Art. 111 LRJPAC establece que el órgano administrativo competente para resolver el recurso podrá suspender la ejecución del acto recurrido si pudiera causar *perjuicios de imposible o difícil reparación* al recurrente. Pero no sólo, también exige la norma previa ponderación, suficientemente razonada, entre *el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto*.

También el Art. 130.2 LJCA establece que *“la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada”*. El *“Tribunal Supremo para la apreciación de los daños o perjuicios que ocasiona la ejecución del acto administrativo ha recurrido tradicionalmente al criterio de ponderación entre intereses públicos y privados en juego”*<sup>220</sup>. Ha considerado el Alto Tribunal que *“el juez debe valorar comparativamente el interés del sujeto activo de la suspensión – solicitante- con el interés público y el de terceros, por lo que únicamente logrará la medida cuando el perjuicio que pueda sufrir el solicitante sea cuantitativa y cualitativamente superior al daño sufrido por la contraparte – Administración Pública o un tercero-”* (Sic)<sup>221</sup>. *“Lo decisivo será el resultado que en esa ponderación se obtenga, con el carácter indicia-*

---

<sup>219</sup> DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 239.

<sup>220</sup> RODRÍGUEZ ARANA- MUÑOZ, J., "Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa en España", en *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*, México, 2005, pág. 314. Subrayas fuera del texto original.

<sup>221</sup> STS 19 de julio de 1995 (RJ/5943). En el mismo sentido: BOTIA TORRALBA, P., *Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa... Ob. cit.*, pág. 41 *“de manera que uno de los elementos determinantes de esta ponderación será, sin duda, los daños que se provocan al interés público con la suspensión del acto y los daños que se ocasionan al recurrente con la ejecutividad inmediata del mismo para determinar, a partir de dicha comparación y en función de la relevancia de unos y otros daños, cuál de aquellos intereses ha de reputarse prevalente”*.

rio y provisional que corresponde a esta fase cautelar, sobre cuál de tales intereses se revela como más prioritario, por ser su sacrificio el que presente mayor gravedad o trascendencia”<sup>222</sup>

Este *modus operandi* fue decantándose como alternativa de interpretación desde antiguo artículo 122 LJCA/1956<sup>223</sup>, reabriéndose de esta manera, en vía de recurso contencioso, el debate sobre el interés público que justifica la ejecutividad de los actos administrativos y dejando dicho interés siempre en grado de “preponderancia” sobre los intereses particulares. En este marco, a la medida cautelar le quedan los espacios en que el interés público no resulte gravemente afectado<sup>224</sup>. Un reducto mínimo pues “la Administración Pública aparece siempre – y por supuesto, aparece ante el juez- como sujeto titular del interés público y altruista frente a los intereses particulares y egoístas del administrados (...) con actos investidos de presunción de legitimidad y, por lo tanto, ejecutorios”<sup>225</sup>. Así en materia de suspensión cautelar la fórmula a favor de cual toma partido el Supremo es casi matemática: “cuando las exigencias de ejecución que interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto”<sup>226</sup>. La ponderación de los perjuicios al interés público es el barómetro que determina, en la práctica, si hay o no lugar a la tutela cautelar. Finalmente, el criterio de ponderación de intereses en conflic-

---

<sup>222</sup> STS 24 de abril de 2013 (RJ/5242).

<sup>223</sup> Exposición de motivos que preceptuaba: “en orden a la suspensión, la ley admite cuando la ejecución hubiera de ocasionar daños de reparación imposible o difícil. Al juzgar sobre su procedencia se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego. Respecto a la dificultad de la reparación, no cabe excluirla sin más pro la circunstancia de que el daño o perjuicio que podría derivar de la ejecución sea valorable económicamente”. Cfr.: CANO MATA, A., “Limitaciones al Principio...”, en *Revista Española... Ob. cit.*, pág.217.

<sup>224</sup> Cfr.: RODRÍGUEZ ARANA- MUÑOZ, J., “Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa...”, en *Las medidas cautelares en los procesos administrativos en iberamerica... Ob. cit.*, pág. 444 y ss.

<sup>225</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Nuevos sistemas de control...”, en *Revista Española... Ob. cit.*, pág. 404.

<sup>226</sup> ATS 3 de junio de 1997 (RJ/5050). Aun en jurisprudencias recientes se encuentra: STS 9 de junio de 2014 (RJ/3085).

to fue adquiriendo independencia y ha quedado expresamente consagrado por el legislador en el año de 1998<sup>227</sup>.

Este criterio de ponderación de perjuicios ha tenido más desarrollo en el ordenamiento Español que en el colombiano. Primordialmente, porque venía incorporado en la exposición de motivos de la LJCA/56 y, luego, expresamente en la LJCA para todo tipo de medidas cautelares. Así por ejemplo, con fundamento en la ponderación de perjuicios los Tribunales contencioso- administrativos españoles suelen denegar la suspensión de los actos sancionatorios disciplinarios a funcionarios, cuando éstos pertenecen a altos órganos del Estado. Lo anterior, aludiendo a la “función ejemplificadora” de dichos funcionarios y al perjuicio causado a las instituciones del Estado, detrás del cual se encuentra el interés público, prevalece frente al derecho al funcionario<sup>228</sup>.

En ordenamiento jurídico colombiano, por el contrario, no aparece como criterio legal de adopción de la medida suspensiva de actos administrativos, pero si ha de tenerse en cuenta tratándose de medidas cautelares distintas a la suspensión: “*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*”. (Art. 231.3 LPACA).

El ejemplo de que se está implementando este criterio como una “ponderación” de perjuicios de las partes implicadas lo podemos apreciar en el Auto de 24 de abril de 2013<sup>229</sup>, arriba analizado. En este pronunciamiento se deniega la solicitud de suspensión cautelar de los actos administrativos de destitución del cargo de un funcionario público impuesta en virtud una sanción disciplinara. La sentencia analiza como criterio de adopción de la medida suspensiva, **la ponderación de intereses** (a pe-

---

<sup>227</sup> En Este sentido: ATS 13 de junio de 2005 (JUR/150416): “la concurrencia de ambos criterios – “periculum in mora” y ponderación de intereses- operan como presupuestos legitimadores que abren paso a la posibilidad de adoptar medidas cautelares, pero no basta el concurso de uno de los dos presupuestos, sino que es preciso el concurso de ambos criterios jurídicos”.

<sup>228</sup> ATS 27 de abril de 1999 (RJ/5195). Cfr.: DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo...* Ob. cit., pág. 242.

<sup>229</sup> Juzgado 24 administrativo oral de Medellín.

sar de que el legislador no lo exige) **y se hace en términos de ponderación de perjuicios para las partes:**

El Juez compara perjuicios y concluye que: “en estos casos, causado el perjuicio, sólo es susceptible de resarcirse con la sentencia, en la medida en que ésta, además de anular el acto, ordena el reintegro al cargo y la ficción de la continuidad en el servicio, durante todo el tiempo que el afectado injustamente permaneció fuera de él, así como el pago de los emolumentos dejados de percibir. La medida provisional que está limitada exclusivamente a la suspensión del acto, no lograría la finalidad de la institución, porque cualquier decisión que vaya más allá constituiría un pronunciamiento de fondo, excediendo el carácter de la medida cautelar (...) se ha indicado que en caso de demostrarse dentro del proceso que ha existido violación legal y se anula el acto respectivo, debe restablecerse el derecho en la medida en que ello sea conducente; si no hay lugar a restablecimiento, por no hallarse violación legal que de méritos para anular, el actor no ve tampoco menoscabado su derecho. En cambio, si en el último caso hubiese habido suspensión provisional, se habría producido un desequilibrio para la administración y una ostensible afectación al erario público”.

El Juez en este caso valora exclusivamente el perjuicio para el interés público considerando que el “desequilibrio para la administración y ostensible afectación al erario público” es superior al perjuicio que ya se le ha causado al accionante y sobre el cual, a su juicio, ya no hay nada para proteger hasta la sentencia de fondo.

Ahora bien, sobre este criterio es necesario decir lo siguiente: a. si el demandante debe demostrar que la medida en que la suspensión cautelar, u otra medida cautelar que solicite, causaría perjuicios al interés público o a un tercero, se desvirtúa el principio “la necesidad del proceso para tener la razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón”. b. Si las medidas cautelares son una garantía para equilibrar las posiciones de las partes en el proceso contencioso- administrativo<sup>230</sup>, este *modus operandi* del *periculum* pone, una vez más – ahora en vía jurisdiccional- , en una posición privilegiada al interés público o de terceros abanderado por la decisión administrativa y genera cargas adicionales.

---

<sup>230</sup> Para compensar o servir de contrapeso, a las prerrogativas exorbitantes de la Administración. En este punto: STS 10 de noviembre de 2003 (RJ/9025).

les para el ciudadano que ve menoscabado su derecho o interés legítimo. El interés público no es igual al interés de la Administración, pues la defensa de los intereses públicos ya no es monopolio de de la misma. La sociedad y los particulares también abanderan intereses públicos<sup>231</sup>. c. La eventual causación de daños o perjuicios a los demás intereses que concurren en el conflicto, pueden encontrar garantía en la fijación de de una contracautela<sup>232</sup>.

Al respecto, el Profesor MARIANO BACIGALUPO afirma que “no se puede admitir la existencia de un interés público preponderante en que se mantenga la ejecutividad inmediata de un acto administrativo aparentemente contrario a derecho, tampoco se puede admitir la existencia de un interés preponderante del recurrente en que se ordene el efecto suspensivo del recurso cuando éste ya a primera vista carezca de fundamento, esto es, que tenga toda la apariencia de no prosperar”<sup>233</sup>. En este marco de anulación de la prevalencia de los intereses en conflicto, se volvería entonces a **la importancia del criterio de la apariencia de buen derecho**. Amén de ello, La protección constitucional no está encaminada hacia la protección del interés público sin más, sino en la eficacia y garantía de los derechos de los ciudadanos. Por lo tanto, como se explicará más adelante, este escenario, más que a una ponderación de

---

<sup>231</sup> JINESTA LOBO, E., "Últimas disposiciones en materia de suspensión de la ejecución ...", en *Ivstitia... Ob. cit.*, pág. 13 y ss. En el mismo sentido: STC de 7 de febrero de 1984 (RTC/18): "La consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en la acción mutua Estado - Sociedad". Igualmente: NIETO GARCÍA, A., "La vocación del derecho administrativo en nuestro tiempo", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 76, 1975, pág. 9 y ss. Si bien los intereses públicos eran definidos, inicialmente, por el Rey o por la aristocracia u oligarquía que gobernara y se oponían radicalmente a los intereses privados. Con el advenimiento de la lucha de clases, el surgimiento de los grupos sociales, de los gremios y demás agrupaciones u organizaciones que intervienen en el proceso político, surgen nuevos intereses, también públicos porque el Estado está llamado a protegerlos, a los que éste último autor denomina colectivos. Estos intereses colectivos cobran gran importancia dentro del Estado Social de Derecho y, por lo tanto, el juez está llamado a garantizarlos provisional y definitivamente. Dentro de una visión de un derecho administrativo subjetivo la protección y defensa de esto derechos deja de pertenecer a una sola persona (Administración), para pertenecer a todas.

<sup>232</sup> DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 337.

<sup>233</sup> BACIGALUPO, M., *La nueva tutela cautelar en el Contencioso- Administrativo... Ob. cit.*, pág. 308.



perjuicios de intereses públicos vs. Intereses privados, deberá ir decantándose hacia una ponderación de derechos<sup>234</sup> (la qué sólo tiene cabida para casos difíciles de colisión entre derechos fundamentales).

Valga decir además que no resulta clara la forma (metodología que utiliza) en que el juez realiza dicha ponderación de perjuicios, lo que deja abierto un amplio margen de la discrecionalidad judicial y la constante tentación de recurrir a formulas genéricas de prevalencia del interés público frente a los intereses particulares<sup>235</sup> sin que la motivación concreta se fundamente en los extremos puntales del caso concreto. En el nuevo contexto del Estado Constitucional ya no existe un único interés general abanderado por la Administración Pública y opuesto a los intereses particulares, por el contrario, como se afirmó en los primeros capítulos, el interés público se concretiza en la satisfacción de los derechos humanos y las libertades de las personas y, por lo tanto, resultan insostenibles las posiciones relacionadas con la limitación del derecho a la tutela judicial efectiva en función de los intereses generales<sup>236</sup>.

---

<sup>234</sup> Cfr.: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998...", en *Revista de Administración... Ob. cit.*, pág. 254 y ss.

<sup>235</sup> Como por ejemplo el ATS 5 de febrero de 2001 (RJ/1398), en el que el Alto Tribunal deniega la suspensión de una sanción interpuesta a una empresa de telecomunicaciones en razón a que precisamente las telecomunicaciones son un servicio de interés público, un bien escaso, que debe protegerse prevalentemente. Sin embargo, no hay consideración alguna del perjuicio concreto a sufrirse por la entidad por la multa. Ya lo mencionaba: NIETO GARCÍA, A., *El arbitrio judicial*, Madrid, 2000, "de ordinario, la ley ofrece una pluralidad de soluciones correctas, dentro de las cuales el juez en un acto de voluntad, escoge una en el ejercicio de su arbitrio" Un ejercicio de escogencia que, a juicio de este autor, respondería a la intuición del juez quien deberá, por obligación de la Ley, motivar su decisión.

<sup>236</sup> Así lo afirma: TORNOS MAS, J., "Suspensión cautelar en el proceso contencioso - administrativo y doctrina jurisprudencial...", en *Revista Española de Derecho... Ob. cit.*, pág. 125. En este marco también: RODRÍGUEZ PONTÓN, F. J., *Pluralidad de intereses en la tutela cautelar del proceso Contencioso - Administrativo ... Ob. cit.*, pág. 102 y ss: "Lo que haya de entender como contenido de estos intereses, a partir del Estado Social, ya no podrá determinarse en base a un concepto unívoco de los intereses públicos, contrapuestos por definición a los particulares (...) existe una heterogeneidad de los intereses públicos, y por otra parte, la naturaleza de estos, ya no se considera por definición diferente respecto a los intereses de particulares". Igualmente, sobre las transformaciones del Estado y los intereses públicos : GIANNINI, M. S., *Diritto Amministrativo*, vol. II, Milano 1988, pág. 48 y ss.

#### 4. Ponderación de intereses y ponderación de derechos.

Líneas atrás se ha hecho referencia a la ponderación de intereses como *modus operandi* del *periculum in mora*. Para considerar o no presente el criterio del peligro en la mora del proceso, en aras de adoptar la medida cautelar, se debe pasar por una “**ponderación**” de los perjuicios que se causen al demandante, a la Administración Pública demandada y a los terceros (si así lo indica el legislador). El perjuicio preponderante, después de esta operación, será considerado, en concurrencia con la apariencia de buen derecho, como suficiente y tendrá la protección provisional solicitada.

Sobre esta faceta de la ponderación de intereses (es decir, la ponderación de perjuicios), resta decir que: i) el interés público o interés general en su **acepción genérica** se presume incorporado en los actos administrativos, ello justificado, por los Tribunales Constitucionales, en el principio de legalidad y de eficacia de las Administraciones públicas. De ahí que, a juicio de los máximos garantes de la Constitución, se logre la compatibilidad entre la prerrogativa de autotutela administrativa y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. ii) Este escenario ya pone en cierta situación de privilegio a la Administración Pública y trata de equilibrarse dejando abierta la posibilidad para que la justicia contencioso-administrativa pueda debatir, previo debido proceso, la legalidad de la decisión administrativa<sup>237</sup>. iii) Este es entonces el marco previo e idóneo en el que se tiene en cuenta el interés general que se encuentra inmerso en cualquier decisión de la Administración Pública (Art. 103.1 CE, Art. 2 y 209 CN).

Por lo tanto, el interés público que se ha de valorar y tener en cuenta en el juicio cautelar, en esa “ponderación de perjuicios” que se realiza previamente a la adopción de la medida, es el **interés público concreto, cualificado o específico** que se persigue con la ejecución del acto im-

---

<sup>237</sup> Sobre este punto remito a lo expuesto en el capítulo segundo numeral primero.

pugnado<sup>238</sup>. Será este entonces otro requisito de motivación del auto que decida sobre la medida cautelar. Es la Administración quien en el procedimiento administrativo previo y en el acto administrativo específico debió dejar consagrados los intereses públicos particulares perseguidos con la decisión específica. Así mismo, la que tendrá que probar, en las oportunidades procesales pertinentes, la necesidad de ejecución del acto para satisfacer el interés concreto<sup>239</sup>. Amén de lo anterior, hay que recordar que la clásica función de los poderes públicos “bien común”, “interés público”, “necesidades públicas” se concretiza dentro de los Estados Constitucionales en la “satisfacción de los derechos y las libertades de las personas”<sup>240</sup>. Por lo tanto, tal finalidad resulta prioritaria para la Administración Pública, así como, lo es para el derecho administrativo regular para que se cumpla tal cometido.

Ahora, los ordenamientos jurídicos aquí comparados contemplan como criterio legal, para la adopción de la medida cautelar, la ponderación de

---

<sup>238</sup> Cfr.: GONZÁLEZ PÉREZ, J., "La suspensión del acto administrativo", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 61, 1989, pág.254 y ss.: "no se trata ya del interés público genérico, que presupone es el fin de todo acto administrativo y que justifica la presunción de legitimidad y, por ende, su ejecutoriedad. Si así fuera apenas si podría decretarse la suspensión". En el mismo sentido: FONT I LLOVET., "Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 34, 1982, pág. 477. Sin embargo la jurisprudencia ha sido proclive también a valorar el interés público en su modalidad genérica, así los ATS 5 de marzo de 1992 (RJ/2133), 21 de marzo de 1994 (RJ/1811). En la línea que tiene en cuenta el interés público concreto: ATS 18 de marzo de 1993 (RJ/1774) y 13 de mayo de 1993 (RJ/3526). En el primer caso se consideró que el Ayuntamiento demandado y apelante no acreditó la existencia de perjuicios reales para el interés público ya que sólo se refiere a ruidos y molestias que se producirán por mantener abierto un local, sin pruebas al respecto. En el segundo caso, también consideró el Alto Tribunal que no se produce ningún perjuicio concreto para el interés público municipal, fuera de que podría consistir en no satisfacer el interés genérico en la ejecutividad de los actos administrativos. Así mismo ATS 24 de mayo de 1996 (RJ/4492) en el que se determinó la revocación del auto impugnado por no sólo contener los intereses generales de forma genérica y no proyectar dichos criterios sobre las circunstancias particulares del supuesto examinado.

<sup>239</sup> En este sentido: ATS 29 de junio de 1992 (RJ/4732) sobre la ausencia de demostración del interés concreto y de los perjuicios que a este se causarían con la suspensión del desalojo de viviendas de funcionarios que ocupan por razón de su cargo).

<sup>240</sup> Cfr.: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo I... Ob. cit.*, pág. 101 y ss.

intereses en conflicto. En vía administrativa el Art. 111 LRJPAC<sup>241</sup> faculta al órgano administrativo competente para resolver el recurso para que suspenda la ejecución del acto impugnado *previa ponderación*, suficientemente razonada, entre *el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto*.

También, pero en vía contenciosa, el Art. 130.2 LJCA establece que *“la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada”*.

Así mismo en Colombia el Art. 231.3 incorpora este requisito de ponderación de intereses como criterio necesario para la adopción de medidas cautelares diferentes a la suspensión de actos administrativos: “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”.

El criterio de ponderación de intereses y derechos se ha trasplantado del derecho alemán. Sólo que, como ya se ha dicho, el ordenamiento contencioso – administrativo de Alemania parte de la regla general del recurso suspensivo y, por lo tanto, es la Administración a quién corresponde argumentar y demostrar el derecho de la colectividad o el interés público concreto y la necesidad de ejecución del acto administrativo. Además, para mantener la ejecutividad inmediata del acto que se encuentra suspendido, tal argumentación de la administración deberá hacerse en términos de: “medida de necesidad, expresamente calificada como tal, en situaciones de peligro inminente, particularmente cuando se deban tener perjuicios para la vida, la salud o la propiedad”<sup>242</sup> . Así

---

<sup>241</sup> Tener en cuenta la alusión hecha en el primer capítulo al interés público en el Real Decreto de 4 de julio de 1861, refiriéndose a la procedencia de la suspensión “siempre que ello no resultare inconveniente para los intereses de la Administración”, en la Ley Santamaría Paredes de 1888, incorporada como “perjuicio al servicio público” y, finalmente, en la exposición de motivos LJCA/56. En el ordenamiento Colombiano el criterio de ponderación de intereses es un poco más novedoso. Sin embargo, la presencia del “interés general” o “interés público” en las decisiones de la Administración Pública ha sido una constante.

<sup>242</sup> BACIGALUPO, M., “El sistema tutelar cautelar en el contencioso-administrativo alemán...”, en *Revista de Administración... Ob. cit.*, pág. 414 quien cita en su trabajo el artículo 80.3 de

mismo, para la exclusión del efecto suspensivo automático se exige un interés público concreto, específico en la ejecución del acto administrativo, un interés que vaya más allá del mero interés público general.<sup>243</sup>

Valga anotar que este criterio de ponderación sólo se consagra expresamente para las medidas cautelares de carácter suspensivo y no para las órdenes provisionales<sup>244</sup> y que el Tribunal Contencioso-administrativo, así como, el Tribunal Constitucional Federal, en ejercicio de su competencia de adoptar medidas cautelares en los recursos contenciosos y de constitucionalidad de la normas, respectivamente<sup>245</sup>, ha recurrido al criterio de un examen sumario de *perspectivas de éxito de la demanda principal* como metodología para adoptar las medidas cautelares. Si la demanda principal está debidamente fundada la medidas cautelar es adoptada<sup>246</sup>.

Este criterio ha tenido más o menos de buena aceptación en las legislaciones aquí comentadas. Especialmente en la Española que fue visto como una pieza de encaje necesaria para matizar un poco la fuerte exigen-

---

la Ley alemana de la Jurisdicción contencioso-administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung*).

<sup>243</sup> *Ibidem*, pág. 428.

<sup>244</sup> Cfr.: DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 353 y ss. En este trabajo la autora nos explica que es una cuestión problemática en el derecho alemán pues la doctrina no es unánime en la aplicación de la ponderación de intereses a las medidas cautelares positivas, pues cuando se aplica se estaría vulnerando el régimen legal.

<sup>245</sup> Art. 32 Ley de organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*)

<sup>246</sup> *Ibidem*, pág. 360. La autora nos explica como la doctrina alemana ha considerado que en realidad se tratan de un proceso sumario de constitucionalidad de la norma que termina por una resolución definitiva de las pretensiones. En el mismo sentido: BACIGALUPO, M., "El sistema tutelar cautelar en el contencioso-administrativo alemán...", en *Revista de Administración... Ob. cit.*, pág. 432: "no puede admitirse un interés público preponderante en la ejecutividad inmediata de un acto que con toda probabilidad se revele como ilegal, tampoco se puede admitir un interés preponderante del afectado en que se restablezca el efecto suspensivo de su recurso, si este es manifiestamente infundado". Considera además el autor que este no es un criterio unánime en la doctrina alemana y que resulta más acertado decir que la ponderación de intereses se utiliza por el juez cuando no se ha podido hacer un juicio aproximado sobre las expectativas de estimación del recurso.

cia de los perjuicios de difícil e imposible reparación<sup>247</sup>. Pero, aunque minoritaria, no es menos importante la doctrina disidente de este criterio como necesario para la adopción de medidas cautelares. Aquella que considera que:

a. Dentro de un Estado de Derecho Constitucional resulta escasamente adecuado tener como definitivo un criterio fundado en tal alto grado de subjetividad<sup>248</sup>. «El Estado de policía se caracterizaba así por la sumisión de cualquier derecho al interés del Rey o del Estado (la famosa “razón de Estado”, interés que era el que interpretaban literalmente sus ministros (...)) pero es evidente que este modelo no es el del Estado de Derecho que consagra nuestra Constitución, uno de cuyos “valores superiores” (...) es el de libertad -además de la justicia, puesta al servicio de ella-(...) La libertad no es, por cierto, una invocación retórica o inespecífico, sino que se concreta precisamente en los derechos fundamentales, los cuales son fundamentos del “orden político y de la paz social”, por lo que son, justamente, “inviolables” (...) Por ello el ejercicio de estos derechos no puede condicionarse nunca a las conveniencias de la Administración, por más de que esta gestione intereses generales. Estos intereses no pueden ser opuestos a la efectividad de un derecho fundamental»<sup>249</sup>.

b. No es posible leer el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con el condicionamiento de que la tutela cautelar ha de supeditarse a que no se perturbe el interés general o el de un tercero. La Administración llevará la tendencia a invocar el interés público (de la cual también es titular Art. 103.1 CE y 2 CN) como bandera para la ejecución de sus

---

<sup>247</sup> RODRÍGUEZ PONTÓN, F. J., *Pluralidad de intereses en la tutela cautelar del proceso Contencioso - Administrativo (adaptado a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998)*, Barcelona, 1999, pág. 88 y ss.; ENTRENA CUESTA, R., "La reforma de la jurisdicción contencioso administrativa", en *Revista Jurídica de Catalunya*, Núm. 2, 1999, pág. Pags. 47 - 75..

<sup>248</sup> Cfr.: CALONGE VELÁZQUEZ, A., "Primera decisión jurisprudencial sobre medidas "provisionalísimas". Un paso más en la crisis de la ejecutividad de los actos administrativos", en *Poder Judicial*, Núm. 33, 1994, pág. 474 y ss.; TORNOS MAS, J., "Suspensión cautelar en el proceso contencioso...", en *Revista Española de Derecho... Ob. cit.*, pág. 124.

<sup>249</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998...", en *Revista de Administración... Ob. cit.*, pág. 255.

actos, pero su ponderación frente a derechos, en particular, derechos fundamentales resulta arbitraria. No es un título que le autorice para impedir el ejercicio de derechos fundamentales<sup>250</sup>.

c. Es necesario recordar que si las medidas cautelares son una garantía para equilibrar las posiciones de las partes en el proceso contencioso-administrativo<sup>251</sup>, esta ponderación de intereses pone, una vez más – pero ahora en vía jurisdiccional-, en una posición privilegiada al interés público o de terceros abanderado por la Administración y genera cargas adicionales para el ciudadano que ve menoscabado su derecho o interés legítimo. La autotutela esa prerrogativa que está en la esencia misma de la Administración Pública y que justifica su posición superior sigue siendo homenajeadada por los Tribunales y manteniendo la medida cautelar en el terreno de la excepcionalidad<sup>252</sup>.

d. La ponderación deberá utilizarse sólo para los casos difíciles cuando exista conflicto o colisión de la normas a aplicar y cuando estén en juego

---

<sup>250</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 254 y ss.

<sup>251</sup> Para compensar o servir de contrapeso, a las prerrogativas exorbitantes de la Administración. En este punto: STS 10 de noviembre de 2003 (RJ/9025). En este marco: HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A., "Medidas Cautelares en lo contencioso administrativo y Constitución...", en *Cuadernos de Derecho Público Derecho Procesal... Ob. cit.*, pág. 78: "Ésta es la verdadera razón de ser de la tan recurrente en la jurisprudencia ponderación interés público-interés privado. No que sea un parámetro válido constitucionalmente para definir la extensión de la tutela cautelar, sino que es el criterio para resolver el conflicto entre el derecho fundamental a la tutela cautelar y las potestades de autotutela de la Administración pública que se apoyan en la dedicación de éstas al servicio de los intereses generales y en el subsiguiente principio de eficacia que debe presidir sus actuaciones (art. 103 CE)".

<sup>252</sup> Cfr.: *Ibidem*: "En sentido negativo procede concluir que no tiene sentido, es más yo diría que es contrario a su esencia y por ello a su fundamento constitucional, que el legislador, usando de un margen de apreciación que no pretendo negarle, haga depender la adopción o no de la medida solicitada de una circunstancia completamente ajena a si el proceso impide o no la efectividad real de la sentencia. Y esto es precisamente lo que ocurre cuando el legislador fija como criterio de enjuiciamiento en sede cautelar la ponderación de intereses en presencia. A mi modo de ver (...)la ponderación de los intereses públicos y privados privilegiando la consecución de aquéllos aun a costa de un cierto sacrificio de éstos tiene inequívoco apoyo constitucional, pero evidentemente su sede en el sistema constitucional no es la tutela cautelar ex artículo 24.1 CE, sino el principio de eficacia de la actuación de la Administración pública consagrado en el artículo 103.1 CE, que, a su vez, tiene su propia configuración esencial".

derechos fundamentales. "La Administración puede actuar, en efecto, y hay que decir que no es excepcional, al servicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Sólo en estos casos su interés resultará confrontable al de un recurrente, que en uso de otro derecho fundamental, pide al juez una medida cautelar"<sup>253</sup>. El ejercicio de los derechos fundamentales no puede supeditarse, sin más, al interés público genérico que resulta del cumplimiento del deber de la Administración, las perturbaciones graves deberán solo ser aquellas que conlleven el menoscabo de los derechos fundamentales de otras personas<sup>254</sup>. Solo se puede hablar de una ponderación en el conflicto de derechos fundamentales de un tercero o de quienes esté protegiendo específicamente la Administración con su acto. El legislador que consagra como criterio base del sistema cautelar la "ponderación circunstanciada de intereses del recurrente, de la administración y de terceros", sin hacer referencia a los derechos fundamentales, sucumbe en la comodidad y la tentación de seguir poniendo el acento de superioridad en la Administración Pública y de sumisión de los derechos de los ciudadanos a la Institución.

**En Colombia** la incorporación de este criterio por el legislador es bastante reciente. Sin embargo, cómo se explicó en el segundo capítulo, la doctrina y la jurisprudencia ha sido bastante proclive a trasladar al juicio cautelar el escenario previo de la presunción de legalidad del acto administrativo, de su ejecutividad, ejecutoriedad y del interés general inmerso en las decisiones de la administración, ganando estas prerrogativas siempre terreno cuando se trata de protección provisional de derechos.

El criterio de ponderación de intereses se exige por el art. 231.3 únicamente para la adopción de medidas cautelares diferentes a la suspen-

---

<sup>253</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998...", en *Revista de Administración... Ob. cit.*, pág. 256. Nos señala este autor que la LJCA/98 se apartó de la LOTC de 1979 norma que en su artículo 56 permitía denegar la medida cautelar cuando de esta pudieran seguirse perturbación grave de los intereses generales o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero. Mientras que en la LJCA/98 el Art. 130.2 deja únicamente la idea de denegación de la medida cautelar cuando se pudiera seguir perturbación grave a los intereses generales o de terceros.

<sup>254</sup> Cfr.: *Ibidem* pág. 257.



sión del acto y, desde su redacción, el legislador privilegia el interés público: “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”. Es decir, que si se deniega el interés general salga beneficiado, pero si se concede también.

Preocupa además que el Consejo de Estado<sup>255</sup>, citando nuevamente el informe de ponencia para el segundo debate en la Cámara de Representantes (Gaceta No. 951 de 23 de noviembre de 2010), manifieste que: “(...) los requisitos previstos para las demás medidas cautelares diferentes a la suspensión provisional de los actos en los numerales siguientes tienen por objeto que el tiempo transcurrido en el proceso no afecte los intereses de mayor valía de la comunidad, o no causen agravio a un interés subjetivo (...) De esta manera para otorgar o denegar alguna medida cautelar – se reitera diferente a la suspensión provisional de actos-, el juez o magistrado ponente deberá considerar los supuestos establecidos en la citada norma bajo el principio de proporcionalidad, ponderando la eventual lesión al interés público, los daños y perjuicios provocados con la medida a terceros, así como los caracteres de instrumentalidad y provisionalidad, de modo que no se afecte la gestión sustantiva de la entidad, no se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros, así como también por ejemplo tomar en cuenta las posibilidades y previsiones financieras y presupuestales que la administración deberá efectuar para la ejecución de la medida cautelar. Ello implica que la medida cautelar pueda denegarse cuando se esta se pudiera seguirse una perturbación grave de los intereses generales o de terceros que el juez o magistrado ponente ponderará en forma circunstanciada (...)”<sup>256</sup> (Sic).

El legislador Colombiano, con independencia del debate que dio previo a la expedición de la LPACA no estableció como criterio legal la ponderación de intereses del demandante con los intereses de los terceros y, menos aún, hizo depender el acuerdo de las medidas

---

<sup>255</sup> Sentencia de la Sala Plena, 5 de marzo de 2014, exp. 2013-06871-0. Magistrado Ponente. Alfonso Vargas Rincón.

<sup>256</sup> Subrayas fuera del texto original.

cautelares, de la situación presupuestal de la Administración Pública demandada. Recordemos que la solvencia de ésta fue utilizado por mucho tiempo como argumento denegatorio de medidas cautelares contra la misma, ahora pareciera aplicarse el criterio de solvencia de la Administración en sentido contrario, es decir, el juez deberá indagar primero si la Administración Pública cuenta con los recursos necesarios para la protección de los derechos de los ciudadanos antes de ordenar su protección. Esto no resulta racional ni proporcionado de cara al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Una situación que debe tenerse en cuenta es que dentro de los debates del Congreso de la república, previos a la expedición de la norma, estuvieron inspirados en la legislación contencioso- administrativa Española (que contempla expresamente como criterio sustantivo de adopción de medidas la ponderación de los intereses de las partes y de terceros), pero tales debates distan mucho de la versión final sancionada como Ley de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso- Administrativo.

El sometimiento de la tutela cautelar al criterio de ponderación de intereses públicos, ya resulta lo suficientemente controvertido, como para ahora condicionarla también a la sostenibilidad fiscal y presupuestal de la Administración Pública.

Amén de lo anterior, la fórmula utilizada por el legislador colombiano desdibuja un poco el criterio a utilizarse para aplicar el subprincipio de **proporcionalidad** en sentido estricto: Si la medida es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más ventajas para el interés general – entendido en términos de efectividad de derechos- que perjuicios sobre otros bienes y valores en conflicto<sup>257</sup>. Es decir, se miden tanto las ventajas para el interés general como los perjuicios sobre otros bienes y valores, mientras que el juicio de ponderación de intereses en la LPACA, art. 231.3, sólo valora la gravedad de la medida para el interés público: "... que permita concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses,

---

<sup>257</sup> Cfr. BERNAL PULIDO, C., "Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española?", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 30, 2007, pág. 273-291. En el mismo sentido SSTC 66/99 (RTC/66), 207/96 (RTC/207), 161/97 (RTC/161), 136/99 (RTC/136), 136/99, 20 de julio (RTC/136) y 54/2004, 15 de abril (RTC/54).

que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida que concederla”.

Desdeña el legislador colombiano los perjuicios que con la denegación de la medida se pueden irrogar a otros bienes y valores y deja todo el trabajo de protección del juez hacia el interés general.

Entonces, habrá que darle la razón a la parte de la doctrina Española que, como se mencionó arriba, considera que el debate de ponderación en el escenario cautelar debe estar dirigido más hacia la ponderación de derechos fundamentales (cuando se trate de casos difíciles, aquellos en los que no existe un supuesto de hecho subsumible en la norma a aplicar) que hacia la mera ponderación de intereses públicos y privados. Una colisión entre el derecho fundamental instrumental a la tutela judicial efectiva de ambas partes, pero además, los demás derechos fundamentales que se pretendan hacer efectivos a través del primero<sup>258</sup>.

En este marco, el de la ponderación de derechos fundamentales enfrentados, el juez deberá recurrir entonces a los subprincipios de **idoneidad** (si con la medida a adoptarse se ha de conseguir el objetivo propuesto – garantizar provisionalmente el derecho, sin poner en peligro las personas y los bienes-, **necesidad** (si no existe otra medida más moderada para la consecución de ese objetivo con la misma eficacia) y **proporcionalidad** en sentido estricto (si la medida es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más ventajas para el interés general – entendido en términos de efectividad de derechos- que perjuicios sobre otro bienes y

---

<sup>258</sup> Vid: STS 72/2000 (RJ/72) y HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A., "Medidas Cautelares en lo contencioso administrativo y Constitución...", en *Cuadernos de Derecho Público Derecho Procesal... Ob. cit.*, pág. 78 y ss.: "Ambas posiciones jurídicas -la de la Administración Pública y la del particular- tienen evidente apoyo constitucional. Pero las dos no pueden ser protegidas porque son contradictorias. Una de ellas debe ceder y, dada la prevalencia intrínseca de los intereses públicos sobre los privados, serán éstos los sacrificados. En virtud del principio de proporcionalidad, que también vincula constitucionalmente la actuación de los poderes públicos a través de la interdicción de la arbitrariedad proclamada por el artículo 9.3 CE, no se puede aceptar la persecución de un interés general insignificante a costa del extraordinario sacrificio de un interés privado. Por ello, cuando el perjuicio que sufriría el interés particular de no adoptarse la medida cautelar fuese notablemente superior al que resultaría para el interés público en caso de que sí se otorgara dicha medida se invierte la solución del conflicto planteado: se sacrifica el interés público en favor del interés privado que viene satisfecho con la concesión de la medida cautelar”.

valores en conflicto)<sup>259</sup>. Y, como resultado de este examen, “se juzgarán inaceptables normas, medidas o actuaciones en la medida en que impongan un sacrificio inútil, innecesario, o desequilibrado por excesivo, de un derecho o interés protegido”<sup>260</sup>.

El juez encuentra los insumos de la ponderación en las normas vigentes, es decir, no son fruto de la imaginación o intuición del juez. Así mismo, el juez ya cuenta con el trabajo de ponderación hecho por el legislador en la Ley y por la Administración Pública en su decisión administrativa, pudiendo controlarlas en vía de recurso contencioso. El resultado de la ponderación, si bien en principio puede ser algo incierto, arrojará una “regla de prevalencia condicionada” que siempre podrá aplicarse en todos los supuestos en que concurran iguales circunstancias<sup>261</sup>. Estas reglas de prevalencia condicionada constituirán un sistema.

---

<sup>259</sup> Cfr. *Ibid.* en, pág. 273-291. En el mismo sentido SSTC 66/99 (RTC/66), 207/96 (RTC/207), 161/97 (RTC/161), 136/99 (RTC/136), 136/99, 20 de julio (RTC/136) y 54/2004, 15 de abril (RTC/54). En el mismo sentido RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Barcelona, 2000, pág. 105 y ss. Así como, STS de 16 de junio de 1997 (RJ/5443) que relacionada con una cuestión de prácticas restrictivas de la competencia insiste en tener en cuenta “el método de análisis de la cuestión sobre las circunstancias a ponderar y su respectiva valoración y sobre las medidas adoptables”.

<sup>260</sup> AHUMADA RUIZ, M. A., “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad...”, en *Conferencia “Trilateral” Italia/Portugal/España. Reunión de Tribunales Constitucionales... Ob. cit.*, pág. versión electrónica: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XV%20Trilateral/PO NENCIA.pdf>. Sobre la ponderación nos remitimos a lo expuesto en el capítulo dos, acápites referenciado como tutela cautelar como parte del contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Así mismo *vid*: RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *La ponderación de intereses en el derecho administrativo*, Barcelona, 2000, pág. 10 y ss.

<sup>261</sup> Para ALEXY, R., *Teoría General de los Derechos Fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdez*, Madrid, 1997, pág. 23 y ss. Para PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios y derechos*, Madrid, 1998, pág. 58 y ss., estas reglas de prevalencia condicionada no permiten que se encuentra una diferencia en cuanto a estructura entre principios y reglas. Para ATIENZA, M. and RUIZ MANERO, J., “Sobre principios y reglas”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 10, 1991, pág. 108 y ss., los principios no pueden ser optimizados, sino que por el contrario, una vez se determine su pertinencia para ser aplicados al caso concreto, se deben aplicar plenamente. El resultado de la ponderación es el principio que ha de aplicarse.

Por lo tanto, en términos de ponderación, será inidónea, innecesaria o desproporcionada la medida cautelar que limite los derechos fundamentales cuando resulte, evidente, patente y manifiesto el desequilibrio entre la medida cautelar a adoptarse para proteger el derecho fundamental del ciudadano y limitación que ha de soportar el otro derecho fundamental abanderado o de titularidad de la Administración Pública<sup>262</sup>. Así mismo, se pretende que “de la ponderación no se derive un sacrificio absoluto de un concreto principio (...) En la medida en que en la tutela cautelar ello puede ser provocado por el transcurso del tiempo necesario para obtener un resolución definitiva, el legislador ha previsto un sistema de cautelas y contracautelas, que coadyuvan a paliar este problema”<sup>263</sup>. Los argumentos utilizados por el juez para proteger uno u otro derecho fundamental, cuando estos hayan debido ponderarse, deberán quedar explícitos en la motivación<sup>264</sup> de la providencia cautelar.

---

<sup>262</sup> En un similar sentido: RODRÍGUEZ PONTÓN, F. J., *Pluralidad de intereses en la tutela cautelar del proceso Contencioso - Administrativo ... Ob. cit.*, pág. 98 y ss: “la nueva variante tomaría el camino de los límites inmanentes, consistentes en límites materialmente justificados en la CE (art. 103 CE) pero que han de ser actualizados, establecidos por el legislador, en este caso el legislador de la LJCA, respondiendo a los exigencias propias del derecho administrativo, en que el servicio al interés general ocupa un lugar central. Una función del legislador que, sin embargo, no puede ser exhaustiva en su configuración de los límites, sino que ha de combinarse con la exigencia constitucional de la ponderación caso por caso de los derechos, bienes, o valores constitucionales en conflicto, lo cual es plenamente aplicable al tema de las medidas cautelares”. Pero esto, continúa el autor: “(...) contempla la situación de la Administración y de los particulares desde una perspectiva más dinámica y flexible, perspectiva que rompería la rigidez de la asociación de derechos fundamentales a los particulares. Se trata de la aceptación de la titularidad del derechos fundamental el art. 24 CE por parte de las personas jurídico- públicas (...) el caso del art. 24 CE, sería especial, dado que no parecería adecuado negar en relación a los sujetos jurídico públicos unas garantías procesales que han de ser aplicadas con igualdad a cualquier proceso. En el mismo sentido: PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Madrid, 1995, pág. 55 y ss; LASAGABASTER HERRATE, I., “Derechos fundamentales y personas jurídicas de Derecho Público”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II, Madrid, 1991, pág. 664 y ss.

<sup>263</sup> DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 328.

<sup>264</sup> Es la motivación la que permitirá conocer los fundamentos de hecho y de derecho que sustentaron los criterios jurídicos utilizados en ella SSTC 58/97, 25/2000,147/99.

## II. REQUISITOS PROCESALES DE ADOPCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y COLOMBIANO.

### 1. Tipos de Procesos en los que procede la suspensión cautelar en el contencioso- administrativo.

En este marco, se ha dicho que la tutela cautelar, al tenor del Art. 24 CE y 29 – 229 CN procede en todo **tipo de procesos**, siempre y cuando se logren acreditar, en el juicio provisional, los requisitos racionales y proporcionales establecidos por el legislador. En este marco, **la LJCA establece** la regulación de medidas cautelares dentro de las disposiciones comunes a los Títulos IV, procedimiento contencioso-administrativo y V, procedimientos especiales. Quedando, de esta manera, cubiertos todas las acciones susceptibles de incoarse frente a la Administración Pública. Por el contrario, el **legislador Colombiano** en el Art. 229 LPACA ya optó, equivocadamente, por limitar la procedencia de medidas cautelares en el contencioso administrativo a los procesos declarativos. Dejando sin regular específicamente, por ejemplo, las medidas cautelares procedentes en los procesos ejecutivos.

Para el **proceso ejecutivo** contra la Administración los artículos 297 y ss., de la LPACA, remiten a las disposiciones del Código General del Proceso, que como tradicionalmente ha sido en este tipo de procesos, sólo contempla la medida cautelar de embargo y secuestro<sup>265</sup>. Amén de lo anterior, es necesario recordar que dentro de los procesos declarativos, que se adelantan ante el contencioso administrativo, la LPACA limitó la posibilidad del Juez Contencioso de ordenes positivas a la Administra-

---

<sup>265</sup> Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia de la Sala Plena de 5 de marzo/2014, exp. 2013-06871-01 cita el informe de ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes (Gaceta No. 951, 23 de noviembre de 2010) que en materia de medidas cautelares en los procesos ejecutivos indicó: "(...) Así en el Art. 229 se aclara que las medidas cautelares proceden en todos los procesos declarativos que se adelantan en la jurisdicción, con lo que queda claro que no cobijan los procesos ejecutivos, cuyo pronunciamiento y adopción de medidas cautelares se remite al código de procedimiento civil para el proceso ejecutivo (...)" (Sic).

ción, sólo podrá ordenar aquellas que tengan contenido de hacer o no hacer, dejando por fuera las de dar.

## 2. Oportunidad procesal.

En la etapa inicial de la acción cautelar la solicitud de parte de la medida cautelar resulta fundamental<sup>266</sup>. De *lege ferenda*, la protección provisional de los derechos fundamentales o colectivos en los procesos contencioso-administrativos ordinarios debería permitir la adopción de medidas cautelares de oficio<sup>267</sup>. Lo anterior con independencia de la existencia de procedimientos especiales de protección de derechos fundamentales y colectivos.

**En la LJCA** los interesados podrán solicitar, en cualquier etapa del proceso, la adopción de cuantas medidas cautelares aseguren la efectividad de la sentencia (Art. 129). Si se trata de medidas cautelares a adoptarse en los supuestos de vía de hecho o inactividad de la administración la solicitud podrá hacerse antes de la interposición del recurso contencioso (Art. 136). En cuanto a la LPACA podrán también ser solicitadas las medidas cautelares en cualquier etapa del proceso contencioso administrativo, situación que representó una gran novedad de la LPACA frente al antiguo CCA, Decreto 01 de 1984. Este último limitaba la oportunidad para solicitar la medida cautelar a la presentación de la demanda. En cuanto a las medidas cautelares previas a la presentación del recurso, como se argumentó en el capítulo anterior, no fueron contempladas por el legislador contencioso-administrativo colombiano<sup>268</sup>.

---

<sup>266</sup> Dadas las características y principios generales del contencioso-administrativo, entre ellos, que se trata de una jurisdicción rogada en la cual el juez actúa a instancia de parte: CAMPOS SÁNCHEZ -BORDONA, M., "Reflexiones iniciales sobre algunos problemas que plantea el nuevo régimen de medidas cautelares en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso - administrativa de 1998", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 149 1999, pág. 105 -130.; GIMENO SENDRA, V., *derecho Procesal Administrativo... Ob. cit.*, pág. 510 y ss.

<sup>267</sup> Sobre este punto remito a lo ya dicho en el capítulo tercero, en el acápite correspondiente a la instrumentalidad de las medidas cautelares.

<sup>268</sup> Sobre este punto vid: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso- administrativas y ampliación de su campo de aplicación..." en *La batalla por las medidas cautelares... Ob. cit...* Pág. 311: "no hay

El Consejo de Estado, en una amplia interpretación del Art. 234 LPACA (medidas cautelares de urgencia) permite la solicitud de la medida cautelar sin necesidad de agotar el requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial, pero el recurso contencioso si se debe interponer junto con la solicitud antedicha<sup>269</sup>.

### 3. Contenido de la solicitud: sustentación de la medida.

En la sustentación de la medida cautelar deben incorporarse los argumentos relacionados con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, así como la acreditación de los presupuestos sustantivos de la medida cautelar: apariencia de buen derecho, *periculum in mora* y ponderación de intereses (cuando así lo exija el legislador) en los términos descritos en la primera parte de este capítulo. Así lo establecen los artículos 129 y 130 LJCA y 231 LPACA.

En el caso particular, del derecho Español, se debe hacer énfasis en el por qué la medida cautelar (cualquiera que se solicite) no lesiona o causa perjuicios mayores a los intereses públicos o de terceros (Art. 130 LJCA).

Para el caso del derecho Colombiano, será menester sustentar la solicitud de acuerdo a la medida cautelar solicitada. Si se trata de la suspensión cautelar del acto administrativo, dentro del medio de control nulidad, deberá centrarse en el *fumus boni iuris*: argumentar la violación de normas superiores por parte del acto administrativo. Violación que deberá surgir de la confrontación del acto con las normas alegadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud (Art. 231). Si se trata de la medida cautelar de suspensión del acto administrativo, solicitada dentro del medio de control nulidad y restableci-

---

posibilidad de impartir a los ciudadanos una tutela judicial efectiva (el derecho cuya satisfacción consagran las constituciones, los tratados internacionales y los principios generales del derecho comunitario) si, en ciertas circunstancias, por lo demás nada excepcionales”, no se utilizasen resueltamente medidas cautelares antes o durante el proceso para asegurar la futura sentencia de fondo que no quede frustrada en sus efectos”.

<sup>269</sup> A mayor abundamiento me remito a los argumentos expuestos en el capítulo III, acápite denominado sumariedad y urgencia, así como, instrumentalidad.



miento del derecho, además del *fumus boni iuris* se deberá demostrar el *periculum in mora* (Art. 231).

Ahora bien, si de lo que se trata de de la solicitud de una medida cautelar suspensiva de procedimientos (p.e. contractual) o de una orden positiva dirigida a la Administración, la sustentación debe argumentar la apariencia de buen derecho (demanda razonablemente fundada en derecho, titularidad del derecho invocado demostrada sumariamente Art. 231.1,2)), el *periculum in mora* en términos bien de perjuicio irremediable a sufrir por la no adopción de la medida o bien la argumentación de los motivos serios que lleven a considerar que de no otorgarse la medida cautelar los efectos de la sentencia serán nugatorios (Art. 231.4 a,b).

Además de lo anterior deberá sustentar una ponderación de intereses que - tal como está concebida por el legislador - sólo tendría en cuenta la gravedad o las ventajas para el interés público que se obtendrían con la adopción de la medida cautelar: “que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida que concederla” (Art. 231.3)<sup>270</sup>.

#### 4. Audiencia de parte.

Como se argumentó en el segundo capítulo que dentro del proceso cautelar, la etapa denominada **contradicción** configura un verdadero derecho<sup>271</sup> para el accionado. De conformidad con lo preceptuado por el Legislador, la posibilidad de contradicción de la solicitud de medida cautelar se puede incluir: a. Antes de la providencia cautelar, esto es, notificándole de la solicitud de la medida al accionado para que, de considerarlo oportuno, se oponga a la misma en un término establecido (dentro de este marco se mueve el régimen cautelar español)<sup>272</sup>, es decir. El juez

---

<sup>270</sup> A mayor abundamiento me remito a lo expuesto en los tres primeros acápites de este capítulo.

<sup>271</sup> Manifestación del derecho fundamental al debido proceso (Art. 24 CE, Art. 29CN).

<sup>272</sup> Art. 131 LJCA.

contencioso sólo toma la decisión previa audiencia de la parte contraria. b. Una vez proferida la providencia cautelar, esto es, legitimando al sujeto pasivo para la interposición de los recursos procedentes contra dicho pronunciamiento. Esta situación era la vigente en el contencioso-administrativo colombiano con el decreto 01/1984 antiguo CCA<sup>273</sup>. A partir de la entrada en vigencia de la nueva Ley de procedimiento administrativo y de lo contencioso-administrativo, Ley 1437/2001 (LPA-CA)<sup>274</sup> el derecho de contradicción el proceso cautelar responde al mismo criterio del español. Por regla general, las medidas cautelares se adoptan con audiencia de la parte contraria.

Las excepciones en las dos legislaciones comparadas están caracterizadas por el elemento de “**urgencia**” así:

- a. El actual Art. 135 LJCA modificado por el Art. 3 diez <sup>275</sup> de la Ley 37/2011, de medidas agilización procesal, faculta al juez o tribunal para que: a instancia de parte, valore de las *circunstancias de especial urgencia* y, conforme a los requisitos establecidos en el Art. 130

---

<sup>273</sup> Art. 152.1, 154 y 155. Sobre ello: Sentencia Consejo de Estado junio 28 de 1990, Sec. Tercera, Auto 5998, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

<sup>274</sup> Art. 233 y 234.

<sup>275</sup> “1. Cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto: a. Apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, conforme al artículo 130. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución el órgano judicial dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales. En cuanto se refiere a la grabación de la comparecencia y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 63. b. No apreciar las circunstancias de especial urgencia y ordenar la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131, durante la cual los interesados no podrán solicitar nuevamente medida alguna al amparo del presente artículo. 2. En los supuestos que tengan relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen retorno y el afectado sea un menor de edad, el órgano jurisdiccional oírá al Ministerio Fiscal con carácter previo a dictar el auto al que hace referencia el apartado primero de este artículo”.

LJCA, adopte o deniegue *inaudita parte* la medida cautelar solicitada. Si bien es cierto que dicha decisión judicial carecerá de recurso, también lo es que deberá contener un plazo de tres días para que, bien la parte contraria se pronuncie sobre la medida acordada, o bien para que ambas partes comparezcan y presenten sus alegaciones con respecto a la medida. Cumplido dicho plazo y recibidas las alegaciones pertinentes en cada caso, el juez dictará un nuevo auto cuyo contenido verse “*sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales*”.

Ahora bien, si el juez no llegara a considerar las *circunstancias* aducidas por el solicitante de la medida como de *especial urgencia* dará a tal solicitud el trámite ordinario o general establecido en el Art. 131 LJCA. De ser así, los interesados no podrán volver a hacer uso de este “especial procedimiento” durante el resto de la tramitación del proceso principal.

En esencia la versión original del Art. 135 LJCA expuesto mantenía el mismo contenido expuesto. Las modificaciones de la Ley 37/2011, dirigidas a la agilización del procedimiento, versan específicamente sobre: i. La posibilidad de grabar la comparecencia de las partes y la organización de su documentación conforme a las reglas del Art. 63 (también modificado por la Ley 13/2009). ii. La sanción para los interesados en la cautela, si el juez no aprecia las circunstancias de especial urgencia, de no poder volver a hacer uso durante todo el proceso principal de este trámite especial y iii. Lo dispuesto por el Art. 135. 3: “*En los supuestos que tengan relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen retorno y el afectado sea un menor de edad, el órgano jurisdiccional oirá al Ministerio Fiscal con carácter previo a dictar el auto (...)*”.

- b. Hasta la reforma del año 2011, **el contencioso-administrativo colombiano** se había caracterizado por juntar en el mismo auto las decisiones de admisión de la demanda y de adopción de la cautela. Hasta la notificación del auto admisorio de la demanda el demandado no tenía conocimiento (por lo menos oficial) de la solicitud de la suspensión cautelar del acto administrativo (única medida procedente en vigencia del CCA). Tal situación llevaba aparejado el ejercicio del derecho de contradicción de la Administración demandada,

frente a la medida acordada, a través del los recursos procedentes contra el auto admisorio de la demanda (Art. 152.1, 154 CCA).

Es decir, la regla general era la adopción de la medida cautelar *inaudita altera parte*. La nueva LPACA modifica el momento procesal para ejercer el derecho de contradicción dentro del proceso cautelar. En efecto, las medidas cautelares *inaudita parte* dejan de ser la regla general para pasar a ser la excepción en el caso de que concurran los requisitos necesarios para configurar la *urgencia* al tenor de los Art. 233-234.

Así, dentro del procedimiento general para la adopción de la cautela el juez o magistrado ponente al admitir la demanda, pero en auto separado, ordenará correr traslado por 5 días de la solicitud de cautela (presentada junto con la demanda) al demandado para que éste se pronuncie. Este auto no será susceptible de recurso alguno.

En el caso que la solicitud fuera presentada durante el transcurso del proceso se dará traslado al demandado al día siguiente de la recepción del escrito. Si la medida cautelar se solicita en audiencia, de ella se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre la misma. (El Art. 233)

El Art. 234 de la misma norma incorpora en el contencioso-administrativo Colombiano la posibilidad de solicitar medidas cautelares de urgencia. El juez o magistrado ponente, sin previa notificación a la otra parte, podrá adoptar una medida cautelar, cuando además de verificarse los requisitos para su adopción se evidencie que por su urgencia no es posible agotar el trámite arriba citado previsto en el Art. 233. Esta decisión será susceptible de recurso.

Dicho ello, se puede afirmar que: Si bien es cierto, en su origen las medidas cautelares *inaudita parte* se fijaron como objetivo evitar el peligro de insolvencia del demandado y que, de la Administración Pública como demandado no se puede predicar tal riesgo, también resulta cierto que la importancia de las medidas cautelares radica principalmente en **menguar los efectos nocivos de la mora en la administración de justicia y aumentar su eficacia, , actuar en beneficio del ordenamiento jurídico, mantener durante el curso de la litis la igualdad de las partes**<sup>276</sup>. Así mismo, la finalidad de las medidas cautelares no es otra que **poner fin provisionalmente a la intromisión ilegítima o legítima (en los casos en que el individuo no tenga el deber jurídico de soportarla) y reponer provisionalmente al individuo en el ejercicio del derecho del que se ha visto privado**. Dentro de un Estado Social de derecho, el objetivo del sistema de cautelas debe trascender del mero mantenimiento del *status quo* del objeto del proceso principal y responder al aseguramiento de **la efectividad de la tutela judicial**. En efecto, esta visión integral en la regulación del sistema cautelar evitará que la administración de justicia deba recurrir, en el momento del proferir el fallo a transformar el derecho demandado en una tardía indemnización pecuniaria.

Consecuencia de lo anterior, la naturaleza de las cautelas (que *per se* obliga a la necesaria y urgente protección del derecho vulnerado) debería permitir que el derecho de contradicción se ejercite a través de los re-

---

<sup>276</sup> Sobre este argumento: LÓPEZ BLANCO, H. F., *Instituciones de... Ob. cit.*, pág. 1022; CARNELUTTI, F., *Derecho y Proceso... Ob. cit.*, pág. 415: "(...) aquellas alteraciones en el equilibrio inicial de las partes que pueden derivar de la duración del proceso (...) una experiencia elemental enseña que la duración del proceso agrava progresivamente su peso sobre los hombros de la parte más débil, hasta el punto de debilitarla cada vez más."; FASSI, S., *Código Procesal Civil y Comercial... Ob. cit.*, pág. 239: "(...) todas las medidas cautelares se hayan supeditadas y encuentran justificación en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el juicio y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al mismo."; COUTURE, E., *Fundamentos del Derecho Procesal... Ob. cit.*, pág. 254: "Cuando el Estado pone su actividad al servicio del acreedor en peligro, no sólo actúa en defensa o satisfacción de un interés, sino en beneficio de un orden jurídico en su integridad."; SARTORI, J. A., "El debido concepto ...", en *memorias X Congreso... Ob. cit.*: "El debido concepto de lo cautelar obliga a revisar cual es el justo término en equidad y en definitiva lograr el equilibrio que debe imperar en todo proceso judicial. Esto es mantener en un pie de igualdad a las partes durante el desarrollo del proceso".

cursos que se interpongan contra la adopción de la medida. Una regulación en sentido contrario facilita que los derechos que se pretenden puedan resultar desprotegidos y los efectos del fallo posterior que los reconozca nugatorios.

Téngase en cuenta, además, que en el caso de los actos administrativos existe una motivación suficiente de las razones de hecho y de derecho que han llevado a la Administración Pública a manifestar su voluntad y, a mayores, un procedimiento administrativo previo en el que ha quedado reflejado cada etapa (incluyendo la de participación y audiencias) que ha seguido la Administración para expedir tal decisión. Por lo tanto, si el juez cautelar requiere conocer los motivos de la Administración allí podrá encontrarlos. ¿Qué argumentos adicionales, relacionados con el objeto, la necesidad y la finalidad del acto administrativo, que no hayan sido contemplados en la motivación o en el procedimiento administrativo previo pueden encontrarse en el pronunciamiento de la Administración Pública respecto de la solicitud de medidas cautelares?

Ahora, la anterior posición aparece abolida de los ordenamientos jurídicos estudiados, al parecer, porque se asocia al carácter revisor de la actuación administrativa. "La legalidad propia del Estado Social de derecho tiende a configurarse como atribución de fines o directrices, dejando a la Administración un amplio campo de maniobra. Evidentemente, estos hechos hacen más difícil el control de la actuación administrativa, pues ya no se trata de revisar el acto imperativo dictado en ejecución de una norma, sino de *valorar la corrección en el cumplimiento de un mandato. Del control del acto se pasa al de la conducta*"<sup>277</sup>.

En este marco, la jurisdicción contencioso-administrativa supera su carácter revisor de la mera legalidad y responde al marco del Estado Constitucional de efectividad de derechos, en particular, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

El contencioso- administrativo deja de ser, exclusivamente, un proceso objetivo sobre el acto administrativo (aunque se mantiene para aquellos casos en donde se controvierte solamente la observancia del ordenamiento jurídico superior) y pasa a tutelar derechos e intereses legítimos

---

<sup>277</sup> TORNOS MAS, J., "La situación actual del proceso contencioso-administrativo", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 122, 1990, pág. 110.

de todas las personas<sup>278</sup>. En esta jurisdicción también el objeto del proceso queda delimitado por las pretensiones de las partes que entraban el conflicto jurídico y no por el contenido acto previo de las que las primeras se dedujeron<sup>279</sup>. El control de la jurisdicción administrativa se extiende a toda la actividad administrativa, sea expresa o tácita, por acción o por inactividad u omisión o por vías de hecho, sobre todo tipo de actos (reglados- discrecionales – políticos) que puedan afectar los derechos e intereses legítimos<sup>280</sup>. El papel del Juez administrativo ya no es exclusivamente anular los actos administrativo, sino que debe resolver conflictos de derechos e intereses entre las partes (administrado y Administrado)<sup>281</sup>. Las partes dentro del proceso deben tener iguales oportunidades de plantear las pretensiones necesarias para poder controvertir las de la contraparte.

Bajo esta óptica, no se genera ninguna incompatibilidad entre las medida cautelares *inaudita altera parte* como regla general y la acción o medio de control de simple nulidad, pues ésta última sigue siendo una acción objetiva de salvaguarda de la indemnidad del ordenamiento jurídico. Ahora bien, en cuanto a las medias cautelares y, en particular, la suspensión del acto procedentes en otro tipo de acción o medio de control (nulidad y restablecimiento del derecho o plena jurisdicción, contractual, reparación directa o responsabilidad), por haber actos administrativos de por medio, no resulta tampoco del todo ajena la idea de las medidas cautelares sin audiencia parte como regla general, más que nada, porque en la motivación de tales decisiones deben quedar claramente descritos los hechos y fundamentos de derecho aplicados al caso concreto, así como, argumentadas las finalidades específicas que requieren

---

<sup>278</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Contencioso- administrativo objetivo y contencioso - administrativo subjetivo a finales del siglo XX", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 152, 2000, pág. 101 y ss. En el mismo sentido: DESCALZO GONZÁLEZ, A., *La noción de derecho administrativo en España: Algunas cuestiones de reciente actualidad*, Bogotá, 2011, pág. 84 y ss.

<sup>279</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., "La plenitud de la garantía jurisdiccional contencioso-administrativa en el contexto constitucional", en *Libro Homenaje a Manuel García Pelayo*, vol. I, Caracas, 1980, pág. 335.

<sup>280</sup> Cfr.: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo II... Ob. cit.*, pág. 621 y ss.

<sup>281</sup> Cfr.: DESCALZO GONZÁLEZ, A., *La noción de derecho administrativo en España... Ob. cit.*, pág. 96.

la inmediata ejecución de la decisión. A mayores, el ejercicio del derecho de contradicción se garantiza a la Administración con los recursos procedentes, ante el superior jerárquico, contra el auto de adopción de la medida cautelar.

## 5. Pruebas

La libertad de medios probatorios, la prueba sumaria y los indicios son las reglas para demostrar los requisitos sustantivos de adopción de las medidas cautelares en los ordenamientos jurídicos comparados.

De acuerdo con el artículo 231, inciso primero, **LPACA** cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá i) por violación de las disposiciones invocadas en la demanda, cuando dicha violación surja i) del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Y, en aquellos casos en los que adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, deberá probarse “*al menos sumariamente la existencia de los mismos*”»(Sic)<sup>282</sup>. Hasta el año 2012, en vigencia del CCA no era posible sustentar los argumentos aducidos en la solicitud de la medida cautelar a través de cualquier medio probatorio o mediante indicios sólidos. Sólo los documentos públicos eran susceptibles de ser valorados por el juez, como ya se había hecho referencia en el anterior acápite<sup>283</sup>.

Bien, en cuando a los medios probatorios para acreditar los perjuicios causados al accionante, el legislador Colombiano ha dejado la posibilidad de uso de todos los medios de prueba legales y, además, bastará una prueba sumaria de la existencia de dichos perjuicios (Art. 231 LPA-

---

<sup>282</sup> Consejo de Estado, Sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, 13 de mayo de 2014 exp. No. 201400360 00. M. P. Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>283</sup> En este sentido: Consejo de Estado, Sentencia 12523, enero 30 de 1997, M.P., Juan de Dios Montes Hernández.



CA)<sup>284</sup>. “En algunos temas esa prueba emerge per se del mismo hecho de la mora (...) como por ejemplo cuando una persona de avanzada edad demanda el acto administrativo que le negó la pensión de vejez”<sup>285</sup>.

Igualmente, desde esta perspectiva procedimental, **en la LJCA** la mayor o menor exigencia de certeza del derecho o interés legítimo exigida para apreciar la apariencia de buen derecho, como requisito de adopción de la medida cautelar, se infiere de **un mínimo de prueba necesaria**, un “mínimo de acreditación de la situación que se alega”<sup>286</sup>. “Al no existir en la fase incidental un periodo procesal para tal probanza, sólo eran las alegaciones de las partes las que debían proporcionar los indicios sólidos al juzgador”<sup>287</sup>. En este sentido, se exige una mera **prueba indiciaria** deducida de los argumentos de la parte para apreciar si con la ejecución del acto administrativo se ocasionan perjuicios para quien solicita la medida. Lo que no quiere decir que se rechacen o no se valoren los demás medios probatorios.

En las anteriores condiciones, la prueba del perjuicio debería demostrar, por cualquier medio legal: Su certeza, inminencia, actualidad, irreversibilidad y la relación de estos con la actividad o inactividad administrativa.

Es el administrado el que acredita de alguna forma estos extremos del *periculum in mora*, “no se trata de un prueba plena, pero sí, al menos, de una justificación de la presunta producción de tales daños, así como de su naturaleza y alcance, mediante la alegación de hechos en que consista la producción de dicho evento dañoso o perjudicial y que aquellos,

---

<sup>284</sup> Cfr.: PENAGOS, G., *Nulidades y acciones del acto administrativo*, Bogotá 1996, pág. 363. El legislador exigió como criterio para el acuerdo de la medida cautelar suspensiva en las acciones distintas a la de simple nulidad, *el perjuicio que sufre o que podría sufrir el actor y la prueba, aunque sea sumaria, de ese perjuicio*. Así también se preveía en el antiguo CCA.

<sup>285</sup> *Idem*.

<sup>286</sup> DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 264.

<sup>287</sup> JIMENEZ PLAZA, C., *El "fumus...": un análisis... Ob. cit.*, pág. 41. En el mismo sentido: ATS 24 de abril de 1995 (RJ/3145). Así mismo: AATS 13 de julio de 1990 (RJ/5056) y 12 de marzo de 1998 (RJ/7738).

cuando menos, se prueben indiciariamente”<sup>288</sup>. “Es preciso señalar que en ocasiones tales daños inminentes resultan acreditados a partir del planteamiento de la cuestión de fondo, donde puede quedar de relieve su propia evidencia”.<sup>289</sup> Ahora bien, como se indicó, en cuanto a los medios probatorios para acreditar el *periculum* hay total libertad, el legislador no ha querido limitar la demostración del perjuicio a un medio probatorio concreto. Así mismo para el demandado quien podrá oponerse a la existencia del perjuicio utilizando cualquier medio probatorio<sup>290</sup>.

## 6. Contracautelas

Este precepto suele consagrarse en las diversas legislaciones procesales como herramientas de contrapeso al ya contrapeso (valga el juego de palabras) de la tutela cautelar, para que el administrado ejerza su derecho fundamental de manera responsable y, de paso, opere como carga procesal para desincentivarlo a dar un uso ilegal<sup>291</sup>. “La caución pretende, dentro de una mínima prudencia judicial, compensar a la Administración [por regla general, cuando no es ella demandante y, por lo tanto, solicita titular de la pretensión cautelar] de los daños que pueda causar la inevitable incertidumbre que provoca, para ambas partes, el fallo de toda sentencia en relación con la determinación de quien se va a alzar con la razón”<sup>292</sup>.

---

<sup>288</sup> ATS 25 de enero de 1999 (RJ/1495). Así mismo: ATS 5 de febrero de 2001 (RJ/2001).

<sup>289</sup> Cfr.: ATS 12 de julio de 1993 (RJ/6224).

<sup>290</sup> Cf.: CALDERÓN CUADRADO, M. P., “La efectividad de la tutela judicial y las medidas cautelares indeterminadas ex art. 1.428 Lec”, en *Recopilación de ponencias y comunicaciones: Planes provinciales y territoriales de formación*, Vol. 2, 1996, pág. 613.

<sup>291</sup> Sobre la necesidad de la caución en la tutela cautelar urbanística Vid: BAÑO LEÓN J.M., *Las medidas cautelares en el recurso Contencioso-Administrativo... Ob. Cit.*, Pág. 266; RUIZ PIÑERO, F.L., *Ob. Cit.*, Pág. 162 - 163.

<sup>292</sup> RODRÍGUEZ ARANA- MUÑOZ, J., “Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa en España”, en *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*, México, 2005, pág. 448.

**El Art. 133 LJCA** preceptúa: “cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente, podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquellos.

La caución o garantía podrá constituirse en cualquier de las formas admitidas en Derecho. La medida cautelar no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos, o hasta que conste el cumplimiento de las medidas acordadas para evitar o paliar los perjuicios a que se refiere el apartado precedente.

Levantada la medida por sentencia o por cualquier otra causa, la Administración o la persona que pretendiere tener derecho a indemnización de los daños sufridos, podrá solicitar ésta ante el propio órgano jurisdiccional por el trámite de los incidentes, dentro del año siguiente a la fecha del alzamiento. Si no se formulase la solicitud dentro de dicho plazo, se renunciase a la misma o no se acreditase el derecho, se cancelará la garantía constituida”.

Relevante resulta:

i) la posibilidad permitida por el legislador que la contracautela no sea exclusivamente una caución constituida por el beneficiario de la medida cautelar, sino que pueda ser cualquier tipo de medida que resulte adecuada para evitar o paliar los perjuicios que se vayan a causar con la adopción de la medida cautelar. Además de ello, la apertura de la LJCA a aceptar cualquier forma de caución admitida por el derecho y no sólo la constitución de la misma en “*metálico o fondos públicos depositados en la caja general de depósitos en las sucursales de provincias o en las corporaciones locales respectivamente, o mediante aval bancario*” como lo establecía la antigua LJCA/56.

ii) El indiscutible sometimiento de la exigencia de la contracautela a la causación de los perjuicios que se puedan causar con la adopción de la medida cautelar. Si con la medida cautelar no se avizoran perjuicios, el juez no podrá condicionar la medida. “La exigencia de caución únicamente es necesaria cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, de tal modo que si el

Tribunal aprecia que no existe ese riesgo puede ordenar (...) sin exigir caución al solicitante de la medida”<sup>293</sup>.

**En Colombia**, por el contrario el legislador contencioso- administrativo no consagró una cláusula abierta en materia de contracautelas, sólo permitió la caución y, situación que es aún más preocupante, no queda tan claro que estén supeditados directamente a los perjuicios que se puedan causar con la medida a la contraparte.

El Art. 232 LPACA establece que “el solicitante deberá prestar caución con el fin de garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar con la medida cautelar. El juez o Magistrado ponente determinará la modalidad, cuantía y demás condiciones de la caución, para lo cual podrá ofrecer alternativas al solicitante. La decisión que fija la caución o la que niega será apelable junto con el auto que decreta la medida cautelar; la que acepte o rechace la caución prestada no será apelable.

Por último, no se exigirá caución cuando se trate de la medida cautelar de suspensión de los efectos de los actos administrativos, de los procesos en los que se protejan derechos fundamentales o colectivos. Sin embargo si se trata de una orden positiva pues si podrá el juez exigir caución, situación ésta que no parece racional ni proporcionada pues se trata de procesos en los que están de por medio vulneraciones a derechos fundamentales y colectivos.

Es verdad que la Corte Constitucional, como se explicó en el capítulo tercero, declaró inconstitucional el parágrafo del Art. 229 de la LPACA, relacionado con la extensión del régimen cautelar contencioso-administrativo a las acciones constitucionales de tutela y populares. Sin embargo, no se pronunció sobre el inciso final del Art. 232. Podría pensarse que por tener directa relación con el parágrafo aducido se ha quedado sin un objeto vigente, sin embargo no se puede olvidar que dentro de los recursos contencioso-administrativos ordinarios también se pueden ver involucrados derechos fundamentales y colectivos. Por lo tanto debería tenerse en cuenta esta norma para esos casos.

---

<sup>293</sup> STS del 6 de febrero de 2002, en donde se interpreta de forma sistemática el Art. 67 mencionado con el 133.1 LJCA (LA LEY 57538/2006). En el mismo sentido FUERTES LÓPEZ, M., "Prudencia y coherencia de la tutela cautelar...", en *Repertorio de Jurisprudencia...* Ob. Cit., Versión electrónica Aranzadi (BIB 2003\545).

Tampoco se exigirá caución cuando el solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública (Art. 232 inciso final). Nuevamente privilegia el legislador contencioso- administrativo a la Administración Pública bajo el fundamento, revaluado desde los principios del Estado Constitucional, de la solvencia de la Administración. No son pocas las veces en que vemos que la Administración Pública no cuenta con los aprovisionamientos presupuestales necesarios para pagar los perjuicios que ha ocasionado a la ciudadanía. Por lo tanto, al menos debió exigírsele que, en caso de causar perjuicios al administrado con la medida cautelar que le ha sido concedida, por lo menos aprovisione presupuestalmente ciertos valores para hacer frente a los perjuicios. Pero no sólo lo anterior, podría haber dejado una cláusula abierta de contracautelas para poder ordenar cualquier medida necesaria a la Administración Pública que resulte adecuada para garantizar posibles perjuicios que se causen con la medida cautelar que el juez le ha concedido.

## 7. Auto resolutorio. Motivación de la decisión.

La etapa de **terminación del proceso cautelar** se caracteriza por la obtención del resultado: “la providencia cautelar”. En principio la duración del proceso depende de: el tiempo establecido por la norma y del tiempo real empleado por el juez (este último responde, entre otros factores, al fenómeno de la congestión judicial)<sup>294</sup>. Una vez expedida la providencia

---

<sup>294</sup> En Colombia, según los datos proporcionados por el Consejo de Estado, se tarda dos años la resolución de un conflicto de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la contenciosa- administrativa. Una vez definida la competencia y admitida la demanda la demora es de aproximadamente 5 años en el Tribunal Superior y, en el caso de recurso ante el Consejo de Estado, de 10 años. Finalmente, proferida la sentencia ésta se tarda 18 meses en pagarse, cuando se hace. En caso de no pagarse voluntariamente se debe iniciar el proceso ejecutivo. Cfr. “Nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso-administrativo, Ley 1437 de 2011”. Conferencia de la Consejera de Estado y miembro de la comisión redactora de la reforma Dra. Ruth Stella Correa Palacio: “*Fundamentos y objetivos de la reforma del Libro II sobre la jurisdicción de lo contencioso- administrativo y sus funciones jurisdiccional y consultiva*”. Biblioteca Luis Ángel Arango, Bogotá 1-3 febrero 2011. Otros datos sobre congestión pueden encontrarse en el Anteproyecto de Plan complementario al Plan Nacional de descongestión 2011 – Jurisdicción de lo Contencioso- Administrativo”, elaborado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judi-

cautelar, con las salvedades que se describirán en el acápite siguiente (p.e. los recursos que contra ella proceden en el ordenamiento jurídico colombiano), la cautela contenida en ella iniciará su vigencia.

La decisión cautelar debe ser motivada en términos de congruencia (de conformidad con las pretensiones principales de las partes), racionalidad y, si se encuentran inmersos derechos fundamentales, de ponderación. La tutela judicial efectiva y, como parte de ella, la tutela cautelar exige una resolución fundada en derecho, favorable o adversa, que sea garantía frente a la arbitrariedad de los poderes públicos<sup>295</sup>.

La motivación debe comprender los fundamentos de hecho y de derecho que se utilizaron para el caso concreto, así como la valoración de la protección cautelar que ha hecho el juez de los criterios legales exigidos por el Legislador. Además, lo resuelto en la providencia cautelar debe adecuarse, no a la pretensión cautelar, sino a la pretensiones principales solicitadas por las partes, en particular, por aquella que solicita la pretensión cautelar y deben explicarse con coherencia los argumentos que han llevado a la interpretación y garantía provisional del derecho, para que quien ha sido afectado por con la medida cautelar quede satisfecho de que se ha actuado ajeno a cualquier arbitrariedad<sup>296</sup>.

Difícilmente se podrá, en sede cautelar, utilizar motivaciones tipo “formulario” sin adentrarse a los supuestos de hecho del caso concreto, de hacerse, probablemente, se estaría replicando la teoría general en materia de medidas cautelares y de los criterios para su adopción, pero no se

---

catura citado por CORREA PALACIO, R.E., “Medidas cautelares en el nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso-administrativo (Ley 1437 de 2011)” en *Derecho Contencioso Administrativo. XXXII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, 2012. pág. 487. Según este documento a 31 de marzo de 2011, en los Tribunales Administrativos se tramitaban 64.066 procesos, a razón de 451 por magistrado y 148.657 procesos en los Juzgados Administrativos, a razón de 573 procesos por Juez. Así mismo, la duración de la primera y segunda instancia es: en Cali 1644 días en primera instancia y 288 días en segunda. En Medellín es de 885 días en primera instancia y 240 días en segunda. En Tunja: 2245 días en primera instancia y 528 en segunda. Además, el promedio se eleva cuando la segunda instancia se tramita ante el Consejo de Estado. La Sección Tercera, por ejemplo, tarda 10 años.

<sup>295</sup> En este sentido: SSTC 112/1996 (RTC/12) ,87/2000 (RTC/87), 58/97 (RTC/97), 25/2000 (RTC/25) , 147/99 (RTC/99).

<sup>296</sup> STC 264/1988.

respetaría la tutela judicial<sup>297</sup>, excepto, si se trata de casos con los mismos supuestos facticos y jurídicos<sup>298</sup>.

Ahora bien, la medida cautelar finalizará sus efectos en el momento en que se profiera la sentencia dentro del procedimiento principal siempre y cuando el accionado cautelarmente (que suele coincidir con el demandado dentro del procedimiento principal) haya guardado silencio y haya dejado pasar el término establecido para ejercer su derecho de contradicción frente a la providencia cautelar o si el accionado cautelarmente ha interpuesto los recursos de ley contra la providencia cautelar y éstos son desestimados por el juez competente. Los efectos de la medida cautelar también cesarán si se presentan las razones establecidas en la norma reguladora para que la cautela mute (o sea, se modifique por otra o se levante por considerarse que ya no es necesaria), en particular, en el caso en que desaparezcan o cambien las razones fácticas que llevaron a estimar la pretensión cautelar. En efecto, la mutación de la cautela puede generarse: a. porque se ordena otra que, conforme a la norma, resulte más adecuada para la protección del derecho o interés legítimo, o (en una situación menos frecuente) porque se ha extinguido el peligro para el derecho o interés legítimo. b. Porque el juez competente ha estimado alguno de los recursos interpuestos por el accionado contra la providencia cautelar y ésta última ha quedado sin efecto<sup>299</sup>.

## 8. Recursos contra el auto resolutorio.

En la LJCA los autos que resuelven sobre la solicitud de medidas cautelares expedidos por el juez contencioso en primera instancia y por el Tribunal Supremo en única instancia tienen efectos inmediatos (Art. 12 y 80). Los primeros son susceptibles de apelación y los segundos de recurso de súplica (Art. 79.1).

---

<sup>297</sup> Un ejercicio de motivación estilo “formato” la podemos encontrar en el ya explicado Auto del Consejo de Estado 13 de septiembre de 2013, exp 2012-00042-00, Magistrado Ponente: Susana Buitrago Valencia.

<sup>298</sup> SSTC 210/2000 (RTC/ 210), 215/2007 (RTC/215).

<sup>299</sup> CAMPO CABAL, J. M., Perspectivas de las medidas cautelares... *Ob. cit.*, pág. 19.

Es decir, en el contexto español la medida cautelar será inmediatamente ejecutiva. Ahora bien, si el auto es dictado por las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de justicia o por la Audiencia Nacional serán, si cumplen con el requisito de cuantía, susceptibles de recurso de casación (Art. 87.1b) y la admisión de la casación deja sin efecto, hasta tanto no se resuelva el recurso, la providencia cautelar.

Esta última regla opera en detrimento de la tutela judicial efectiva. Si el beneficiario de la medida cautelar debe esperar hasta la resolución del recurso de casación, con toda probabilidad la razón de ser de la medida cautelar habrá desaparecido. Sin embargo, frente a este impase el Art. 91 permite que el beneficiado con la medida cautelar acuda a la figura de ejecución provisional de la providencia cautelar, la cual sólo se denegará cuando “pueda crear situaciones irreversibles o causar perjuicios de difícil reparación”, precisamente las consecuencias que se pretenden evitar con la adopción de las medidas cautelares. No existe un criterio racional y objetivo para que el legislador haya reglamentado los efectos de los recursos de una manera diferente<sup>300</sup>.

Algunos aspectos que deben tenerse en cuenta en este punto:

- i) el Art. 129.1 LJCA permite la adopción de medidas cautelares en cualquier etapa del proceso, por lo tanto, frente al juez de conocimiento de la casación también se pueden solicitar tales cautelares.
- ii) la medida cautelar en el ordenamiento jurídico Español es eficaz desde el momento en que la misma se otorga, si para garantizar los perjuicios que la misma ha sido condicionada a la prestación de una caución, pues los efectos surtirán desde la aprobación de ésta última (Art. 133 LJCA).
- iii) Trascendental resulta además el desarrollo jurisprudencial que ha tenido el efecto de la solicitud de la medida cautelar suspen-

---

<sup>300</sup> Cfr.: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998...", en *Revista de Administración... Ob. cit.*, pág. 269: «la intercalación de un recurso de casación entre la adopción de la medida y su aplicación elimina inexorablemente la efectividad que impone el precepto constitucional, es un ejemplo palmario, y difícilmente superable, de una "dilación indebida" condenada por dicho precepto. Pero esto es lo que resulta de la nueva LJ, aunque haya que lamentarlo».



siva ante el contencioso-administrativo. En el segundo capítulo de este trabajo citamos la decisión del Tribunal Constitucional en la que aclaró que “el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión”<sup>301</sup>. Por lo tanto, si la Administración Pública ejecuta su decisión mientras los jueces contenciosos están decidiendo la cuestión “estará violando el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte actora”<sup>302</sup>.

En un pronunciamiento posterior confirmó el Constitucional que “el derecho a la tutela se extiende a la pretensión de suspensión de ejecución de los actos administrativos que, si formulada en el procedimiento administrativo, debe permitir la impugnación jurisdiccional de su denegación, y si se ejercitó en el proceso debe dar lugar en el mismo a la correspondiente revisión específica (...) es lógico entender que mientras se toma aquella decisión no puede impedirse ejecutando el acto, con lo cual la administración se habría convertido en juez”<sup>303</sup>. Entonces, ni el tiempo necesario para tramitar y resolver la pretensión cautelar puede obrar en detrimento de su utilidad. Así como, la Administración Pública no puede con la ejecución del acto vulnerar los Arts. 24 y 117.3 constitucionales. En estos términos -y es bastante razonable-: La solicitud de la medida cautelar suspensiva en vía administrativa o en vía jurisdiccional impide a la administración la ejecución del acto administrativo<sup>304</sup>.

**En el ordenamiento jurídico Colombiano**, el acto administrativo no será ejecutivo hasta tanto no se hayan surtido los recursos que contra

---

<sup>301</sup> STC de 6 de junio de 1984 (RTC/66).

<sup>302</sup> CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia... Ob. cit.*, pág. 140.

<sup>303</sup> STC de 20 de mayo de 1996 (RTC/78).

<sup>304</sup> En este sentido: CHINCHILLA MARÍN, M. C., "Los criterios de la adopción de las medidas cautelares ...", en *Cuadernos de derecho... Ob. cit.*, pág. 30 y ss.

el mismo procedan en vía administrativa, pero una vez en firme esta decisión podrá la Administración ejecutarlo, con independencia de si se ha instaurado o no, ante la jurisdicción contencioso-administrativa una pretensión suspensiva. Es decir, que el tiempo necesario para el conocimiento y la resolución de la pretensión cautelar puede obrar en detrimento del derecho a la tutela judicial efectiva. Las 13 reformas hechas desde la creación de la jurisdicción contenciosa no han sido suficientes para permitir que: se suspendan los efectos del acto objeto del litigio desde el momento en el que se solicita la cautela (es decir, desde que se da inicio al proceso cautelar con la demanda o por escrito separado en cualquier estado del procedimiento principal)<sup>305</sup> y que esta suspensión se mantenga durante el tiempo que tarde en expedirse la providencia cautelar.

Contra la decisión que acuerda la medida cautelar, procede el recurso de apelación o súplica en los procesos de única instancia. Recursos que al tenor de lo dispuesto en el Art. 236 LPACA se tramitaran en efecto devolutivo, lo que implica el mantenimiento de la competencia del inferior jerárquico o magistrado ponente para seguir adelantando el proceso, y la ejecución inmediata del auto que ordena la suspensión (Art. 236).

Sin embargo, aún en la práctica se encuentran ejemplos de que la sentencia llegue al proceso principal sin que se haya resuelto el recurso de apelación y por lo tanto sin que haya tenido efectos la providencia cautelar.

Es el caso de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos contenidos en las resoluciones No. 1428 de 13 de febrero de 1996 y 7496 de 8 de febrero de 2005 que se solicita, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 2013-00225-00 de competencia del Tribunal Administrativo de Santander. Los actos administrativos concedieron una pensión de gracia a una profesora. La Caja Nacional de Previsión Social solicitó la suspensión de dichas decisiones por considerarlas a los Art. 4, 25, 29, 83, 92, 128, 209 y 229 constitucionales y a las disposiciones legales relacionadas con la pensión de vejez y gracia.

---

<sup>305</sup> Art. 229 LPACA.

Su argumentación la centró en que la ciudadana demandada recibía dos pensiones de parte de una misma persona jurídica de carácter nacional, siendo esto contrario a las disposiciones legales que regulan la pensión de gracia pues exigen para que se configure que no se perciba otra pensión o recompensa de carácter nacional. Además de ello el demandante aduce que la pensión de gracia se le concedió a la ciudadana sin el lleno de los requisitos legales, ya que, para la fecha en que la misma se otorgó, no logró acreditar los 20 años de servicio en las condiciones exigidas por la Ley, eso es, enseñanza en labores de inspección de educación en planteles departamentales, municipales o nacionalizados.

No se pretende entrar a exponer el desarrollo del proceso, sino que de lo que aquí se trata es de hacer énfasis en que la suspensión se solicitó junto con la demanda el día 27 de febrero 2013, se corrió traslado por 5 días de la medida cautelar el día 9 de abril de 2013, el 15 de julio de 2013 se pronunció la demandada oponiéndose a la suspensión de su pensión de gracia que disfrutaba desde hacía 17 años, en particular por considerar que si cumplió desde siempre con los requisitos para obtenerla, por su situación de enferma de cáncer, su edad de 69 años y, además, lo que tal suspensión acarrearía, en sus condiciones, para su mínimo vital y su condición de salud.

El día 26 de agosto de 2013 (6 meses después de la solicitud) el Tribunal Administrativo se profirió la providencia cautelar y ordenó la suspensión cautelar de los actos demandados. El Tribunal consideró que de la comparación de los actos demandados, las normas superiores invocadas y la prueba documental allegada con la demandada se observa que no cumplía con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de gracia, como quiera que los tiempos acreditados de docencia oficial fueron prestados como docente con vinculación nacional y la pensión de gracia es una prerrogativa otorgada por la Ley a quienes no gozan de asignación alguna por parte de la Nación.

En el auto de 26 de agosto de 2013, arriba citado, realmente encuentra el magistrado certeza jurídica de la violación de normas de orden superior. No deja claro que se trate de una apariencia de derecho fundamentada en la verosimilitud de los argumentos, por el contrario, afirma tajantemente que: “se observa con claridad que la demandada no cumplía con los requisitos para el reconocimiento de esta prestación”. Aún con todo y ello el acto administrativo seguía surtiendo efectos. La

demandada seguía recibiendo, como durante los últimos 17 años el dinero mensual correspondiente a la pensión de gracia.

La apoderada de la parte demandada apela la providencia cautelar el día 30 de agosto de 2013. Los argumentos esbozados en la apelación reafirman la posición del pronunciamiento hecho durante el traslado de la medida cautelar. En particular, la condición de la demandada de sujeto de especial protección por ser un adulto mayor (69 años) y su estado de salud (cáncer de seno) y la afectación al mínimo vital y móvil (derecho fundamental) que en tal estado puede sufrir. El 18 de septiembre de 2013 se da traslado del recurso de apelación contra el auto que ordena la medida cautelar a la parte demandante. El 7 de noviembre de 2013 se concede la apelación y se ordena el envío del cuaderno separado de medidas cautelares al Consejo de Estado. La competencia para el conocimiento de dicha apelación radica en el superior jerárquico del Tribunal Administrativo, es decir, en el Consejo de Estado. El 16 de diciembre se hace efectivo el envío del cuaderno de medidas cautelares al Consejo de Estado. El 20 de febrero de 2014 se dicta sentencia declarando la nulidad de los actos impugnados. Es decir **hay un fallo de fondo sin que se haya pronunciado el Consejo de Estado sobre la apelación de la medida cautelar.**

No son pocos los obstáculos con que encuentra el demandante (que sólo por excepción es la Administración Pública, pero por regla general es el Administrado) cuando pretende obtener el reconocimiento de su derecho o interés legítimo a través de la jurisdicción contencioso-administrativa (es de recordar por ejemplo, la siempre defendida por la legislación, vía administrativa previa).

En Colombia, el ciudadano demandante de su derecho o interés legítimo ante la jurisdicción contenciosa, no solo se tropieza con el lento desarrollo del procedimiento principal (justificado, por la congestión judicial, la falta de recursos financieros, técnicos y humanos etc.), sino que, además, para que su derecho o interés se garantice provisionalmente debe esperar el cumplimiento de la providencia cautelar<sup>306</sup>. De gran avance, si se cumple debidamente resultará, el incidente de desacato por incumplimiento de la orden cautelar establecido en el Art. 241 LPACA.

---

<sup>306</sup> Art. 62 y 64 el CCA, Así como los Art. 87,88 y 89 LPACA.

## 9. Sanción por levantamiento de la cautela

La LPACA incorpora un artículo especial de responsabilidad para que el solicitante de la medida responda patrimonialmente por los perjuicios causados cuando la cautela sea revocada en el curso del proceso o cuando la sentencia sea desestimatoria de las pretensiones del solicitante (Art. 240). Sólo excluye la responsabilidad, como no era para menos, cuando la medida acordada sea la suspensión cautelar dentro del medio de control de simple nulidad.

Esta disposición normativa está redactada en términos de responsabilidad objetiva. No la ató el legislador a la culpa grave o el dolo. Amén de ello, dejó fuera causales importantes de exclusión de la responsabilidad del solicitante, entre otras, cuando la modificación de la medida durante el curso del proceso se haya llevado a cabo por variación de las circunstancias de hecho oportunamente notificadas por las partes (Art.240). Probablemente esto funcione como un desincentivo adicional para el solicitante que pretenda la protección provisional de sus derechos.

Ahora bien, siguiendo los lineamientos de la regulación de las medidas cautelares en la acción de tutela (Decreto 2591/1991), el legislador incorporó al régimen cautelar contencioso-administrativo una sanción económica para quien incumpla la medida cautelar ordenada por el Juez. Se trata de multas sucesivas por cada día de retardo en el cumplimiento de la medida ordenada hasta por el monto de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) a cargo del renuente, sin que pueda llegar a sobrepasar los cincuenta SMLMV. Adicionalmente la renuencia al cumplimiento configurará una falta disciplinaria grave para el funcionario (Art. 241).

“La sanción será impuesta al representante legal de la entidad o director de la entidad pública o al particular responsable del cumplimiento de la medida cautelar por la misma autoridad que profirió la orden, mediante trámite incidental y será susceptible de los recursos de apelación en los procesos de doble instancia y de súplica en los de única instancia, los cuáles se decidirán en el término de (5) días” (Art. 241, inciso segundo).

Resta solamente, estudiar las herramientas de garantía provisional del derecho en uno de los ámbitos más prolíferos para las malas prácticas: El urbanismo, porque las medidas cautelares tienen una específica función de protección de la legalidad y un alcance especial cuando se ads-

criben al ámbito urbanístico: la tardanza en los procesos de formación y ejecución de los instrumentos de planeamiento y gestión, el fenómeno generalizado de indisciplina urbanística y el retraso judicial, hacen que el ordenamiento jurídico dote el procedimiento de mecanismos especiales de protección provisional de las situaciones jurídicas de los administrados afectados con la actuación urbanística.

**TERCERA PARTE.**

**LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN  
UN AMBITO PARTICULARMENTE PROPICIO PARA LA CO-  
RRUPCIÓN: EL URBANISMO.**





## CAPÍTULO V

### LA SUSPENSION CAUTELAR EN UN AMBITO CONCRETO: EL URBANISMO. UNA VISION DE CONJUNTO SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN DERECHO URBANÍSTICO ESPAÑOL.

Hemos venido diciendo, que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva obligó a compatibilizar el privilegio de autotutela de la administración y sus principales efectos (la ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo) con la utilización, por parte del juzgador, de las medidas cautelares necesarias y adecuadas para garantizar la *finalidad legítima del recurso* o *la efectividad de la sentencia*. De esta manera se amplía la potestad jurisdiccional para adoptar instrumentos cautelares, garantizando, mediante su concesión, una protección provisional de los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado, con el único propósito de no frustrar la eficacia real del pronunciamiento futuro.

Las medidas cautelares tienen una particular función de protección de la legalidad y un alcance especial cuando se adscriben al ámbito del derecho urbanístico en sus tres ramas de referencia: planeamiento, ejecución y disciplina urbanística.

En este capítulo se expondrá, en primer lugar, de manera orientativa y general, el proceso urbanístico en España para, posteriormente, abordar el análisis de las medidas cautelares y los criterios para su adopción en los Ordenamientos Autonómicos del Suelo de: Castilla y León, Madrid, Galicia, Cataluña y el País Vasco. En particular, se abordará la suspensión cautelar de la vigencia de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanística, tanto en el procedimiento de formación del nuevo plan como en vía de recurso contencioso. Con posterioridad, se harán algunas reflexiones sobre las medidas cautelares en los procedimientos de protección de la legalidad urbanística, exponiendo los argumentos referidos a tres líneas Legislativas Autonómicas: los ordenamientos jurídicos del suelo que, fieles a la regulación del Texto Refundido de la ley del Suelo de 1976 (TRLS76) y del Texto Refundido de la Ley del suelo de 1992 (TRLS92), integran una enumeración taxativa de medidas cautelares (Castilla y León y Madrid); aquellos otros que, como el gallego, se sitúan en una posición ecléctica, incluyendo un listado de cautelas tasadas, pero, que dejan la posibilidad de ordenar cualquier medida *atípica* que se considere útil para la efectividad de la mera suspensión; finalmente, se

tomará el caso de aquellos ordenamientos que incorporan una cláusula general que faculta a la Administración para adoptar cualquier medida cautelar necesaria para la salvaguardia del Ordenamiento Urbanístico (Cataluña y País Vasco.) Así mismo, se expondrá el régimen jurídico de las anotaciones preventivas dentro del procedimiento administrativo de protección de la legalidad urbanística y de la anotación preventiva del recurso en vía contenciosa. Todo lo anterior, teniendo en la debida cuenta el marco general establecido en los Art. 111 y ss. LRJAP y 129 y ss. LJCA. Como colofón se abordará el fenómeno, tan actual en España, de la indisciplina urbanística y la importancia de la adopción de cautelas para prevenir sus devastadores efectos.

### **I. Algunas precisiones sobre el concepto de urbanismo.**

Tradicionalmente, el concepto de “urbanismo” ha sido definido como la “ciencia, arte o técnica de construir las ciudades”<sup>1</sup>, de proyectarlas, o, como aquello “propio de la ordenación y el desarrollo de las ciudades.”<sup>2</sup> Esta definición, explicada por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T. R, sólo es válida hasta la segunda guerra mundial. La idea de libertad positiva de la posguerra trajo consigo “la organización positiva de las condiciones sociales y económicas en base a las cuales los hombres pueden participar al máximo, como miembros activos, en la vida de la comunidad;”<sup>3</sup> esta definición se refuerza con la declaración universal de los derechos humanos de 1948 que, junto a los tradicionales derechos de libertad, propie-

---

<sup>1</sup> SANTOS DíEZ, R., Castelao Rodríguez, J. : *Derecho Urbanístico. Manual para Juristas y Técnicos*, La Ley, Madrid, 2008, pág.53. En el mismo sentido. Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22<sup>a</sup> edición Versión online. <http://www.rae.es/rae.html>.

<sup>2</sup> En el mismo sentido: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Parejo Alfonso, L. : *Lecciones de derecho urbanístico*, Civitas S.A, Madrid, 1981, pág. 21.

<sup>3</sup> Informe del Comité de la UNESCO sobre los fundamentos teóricos de los derechos humanos (París, julio de 1947), en *Dei Diritti dell'uomo*. Milano. 1952, pág. 359 y ss., Citado por BASILE, S., "Los "valores superiores", los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas", en *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático. Dirigido por los Profs. Alberto Predieri y E. García de Enterría*, Madrid, 1980, pág. 267.

dad, igualdad, proclama los derechos sociales, económicos y culturales.<sup>4</sup> La conciliación progresiva del derecho de propiedad, del papel garantista de los poderes públicos y de la planificación de las ciudades, con la planificación económica y, posteriormente, con el derecho al medio ambiente sano conlleva la ampliación de la definición y del contenido del urbanismo y, por consiguiente, un aumento del espectro de regulación de este último.

El urbanismo entonces, ya no sólo descansa en el respeto al derecho de propiedad consagrado en la Constitución (Art. 33), sino que, además, debe impregnarse de nuevos contenidos asumidos por la Carta Magna como *principios rectores de la política social y económica*, tales como: los derechos económicos, la protección del medio ambiente, la conservación del patrimonio histórico, el derecho a una vivienda digna y, en general, la procura existencial del ser humano en su entorno (Art. 45, 46 y 47 CE).

De acuerdo con lo anterior, el urbanismo debe entenderse en “una perspectiva global e integradora de todo lo que se refiere a la relación del hombre con el medio en que se desenvuelve y que hace de la tierra, del suelo, su eje operativo.”<sup>5</sup>

En cuanto al contenido del concepto, resulta de especial claridad la clasificación en dos dimensiones hecha por SÁNCHEZ GOYANES<sup>6</sup>: una primera dimensión subjetiva, relacionada con los propietarios y el ejercicio de su derecho de propiedad sobre los terrenos afectados por la ordenación urbanística y otra dimensión objetiva, referida propiamente al diseño de la ciudad a través del proceso de planificación y ejecución de lo planeado. Estas dos vertientes se traducen en potestades concretas que permi-

---

<sup>4</sup> Art. 22 a 27 Declaración Universal de los Derechos Humanos. <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

<sup>5</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Manual de Derecho Urbanístico* El consultor Madrid 2008, pág. 26. En el mismo sentido: GONZÁLEZ - VARAS IBÁÑEZ, S., *Urbanismo y ordenación del territorio* Aranzadi Pamplona, 2009, pág. 49 y ss. “el urbanismo, por su parte, «se centra en la acción pública sobre el *hecho de ciudad*, el racional destino y aprovechamiento del espacio físico en el núcleo poblacional»”.

<sup>6</sup> SÁNCHEZ GOYANES, E., “El estatuto jurídico de la propiedad urbanística”, en *Derecho urbanístico de Castilla y León*, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados Madrid, 2005, pág. 173- 174.

ten: por un lado, regular el estatuto jurídico de la propiedad del suelo (deberes y derechos de los propietarios, valoración del suelo, expropiación) y por el otro, planear, ejecutar lo planeado, controlar los procesos de transformación del suelo, proteger la legalidad urbanística y sancionar infracciones. El ejercicio de dichas potestades, como se verá más adelante, le corresponde a las Administraciones Territoriales.

## **1. Breve Referencia al Proceso Urbanístico Español.**

### **1.1 Un Paso por la evolución Histórica del Derecho Urbanístico en España desde 1956 hasta hoy.**

Desde la ley del suelo de 1956<sup>7</sup>(LS56), el Legislador Español consideró el urbanismo como una función pública, atribuyó el ejercicio de la potestad en esta materia a los poderes públicos y disgregó el *"Ius aedificandi"* del estatuto jurídico de la propiedad del suelo urbano y de reserva urbana. El derecho a edificar se separó del conjunto de atribuciones inherentes al propietario del suelo, pasando a considerarse como una concesión del ordenamiento urbanístico, cuya adquisición, por parte del titular del derecho de propiedad, se sometía al cumplimiento de los deberes enmarcados por la ley del suelo y por el planeamiento urbanístico. De esta manera, el propietario contribuiría, como contraprestación por los beneficios que por la acción urbanizadora recibiría, con las cesiones y los gastos de urbanización que contemplasen los instrumentos urbanísticos.

El éxito de la actividad urbanizadora en la década de los 60' dependía en su totalidad de la actividad de planificación; por lo tanto, ante la frac-

---

<sup>7</sup> GARCÍA de ENTERRIA, E., PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho ... Ob. Cit.*, pág. 22. "El verdadero acta de nacimiento del derecho urbanístico Español, por fin maduro, orgánico y omnicompreensivo, lejos del casuismo normativo, de timideces o arbitrio ocasional de los cien años anteriores, animado de criterios técnicos profundos, por supuesto discutibles, pero que intentan responder a la basta problemática de los conflictos de intereses privados y colectivos que suscita la realidad del urbanismo contemporáneo." Sobre el Derecho Urbanístico antes del la Ley del Suelo de 1956 (LS56) BASSOLS COMA, M., *Génesis y evolución del Derecho urbanístico español (1812-1956)*, Montecorvo, Madrid, 1973.

tura de ésta última, provocada por el retraso en el actuar de la Administración, la ejecución de la edificación fue perdiendo congruencia respecto al plan urbanístico (planeamiento muchas veces inexistente y en otros casos hecho “*ad hoc*” para sortear rápidamente la falta de terreno urbanizable) generándose así la necesidad de reforma de la ley del suelo.<sup>8</sup>

La reforma de 1975 mediante la Ley de 2 de mayo que posteriormente dio lugar al Texto Refundido de la ley del suelo de 1976 (TRLS76) mantiene los principios rectores de la sustituida LS56. El Legislador dirigió las modificaciones hacia aquello que consideró como causa del caos urbanístico observado en el momento: la cantidad insuficiente de suelo urbanizable (llamado de reserva urbana), los crecientes precios del suelo y la indisciplina urbanística. Por las razones expuestas, el Legislador opta, entre otras medidas, por: “flexibilizar los planes, de forma que fuera posible combinar acción y ordenación sin necesidad de romperlos para dar paso a las exigencias de la coyuntura;”<sup>9</sup> clasificar el suelo en suelo urbano y suelo urbanizable, y éste último a su vez en programado y no programado; suprimir el *ius aedificandi* del suelo no urbanizable; aumentar las cesiones obligatorias de terrenos por parte del propietario del suelo urbanizable a la Administración; modificar los criterios de va-

---

<sup>8</sup> La Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975 señala con precisión, entre otras, las indeseadas consecuencias que dejó el periodo urbanístico regulado por la LS56 y los motivos de su reforma: “ *El examen de la situación urbanística española, permite concluir que, a pesar de los esfuerzos de gestión desarrollados en los últimos años y de las cuantiosas sumas invertidas para regular el mercado del suelo, el proceso de desarrollo urbano se caracteriza, en general, por la densificación congestiva de los cascos centrales de las ciudades, el desorden de la periferia, la indisciplina urbanística, los precios crecientes e injustificados del suelo apto para el crecimiento de las ciudades... precio excesivo y escasez de suelo urbano... dicha escasez viene determinada fundamentalmente por los propios planes cuando califican como apto para el desarrollo urbano una cantidad de suelo insuficiente para atender en condiciones razonables de competencia las necesidades de la demanda (...)*” Con argumentos en contra: PARADA, R., *Derecho administrativo III. Bienes públicos, derecho urbanístico*, vol. Ed. 10., Madrid, 2004, Pág. 334 – 337 “El legislador de 1975 no quiso confesar que el fracaso estaba en el sistema mismo del urbanismo, concebido como obra privada de la ley del suelo de 1956, y en el artificialmente inflado sistema de valoraciones expropiatorias que atribuía a la propiedad las plusvalías creadas con el plan”.

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Manual de Derecho Urbanístico* El consultor Madrid 2008, pág. 25.

loración de terrenos introduciendo los conceptos de valor inicial y valor urbanístico; y simplificar los sistemas de ejecución urbanística- cuyo objetivo es la justa distribución de los beneficios y las cargas que se derivan del mismo- reduciéndolos a tres: compensación, cooperación y expropiación.”<sup>10</sup>

Con la promulgación de la Constitución de 1978 y, en particular, con el contenido de sus Arts. 33 y 47 se enmarca la política urbanística dentro de tres principios básicos: el derecho a la propiedad privada - limitado por la función social<sup>11</sup> establecida en las leyes-, la subordinación de la utilización del suelo al interés general para evitar la especulación y la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos.

El primero de estos tres principios (la propiedad privada) está configurado por la CE como derecho fundamental “*latu sensu*” y en virtud de dicha condición, goza de especial protección por Art. 53.1 CE; esto es: vinculación a todos los poderes públicos y reserva de su regulación a Ley, la que en todo caso deberá respetar su contenido esencial.<sup>12</sup> La Constitución reconoce entonces, un núcleo indisponible del derecho de

---

<sup>10</sup> ESTÉVEZ GOYTRE, R., *Manual de Derecho Urbanístico*, Comares, Granada, 2008, pág. 7. La LS56 establecía como sistemas de ejecución del planeamiento el de cooperación, el de expropiación, el de compensación y la cesión de viales.

<sup>11</sup> El Derecho de propiedad se adscribe ya a una función social desde la Ley del Suelo de 1975 y su TRLS76. Así mismo, la idea de la participación de la comunidad en los beneficios de las actuaciones urbanísticas “(...) no sólo desde la perspectiva del establecimiento de la carga de ceder y urbanizar los terrenos sino, estableciendo el deber de cesión porcentual del suelo edificable en el suelo urbanizable mediante la técnica del aprovechamiento medio (...)” *Ibidem.*, Pág. 6., “(...) y esto es sumamente importante considerándose que el momento de la aprobación de la nueva Ley era todavía predemocrático y muchas de sus novedades podrían considerarse como un gran avance social (...)”.

<sup>12</sup> Sobre el contenido Esencial como “límite infranqueable a la intervención delimitadora del Legislador ordinario” en los derechos y libertades reconocidas en el capítulo II de la CE, que debe comprender “el elenco de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales” *vid.*, entre otras, STC 8 de abril de 1981 (RTC\11) Ponente: Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

propiedad, cuyos elementos han sido definidos por el Tribunal Constitucional en dos dimensiones así: una subjetiva, que hace referencia a las facultades individuales del propietario sobre las cosas; y otra objetiva, alusiva a los obligaciones del propietario establecidas en las leyes según la utilidad social que cada categoría o tipo de bienes esté llamada a cumplir.<sup>13</sup> Dichos deberes y limitaciones definen caso a caso la función social y el contenido del derecho de propiedad; *v. gr.* la clasificación de un terreno como suelo urbano, urbanizable o no urbanizable conforme a lo dispuesto en el planeamiento urbanístico.

El segundo y tercer principio (la subordinación de la utilización del suelo al interés general para evitar la especulación y la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos) están clasificados por el texto fundamental como “*principios rectores de la política social y económica*”, informadores de la actuación de los poderes públicos. Mediante ellos, la norma de normas procura que el mayor valor obtenido por el propietario del suelo, que tenga origen exclusivo en las decisiones de ordenación urbanística, regrese nuevamente a la Administración, en últimas, a la comunidad a quien debe reintegrarse en “*estricta justicia.*”<sup>14</sup>

Igualmente, los Art. 23.1 y 9.2 CE reconocen a los ciudadanos el derecho de participación ciudadana “*en asuntos públicos, directamente o por medio de representantes (...)*” y ordenan a los poderes públicos promover las condiciones que faciliten “*la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”. Estos mandatos implican dos garantías: el derecho de participación en materia urbanística y el derecho de información en el mismo ámbito, éste último se erige como necesario para que se haga efectiva la participación<sup>15</sup>.

Así mismo y como corolario del consenso que acompañó la aprobación de la Carta Magna de 1978, se asignaron competencias exclusivas a las Comunidades Autónomas en materia de *ordenación del territorio, urba-*

---

<sup>13</sup> STC 26 de marzo de 1987 (RTC\37) Ponente: Don Jesús Leguina Villa.

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T. R., *Manual de... Ob. Cit.*, pág. 28.

<sup>15</sup> Al respecto GONZÁLEZ PEREZ, J. D., *Comentarios a la Ley de suelo. Texto Refundido aprobado por el Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio* Aranzadi Pamplona, 2008, pág. 163.

nismo y vivienda. Dichas atribuciones convivieron en sana paz con el TRLS76 (Legislación Estatal) y sus Reglamentos de desarrollo, hasta la reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo hecha en 1990 y su posterior Texto de Refundido de 1992, de 16 de junio (TRLS92). Estas dos últimas disposiciones dieron origen a la importante STC 61/1997, de 20 de marzo, sentencia que se identifica como punto de ruptura del derecho urbanístico estatal y de la que se hablará en el siguiente apartado relativo a la distribución de competencias en materia urbanística.

A los ojos del legislador del 1990, la normativa urbanística vigente hasta el momento (TRLS76) se consideraba *"(...)insuficiente por la excesiva permisividad de que disfrutaban los propietarios del suelo que son los llamados en primer término a realizar las tareas de urbanización y edificación, y por la rigidez, cuando no ausencia, de los instrumentos de que dispone la Administración para hacer frente al incumplimiento por los particulares de los plazos señalados para la ejecución de dichas tarea(...)"*<sup>16</sup> Por esta entre otras razones, se aprueba la Ley 8/1990, de 25 de julio de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo y su ulterior refundición en el TRLS92.

Las reformas introducidas por la normativa mencionada estuvieron encajinadas en líneas generales a: aminorar los precios del suelo; promover la utilización del suelo de acuerdo con el interés general, "sobre la base de la explotación hasta sus últimas posibilidades de la noción (ahora constitucional) de función social;"<sup>17</sup> obligar al propietario del suelo a incorporarse en el proceso urbanizador para impedir la especulación, esto a través de la debilitación de la posición jurídica ocupada por los mismos y específicamente mediante la disgregación del estatuto del suelo; y a potenciar la intervención de las Administraciones competentes en la toma de decisiones sobre el qué, cuándo y cómo urbanizar, utilizando para ello, el aumento del porcentaje de cesiones de aprovechamiento urbanístico a favor del Municipio.

Como consecuencia de las modificaciones antedichas, el contenido del régimen del derecho de propiedad quedó supeditado a la adquisición

---

<sup>16</sup> Exposición de Motivos de la Ley 8/1990, de 25 julio (RCL\1550).

<sup>17</sup> PAREJO ALFONSO, L., "Apuntes para una interpretación del sistema legal urbanístico en clave histórica", en *Revista Ciudad y Territorio* Núm. 107-108, 1996, pág. 149 - 166.



escalonada de *“facultades de contenido urbanístico”* así: 1. El derecho a urbanizar<sup>18</sup>, se adquiriría con la aprobación definitiva del planeamiento; 2. El derecho al aprovechamiento urbanístico<sup>19</sup>, *“cuyo contenido se determina mediante la técnica del aprovechamiento tipo, se adquiriría por el cumplimiento de los deberes de cesión, equidistribución y urbanización en los plazos fijados”*<sup>20</sup> por la Administración, salvo que se trate de expropiación, en cuyo caso solo se requiere de la aprobación del planeamiento; 3. El derecho a edificar<sup>21</sup>, se adquiriría por la obtención de la licencia; y 4. El derecho a la edificación<sup>22</sup> cuando la obra esté concluida con arreglo a la licencia ajustada a la ordenación en vigor.

El incumplimiento por parte del propietario de las cargas o deberes urbanísticos en los plazos establecidos por las Administraciones competentes, suponía la pérdida o reducción de los derechos adquiridos hasta el momento. Lo anterior se establecía como elemento coercitivo de la norma dentro la ya mencionada obtención de facultades gradual. Igualmente, se incluían en la norma otras facultades interventoras de la Administración, tales como, el derecho de retracto y tanteo *“en las transmisiones onerosas de terrenos y edificaciones que se produzcan en las áreas que a tal efecto se delimiten.”*<sup>23</sup>

---

18 *“Facultad de modificar físicamente un terreno, dotándole de los servicios e infraestructuras necesarios para que merezca la condición de solar”* Exposición de motivos de la Ley 8/1990, de 25 julio (RCL\1550).

19 *Idem* “Atribución al propietario afectado por una actuación urbanística de los usos e intensidades de los mismos susceptibles de adquisición privada o su equivalente económico”. Facultad de contenido urbanístico novedosa en la Ley 8/1990, introducida por la norma para paliar la desigualdad de los propietarios, generada por las diferencias en el contenido del estatuto del suelo generada por la clasificación del mismo.

20 *Idem*.

21 *Idem* *“facultad de materializar el aprovechamiento urbanístico correspondiente cuando éste no ha sido sustituido por su equivalente económico”*.

22 *Idem* *“Incorporar en el patrimonio la edificación ejecutada”*.

23 *Idem*. Se ha de tener en cuenta como dato importante, que en 1994 la Comunidad Autónoma Valenciana promulga la Ley reguladora de la actividad urbanística de 15 de noviembre, norma en la que introduce como novedad (ajena hasta el momento al Ordenamiento Urbanístico Estatal) la figura del agente urbanizador. Posteriormente se unen otras leyes como las de Castilla la Mancha de 1998 y la de Extremadura de 2001.

Como todas las reformas a la Ley del suelo, la Ley 8/1990 y el TRLS92 modifica el sistema de valoraciones, la tasación de los terrenos dependería de la etapa en la que se encontrara dentro del proceso urbanístico y de los criterios determinados para cada grado de los arriba descritos. Se mantiene por exigencia constitucional la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos.

Esta normativa sufrió algunos retoques por el Real Decreto 5/1996, de 7 de junio convertido, posteriormente, en la Ley 7/1997,<sup>24</sup> de 14 de abril; en particular, los cambios consistieron en: la supresión de la categoría del suelo denominada “urbano no programado”, y la reducción del porcentaje de cesión del suelo por parte de los propietarios a favor de los ayuntamientos del 15% al 10%. Asimismo, esta normativa simplificó los procedimientos para promover el suelo que, hasta el momento, era clasificado como urbanizable no programado y redujo los plazos para la aprobación del planeamiento por los ayuntamientos.<sup>25</sup>

Como se explicará con más detalle en el siguiente acápite, la STC 61/1997<sup>26</sup> además, de declarar inconstitucional gran parte del articulado del TRLS92, zanjó la controversia existente referida a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia urbanística, separando al Legislador Estatal de los títulos competenciales necesarios para regular, de manera directa, sobre: planeamiento, ejecución, gestión, control y disciplina urbanística. A partir del mencionado pronunciamiento, la competencia estatal queda limitada, en sus líneas más generales, al establecimiento de: las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad del suelo en todo el territorio nacional (149.1.1 CE), la expropiación forzosa, el régimen de valoración del suelo, la responsabilidad de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común (éstas últimas derivadas del 149.1.18 CE.)

---

Sobre la historia de la Normativa Urbanística Autonómica Vid: SANTOS DíEZ, R., Castelao Rodríguez, J. : *Derecho Urbanístico. Manual... Ob. Cit.*, pág. 122 y ss.

<sup>24</sup> (RCL\880)

<sup>25</sup> Véase Exposición de motivos de la Ley 7/1997 (RCL\880).

<sup>26</sup> (RTC \61).

Las 17 Comunidades Autónomas que habían asumido en sus Estatutos de Autonomía la competencia exclusiva otorgada por el Art. 148.1.3 en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda “se vieron impelidas a legislar de urgencia, lo que en general vino a restablecer (...) el Texto Refundido Estatal de 1992, aunque ahora con carácter de derecho propio de las mismas.”<sup>27</sup> El mimetismo de la Legislación Autonómica del Suelo respecto de la del Estado se mantiene hasta la promulgación de la Ley del Suelo de 1998, momento en el que la primera inicia “su propio camino”<sup>28</sup>.

Resultado del nuevo enfoque competencial urbanístico de CE, el legislador Estatal promulga la Ley 6/98<sup>29</sup> de cuyo contenido se resalta principalmente: la reducción de la regulación urbanística: la norma se limitó a incluir los derechos y deberes básicos correspondientes a los propietarios según la clasificación del suelo que corresponda a sus terrenos, los sistemas de valoración del suelo, los preceptos para enmarcar el ejercicio de la potestad expropiatoria y las indemnizaciones, la participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas, la participación de la ini-

---

<sup>27</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Manual de...*, *Ob. Cit.*, pág. 40. SANTOS DÍEZ, R., CASTELAO RODRÍGUEZ, J.: *Derecho Urbanístico. Manual... Ob. Cit.*, pág. 118 “A la vista de la STC 61/1997, varias Comunidades Autónomas acudieron a la Legislación de Urgencia, algunas de ellas (Extremadura, Cantabria y Andalucía) asumieron, en su integridad, el TRLS92, otras (Madrid, Castilla y León, País Vasco, Castilla – La Mancha) integraron en su ordenamiento los aspectos esenciales de la LS92 (áreas de reparto, aprovechamiento tipo, y gestión sistemática y asistemática del aprovechamiento). Todo ello, sin perjuicio de que otras Comunidades Autónomas tenían ya vigentes leyes propias, semejantes al TRLS76 o al TRLS92, integrales o casi integrales (Cataluña, Navarra, Galicia, Valencia etc.)”

<sup>28</sup> *Ibidem.*, pág. 41. SANTOS DÍEZ, R., CASTELAO RODRÍGUEZ, J.: *Derecho Urbanístico. Manual... Ob. Cit.*, pág. 127 “Tras la LS98 la Comunidades Autónomas legislaron no ya «Leyes de medidas urgentes», sino Leyes con vocación de permanencia, dotándose de su propia normativa urbanística, en el marco que establecía la legislación del Estado dictada dentro de sus propias competencias (...) Castilla – La Mancha, La Rioja, Aragón, Castilla y Canarias fueron la cinco primeras Comunidades Autónomas que han aprobado Leyes integrales propias; Andalucía, Cantabria y Extremadura asumieron como propio el contenido de la LS92, y después lo han sustituido por una ley integral propia; Galicia y Navarra han producido ya una ley reformada tras un primer texto legal propio; también tienen la ley integral propia Murcia, Madrid, Asturias, Cataluña y Valencia”.

<sup>29</sup> (RCL\959)

ciativa pública y privada en el ejercicio de la acción urbanística y derechos de información y participación de los ciudadanos dentro de las etapas de planeamiento y gestión<sup>30</sup>.

Asimismo, dicha disposición, suprime la adquisición gradual de facultades urbanísticas contemplada en la reforma de 1990; distingue el suelo urbanizable entre aquel delimitado<sup>31</sup> y el no delimitado<sup>32</sup> por el planeamiento; y amplía la cantidad de suelo urbanizable circunscribiendo el no urbanizable únicamente al *“sometido a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial, en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público”*<sup>33</sup>. Todo lo anterior con el fin de generar una mayor oferta de predios y de lograr la baja de sus precios.

De la clasificación del suelo antedicha dependerían los derechos y deberes de sus propietarios, especialmente los derechos a urbanizar y edificar. Este último se le atribuye a los dueños de terrenos catalogados como suelo urbano<sup>34</sup> y el primero (derecho a urbanizar) a los propietarios de suelo urbanizable<sup>35</sup>, todo a cambio del cumplimiento de determinados deberes, entre otros, la cesión gratuita, a favor del municipio, del suelo necesario para *“viales, espacios libres, zonas verdes y dotaciones públicas de carácter local(...); el suelo necesario para la ejecución de los*

<sup>30</sup> Ver Art. 2 a 7 de la Ley 6/98 (RCL\959)

<sup>31</sup> Aquel suelo *“en que el planeamiento delimite sus ámbitos o se hayan establecido las condiciones para su desarrollo”* Art. 16.1 y 27 Ley 6/98 (RCL\959).

<sup>32</sup> El restante suelo urbanizable, sobre el cual el planeamiento no delimite sus ámbitos o no establezca condiciones para su desarrollo.

<sup>33</sup> Art. 9. Ley 6/1998 (RCL\959).

<sup>34</sup> Art.13 Ley 6/1998 (RCL\959) *“Los propietarios de suelo urbano tienen el derecho a completar la urbanización de los terrenos para que adquieran la condición de solares y a edificar éstos en las condiciones que en cada caso establezcan la legislación urbanística y el planeamiento”*.

<sup>35</sup> Exposición de Motivos y Art. 10 Ley 6/1998 (RCL\959) *“Promover la transformación de los terrenos instando de la Administración la aprobación del correspondiente planeamiento de desarrollo”*.

*sistemas del planeamiento general (...); la cesión obligatoria y gratuita a la Administración actuante del 10 por 100 del aprovechamiento del correspondiente ámbito (...); y costear, o en su caso, ejecutar la urbanización (...)*"<sup>36</sup>. Ninguno de los derechos inicialmente descritos (urbanizar y edificar) se contemplan para los dueños de suelo no urbanizable fuera de los ámbitos delimitados<sup>37</sup>.

En cuanto al régimen de valoración de suelos, la Ley 6/ 1998 modificó nuevamente los métodos para obtener dichos valores, se trata de sistemas diversos a saber: para suelos no urbanizables y urbanizables no delimitados, el sistema de comparación con los valores comprobados de fincas análogas, sistema que incluía criterios como la clase de suelo, naturaleza, extensión, usos y aprovechamientos permitidos por el planeamiento; o en su defecto, "*el método alternativo de capitalización de rentas reales o potenciales del suelo de acuerdo con su estado y naturaleza*". Para el suelo urbano y el urbanizable delimitado, el método de cálculo dependería del valor catastral y de no ser posible, se haría por el "*método residual*." Todo lo anterior con el fin de que los valores se aproximaran al "*valor real del mercado*"<sup>38</sup>.

La Ley 6/1998 fue depurada en su constitucionalidad por la STC 164/2001<sup>39</sup>. En dicho pronunciamiento el Tribunal Constitucional, con idénticos argumentos a los esgrimidos en la STC 61/1997, es decir, por los límites de la competencia Estatal para regular asuntos próximos a la ordenación del territorio y el urbanismo, consideró nulos los Art. 16.1 y 38 y determinó el sentido de interpretación de otras disposiciones de la misma norma<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> Art. 14 y 15 Ley 6/1998 (RCL\959).

<sup>37</sup> Art.20 Ley 6/1998 (RCL\959) "*Los propietarios del suelo clasificado como no urbanizable tendrán derecho a usar, disfrutar y disponer de su propiedad de conformidad con la naturaleza de los terrenos, debiendo destinarla a fines agrícolas, forestales, ganaderos, cinegéticos u otros vinculados a la utilización racional de los recursos naturales, y dentro de los límites que, en su caso, establezcan las leyes o el planeamiento*".

<sup>38</sup> Exposición de Motivos Ley 6/1998 (RCL\959).

<sup>39</sup> (RTC \164).

<sup>40</sup> los Art. 9, 11, 14 a y b, 15,17.1, 18.1,2 y 3 Ley 6/1998 conforme a los fundamentos jurídicos 14,16,21,29 y 30 STC 164/2001 (RTC \164).

Como se mencionaba anteriormente, la norma analizada contempló formalmente “el urbanismo de obra privada en la regulación de la acción urbanística”<sup>41</sup>; ya desde años antes, la Legislación Autonómica venía utilizando, en materia urbanística, técnicas de administración concertada<sup>42</sup> mediante los denominados convenios urbanísticos<sup>43</sup> en la etapa de aprobación, formulación y ejecución del planeamiento u otros instrumentos de ordenación. En esta misma línea, el Ordenamiento Urbanístico Autonómico daba cabida legislativa a la figura del agente urbanizador.

Sin pretender abordar el estudio de las figuras mencionadas, convertidas hoy en instituciones de necesaria referencia cuando se alude al Derecho Urbanístico Español, vale mencionar aquí que a través de la primera (convenios urbanísticos) se pretende la obtención de acuerdos, entre la Administración competente y los propietarios, que afecten a la destinación y la utilización del suelo o a la ejecución del planeamiento<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> PARADA, R., *Derecho administrativo III... Ob. Cit.*, pág. 354. El Art. 4 Ley 6/1998 (RCL\959) consagra “*Los propietarios deberán contribuir, en los términos establecidos en las leyes, a la acción urbanística de los entes públicos, a los que corresponderá, en todo caso, la dirección del proceso, sin perjuicio de respetar la iniciativa de aquellos. 2. La Gestión Pública a través de su acción urbanizadora y de las políticas de suelo suscitará, en la medida más amplia posible, la participación privada. 3. En los supuestos de actuación pública, la Administración actuante promoverá, en el marco de la legislación urbanística, la participación de la iniciativa privada aunque ésta no ostente la propiedad del suelo*”.

<sup>42</sup> La primera fue la Ley Valenciana de 5 de junio de 1992.

<sup>43</sup> Sobre la historia, evolución y utilización de los convenios urbanísticos en el derecho Español vid: OCHOA GÓMEZ, M. P., *Los convenios urbanísticos. Límites a la figura redentora del urbanismo La Ley 2006*.

<sup>44</sup> Los convenios urbanísticos deben respetar el marco jurídico del Art. 98 LRJAP. En este sentido múltiples pronunciamientos de los tribunales, entre otras: SSTS 3 de abril de 2001 (RJ/4150) “(...) las exigencias del interés público que justifican la potestad de planeamiento urbanístico, manifestada mediante la promulgación de los planes como normas reglamentarias de general y obligado acatamiento, impiden, sin embargo, que aquella potestad pueda considerarse limitada por los convenios que la Administración concierte con los administrados.”; STS 29 de febrero de 2000 (RJ/2330) “frente a las determinaciones del plan general no es viable la pretensión de oponer lo acordado en un convenio urbanístico (...) el Plan general goza de la naturaleza de norma y no es susceptible de disposición por acuerdo contractual o de voluntades”; STSJ del País Vasco 28 de marzo de 2003 (JUR/142492) “El convenio no vincula a la Administración en cuanto a las determinaciones a establecer en el ámbito del planeamiento urbanístico, sin perjuicio de las consecuencias que se deriven del incumplimiento de lo convenido por la

Con la inclusión de ésta herramienta, el plan urbanístico parece perder su carácter de “procedimiento unilateral y de función pública”<sup>45</sup>, al punto, de tratarse como objeto de disposición y negociación por la Administración a cambio de cesiones de aprovechamiento urbanístico u otras contraprestaciones por parte de los propietarios. <sup>46</sup> Si bien es cierto que “el pacto objeto del convenio no puede condicionar la potestad de planeamiento”<sup>47</sup> ni “derogar reglamentaciones de carácter imperativo”<sup>48</sup>, también lo es, que la experiencia muestra el uso masificado (e indebido) de los convenios urbanísticos utilizados como procedimientos modificadores del plan.

Mediante la segunda figura (el agente urbanizador) se buscaba dar cabida a un tercer protagonista dentro del proceso urbanístico, que en la fase de ejecución del planeamiento intermediara entre la Administración y los propietarios de suelos con derecho a urbanizar y edificar.

A éste tercero, elegido por concurso con la finalidad de adjudicarle el desarrollo del proyecto de urbanización, no se le exige tener la titularidad del suelo afectado (puede ser propietario o no del mismo de este), y se le faculta para expropiar los terrenos necesarios para la ejecución de

---

Administración”. En esta misma línea: STSJ de Cataluña de 10 de octubre de 2003 (JUR/3546) y STSJ de Galicia 4 de marzo de 2004 (JUR/260642).

<sup>45</sup> OCHOA GÓMEZ, M. P., *Los convenios urbanísticos. Límites a la figura redentora.. Ob. Cit.*, pág. 342.

<sup>46</sup> Cfr. PARADA, R., *Derecho administrativo III... Ob. Cit.*, pág. 340. Esta Institución ha sido objeto de múltiples críticas, catalogada por la doctrina mas autorizada como una de las causas palpables de la corrupción urbanística y de la realidad percibida en España. Véase *v. gr. Ibidem*, pág. 344: “En definitiva, los convenios urbanísticos muy cercanos a la figura penal del cohecho o la prevaricación (te ofrezco ayuntamiento tanto de aprovechamiento urbanístico u otras contraprestaciones si me das tales edificables sobre determinados terrenos”. En el mismo sentido: BOCANEGRA (Prólogo al libro de HUERGO LORA, A., *Los Convenios Urbanísticos*, Civitas Madrid, 1998, que considera, sobre los convenios urbanísticos, “su absoluta cotidianidad, perfectamente coherente con la incapacidad de los poderes públicos para dirigir por sí mismos con instrumentos públicos la ordenación urbana” y que “han contribuido decisivamente, desde luego, a deshacer la literalmente la idea del plan como uno de los conceptos centrales de nuestro derecho urbanístico”.

<sup>47</sup> BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico Común*, Iustel, Madrid, 2009, pág. 154.

<sup>48</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T.R., *Manual de Derecho... Ob. Cit.*, pág.184.

lo planeado. Los propietarios de los suelos adscritos al plan tendrán preferencia para asumir el proceso de urbanización que proyecta el agente, cederán a éste último los terrenos sin urbanizar, a cambio de suelos edificables, de lo contrario, recibirán el pago del justiprecio por el terreno expropiado. Este sistema de ejecución se incorpora, progresivamente, en las Legislaciones Autonómicas del suelo con la finalidad de impedir la retención de terrenos sin urbanizar y como consecuencia de ello, el estancamiento de la urbanización y edificación de los terrenos<sup>49</sup>.

Estas instituciones se van abriendo camino en el ordenamiento urbanístico Estatal con las modificaciones introducidas por el Real Decreto

---

<sup>49</sup> Sobre el Agente urbanizador vid: CRIADO SÁNCHEZ, A. J., *El agente urbanizador en el derecho urbanístico Español*, Reus, 2005, , SORIANO, J. E., *El agente urbanizador* Iustel, Madrid, 2004. De especial relevancia: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., "La Nueva Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo: valoración general ", en *Revista General de Derecho Administrativo*, Núm. 15, 2007, pág. 13- 34 "(...) a pesar de que el protagonista de este modelo, el agente urbanizador, acaba de ser explícitamente condenado por el Parlamento Europeo en respuesta a las más de 15.000 denuncias formuladas por propietarios, en su mayoría extranjeros residentes en la Comunidad Valenciana, por los abusos en el ejercicio de la potestad expropiatoria a que la aplicación de ese sistema ha dado lugar y a pesar también del escándalo y la preocupación que ha provocado la aparición en medio de la nada en el municipio toledano de Seseña de una urbanización de 13.500 viviendas que, según declaraciones de las autoridades de la Confederación Hidrográfica del Tajo y del propio Ministerio de Medio Ambiente, no podrán disponer de agua hasta dentro de varios años y ello si la Administración afronta la ejecución de las obras correspondientes, que, en buena lógica, hubieron debido serle exigidas de antemano al agente urbanizador que ha promovido y dado su nombre a la referida urbanización". En el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Entrevista concedida a la Revista de derecho de Extremadura*, N. 3, 2008 , pág. 260 "(...) que en el caso de valencia, con la técnica del "agente urbanizador", incorporado, por cierto, a otras Comunidades Autónomas, va a ser objeto, de una previsible anulación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en un recurso presentado por la Comisión Europea, nada menos, que por supuesta infracción del derecho de propiedad que el protocolo adicional al Convenio Europeo Garantiza"; y GONZÁLEZ - VARAS IBÁÑEZ, S., *Urbanismo y ordenación del territorio Aranzadi Pamplona*, 2009, pág. 647 y ss. " (...) los ayuntamientos se muestran muchas veces de forma excesivamente complaciente con el agente urbanizador, ante el recuerdo de aquellos tiempos pasados en los que el municipio se veía obligado a asumir cargas urbanizadoras que representaban un tremendo lastre presupuestario". En sentido más benévolo con los sistemas de agente urbanizador introducidos en las legislaciones de Castilla y León : SERRANO ALBERCA, J. M., Rueda Pérez M.A (Dir.) "La agilización de los procedimientos de aprobación de los programas de actuación y de instrumentos de equidistribución ", en *Perspectivas del régimen del suelo, urbanismo y vivienda*, Thomson-Paraninfo, Madrid, 2003, pág. 151 - 178.



4/2000<sup>50</sup> y por la Ley 10/2003<sup>51</sup>; con estos cambios, procuraba nuevamente el Gobierno paliar la escasez de suelo urbanizable y urbanizado, *a través de la flexibilización en la transformación del suelo urbanizable*<sup>52</sup>. Se trataba a *grosso modo* de facultar al propietario y a las diferentes Administraciones públicas para promover la transformación de los terrenos mediante la presentación al ayuntamiento (para su trámite y aprobación) del planeamiento de desarrollo, todo ello, una vez definidas las condiciones del suelo por el planeamiento general, “condiciones que podían ser establecidas mediante un proyecto de delimitación o planeamiento formulado por la iniciativa privada.”<sup>53</sup>

Continuando con las medidas orientadas al aumento del suelo urbanizable y urbanizado y a evitar bloqueos en las iniciativas urbanizadoras, las disposiciones mencionadas en el párrafo anterior modifican nuevamente el régimen del suelo no urbanizable<sup>54</sup> y dan cabida al silencio administrativo positivo para los instrumentos de desarrollo presentados por las Administraciones no competentes para su aprobación o a iniciativa de los particulares, que no hayan sido aprobados en un plazo de seis meses<sup>55</sup> contados desde su presentación al órgano competente.

Llega el año 2007 y el legislador Estatal considera que la regulación del suelo ha sido “*accidentada y a caballo entre sucesivos fallos constitucionales (...). No puede decirse que tan atropellada evolución -ocho innovaciones en doce años- constituya el marco idóneo en el que las Comunida-*

---

<sup>50</sup> (RC\1402).

<sup>51</sup> (RCL\1320).

<sup>52</sup> Exposición de motivos Real Decreto 4/2000 (RC\1402) y Ley 10/2003(RCL\1320).

<sup>53</sup> ESTÉVEZ GOYTRE, R., *Ob. Cit.*, pág. 15.

<sup>54</sup> *Ibidem.*, pág. 32 “(...) quedando reducida esta clase de suelos a los terrenos que estén sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial, en razón a sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función a su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección de dominio público, o bien que el planeamiento general considere necesario preservar por los valores antes citados, o por su valoración agrícola, forestal, ganadera o por sus riquezas naturales”.

<sup>55</sup> Este plazo puede ser modulado por las legislaciones de las Comunidades Autónomas.

*des Autónomas han de ejercer sus propias competencias legislativas sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.*"<sup>56</sup> Por ello, el mismo descarta modificaciones técnicas al régimen vigente y plantea una *renovación profunda* referida únicamente al régimen del suelo y la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales<sup>57</sup> a él asociados, ámbitos ambos pertenecientes a los títulos competenciales adjudicados al Estado por la Constitución Española en el Art. 149.1 -1,4,8,13,18 y 23.

En ese marco surge la Ley 8/2007 (LS2007) y su posterior Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008<sup>58</sup> (TRLR2008). Esta norma asume una perspectiva más ajustada al denominado "*bloque normativo ambiental*" conformado por los Art. 45 y 47 CE, disposiciones de las que extrae sus principios rectores: valor ambiental del suelo como recurso no renovable, desarrollo territorial y urbano sostenible<sup>59</sup>, efectividad de los derechos y deberes de los ciudadanos en relación al suelo, el urbanismo como función pública, participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción de los entes públicos, derecho de información y participación ciudadana en el ámbito urbanístico<sup>60</sup>. Con todo lo anterior se demuestra cómo se dejó atrás la necesidad inminente de liberalización del suelo, en donde la clasificación del mismo operaba como pilar fundamental de todo el sistema; las técnicas para aumentar la oferta del suelo; y los esfuerzos indiscriminados por aumentar la cantidad de terreno urbanizable, promulgados incansablemente por las Leyes explicadas hasta el momento.

En este contexto, la nueva Ley del suelo:

a. Crea tres estatutos subjetivos básicos: El de la ciudadanía, el de la iniciativa privada para la actividad urbanística y el de la propiedad del

---

<sup>56</sup> Exposición de Motivos Ley 8/2007 (RCL\1020)

<sup>57</sup> Derechos tales como los expresados por el Legislador del 2007 "*participación ciudadana en los asuntos públicos, el de libre empresa, el derecho a un medio ambiente adecuado y, sobre todo, el derecho a una vivienda digna y asimismo adecuada, al que la propia Constitución vincula directamente con la regulación de los usos del suelo en su artículo 47*".

<sup>58</sup> (RCL\1260).

<sup>59</sup> Específicamente reflejado en el objetivo de minimizar el impacto del desarrollo urbano y regenerar la ciudad existente.

<sup>60</sup> Sobre los principios rectores de la ley del suelo *Vid:* GONZÁLEZ PÉREZ J.D. (Dir.) Comentarios a la ley del suelo... *Ob. Cit.*, pág. 107 y ss.

de suelo. El primero de ellos, reservado para todas las personas con independencia de su actividad o patrimonio, incluye derechos y deberes de orden socio-económico y ambiental para con el suelo y la vivienda.<sup>61</sup> El segundo, permite que la Administración mediante régimen competencial, encomiende la actividad urbanística a la iniciativa privada. Como lo expresaba el Profesor Fernández Rodríguez<sup>62</sup>, la nueva Ley del Suelo es *heredera* de la Ley Valenciana reguladora de la actividad urbanística de 15 de noviembre de 1994, norma ésta a la que se le atribuye la inclusión en el ordenamiento urbanístico de la figura del agente urbanizador explicada sucintamente líneas atrás. El tercero, integrado por las facultades y deberes de los propietarios del suelo y entre tales derechos, el derecho a participar en la actuación urbanizadora de iniciativa privada, sin que dicha participación implique mayores cargas para el propietario que las asignadas por la ley<sup>63</sup>.

b. Opta por reconducir todos los terrenos a dos situaciones básicas: suelo rural – el que no está incorporado a la trama urbana- y suelo urbano -el que ha sido efectiva y adecuadamente transformado por la urbanización-, cada uno con su correspondiente valor ambiental, y contenido del derecho de propiedad.

c. Modifica nuevamente el sistema de valoración del suelo. La técnica utilizada para llevar a cabo ésta última se aparta de toda correspondencia con la clasificación que los terrenos reciban de acuerdo con el planeamiento. Los motivos para alejarse de dicha clasificación son principalmente dos: El primero, porque la clasificación del suelo es una competencia exclusiva atribuida por la CE a las Comunidades Autónomas y el segundo, por considerarse, por el legislador, como una de las causas que ha contribuido históricamente a inflar el precio del suelo y a aumentar la especulación “*incorporando expectativas de revalorización mucho antes de que se realizaran las operaciones necesarias para materializar las determinaciones urbanísticas de los poderes públicos*”<sup>64</sup>. Para valorar

---

<sup>61</sup> Exposición de Motivos TRLS2008 (RCL\1020)

<sup>62</sup> *La Nueva ley del suelo... Ob. Cit.*, Pág. 16.

<sup>63</sup> Exposición de Motivos TRLS2008 (RCL\1020)

<sup>64</sup> *Idem.*

el suelo rural se adopta el método de comparación de rentas, el cual no contempla las expectativas urbanísticas del terreno, pero si tiene en cuenta su localización. El cálculo del valor del suelo urbano dependerá de varios supuestos: si está edificado o no lo está, si está edificado ilegalmente o si se encuentra en situación de ruina. Para los tres últimos supuestos se aplicaran las reglas dispuestas en los Art. 24.1 TRLS2008 “el valor de la repercusión del suelo según su uso correspondiente, determinado por el método residual estático; descontándose los deberes y las cargas pendientes para poder realizar su edificabilidad prevista”<sup>65</sup>; para el primer supuesto se aplicará lo establecido en el Art. 24.2 TRLS2008 “el valor superior que resulte de la tasación conjunta del suelo y la edificación por el método de comparación, y el determinado por el método residual estático”<sup>66</sup>.

d. Consagra deberes en cabeza de las Administraciones Públicas tales como: garantizar la transparencia en los procedimientos de aprobación de instrumentos de ordenación y de ejecución urbanística; garantizar la efectiva participación ciudadana en estos últimos, efectuar evaluaciones y seguimientos a los efectos de los planes sobre la economía y el medio ambiente; y *“destinar el suelo adecuado suficiente para usos productivos y para uso residencial, con reserva en todo caso de una parte proporcionada a vivienda sujeta a un régimen de protección pública que, al menos, permita establecer su precio máximo en venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, como el derecho de superficie o la concesión administrativa”*<sup>67</sup>.

e. Por último, regula las instituciones de expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial, recogiendo y adaptando sustancialmente, por técnica legislativa, las reglas ya contenidas en normas anteriores.

Hasta aquí la evolución legislativa del derecho urbanístico en España; antes abordar las principales etapas del proceso urbanístico (planeamiento, Ejecución o Gestión y disciplina urbanística) y las medidas cautelares que se permiten adoptar en cada una de ellas, es menester explicar con un poco mas de detalle los lineamientos generales de la distribución de competencias en materia urbanística en el Derecho Español.

---

<sup>65</sup> ESTÉVEZ GOYTRE, R., *Ob. Cit.*, pág. 18.

<sup>66</sup> *Ibidem*, pág. 19.

<sup>67</sup> Art. 10.1b TRLS2008.

## 1.2 Distribución de competencias en materia de urbanismo.

La Constitución Española de 1978 toma partido por la proclamación del “principio autonómico”<sup>68</sup> (Art.2), por la creación de un Estado con alto grado de descentralización de sus regiones y de compleja organización: el Estado de las Autonomías (Art.2, Art. 137). El sistema reposa en la libre iniciativa de los territorios para acceder a las autonomías (Art.143) y para determinar el contenido de sus Estatutos (Art.147) dentro del marco establecido por la propia Constitución (Art. 148). A partir de 1981<sup>69</sup> y hasta el día de hoy hemos visto, en líneas generales, uniformidad en la “*autonomización*”<sup>70</sup> de todo el territorio Español. Las 17 Comunidades Autónomas existentes han asumido en sus Estatutos de Au-

---

<sup>68</sup> DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes.*, Ariel S.A., Barcelona, 1988, pág. 244 Considera el principio autonómico declarado por la Constitución como la máxima expresión del sistema de distribución de competencias, que confiere al ordenamiento jurídico Español una fisonomía enteramente distinta de la que ha tenido en el pasado y que es la respuesta constitucional a uno de los problemas políticos más complejos y difíciles que España ha tenido que afrontar en el siglo XX. Sobre este tema ver también: LEGUINA VILLA, J., "Las Comunidades Autónomas ", en *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los Profs. Alberto Predieri y E. García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 740 y ss., considera que la opción de organización territorial del Estado se sitúa “en un posición intermedia entre las tesis favorables al federalismo y las partidarias de las simples medidas descentralizadoras”. En el mismo sentido COSCULLUELA MONTANER, L., "Las vertientes del regionalismo", en *Las autonomías regionales: Aspectos políticos y jurídicos*, Madrid, 1977, pág. 219, considera sobre Estado Autómico que “en los arbores del siglo XXI y partiendo de un modelo de organización política unitaria con siglos de historia a sus espaldas, ofrecería todas las ventajas de las fórmulas federales y ninguno de sus inconvenientes.”

<sup>69</sup> DE OTTO, I., *Derecho Constitucional ... Ob. Cit.*, pág. 245. Fue el del 31 de julio de 1981 la fecha en que el Gobierno y la oposición acuerdan medidas “que permiten generalizar en todo el territorio español las Comunidades Autónomas, dando uniformidad y homogeneidad a la autonomía”. Con anterioridad, el Gobierno se encargaba de pactar por separado las condiciones de la autonomía con los representantes de cada territorio; las Comunidades Autónomas que accedieron a la Autonomía por la “*vía rápida*” a través de dichos pactos fueron País Vasco, Cataluña y Galicia.

<sup>70</sup> *Idem.*

tonomía el máximo de competencias permitidas por el texto fundamental<sup>71</sup>.

El Estado Autonómico exige una completa articulación competencial entre sus distintas Administraciones territoriales, labor que sin duda, es “la pieza clave de todo el edificio autonómico”<sup>72</sup> y que, para dar cohesión al sistema, debe cimentarse en los principios de unidad, igualdad, solidaridad y cooperación<sup>73</sup> (Art. 2 CE). Con carácter general, la cuestión de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas ha sido objeto de un intenso debate jurisprudencial y doctrinal. Sin embargo, a los efectos que ahora interesan, es preciso aproximarse a los lineamientos del conflicto competencial en materia urbanística y a la solución ofrecida por el Tribunal Constitucional en la STC 61/1997<sup>74</sup>, de 20 de marzo, refrendada posteriormente por la STC 164/2001<sup>75</sup>, de 11 de julio.

Como se indicó en su momento, la Legislación Estatal del suelo y la competencia urbanística de las Comunidades Autónomas coexistieron en armonía hasta la entrada en vigor de la Ley del suelo de 1990 y su posterior TRLS92. Fue en ese momento cuando los múltiples recursos de inconstitucionalidad, instaurados por varios representantes de las Comunidades Autónomas, llevaron al Tribunal Constitucional a depurar el TRLS92 de los preceptos que consideró inconstitucionales a la luz de los Art. 148 y 149 CE, decantándose, de esta manera, los elementos funda-

---

<sup>71</sup> Salvo las atribuciones en materia de “*administración de justicia*” traducida en un modelo de distribución competencial de la gestión de medios materiales, y la del personal auxiliar al servicio de la Administración de Justicia que sólo ha sido asumida por 11 de las 17 comunidades autónomas: Cantabria, Cataluña, País Vasco, Galicia, Comunidad Valenciana, Canarias, Andalucía, Navarra, Madrid, Asturias y Aragón.

<sup>72</sup> LEGUINA VIILA, J., *Las Comunidades Autónomas... Ob. Cit.*, pág. 774.

<sup>73</sup> Al respecto son especialmente relevantes: SSTC 4/1981, de 2 febrero (RTC\4) Ponente: Don Rafael Gómez-Ferrer Morant; 8 de noviembre de 1984 (RTC\100) Ponente: Don Francisco Tomás y Valiente; 5 de agosto de 1983 (RTC\76) Ponente: Doña Gloria Begué Cantón; abril de 1990 (RTC\64) Ponente: Don Fernando García-Mon y González Regueral; 8 de junio de 1988, (RTC\104) Ponente: Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

<sup>74</sup> (RTC\61).

<sup>75</sup> (RTC\164).

mentales de la actual distribución de competencias en materia urbanística.

La argumentación parte de la idea básica de la existencia de títulos competenciales poseídos por el Estado que inciden, en menor o mayor medida, en el desarrollo de las competencias autonómicas de urbanismo, ordenación territorial y vivienda. El ejercicio de tales competencias concurrentes por parte de la Administración Estatal no puede vaciar de contenido las propias de la Administración Autonómica, ni tampoco puede esta última desconocer el marco referencial establecido por la primera.

El Alto Tribunal, distingue las normas urbanísticas relacionadas directamente con el derecho de propiedad, de aquellas encaminadas exclusivamente a regular la actividad de urbanización y edificación de los terrenos para la ordenación y creación de la ciudad, siendo el Estado el encargado de regular las primeras y las Comunidades Autónomas de hacer lo propio con las últimas. “La competencia autonómica en materia de urbanismo ha de coexistir con aquellas que el Estado ostenta en virtud del Art. 149.1 CE, cuyo ejercicio puede condicionar, lícitamente, la competencia de las Comunidades Autónomas sobre el mencionado sector material”.

El fundamento jurídico utilizado no es otro que el Art. 148.3 CE que contempla la competencia ya asumida por todas las Comunidades Autónomas en materia de *ordenación del territorio, urbanismo y vivienda* y, particularmente, el Art. 149.1 1<sup>a</sup>, 8<sup>a</sup>, 13<sup>a</sup>, 18<sup>a</sup>, 23<sup>a</sup> y 24<sup>a</sup> CE que contiene las competencias del Estado para: “*la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los Españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales; la legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos forales o especiales, allí donde existan; las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica; las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común; la legislación básica sobre medio ambiente y las obras públicas de interés general o cuya realización afecta a más de una Comunidad Autónoma*”. Este reparto competencial exige una integración sistemática entre las distintas legislaciones y un correcto ejercicio por parte de sus titulares para obtener una visión unitaria y coherente del urbanismo español.

Bajo esta interpretación, al Estado le corresponde legislar principalmen-

te sobre:

- La determinación de los principios, reglas generales o las **“condiciones básicas” imprescindibles o necesarias para garantizar la igualdad de los derechos y deberes constitucionales** (149.1.1<sup>a</sup>). Este título competencial no supone una “normación completa y acabada del derecho y deber que se trate” porque las Comunidades Autónomas en la medida en que tengan competencias sobre los mismos podrán también aprobar normas sobre éstos. Pero, sí debe cumplir la función definitoria “del marco en el que debe inscribirse la Legislación Autónoma de ordenación territorial y urbanística”<sup>76</sup>.

Particularmente, hace referencia el Tribunal Constitucional a las “condiciones básicas que garanticen la igualdad de los propietarios del suelo en el ejercicio de su derecho de propiedad urbana, es decir, en lo que se refiere a las **valoraciones y al régimen urbanístico de la propiedad del suelo**” y a las **manifestaciones elementales de la función social de la propiedad y los deberes que deben satisfacer los propietarios**<sup>77</sup>.

- Las Garantías generales sobre expropiación forzosa (149.1.18<sup>a</sup>).
- La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (149.1.18<sup>a</sup>).
- El régimen jurídico básico de las Administraciones públicas y el procedimiento administrativo común (149.1.18<sup>a</sup>).

<sup>76</sup> PAREJO ALFONSO, L., Muñoz Machado, S (Coord.): "Legislación Estatal y legislación Autónoma en materia del ordenación del territorio y urbanismo", en *Derecho administrativo IV: bienes, servicios y actividades reguladas*, 2001, pág. Versión Electrónica Iustel.

<sup>77</sup> Crítico con este argumento de la sentencia BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico... Ob. Cit.*, pág. 74 “las condiciones básicas serían no tanto condiciones formales sino garantías efectivas, medios de que el estado debe disponer para garantizar un estatus mínimo en el ejercicio de los derechos y deberes fundamentales (...) la competencia del 149.1 más que un título autónomo, sería un criterio teleológico de interpretación de los restantes títulos competenciales del Estado y de las Comunidades Autónomas (...) que permitiría al Estado, bajo el control del Tribunal Constitucional, establecer condiciones uniformes en materias como vivienda o el urbanismo, atribuidas a las CC.AA, pero de indudable relevancia para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos y para asegurarles un estatuto mínimo igualitario”. En el mismo sentido: PEMÁN GAVÍN, J., CASAS BAAMONDE, M.E RODRÍGUEZ PIÑERO, M BRAVO - FERRER (Dir.): "Comentario al Art. 149.1.1a ", en *Comentarios a la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2009, pág. 2250 y ss.



- Legislación básica sobre protección ambiental (149.1.23<sup>a</sup>).
- Planificación general de la actividad económica (149.1.13<sup>a</sup>)<sup>78</sup>.
- **La ordenación de los registros e instrumentos públicos relacionados con el derecho de la propiedad** (149.1.8<sup>a</sup>)<sup>79</sup> entre otras...<sup>80</sup>

En esta misma línea, las Comunidades Autónomas tienen competencia exclusiva para legislar sobre:

- El planeamiento urbanístico.
- La ejecución del planeamiento.
- La gestión urbanística.
- El control de la actividad urbanística.
- La disciplina urbanística.

---

<sup>78</sup> Esta competencia permite al Estado “establecer las adecuadas fórmulas de coordinación, con la ineludible consecuencia de que las decisiones de la Administración Estatal con incidencia territorial, adoptadas en el ejercicio de tales competencias, condicionan la estrategia territorial que las Comunidades Autónomas pretendan llevar a cabo.” STC 149 de 1991, de 4 de julio (RTC\149) Ponente: Don Francisco Rubio Llorente. En el mismo sentido STC 36 de 1994, de 10 de febrero (RTC\36) Ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer.

<sup>79</sup> Dos aspectos de esta competencia resalta BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico... Ob. Cit.*, pág. 76: la subrogación del adquirente de una finca en el lugar y puesto del anterior propietario y por tanto, en sus derechos y deberes urbanísticos (Art. 19.1 TRLS2008); y la atribución al Estado de la ordenación de los registros públicos regulada por el Real Decreto 1093/2007, de 4 de julio.

<sup>80</sup> Otras de las competencias enumeradas por la STC 61/1997 son: establecer “Las finalidades generales de la acción urbanística; las clasificaciones generales del suelo; los supuestos indemnizatorios; la sujeción de los actos de edificación a licencia municipal y el régimen de silencio administrativo; la regulación de la suspensión y revisión de licencias cuando se refieran a infracciones graves de deberes básicos inherentes a la propiedad urbana y a los que acompañen al derecho de edificación; las órdenes de ejecución por motivos turísticos o culturales; la regulación de los actos administrativos en las subrogaciones urbanísticas; el derecho de superficie; el derecho de realojamiento y retorno cuando se actúe por expropiación y también en lo referido a los arrendamientos; La Comisión Central de Territorio y Urbanismo; las especialidades relativas a los regímenes forales de Navarra y País Vasco.”

Como resultado del nuevo planteamiento utilizado por el Tribunal Constitucional se publica la Ley 6/1998,<sup>81</sup> norma que desde su exposición de motivos manifiesta sumisión al dictado del Alto Tribunal reconociendo que *“el legislador estatal, que carece constitucionalmente de competencias en materia de urbanismo y de ordenación del territorio en sentido propio, no puede por sí solo afrontar la tarea indicada, a la que sólo puede aportar una solución parcial poniendo a contribución su indiscutible competencia para, como ha reconocido la citada sentencia del Tribunal Constitucional, regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad del suelo en todo el territorio nacional, así como regular otras materias que inciden en el urbanismo como son la expropiación forzosa, las valoraciones, la responsabilidad de las Administraciones públicas o el procedimiento administrativo común”*<sup>82</sup>. Posteriormente, con los mismos argumentos empleados en la ya descrita STC 61/1997, El Tribunal Constitucional declara la nulidad de los Arts. 16.1 y 38 de la Ley 6/1998 en la STC 164/2001<sup>83</sup>.

Dentro de todo este sistema de reparto competencial, es indispensable mencionar la garantía constitucional de autonomía con la que cuentan los Municipios para la gestión de sus propios intereses (Art.137, 140 CE, 25 LRBRL). Si bien es cierto que la Constitución no contiene un listado con las competencias que corresponden a los Municipios, no lo es menos, que la autonomía local garantiza *“el derecho de la comunidad local a participar en el Gobierno y la Administración de los asuntos que le atañen, y a ser respetado por el Estado y los poderes autonómicos”*<sup>84</sup>. Dicha autonomía obliga al legislador a reconocer un *“mínimo competen-*

---

<sup>81</sup> (RCL\959).

<sup>82</sup> Exposición de Motivos Ley 6/1998 (RCL\959).

<sup>83</sup> (RTC\164).

<sup>84</sup> STC 213 /1988 de 11 de noviembre (RTC 213) Ponente: Don Ángel Latorre Segura. En el mismo sentido: SSTC 259/1988 (RTC\259) Ponente: Doña Gloria Begué Cantón; 51/2004 (RTC\51), Ponente: Don Eugenio Gay Montalvo y 240/2006 (RTC\240) Ponente: Don Guillermo Jiménez Sánchez *“De la Constitución no puede derivarse la reserva a favor de los municipios de un ámbito urbanístico de decisión (...) es la Ley la que define las competencias concretas (...) Lo único que el Tribunal garantiza a las Corporaciones Locales es la necesidad de participación efectiva en las decisiones del Estado y de las Comunidades Autónomas”*.

cial”<sup>85</sup> propio, un “núcleo indisponible”<sup>86</sup> como institución que se evidencia especialmente en materia de urbanismo. A Dichas entidades les corresponde el ejercicio de las competencias relativas a la ordenación, gestión, ejecución de los planes municipales e intermunicipales (estos últimos con ayuda y asesoramiento de las provincias)<sup>87</sup> y disciplina urbanística en los términos previstos en la Legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas (Art. 25.2b LRBRL)<sup>88</sup>.

En términos generales, dentro del marco de la Legislación Autonómica, las competencias ejercidas por el municipio se concretan en:

- propuesta y aprobación provisional del planeamiento general municipal y planes parciales.
- La aprobación del planeamiento de desarrollo y estudios de detalle.
- Aprobación de todos los actos de gestión y ejecución urbanística.
- La disciplina urbanística (control de legalidad de licencias, inspección urbanística, adopción de medidas de protección de la legalidad, ejercicio de la potestad sancionadora)<sup>89</sup>.

<sup>85</sup> STC 4/1981, de 2 de febrero (RTC\4) Ponente: Don Rafael Gómez-Ferrer Morant. En el mismo sentido STC 40/1998, de 19 de febrero (RTC \40) Ponente: Don Pedro Cruz Villalón.

<sup>86</sup> STC 109/1998, de 21 de mayo (RTC\109).

<sup>87</sup> Las Provincias son Entidades Locales reconocidas por el Art. 141CE, con personalidad jurídica propia, determinadas por una agrupación de municipios, llamadas a ejercer una función de ayuda y asesoramiento a estos últimos. En materia urbanística las Provincias son titulares de algunas competencias, especialmente referidas a los planes de conjunto de más de un término municipal. Todo lo anterior sin perjuicio de las amplias competencias con que cuentan las Diputaciones Forales.

<sup>88</sup> En el mismo sentido BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico ... Ob. Cit.*, pág. 83 “Son las Leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas las que tienen que atribuir a las Corporaciones Locales las competencias concretas, garantizando en todo caso, la participación efectiva de la comunidad local en los asuntos que les conciernen”.

<sup>89</sup> Sobre las competencias de los Municipios en materia urbanística Ver AA VV, *Memento Práctico Urbanismo*, Francis Lefebvre, Madrid, 2008, Núm. 140 a 149.1. Sobre los principios establecidos en el marco europeo en el ámbito urbanístico  *Vid: BASSOLS COMA, M., "Panorama del derecho urbanístico español. Balance y perspectiva", en El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín*

### 1.3 Algunos aspectos sobre la controversia en torno a la supletoriedad del Derecho Estatal.

Otro de los aspectos no conciliados entre la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español tiene que ver con la interpretación de lo dispuesto en el Art. 149.3CE *in fine* “(...) *el derecho estatal será en todo caso supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas*”.

Importantes pronunciamientos realizados por el Alto Tribunal, han servido de referencia para delimitar el alcance de la cláusula de supletoriedad del derecho Estatal. Dichas Sentencias han llevado a interpretar la supletoriedad unas veces de forma más flexible y otras con mayor restricción.

Entre ellas, la línea jurisprudencial representada por las SSTC 85/1983, 227/1988, 15/1989, 103/1989 y 147/1991<sup>90</sup> mantienen una posición amplia y flexible. En estos pronunciamientos, el Tribunal Constitucional reconoce la facultad de las Cortes Generales para emanar normas con aplicación directa en las Comunidades Autónomas o Territorios Autónomos que no son competentes, no han asumido la competencia o que, habiéndola asumido, no han legislado sobre la materia objeto de la norma estatal. Así mismo, el Tribunal acepta el desplazamiento de dicha normativa estatal a la categoría de derecho supletorio en las Comunidades Autónomas, cuando éstas últimas sean competentes, hayan asumido la competencia en sus respectivos Estatutos o, habiéndola asumido antes, hayan legislado sobre la materia.

Recalca el Alto Tribunal que “respecto de las materias sobre las que os-

---

*Mateo*, 2000, pág. Versión electrónica (TOL61.620) ©www.tirantonline.com y BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico... Ob. Cit.*, pág. 67 “hay dos competencias horizontales que inciden notablemente en el urbanismo. La política ambiental europea, que se manifiesta en la directiva de espacios protegidos, y en la evaluación de proyectos, y de planes, tiene una gran importancia en el urbanismo tanto materialmente (afecta al contenido de los instrumentos de ordenación) como formalmente (hay importantes reglas de procedimiento que los estados no pueden ignorar). Por otro lado Directiva Europea de contratación, dictada al amparo de la prestación de servicios, tiene un gran relieve en la ejecución urbanística”.

<sup>90</sup> (RTC\147) Ponente: Don Eugenio Díaz Eimil.

tente competencia exclusiva [refiriéndose a las Comunidades Autónomas], será aplicable (...), con carácter SUPLETORIO la Legislación Estatal que en su momento se halle en vigor y no la que lo estaba cuando entró en vigor el Estatuto de Autonomía. Las disposiciones impugnadas sólo serían de aplicación directa en aquella parte del territorio nacional no integrado en Comunidades Autónomas”<sup>91</sup>.

En sentido contrario, la línea jurisprudencial representada por la SSTC, 118/1996<sup>92</sup> y 61/1997, opta por una interpretación más restringida de la cláusula de supletoriedad. Bajo este punto de vista, al Legislador Estatal, no le estaría permitido por la Constitución dictar normas supletorias en materias asignadas como competencia exclusiva a las Comunidades Autónomas y asumidas en sus respectivos Estatutos sin contar con un título competencial habilitante que lo legitime para incidir en una determinada materia; de hacerlo, es decir, de proferirse tales normas, las mismas devendrían inconstitucionales por incompetencia. La invocación del Art. 149.3 *in fine* sólo se justificaría si existiera dicho título habilitante, pues esta cláusula, individualmente considerada, no es atributiva de competencias<sup>93</sup>.

Así las cosas, para el Alto Tribunal, actualmente, la supletoriedad no se trata de una función referida al conjunto del ordenamiento jurídico, sino, de un título competencial que no ha sido adjudicado al Estado por la Constitución. Las normas promulgadas sobre materias referidas a competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, para las cuales no posea un título competencial habilitante no tendrán validez como derecho supletorio y estarán viciadas de inconstitucionalidad.

La citada argumentación deja dos consecuencias: la primera, que en materia de urbanismo, ordenación del territorio y vivienda, no le es permitido al Estado dictar normas que excedan de los títulos competenciales a él asignados por el Art. 149.1 1<sup>a</sup>,8<sup>a</sup>,13<sup>a</sup>,18<sup>a</sup>,23<sup>a</sup> CE; pues, como se ha

---

<sup>91</sup> STC 227/1988, de 29 de noviembre (RTC\227) Ponente: Don Jesús Leguina Villa.

<sup>92</sup> (RTC\11) Ponente: Don Tomás S. Vives Antón.

<sup>93</sup> En el mismo sentido: BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico... Ob. Cit.*, pág. 72 “una cosa es que el Art.149.3 diga que en todo caso el Derecho Estatal será supletorio del de las Comunidades Autónomas y otra muy distinta que el precepto diga que el Estado tiene competencia donde materialmente no la tiene”.

mencionado, la competencia, en dicho ámbito, está reservada exclusivamente a las Comunidades Autónomas y ha sido asumida por todas ellas en sus respectivos Estatutos. Lo anterior conlleva a la inexistencia, en el sector urbanístico, de Normativa Estatal post-constitucional que cumpla la necesaria función de derecho supletorio dentro del conjunto del Ordenamiento Jurídico Español. No dijo nada el Tribunal Constitucional respecto a la situación en la que quedan las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, que, al carecer de parlamento propio, requieren, para su regulación, las leyes emanadas por las Cortes Generales. Para estos Territorios Autonómicos el TRLS92 era de aplicación directa, lo que debió conllevar, necesariamente, la constitucionalidad de dicha normativa respecto de estas ciudades y su aplicación supletoria en el resto del territorio español<sup>94</sup>. La segunda, el estado de congelación en que queda el Derecho Supletorio Estatal en el ámbito urbanístico. La declaración de inconstitucionalidad del TRLS92 revive la regulación del suelo del antiguo TRLS76 y sus reglamentos de desarrollo, entre otras razones, por considerar el Tribunal, la incompetencia Legislador Estatal para alterar (*aun con eficacia supletoria*) o derogar las normas preconstitucionales que versen sobre materias para las que, conforme a la Constitución de 1978, ya no es competente.

Sobre estos puntos, en una posición claramente contraria a la del Alto Tribunal, un sector autorizado de la doctrina<sup>95</sup> entiende el Ordenamiento Jurídico Español como uno solo (Art. 1.1CE), un sistema que está compuesto por una dualidad de normas que se articulan simultáneamente, pero con origen en una única estructura que: "No es fruto de una centralización a partir de ordenamientos distintos, sino a la inversa, una

---

<sup>94</sup> Al respecto *vid*: PARADA, R., *Derecho administrativo III... Ob. Cit.*, pág. 352.

<sup>95</sup> *Ibidem*, pág. 353; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T.R., *Manual de Derecho... Ob. Cit.*, pág.33 y ss.; PAREJO ALFONSO, L., Muñoz Machado, S (Coord.): "Legislación Estatal y legislación Autonómica ...", en *Derecho administrativo IV... Ob. Cit.*, pág. Versión Electrónica Iustel; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R: *Curso de Derecho Administrativo... Ob. Cit.*, pág.157 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "El Derecho Urbanístico español ...", en *Revista Española de Derecho Administrativo... Ob. Cit.*, pág. 396; GONZÁLEZ - VARAS IBAÑEZ, S., Quintana Lopez, T. (Coord.): "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas ...", en *Derecho urbanístico... Ob. Cit.*, Versión Electrónica (TOL344.634) ©www.tirantonline.com; BASSOLS COMA, M., "Panorama del derecho urbanístico español. ...", en *El derecho administrativo en el umbral del siglo XX... Ob. Cit.*, Versión electrónica (TOL61.620) ©www.tirantonline.com.

descentralización a partir de una estructura unitaria”<sup>96</sup>. El Ordenamiento Jurídico Español parte de un Ordenamiento Estatal completo y “sobre él se edifican los ordenamientos de las comunidades autónomas circunscritos a las materias que son de su competencia”<sup>97</sup>. La competencia autonómica, no deroga *per se* el derecho Estatal sobre dichas cuestiones, simplemente lo desplaza a la posición de derecho supletorio. “El ordenamiento estatal sigue siendo un ordenamiento completo desde el punto de vista de las materias susceptibles de regulación, aunque en las de competencia autonómica tenga su vigencia disminuida.”<sup>98</sup> El derecho creado por el Legislador Autonómico, en las materias que le han sido asignadas constitucionalmente a su competencia, tiene aplicación preferente dentro del territorio de la Comunidad Autónoma, mientras que en esa misma demarcación territorial el Derecho Estatal tendrá carácter supletorio.

En esta misma línea va el ya anotado voto particular del magistrado Jiménez de Praga, el mismo afirma que “el Estado no precisa de ningún título competencial para dictar normas de carácter supletorio. La supletoriedad es del ordenamiento estatal, no emana de una competencia ni de una norma. Es la consecuencia derivada del ejercicio por parte del Estado de sus potestades para la inserción de sus preceptos en el seno de un ordenamiento que despliega respecto del autonómico esa función de suplencia a la que se refiere el artículo 149.3 CE”.

## II. Las medidas cautelares en el planeamiento urbanístico.

La regulación de la actividad urbanística en general y la ordenación de las ciudades en particular, pretendidas en abstracto por la Legislación del Suelo indicada hasta el momento, se concretan mediante las potestades administrativas de “planeamiento, ejecución y control del cum-

---

<sup>96</sup> DE OTTO, I., *Derecho Constitucional ... Ob. Cit.*, pág. 248.

<sup>97</sup> *Idem.*

<sup>98</sup> *Idem.*

plimiento de lo planeado”<sup>99</sup>. Al estudio de las medidas cautelares en dichas etapas del procedimiento urbanístico, dando por las precedentes en el planeamiento, se dedicaran las siguientes líneas.

## **1. Generalidades sobre los instrumentos de planeamiento: contenido, naturaleza jurídica, régimen cautelar aplicable según su naturaleza, procedimiento para su aprobación y control de su discrecionalidad.**

### **1.1. Contenido, naturaleza jurídica y régimen cautelar aplicable al planeamiento urbanístico.**

Los planes urbanísticos son instrumentos esenciales para la ordenación del territorio. En su contenido se delimita el cómo, cuándo y dónde deben surgir y desarrollarse las ciudades<sup>100</sup>, es decir, en ellos se inserta el modelo territorial a seguir. Antes del 1956, el legislador limitaba la función y el alcance del planeamiento al de mera representación gráfica de la ciudad (aspecto material); fue con la LS56 que extendió la significación del plan, considerándole como elemento fundamental, contentivo de verdaderas políticas y directrices de ordenación urbana<sup>101</sup> (aspecto jurídico – formal).

Como elemento definidor de la actuación urbanística, el plan posee una estructura interna compleja y articulada entre sí, integrada por: una parte formal, en cuanto a su condición de norma jurídica y otra material, re-

---

<sup>99</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de derecho...Ob. cit.*, Pág.161.

<sup>100</sup> En este sentido: STC 36/1994 de 10 de febrero (RTC\36) Ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer. En sentido contrario: BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico... Ob. Cit.*, pág. 36 “La planificación es cada día menos efectiva, porque los planes sufren modificaciones constantes para adecuarse a la realidad del mercado”. Sobre la importancia de la planificación como límite eficaz y preventivo de abusos y desviaciones de la actuación administrativa *vid:* JORDANA DE POZAS, L., “El problema de los fines de la actividad administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, Núm. 4, 1951, pág. 28.

<sup>101</sup> La Exposición de Motivos de la LS56 definió el planeamiento como “*la base necesaria y fundamental de toda ordenación urbana*”.



lativa propiamente al sistema técnico de diseño<sup>102</sup> de la ciudad. Esta singular estructura, permite que la Administración, al momento de ejercer la potestad de planeamiento, concrete el interés público urbanístico y prefigure inmediatamente los actos de ejecución de lo ordenado en la urbanización<sup>103</sup>.

El primero de estos contenidos es el **jurídico-formal**. Este aspecto, también denominado también "*vertiente dinámica*"<sup>104</sup> del urbanismo, ha originado amplios debates jurisprudenciales y doctrinales en torno a la **naturaleza jurídica** del planeamiento urbanístico. Los argumentos se pueden agrupar en: aquellos que consideran el plan como un acto administrativo de carácter general no normativo<sup>105</sup>; los que afirman el carácter normativo de los planes<sup>106</sup>; y por último, los que en una posición ecléctica, consideran el plan como un instrumento mixto, que participa tanto de las particularidades del acto administrativo como de las propias de las disposiciones reglamentarias<sup>107</sup>.

<sup>102</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de derecho...Ob., cit.*, pág. 174.

<sup>103</sup> *Ibidem* pág. 167.

<sup>104</sup> *Idem*.

<sup>105</sup> En este sentido *vid*: GONZÁLEZ - BERENGUER URRUTIA, J. L., *Estudios sobre planeamiento...Ob., cit.*, y *Teoría y Práctica del planeamiento urbanístico*, 2ª Ed., IEA, Madrid, 1975, Pág. 40; HEREDERO HIGUERAS, M., "Procedimientos de elaboración, aprobación...", en (Dir.) GONZÁLEZ NAVARRO, *Procedimientos administrativos ...Ob., cit.*, pág.183 y ss.

<sup>106</sup> En este sentido *vid*: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de derecho...Ob.cit.*, pág. 163 y ss.; SANTOS Díez, R., CASTELAO RODRÍGUEZ, J. : *Derecho Urbanístico. Manual... Ob. cit.*, pág. 531 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley del Suelo...Ob., cit.*, pág. 433; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T.R., *Manual de Derecho... Ob. cit.*, pág.46 y ss.; DIEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Problemas Jurídicos del Urbanismo. Texto base para la conferencia ...Ob., cit.*, pág. Versión electrónica: Centro de estudios políticos y constitucionales.

[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1964\\_043\\_037.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1964_043_037.PDF); ESTÉVEZ GOYTRE, R., *Manual básico de derecho... Ob. cit.*, pág. 42; REBOLLO, L. M., Bustillo Bolado, R. (Dirs.): "El planeamiento Municipal...", en *Fundamentos de Derecho...Ob., cit.*, pág. 190.

<sup>107</sup> CARRETERO PÉREZ, "Precisiones sobre urbanismo y derecho urbanístico", en *Revista de derecho urbanístico*, Num. 38, 1971, pág. 21 y ss. BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico... Ob. Cit.*, pág. 128.

Debemos preguntarnos ahora, si los **efectos y el régimen cautelar** de los instrumentos de planeamiento, variarán dependiendo de si se adopta una u otra posición sobre la naturaleza de los mismos:

a. Si afirmamos que el plan tiene **naturaleza normativa** de carácter reglamentario, las consecuencias jurídicas de éstos serán las propias de los reglamentos, principalmente: integración al ordenamiento jurídico, vigencia indefinida hasta no ser modificados o derogados, publicidad, publicación, obligatorio cumplimiento para todos (incluidas las Administraciones Públicas), operatividad del principio de inderogabilidad singular y posibilidad de impugnarse mediante recurso indirecto.

Lo anterior nos coloca en tema de **tutela cautelar frente a disposiciones generales**. La LJCA española, con los matices ya explicados, adoptó un régimen de *números apertus* que permite la adopción de cuántas medidas cautelares sean necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia. En este marco, el sistema cautelar aplicable a las disposiciones generales será el general regulado por los Art. 129 y ss. de dicha normativa.

En este marco, dos posiciones, sobre la adopción de medidas cautelares en vía de recurso directo contra reglamentos, son defendidas por la doctrina: Los expositores de la primera<sup>108</sup> consideran que el Art. 129.2 ("*Si se impugnan una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda*") incluyó un régimen cautelar propio, exclusivamente suspensivo, para la impugnación de disposiciones generales. En consecuencia, rechazan toda posibilidad de adoptar, en vía de recurso directo contra el reglamento, medidas cautelares distintas a la mera suspensión de acto.

En una posición contraria, los que apoyan la segunda postura no tienen duda alguna sobre la unidad del régimen jurídico español, en lo atinente a tutela cautelar, para actos administrativos y reglamentos. De manera

---

<sup>108</sup> Cfr.: BACIGALUPO, M., *La nueva tutela cautelar en el Contencioso- Administrativo*, M. Pons, Madrid, 1999, pág. 158; FUERTES LÓPEZ, M., "Prudencia y coherencia de la tutela cautelar en los recursos contra reglamentos", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* Núm. 6 2003, pág. 62. En el mismo sentido. STS 30 de noviembre de 2005 (RJ/1396) Ponente: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde; MARTÍN REBOLLO, L., *Leyes administrativas (Códigos básicos Aranzadi)*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 1387 - 1388.

acertada, argumenta este sector de la doctrina que “La ley [de la Jurisdicción Contencioso Administrativa] en ningún momento precisa que hayan de ser objeto de un tratamiento diferenciado [los actos administrativos y las disposiciones generales] (más allá de los límites naturales que la lógica y la aplicación práctica pueda imponer)”<sup>109</sup>.

El Art. 129.1 dispone que “*Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia*”<sup>110</sup>. De dicha regla se exceptúa el momento de presentación de la solicitud de suspensión cautelar cuando lo que se pretenda impugnar sea una disposición general. Así, si lo que se persigue es la suspensión de un reglamento o de alguno de sus preceptos, la oportunidad procesal para solicitar su adopción se reduce al momento de interponer el recurso o de presentar la demanda (Art. 129.2); ahora bien, si lo que se insta es la adopción de una medida cautelar distinta a la suspensión (cualquiera que sea necesaria para la efectividad de la sentencia), tal solicitud podrá hacerse “*en cualquier estado del proceso*”<sup>111</sup> (Art. 129.1).

A mayores, la Exposición de Motivos de vigente LJCA, al realizar la presentación general del nuevo régimen cautelar, no hace diferenciación alguna entre las medidas cautelares cuya adopción es permitida en procesos de impugnación contra reglamentos y las que se facultan frente a actos administrativos. Por el contrario, tal exposición hace énfasis en el fundamento común existente para todas las cautelas y, por ello, considera que “(...) *la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible. La Ley introduce en consecuen-*

---

<sup>109</sup> DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág.159. En la misma línea argumentativa GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R: *Curso de Derecho Administrativo... Ob. Cit.*, pág.652; AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A., *La Ley 29 de 13 de julio de 1998, del proceso contencioso administrativo. Comentarios y Jurisprudencia*, Comares, Granada, 2000, pág. 775 y ss. CHINCHILLA MARÍN, M. C., "medidas cautelares", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 100, 1999, pág.863 y ss.

<sup>110</sup> Subrayas fuera del texto.

<sup>111</sup> En este sentido CHINCHILLA MARÍN, M. C., "medidas cautelares", en *Revista Española...*, *Ob. Cit.*, pág.867; DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 160.

*cia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo. No existen para ello especiales restricciones, dado el fundamento común a todas las medidas cautelares. Corresponderá al Juez o Tribunal determinar las que, según las circunstancias, fuesen necesarias”.*

Negar al recurrente la posibilidad de solicitar la adopción de cualquier medida cautelar que considere necesaria para mantener el *statu quo ante* de la situación jurídica que le está siendo vulnerada por un reglamento (por ejemplo por el plan urbanístico), sería tanto como afirmar que el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>112</sup> (Art. 24 CE), y a tutela cautelar como manifestación inescindible del mismo, varía dependiendo de si la conculcación de la situación jurídica es ocasionada por un acto administrativo o por una disposición general, siendo mayor su alcance en el primer caso y menor en el segundo. Amén de lo anterior, se sostendría que tampoco se puede solicitar, en vía de recurso contra el planeamiento urbanístico, la anotación preventiva de la demanda, medida cautelar típica, contemplada en el Art. 51.6 del TRLS2008 o, que tal normativa contiene una única excepción al régimen de medidas cautelares aplicable a las disposiciones generales<sup>113</sup>.

Las anteriores afirmaciones, contrastadas con el Art. 24CE, se vacían inmediatamente de contenido ya que menoscaban el principio de *numerus apertus* o libertad de configuración de las medidas cautelares desde el criterio de efectividad de la sentencia. “No existe la menor razón para

---

<sup>112</sup> Recordemos que el Art. 24 CE implica el deber que tiene tanto la Administración como los Tribunales de acordar cualquier medida cautelar necesaria para asegurar la efectividad de la sentencia del proceso.

<sup>113</sup> En este sentido GARCÍA DE ENTERRÍA E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T. R.; Manual de derecho... Vol. II *Ob. cit.*, Pág. 652 sostiene que “cabe además sustituir la disposición impugnada – aunque sólo con efectos sobre el recurrente, salvo que éste represente intereses colectivos– por una regulación provisional (como aceptó, en un caso paradigmático, anulando la sentencia del Tribunal Supremo que la había revocado, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de abril de 1993)”. Así mismo, De LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. cit.*, pág. 159 afirma “la teoría de la tutela cautelar admite, además, una serie de instituciones (entre las que se destacan aquellas que presentan afinidad con los medios de prueba) destinadas a preservar el objeto del pleito, a proteger las situaciones jurídicas que pudieran resultar afectadas por el mismo, sin modificar el *statu quo ante*, y que tratan de garantizar la efectividad de la sentencia”. En sentido contrario: BACIGALUPO M., *La nueva tutela cautelar en el Contencioso... Ob. Cit.*, pág. 159.

dar a la voluntad administrativa expresada en reglamentos el menor plus de consistencia respecto a la expresada en actos; antes bien lo contrario, dada la mayor peligrosidad del Reglamento por su alcance general y tendencialmente permanente respecto de los simples actos singulares”<sup>114</sup>. Ha de observarse, que fueron los propios fallos de Jueces y Tribunales españoles<sup>115</sup> los que, años antes de la vigencia de la LJCA de 1998 y a pesar de la limitación expresa establecida por la Ley de 27 de diciembre de 1956<sup>116</sup>, abrieron paso a la adopción, en los procesos anulatorios contra disposiciones generales y actos administrativos, de cuan-

<sup>114</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La aplicación de la "apariencia de buen derecho" como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra reglamentos", en *Revista de Administración Pública*, Num.125, 1991, pág. 418. En sentido contrario, consideran que la suspensión debe operar de forma más restrictiva en reglamentos: PAREJO ALFONSO, L., "La tutela cautelar en el orden contencioso - administrativo", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 49, 1986, pág. 38, VILLAR PALASI, J. L., *Apuntes de Derecho Administrativo. Parte general* Madrid, pág. 591. "La aplicación de la técnica de suspensión preventiva de las normas administrativas requiere un tratamiento peculiar conforme a la naturaleza de éstas. Pues la suspensión tiene un alcance mayor y distinto en el caso de normas que en el de simples actos. La trascendencia general, aunque temporal y el cuestionamiento no ya de la pertinencia de la ejecución de una previa decisión en un asunto concreto, sino de la vigencia efectiva de una disposición, abogan sin más a la reducción de la suspensión a la categoría de excepción".

<sup>115</sup> Especialmente debemos traer nuevamente a colación los pronunciamientos pioneros en la adopción de medidas cautelares positivas en procedimientos de impugnación de reglamentos: AATS 20 de diciembre de 1990 (RJ/10412) Ponente. Excmo. Sr. Francisco González Navarro; 17 de enero de 1991 (RJ\503) Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Delgado Barrio "la larga duración del proceso reclama que el control de la ejecutividad se adelante en el tiempo" y 10 de julio de 1991 (RJ/5838). Así como: AATSJ del País Vasco de 2 de febrero y 21 de marzo de 1991(RJ/2444) éste último acuerda, con el carácter de medida cautelar positiva requerir a la Administración para que en un plazo determinado por el mismo tribunal dicte una nueva resolución expresiva de tres cuestiones que no precisaron en el expediente administrativo; ATJSJ del País Vasco de 14 de octubre de 1991 que nuevamente impone a la Administración, como medida cautelar, la obligación de dictar un nuevo acto en el que tenga en cuenta un aspecto sobre el que ha hecho caso omiso, es decir, el procedimiento específico regulado por el reglamento de 30 de noviembre de 1961 sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.

<sup>116</sup> El Art. 122 de la antigua LJCA limitaba el régimen cautelar a la mera suspensión así: "1. La interposición del recurso contencioso-administrativo no impedirá a la Administración ejecutar el acto o la disposición objeto del mismo, salvo que el Tribunal acordare, a instancia del actor, la suspensión. 2. Procederá la suspensión cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil".

tas medidas cautelares resultaren necesarias para salvaguardar la efectividad de la sentencia. En dichos pronunciamientos la adopción de las cautelas se argumentaba directamente desde el Art. 24 CE<sup>117</sup>, disposición que contiene, sin lugar a dudas, el derecho fundamental a la tutela cautelar. Esta interpretación de los tribunales incluyó también la adopción de medidas cautelares suspensivas, positivas e innominadas cuando las mismas resultaren imprescindibles para evitar la frustración del resultado final de los procesos de anulación de reglamentos y actos administrativos. En este marco, los Tribunales adoptaron medidas cautelares positivas, incluso por fuera de la literalidad de las solicitadas por los actores, apelando acertadamente, al uso de los poderes de oficio con los que aún cuenta el Juez para el mejor desempeño de su labor<sup>118</sup>(Art. 9.2CE<sup>119</sup>) y argumentando, en últimas, la concesión de la medida desde la *ratio* de la tutela cautelar: el aseguramiento de los efectos de la sentencia. Por todo ello, bajo los mismos argumentos expuestos, los admi-

---

<sup>117</sup> Otras veces con ayuda del Art. 1428 LEC.

<sup>118</sup> Véase los ya citados AATSJ del País Vasco de 2 de febrero, 21 de marzo de 1991(RJ/2444) y 14 de octubre de 1991, éste último, ante la solicitud del recurrente de una medida cautelar suspensiva estableció: "No obstante, cabe llegar a la adopción de una medida cautelar que por su contenido, aunque más limitado que el pedido por el recurrente, resulte plenamente acomodada a lo que quedó dicho en el razonamiento tercero de ésta resolución, y más en concreto a las exigencias derivadas del derecho fundamental a la obtención de la tutela judicial efectiva. Tal medida no es otra que la de impone a la Administración el deber de continuar con el procedimiento que abrió la solicitud de la licencia (...)". En el mismo sentido, pero con diferente argumentación: CHINCHILLA MARÍN, M. C., "Regulación de las medidas cautelares", en *Justicia Administrativa*, Núm. extraordinario 1999, pág. 187 afirma que entre la solicitud cautelar y la resolución cautelar rige, aunque de manera más flexible, por su carácter instrumental, el principio de congruencia existente entre la demanda y la sentencia, de tal manera que "cualesquiera que fuesen los términos literales en los que se formula una solicitud de tutela cautelar, la sustancia de lo pedido, que es, a lo que ha de atenerse el órgano judicial, siempre será la necesidad de preservar, asegurándola, la efectividad de la sentencia, con lo cual siempre que la medida cautelar cumpla con esa finalidad, el órgano judicial estaría respetando el principio de congruencia". Así mismo, sobre el principio dispositivo del procedimiento y el principio de congruencia: CORDÓN MORENO, F., "Principio de Proporcionalidad y Congruencia de la Resolución que adopta las medidas cautelares". en *Actualidad Jurídica Aranzadi* Núm. 674, 2005, pág. Versión electrónica Aranzadi westlaw BIB 2005\1140.

<sup>119</sup> Art. 9.2CE "(...) 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (...)"

nistradores de justicia deberían impedir hoy, a la luz del Art. 24 y 9.2 CE y de los Arts. 129 y ss., de la Ley 29 de 1998, cualquier intento de restricción que, en el mismo ámbito, se pretenda justificar.

No obstante, pese a los anteriores argumentos, la línea jurisprudencial actual del Tribunal Supremo restringe las medias cautelares a adoptarse frente a reglamentos, admitiendo, únicamente, la suspensión de la disposición y la anotación preventiva de la demanda<sup>120</sup>.

b. Por el contrario, si afirmamos que la **naturaleza del planeamiento es la de un mero acto administrativo** de carácter general, de esta declaración resulta que el plan: no forma parte del ordenamiento jurídico, la eficacia de su contenido se agota con su cumplimiento y está sometido al régimen impugnatorio propio de los actos administrativos. Hecha esta aseveración, el régimen cautelar aplicable será también el del Art. 129 y ss LJCA ya explicado (posibilidad de solicitar cuántas medias sean necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia posterior).

c. Ahora, si se asiente en que el **plan es un instrumento complejo que participa a su vez, tanto de las de las características de las disposiciones generales como de los actos administrativos**, diciéndose llegaría a la conclusión “que el planeamiento, está compuesto por distintos elementos: los que implican la realización de proyectos que alteran la realidad física o transforman el régimen jurídico de determinados suelos [que carecen de naturaleza normativa] y las normas generales que, en abstracto, regulan el uso del suelo”<sup>121</sup>.

Siguiendo esta posición puede decirse que; si bien es cierto que el régimen cautelar es único para actos y reglamentos (Arts. 129 y ss. LJCA), el interés general inmerso en el instrumento de planeamiento no será el mismo en todos los preceptos de que se compone; dicho interés será menor en los elementos que implican realización de proyectos y trans-

---

<sup>120</sup> En este sentido: STS 30 de noviembre de 2005 (RJ/1396) Ponente: Rafael Fernández Valverde.

<sup>121</sup> BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico... Ob. cit.*, pág. 508. Esta posición también se puso de relieve en la SSTS 3de marzo de 1980 y 30 de enero de 1990 “una jurisprudencia ya ha señalado, por un parte, el doble carácter normativo y de acto singular que el contenido de los planes tiene (...).

formaciones del suelo (v. gr. “reclasificación de los terrenos de un sector determinado de rural a urbanizable”<sup>122</sup>) y mayor en las normas propiamente dichas que regulan los usos del suelo. Deduciéndose de tal diferenciación que acarreará menores problemas para la eficacia de la Administración la suspensión de los preceptos del plan clasificados como no normativos.

La doctrina mayoritaria española, refrendada en este punto por la jurisprudencia<sup>123</sup>, afirma el **carácter eminentemente normativo** del planeamiento urbanístico. Desde este punto de vista, el planeamiento es asimilado a una norma jurídica, reglamentaria, contentiva de reglas generales y obligatorias que concretan “los derechos y deberes de los propietarios de los predios”<sup>124</sup> y, en general, que delimitan el derecho de propiedad del suelo. El plan es una norma subordinada a los límites de la Legislación Estatal y, en cada caso, a la Autonómica dictada en el ámbito urbanístico. En este sentido, es una “herramienta indispensable, tanto para desarrollar, como para aplicar singularmente las leyes del suelo”<sup>125</sup>.

En esta posición se ubica también el TRLS2008 al establecer que “*el régimen urbanístico de la propiedad del suelo (...) resulta de la vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística*” (Art. 7, 8 y 9), manteniéndose así en la línea de lo dispuesto en los ya extintos TRLS92 y LS98 “*Las facultades urbanísticas del derecho de propiedad se ejercerán siempre dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en las*

<sup>122</sup> BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico... Ob. cit.*, pág. 508.

<sup>123</sup> En este sentido *vid.*: STS 8 de mayo de 1968; 14 de octubre de; 21 de noviembre de 1969; 4 de noviembre de; 22 de mayo de 1974; 26 de junio de 1974; 9 de noviembre de 1974; 6 de octubre de 1975; STC 13 de mayo de 1986 (RTC\56) Ponente: Don Ángel Latorre Segura; STC 30 de septiembre de 1986 (RJ\7848); 17 de octubre de 1988 (RJ/7848); 11 de febrero de 1991 (RJ\784) Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Delgado Barrio; 27 de junio de 1994 (RJ/4982) Ponente: Excmo. Sr. Juan Manuel Sanz Bayón, 20 de mayo de 1999 (RJ\5041) Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Sieira Míguez y 9 de febrero de 2000 (RJ\2324) Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí.

<sup>124</sup> STS de 17 de octubre (RJ \7848) Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Delgado Barrio. En el mismo sentido. ESTÉVEZ GOYTRE, R., *Manual básico de derecho... Ob. cit.*, pág. 43.

<sup>125</sup> En este sentido: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de derecho...Ob. cit.*, pág. 161.



*leyes o, en virtud de ellas, por el planeamiento con arreglo a la clasificación urbanística de los predios*<sup>126</sup> (Art. 134 y 2.1 respectivamente). En este marco, los planes asimilados a normas, forman parte de la denominada “*legislación sobre ordenación territorial y urbanística*”<sup>127</sup>, se integran en el ordenamiento jurídico y se articulan entre sí, siguiendo los criterios del principio de jerarquía.

Los tipos de planes que concurren para el cumplimiento del objetivo de ordenación del territorio; son múltiples y convergen en distintos ámbitos (supramunicipal, local) y niveles (planeamiento general y de desarrollo), comienzan desde los planes más generales y abstractos (planeamiento supramunicipal, planes generales municipales de ordenación o las normas de ordenación complementarias y subsidiarias del planeamiento) y continúan con figuras de mayor concreción y particularismo (programas de actuación urbanística, planes de sectorización, planes parciales, estudios de detalle y planes especiales) en sus relaciones, se rigen por el principio de jerarquía, matizado, por el de competencia o especialidad<sup>128</sup>. A mayor abundamiento, reténgase que la potes-

<sup>126</sup> Véase: STS 5 de febrero de 1996 (RJ/ 4730) Ponente: Excmo. Sr. Manuel Vicente Garzón Herrero: “Quiere decirse con ello que el contenido y alcance del derecho de propiedad sobre un predio concreto es el que la ley y el planeamiento precise. El planeamiento no es – en esta concepción- un medio de constreñir y limitar el derecho de propiedad sino que delimita y define el derecho”.

<sup>127</sup> Sobre la remisión indirecta hecha por la legislación urbanística actual *vid:* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T.R., Manual de Derecho... *Ob. cit.*, pág.50 y ss. “En la normativa vigente, la remisión no opera, pues, pura y simplemente como en el pasado, sino con ciertas condiciones que son otros tantos límites a la potestad de planeamiento reconocida a la Administración (...) límites convencionalmente denominados estándares urbanísticos”. Entre los estándares urbanísticos mencionados por este autor se incluyen, los dispuestos en los Art. 12, 13.1, 13.3 TRLS76 y Art. 10b TRLS2008. Sobre el tema *vid:* STSJ País Vasco de 16 de mayo de 2001 (RJCA/ 1296), 13 de noviembre de 2003 (JUR/ 106088) y 20 de noviembre de 2004 (JUR/43189).

<sup>128</sup> En este sentido: NEVADO BATALLA MORENO, P., *Notas sobre derecho administrativo II* 2da ed., Ratio Legis, Salamanca, 2006, pág. 293. “El nombrado principio de jerarquía tiene como efecto que las determinaciones contenidas en los planes de nivel inferior no podrán contradecir las de los planes de nivel superior. Principio que ha de ser matizado con el de competencia o especialidad, que significa que, en el caso de que un plan superior desarrolle determinaciones para una clase de suelo que no le corresponde legalmente, el plan de nivel inferior (a quien realmente corresponde fijarlas en esa clase concreta de suelo) podrá alterar aquellas determinaciones del plan superior sin que ello

tad de planeamiento incluye múltiples instrumentos auxiliares que, a diferencia de los anteriormente referidos, carecen de naturaleza normativa (proyectos de urbanización, de delimitación del suelo urbano y los catálogos)<sup>129</sup>.

El segundo elemento que contiene el planeamiento, **el sistema técnico de diseño** propiamente dicho (aspecto material), también llamado “vertiente estática”<sup>130</sup> del urbanismo, está integrado por un conjunto de técnicas e instrumentos propios, enlazados entre si, a través de los cuales se prefigura el desarrollo urbanístico del territorio planeado en la ordenación (memoria explicativa, estudio económico – financiero, planos de información, planos de ordenación...)<sup>131</sup>. En este marco, el Art. 3.1 TRLS76<sup>132</sup>, precisa, con carácter enunciativo, el contenido material de la competencia urbanística concerniente al planeamiento así: “(...) *b) Emplazar los centros de producción y de residencia del modo conveniente para la mejor distribución de la población española en el territorio nacional. c) Dividir el territorio municipal en áreas de suelo urbano, urbanizable y no urbanizable. d) Establecer zonas distintas de utilización según la densidad de la población que haya de habitarlas, porcentaje de terreno que pueda ser ocupado por construcciones, volumen, forma, número de plantas, clase y destino de los edificios, con sujeción a ordenaciones generales uniformes para cada especie de los mismos en toda la zona. e) Formular el trazado de las vías públicas y medios de comunicación. f) Establecer*

---

suponga quiebra del principio de jerarquía puesto que éste sólo rige en el campo de las competencias atribuidas legalmente y no ampara los excesos”.

<sup>129</sup> En este sentido: ESTÉVEZ GOYTRE, R., "El urbanismo y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", en *revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, Núm. 208, 2004, pág. 333.

<sup>130</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de derecho...Ob.Cit.*, pág. 167.

<sup>131</sup> STS 13 de febrero de 1992 (RJ/ 2828) Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Delgado Barrio “la memoria es la exteriorización de las razones que justifican el modelo territorial elegido y, por consecuencia, las determinaciones del planeamiento (...) es una exigencia insoslayable de la Ley (...) el estudio económico-financiero debe atender a las reales posibilidades económicas y financieras del territorio y la población”.

<sup>132</sup> No es posible exponer en este acápite, y menos dentro de las dimensiones del objeto de estudio de este trabajo, cada una de las regulaciones sobre planeamiento contenidas en las leyes autonómicas; razón por la cual, se exponen estas generalidades, conforme a lo regulado por el TRLS76, norma que junto con el TRLS92, inspira el actual ordenamiento autonómico en el ámbito urbanístico.

*espacios libres para parques y jardines públicos en proporción adecuada a las necesidades colectivas, en los términos establecidos en la presente Ley. g) Señalar el emplazamiento y características de los centros y servicios de interés público y social, centros docentes, aeropuertos y lugares análogos. h) Determinar la configuración y dimensiones de las parcelas edificables. i) Limitar el uso del suelo y de las edificaciones. j) Orientar la composición arquitectónica de las edificaciones y regular, en los casos que fuera necesario, sus características estéticas (...)*”.

## **1.2 Esquema general sobre el procedimiento de elaboración y aprobación de los planes urbanísticos.**

Sin ser este el escenario propicio para pormenorizar los procedimientos de elaboración y aprobación de los distintos tipos de planes urbanísticos, se presentará en este apartado, de manera genérica, un esquema de los mismos, que permita ubicar la oportunidad procesal en la que la Administración ordena la suspensión de los instrumentos de planeamiento. Este procedimiento conlleva las siguientes etapas<sup>133</sup>: la primera de actos preparatorios compuesta por i. acuerdo formal de elaboración del plan, ii) evaluación de memorias y planos de información, iii) evaluación ambiental estratégica de los planes<sup>134</sup>, iv) presentación de avances del plan y anteproyectos parciales, v) periodo de información pública previa, vi) **suspensión potestativa del otorgamiento de las licencias, autorizaciones o aprobaciones**, vii) elabo-

---

<sup>133</sup> Este procedimiento se mantiene, en líneas generales, igual al regulado por los Art. 21 a 39 Ley del Suelo de 1956 (RCL\773).

<sup>134</sup> Art. 15 TRLS2008. La Ley 9/2006, de 28 de abril sobre evaluación ambiental de los efectos de determinados planes y programas tiene carácter de legislación básica. Las legislaciones urbanísticas citadas de las Comunidades Autónomas han ajustado sus correspondientes Leyes del Suelo y reglamentos a esta disposición. Aunque el procedimiento de aprobación de la evaluación ambiental varía de una comunidad a otra, es generalizado que para la aprobación definitiva del plan se deberá tener en cuenta el informe definitivo de impacto ambiental. En este sentido *vid*: DE TOLEDO JAUDENES, J., GONZÁLEZ PÉREZ, J (Dir.): "Evaluación y seguimiento de la sostenibilidad del desarrollo urbano", en *Comentarios a la Ley del Suelo. Texto Refundido aprobado por el Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.*, Civitas, vol. I, Madrid, 2008, pág. 441 y ss.

ración técnica del plan, exposición pública del mismo, el informe y la propuesta sobre el resultado de la exposición y confirmación definitiva de las determinaciones establecidas. La segunda el procedimiento de aprobación del plan: i) Aprobación inicial (**suspensión automática del otorgamiento de licencias, autorizaciones o aprobaciones**), ii) información pública sobre el proyecto inicialmente aprobado, iii) audiencia a corporaciones afectadas, iv) aprobación provisional<sup>135</sup>, iv) aprobación definitiva, v) publicación de los instrumentos de planeamiento<sup>136</sup>.

Desde el momento de su aprobación, los planes urbanísticos son inmediatamente ejecutivos (Art.56 TRLS76), públicos (Art. 4 c) y d), 11 TRLS2008<sup>137</sup>) y obligatorios tanto para la Administración<sup>138</sup>, como para

<sup>135</sup> De forma reiterada la jurisprudencia ha considerado el acto de aprobación provisional como un mero “acto de trámite” a todos los efectos, especialmente, a los de declarar su inimpugnabilidad. Cfr. GONZÁLEZ - VARAS IBÁÑEZ, S., *Urbanismo y ordenación... Ob. Cit.*, pág. 409. En el mismo sentido: ATSJ de Valencia de 8 de febrero de 2007 y 24 de noviembre de 2006; SSTS 11 de mayo de 1999 (RJ/4918); 5 de mayo de 1998 (RJ/ 4624); 25 de septiembre de 1995 (RJ/ 6836) entre otras.

<sup>136</sup> Sobre la publicación de los planes: STSJ de Castilla y León 24 de marzo de 2006 (JUR/280306) “es indudable, en todo caso, que la publicación formal y necesaria determina la entrada en vigor de la norma publicada (...) malamente puede ser aplicable el Plan General en tramitación si dicho plan no se ha publicado aún”. En el mismo sentido: SSTS 20 de septiembre y 9 de febrero de 2001 (RJ\7398 - RJ\3251) Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil y Excmo. Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez respectivamente. “la materia que nos ocupa se refiere a la eficacia de las normas jurídicas (pues los planes de urbanismo lo son), por lo que, correspondiendo la misma a la competencia exclusiva del estado (Art. 149.1.8ª CE), cualquier norma autonómica ha de interpretarse de acuerdo con la normativa estatal, en este caso, con el Art. 70.2 LRBRL, en el sentido en que este precepto ha sido entendido por la jurisprudencia, es decir, en el que la eficacia de los planes urbanísticos, ya corresponda su aprobación definitiva a los Ayuntamientos, ya a las comunidades autónomas, exige la previa publicación de sus normas (y no sólo del acuerdo de aprobación definitiva)”.

<sup>137</sup> Además la Disposición adicional novena TRLS2008 que introduce un nuevo artículo 70ter a la LRBRL. En el mismo sentido: las SSTS 11 de julio y 22 de octubre de 1991 (RJ/6352 - RJ\8375) Ponente: Excmo. Sr. Paulino Martín Martín y Excmo. Sr. Julián García Estartús, respectivamente, declaran “la necesidad de publicar las normas urbanísticas de los planes de urbanismo en el Boletín Oficial correspondiente para que el plan adquiera vigencia, cualquiera que sea el órgano competente para su aprobación definitiva, ya que tal publicación no sólo viene impuesta por el Art. 70.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de régimen Local, sino también por los Art. 9.3 de la Constitución, 2.1 del Código Civil, 132 de la Ley de procedimiento Administrativo de 1958, y, 29 de la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado” y las SSTS 9 de febrero y 21 de junio de 2000 (RJ\595 - RJ\5474) Ponente:

los administrados (Art. 3, 7 y 10 TRLS2008). Así mismo, conllevan la declaración de utilidad pública de las obras y la necesidad de ocupación de los terrenos y edificios a efectos de expropiación o imposición de servidumbres (Art. 29TRLS2008).

### **1.3 Control de la discrecionalidad de los instrumentos de planeamiento.**

La potestad de planeamiento, es por su propia finalidad una potestad discrecional y su principal manifestación es el *Ius Variandi*. “La Administración no queda vinculada por ordenaciones anteriores”<sup>139</sup>, teniendo, por lo tanto, margen de libertad en el establecimiento de nuevos destinos y funcionalidades para los terrenos. Lo anterior no quiere decir que dicha la potestad no esté constitucionalmente sujeta a los límites establecidos en los Art. 46, 47 y 9.3 CE. El control de la discrecionalidad del plan urbanístico se realiza desde dos ámbitos: el primero jurídico, a través del examen de la observancia de los estándares urbanísticos determinados en el ordenamiento Estatal y Autonómico y de los principios generales del derecho (principalmente la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, proporcionalidad e igualdad), y el segundo

---

Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil: “(...) en el presente caso, no se ha estimado el recurso indirecto por un vicio formal (...) sino por un vicio que afecta a la misma eficacia de la norma, ya que, en efecto su falta de publicación lo hace ineficaz y, por lo tanto, inhábil para servir de soporte a cualquier acto de aplicación”.

<sup>138</sup> De ahí que las Administraciones queden también obligadas a pedir licencias para edificar. Cfr. REBOLLO L.M., BUSTILLO BOLADO, R. (Dirs.): “El planeamiento Municipal...”, en *Fundamentos de derecho... Ob., Cit., pág.* 194.

<sup>139</sup> ESTÉVEZ GOYTRE, R., *Manual básico de derecho... Ob. Cit.*, pág. 45. En el mismo sentido: Art. 3.1 y 35 TRLS2008; STS 15 de noviembre de 1995 (RJ\8549) Ponente: Excmo. Sr. Manuel Vicente Garzón Herrero: “la titularidad de la administración no puede ser sustituida por particulares, y sólo, de modo excepcionalísimo, por los tribunales”.

material, en el que se examina la congruencia lógica de los planes frente a los hechos mostrados por la realidad<sup>140</sup>.

Reconocida la naturaleza normativa del plan y el régimen cautelar aplicable a las disposiciones generales, será menester dedicar el próximo apartado al estudio de las formalidades que envuelven los criterios de adopción de la suspensión en particular y de las medidas cautelares en general en los procesos de impugnación de los instrumentos de planeamiento.

## **2. Medidas cautelares en el procedimiento administrativo de formación y aprobación del planeamiento.**

Como se expuso en el apartado inicial, la tutela cautelar para consagrarse como manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva necesitó atravesar discusiones doctrinales y jurisprudenciales centradas, principalmente, en su papel de contrapeso frente al privilegio de autotutela de la administración y al histórico principio de ejecutoriedad de los actos administrativos. Fue de esta manera, por medio de fallos judiciales, normalmente provenientes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TEJCE) y, con menos frecuencia, de los jueces na-

---

<sup>140</sup> En este sentido *vid*: SSTs 27 de abril de 1983 (RJ\2279) Ponente: Excmo. Sr. Eugenio Díaz Eimil; 1 de diciembre de 1986 (RJ\417); 15 de diciembre de 1986 (RJ\1139) Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Delgado Barrio; 4 de abril de 1990 (RJ\3586) Ponente: Excmo. Sr. Jaime Barrio Iglesias; 18 de marzo de 1992 (RJ\3375) Ponente: Excmo. Sr. Juan García-Ramos Iturralde; 15 de marzo de 1993 (RJ\2523); 21 de septiembre de 1993 (RJ\6623) Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Delgado Barrio; 8 de marzo de 1994 (RJ\1809) Ponente: Excmo. Sr. Pedro Esteban Álamo; 4 de mayo de 2004 (RJ\5298) Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez. Sobre los problemas prácticos que plantea esta doctrina: SÁNCHEZ GOYANES, E., "Urbanismo y protección del paisaje: Las (mal) llamadas y (peor entendidas) Normas de aplicación directa: Anulación por el TSJ de Cantabria de licencia para 17 viviendas junto a la costa de Linares", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, No. 173, 1999, pág. 11-72. y MENÉNDEZ PÉREZ, S., "De nuevo sobre la ejecución de sentencias en materia urbanística: la salvaguarda de los intereses de los adquirentes de las viviendas de un edificio ilegalmente construido (a propósito de un supuesto de aplicación del artículo 73 del TRLS76. Construcción no adaptada al ambiente en que se sitúa. STS 4 de mayo de 2004". en *Revista de Urbanismo y Edificación* No. 10 2004, pág. 119-125.

cionales, que el Tribunal Constitucional Español amplía el contenido de la tutela judicial efectiva reconociendo la tutela cautelar dentro de los instrumentos de protección de las situaciones jurídicas del administrado ventiladas en la administración o ante la jurisdicción.

Ahora bien, esta naturaleza de las medidas cautelares, eminentemente garantista para el ciudadano, queda desdibujada, en principio<sup>141</sup>, cuando es la Administración, facultada por la ley y en virtud de la prerrogativa de autotutela, quien ordena la medida, sin necesidad de que medie ruego por parte del administrado y con la finalidad exclusiva de proteger el interés general abanderado por ella. Este es el caso de la suspensión de licencias ordenadas, durante el procedimiento de elaboración del nuevo planeamiento urbanístico, y de las medidas cautelares susceptibles de ordenarse en el ámbito de la disciplina urbanística. "Se trata de medidas de tipo cautelar y de naturaleza administrativa, no judicial. Sin embargo, su interés es máximo, [dado que participan de] la finalidad de preservar una determinada situación jurídica a efectos de evitar perjuicios *ad futurum*"<sup>142</sup>, circunstancia ésta que justifica su estudio dentro del presente trabajo.

## **2.1 Suspensión de licencias en el procedimiento administrativo de elaboración del nuevo planeamiento urbanístico.**

Se ha apuntado que con la declaración de inconstitucionalidad del Texto Refundido de la ley del suelo de 1992 en la sentencia de 20 de marzo de 2007<sup>143</sup>, "El Tribunal Constitucional deslinda las competencias urbanís-

---

<sup>141</sup> Y digo en principio, puesto que como se verá durante el desarrollo del trabajo, puede mediar petición del administrado en la solicitud de la medida en vía administrativa a través de la acción pública urbanística.

<sup>142</sup> DE LA SIERRA, S., "Medidas Cautelares", en *Fundamentos... Ob. Cit.*, pág. 948.

<sup>143</sup> (RTC/61) Ponente: Don Enrique Ruiz Vadillo. Don Pablo García Manzano. Se recuerda que la inconstitucionalidad fue motivada principalmente en la incompetencia del estado para dictar normas con carácter supletorio en materia de urbanismo y para pretender instaurar un modelo urbanístico homogéneo en todo el territorio nacional y que éste pronunciamiento ha sido fuertemente criticado por un sector de la doctrina mas autorizada.

ticas de ordenación, planeación, ejecución, gestión y disciplina, de otras que se relacionan con el estatuto jurídico del propietario del suelo<sup>144</sup>. En dicho pronunciamiento se resalta que Estado posee título competencial para regular las *condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad del suelo*<sup>145</sup>, mientras que las comunidades autónomas deben hacerlo en el llamado “núcleo administrativo del derecho urbanístico (ordenación - planeación, ejecución, gestión y disciplina)”<sup>146</sup>, siempre en respeto del marco de la configuración de las directrices estatales, dictadas en función de los títulos competenciales que a él corresponden, que determinan los mínimos de igualdad.

Se ha dicho además que, como corolario de éste juicio de inconstitucionalidad, recobran fuerza normativa algunas disposiciones del TRLS76<sup>147</sup>. Dentro de estos preceptos, interesa destacar ahora los Arts. 27 (relativo a suspensiones en el procedimiento administrativo de elaboración del planeamiento urbanístico) y 184 a 188 (reguladores de algunos aspectos de la disciplina urbanística). Estas normas, aún vigentes, no fueron “refundidas” en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 junio<sup>148</sup>, por tratarse de normas preconstitucionales reguladoras de aspectos que actualmente están fuera del espectro de las competencias estatales; Así como, por tener una aplicación supletoria salvo en los territorios de las Ciudades de Ceuta y Melilla y, bajo esta interpretación, consi-

---

<sup>144</sup> PARADA, R., *Derecho administrativo III... Ob. Cit.* pág. 348.

<sup>145</sup> Art. 149.1.1 CE. *Ibidem*, pág. 349.

<sup>146</sup> *Ibidem*, pág. 352.

<sup>147</sup> Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril. El TRLS76 tiene aplicación directa en las ciudades autonómicas de Ceuta y Melilla y carácter supletorio para el resto del territorio español, así mismo, los reglamentos de planeación y gestión urbanística que lo desarrollaron.

<sup>148</sup> (RCL 1260). Este texto legal manifiesta en su exposición de motivos su tarea refundidora y sus objetivos básicos: *de un lado aclarar, regularizar y armonizar la terminología y el contenido dispositivo de la Ley 8/2007 de 28 de mayo, y de los preceptos que aún quedaban vigentes del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y de otro, estructurar y ordenar en una única disposición general una serie de preceptos dispersos y de diferente naturaleza, procedentes del fragmentado Texto Refundido de 1992, dentro de los nuevos contenidos de la Ley de Suelo de 2007, adaptados a las competencias urbanísticas, de ordenación del territorio y de vivienda de las Comunidades Autónomas.*



derarse fuera de la delegación legislativa que autoriza la realización del Texto Refundido.<sup>149</sup>

Cabe resaltar, en este punto, que la mayor parte de las disposiciones contempladas en el texto normativo mencionado (TRL76), específicamente las relativas a la suspensión de licencias, autorizaciones o aprobaciones de instrumentos de desarrollo durante la elaboración del planeamiento y las propias de la disciplina urbanística, junto con algunos preceptos del antiguo TRLS92<sup>150</sup>, fueron incorporadas, en su momento, en las diferentes Legislaciones Autonómicas del suelo. A efectos del tema objeto de este trabajo, conviene destacar, seguidamente, aquellos preceptos relacionados con la suspensión de licencias y autorizaciones (de su otorgamiento) o aprobaciones de instrumentos de planeamiento de desarrollo en la etapa de elaboración del planeamiento y, posteriormente en el acápite correspondiente a la etapa de la disciplina urbanística, las normas relacionadas con las medidas cautelares de protección de la legalidad urbanística (suspensión de eficacia de licencias, entre otras que se abordaran en el apartado).

La eficacia de los nuevos instrumentos de planeamiento urbanístico y, como se verá más adelante, de gestión urbanística (proyectos de compensación, reparcelación) puede verse limitada si se permite que durante su tramitación y aprobación se consoliden situaciones contrarias a las pretendidas por aquellos<sup>151</sup>; por esta razón el TRL76 permitió que, incluso antes de la aprobación inicial de los mencionados instrumentos, se adoptara la suspensión cautelar de concesión de licencias en áreas en las que estuvieran previstas modificaciones con respecto al plan anterior. Con posterioridad, las Legislaciones Autonómicas del Suelo amplían el objeto de la cautela descrita autorizando, además de la suspensión de licencias, la suspensión de otros acuerdos de planeamiento o gestión.

---

<sup>149</sup> Exposición de Motivos Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 junio (RCL 1260). El carácter preconstitucional del TRL76 y sus reglamentos impide, a la luz de la interpretación del Tribunal Constitucional Español expresada en la STC 61/97, que sean absorbidos por el contenido de la delegación para el confeccionamiento del TRLS92.

<sup>150</sup> Real Decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio (RCL\1468).

<sup>151</sup> Cfr.: STS 12 de mayo de 1999 (RJ\3632) Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil.

De acuerdo con el Art. 27 del TRLS76 la Administración está facultada para decretar la suspensión del otorgamiento de licencias de parcelación de terrenos y edificación en sectores comprendidos en una zona determinada, con el objeto de estudiar los nuevos planes generales, municipales, especiales o estudios de detalle. Así mismo, la aprobación inicial de un Plan o Programa o de su reforma determina, por sí sola, la suspensión del otorgamiento de licencias para aquellas zonas del territorio objeto del planeamiento cuyas nuevos lineamientos supongan modificación del régimen urbanístico vigente.

Una redacción similar es incluida en las Legislaciones Autonómicas del Suelo de Castilla y León<sup>152</sup>, de Cataluña<sup>153</sup>, de Galicia<sup>154</sup>, del País Vasco<sup>155</sup> y de Madrid<sup>156</sup>.

### **2.1.1 Características generales de la suspensión de licencias durante la actuación preparatoria del planeamiento urbanístico.**

---

<sup>152</sup> Art. 53 Ley de urbanismo 5/1999 de 8 de abril, modificada por la Ley 4/2008 de 15 de septiembre de medidas sobre urbanismo y suelo (LCyL/106). Castilla y León expide la Ley 7/2014, del 12 de septiembre (LCyL 2014\309), sobre medidas de rehabilitación, regeneración y renovación urbana y sobre sostenibilidad, coordinación y simplificación en materia de urbanismo, pero en ella no hace mención alguna a ningún tipo de medidas cautelares.

<sup>153</sup> Art. 71 – 72 del Texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, Decreto Legislativo 1/2005 de 26 de julio (LCAT/530), modificado por Decreto-ley 1/2007 de 16 octubre sobre medidas urgentes en materia urbanística (LCAT \597) y Art. 101 – 103 del Reglamento de Ley de Urbanismo de 2006, Decreto 305/2006 de 18 julio (LCAT 590).

<sup>154</sup> Art. 5bis de la Ley de Ordenación del Territorio de Galicia 10/1995 de 23 de noviembre (LG\330) modificada por la ley 6/ 2007 de 11 mayo de medidas urgentes, de ordenación del territorio y del litoral (LG\86) y Art. 76, 77, 96 de la Ley del suelo y urbanismo 9/ 2002 de 30 diciembre (LG\377), modificada por Ley 2/2010, 25 de marzo, de medidas urgentes.

<sup>155</sup> Ley de Ordenación del Territorio 4/1990 de 31 mayo (LPV\213) y Art. 85,89, 211 de la Ley del Suelo y Urbanismo Ley 2/2006 de 30 junio (LPV\256), desarrollada por Decreto 105/2008 de 3 de junio sobre medidas urgentes Art. 34 (LA LEY 8313).

<sup>156</sup> Art. 56 de la Ley del Suelo de Madrid 9/2001 de 17 julio (LCM/385) modificada por la Ley 3/2007 de 26 de julio sobre medidas urgentes de modernización del gobierno y la administración de la comunidad de Madrid.

a. Es una medida derivada del privilegio de autotutela de la administración, “concebida con carácter cautelar, para impedir que los hechos consumados se impongan al propósito reformador y vacíen anticipadamente de contenido al nuevo planeamiento urbanístico”<sup>157</sup>.

b. “Tiene por **objeto** asegurar que, mientras se tramita y aprueba un plan, no se produzcan actos de aprovechamiento del suelo, que al amparo del ordenamiento, en trance de sustitución, consoliden situaciones en pugna por el nuevo plan con el modelo territorial previsto”<sup>158</sup>.

c. Es **temporal**. Por la provisionalidad propia de las cautelas y por tratarse de una medida limitativa asociada al derecho de propiedad, la suspensión de licencias debe respetar las garantías constitucionales derivadas del Art. 33 CE y refrendadas por el Art. 11.3 b TRLS2008. “La interpretación de la Constitución obliga también a proscribir plazos excesivos que impidan el disfrute del contenido edificatorio de una parcela edificable *sin die* en razón de una medida cautelar”<sup>159</sup>. En este sentido, la duración de la suspensión de licencias será máximo de un año si es potestativa y de dos años si, posteriormente, se acumula con la aprobación inicial de los instrumentos de planeamiento urbanístico.

De la misma forma, si no se acuerda la suspensión facultativa inicialmente, la suspensión automática no podrá exceder los dos años; y, si la aprobación inicial de los instrumentos de planeamiento tiene lugar una vez transcurrido el plazo de un año (previsto como plazo máximo de la

---

<sup>157</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Manual de... Ob. Cit.*, pág. 91. En el mismo sentido STS 7 de diciembre de 1994 (RJ\9446) Ponente: Excmo. Sr. Juan García-Ramos Iturralde: “La finalidad de la suspensión es impedir que se consumen actos de edificación y uso del suelo que pugnen con las previsiones del nuevo planeamiento”.

<sup>158</sup> RODRÍGUEZ ARANA- MUÑOZ, J., *Ob. Cit. La suspensión del otorgamiento de...*, pág. 29, La negrita es mía. En el mismo sentido: STS 26 de abril de 1980 (RJ/2656) Ponente: Excmo. Sr. Enrique Medina Balmaseda: “con la suspensión del otorgamiento de licencias se persigue, de un lado, el estudio del correspondiente instrumento de planeamiento y, de otro, la protección frente a actuaciones que pudieran mermar la eficacia de dicho instrumento una vez sea adoptado”. Así mismo, SSTS 9 de abril de 1984 (RJ/5770); 11 de febrero de 1985 (RJ/1014) Ponente: Excmo. Sr. Saturnino Gutiérrez de Juana y 5 de marzo de 1985 (RJ/1492). Ponente: Excmo. Sr. Ángel Martín del Burgo y Marchán.

<sup>159</sup> BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico... Ob. Cit.*, pág. 184.

suspensión potestativa), la suspensión acordada con motivo de la aprobación inicial tendrá una duración máxima de un año, contado desde la publicación del acuerdo de aprobación inicial y de suspensión.

Por último, si con anterioridad a la aprobación inicial no se hubiese acordado la suspensión potestativa, la suspensión *ope legis*, consecuencia de la aprobación inicial, podrá tener una duración máxima de dos años.

En el marco de la Legislación Autonómica citada, la normativa del suelo de la Comunidad de Galicia prescribe para el acuerdo de suspensión potestativa una vigencia máxima de dos años, prorrogables a uno más si concurre junto con la suspensión automática. En la Comunidad Autónoma de Madrid, podrá suspenderse el otorgamiento de licencias facultativamente hasta por un año, ampliables a uno más cuando no se hubiere completado el periodo de información pública<sup>160</sup>.

Por lo que respecta al País Vasco, es posible que la Administración, mediante un nuevo acuerdo municipal, sujeto a los requisitos de publicidad establecidos, prorrogue la suspensión del otorgamiento de licencias, siempre y cuando el acuerdo de suspensión potestativa se hubiere acordado por un periodo inferior a dos años para el planeamiento general y un año para el resto de planes urbanísticos; en este caso, el nuevo acuerdo prorrogará la suspensión hasta el máximo periodo permitido.

Una vez finalizado el efecto del acuerdo suspensivo, o, en su caso, el de la suspensión automática, no se puede adoptar ningún acuerdo nuevo, con idéntica finalidad y en el mismo ámbito, hasta tanto no hayan transcurrido cuatro años desde la fecha de agotamiento de sendos efectos.

En la Comunidad Autónoma de Cataluña, el término de esperar para adoptar un nuevo acuerdo de suspensión es de 3 años contados a partir de la cesación de los efectos del anterior, y, en Madrid y el País Vasco,

---

<sup>160</sup> El Artículo 56bis de Ley del Suelo de Madrid 9/2001 de 17 julio, modificada por la Ley 3/2007, de 26 de julio, sobre medidas urgentes de modernización del Gobierno y la Administración (LCM\385) establece que "En la documentación que se someta a información pública deberá incluirse, además de la exigible para cada clase de instrumento urbanístico, un resumen ejecutivo expresivo, en primer lugar, de la delimitación de los ámbitos en los que la ordenación proyectada altera la vigente, con un plano de su situación, y alcance de dicha alteración; y en segundo lugar, en su caso, de los ámbitos en los que se suspendan la ordenación o los procedimientos de ejecución y la duración de dicha suspensión".

es de 5 años.

**d.** Limitada tanto “**espacial**” (licencias de parcelación de terrenos, de edificación, reforma, rehabilitación o derribo de construcciones, de instalación o ampliación de actividades o usos concretos y de otras autorizaciones conexas) como “**materalmente**”<sup>161</sup> (sólo para las áreas en donde se prevea alterar el régimen urbanístico vigente). Dicha acotación responde a la garantía legal establecida en el Art. 11.3 b TRLS2008 que dispone la necesaria existencia, dentro del contenido de los planes, de “*un resumen ejecutivo expresivo de (...) los ámbitos en los que la ordenación proyectada altera la vigente y (...) en su caso, los ámbitos en los que se suspendan la ordenación o los procedimientos de ejecución o de intervención urbanística*”. Por lo tanto, los acuerdos suspensivos tienen que concretar, con detalle, claridad y delimitación suficientes, los ámbitos afectados por la suspensión de licencias y, en su caso, de tramitación de procedimientos de ejecución o intervención.

**e.** El acto por medio del cual se ordena la suspensión general del otorgamiento de licencias posee **naturaleza jurídica normativa de carácter reglamentario**<sup>162</sup>, lo que regresa nuevamente a la ya citada discusión sobre la interpretación del Art. 129.2 LJCA sobre la procedencia de todo tipo de medidas cautelares, distintas a la suspensiva, frente a disposiciones generales; recordando que, actualmente, la línea jurisprudencial mayoritaria del Tribunal Supremo respalda a aquel sector de la doctrina que considera el Art. 129.2 como un régimen cautelar particular, meramente suspensivo, para reglamentos.

### **2.1.2 Rasgos comunes a la suspensión de licencias en los ordenamientos jurídicos del suelo de las Comunidades Autónomas de Castilla y León, Madrid, Cataluña, Galicia y País Vasco.**

---

<sup>161</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Manual de... Ob. Cit.*, Pág. 91.

<sup>162</sup> STS 7 de noviembre de 1988 (RJ\8783) Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Delgado Barrio.

a. La Legislación Autonómica estudiada faculta a los órganos competentes para la aprobación inicial de los instrumentos del planeamiento urbanístico, para que, durante el trámite de estudio, de la formación o reforma de los planes urbanísticos, puedan, de **manera voluntaria**, acordar la suspensión del otorgamiento de las licencias de parcelación de terrenos, de edificación, reforma, rehabilitación o derribo de construcciones, de instalación o ampliación de actividades o usos concretos y de otras autorizaciones conexas, en las áreas en donde se prevea alterar el régimen urbanístico vigente<sup>163</sup>.

b. Así mismo y de manera especial, las Comunidades Autónomas de Cataluña, País Vasco, Galicia<sup>164</sup> y Madrid<sup>165</sup>, autorizan, con el mismo fin (estudiar la formación o reforma del planeamiento), a la Administración para que pueda acordar la suspensión de la tramitación de planes urbanísticos derivados, concretos y de **proyectos de gestión urbanística y de urbanización**.

c. La aprobación inicial de los instrumentos de planeamiento urbanístico lleva aparejada la suspensión **automática**<sup>166</sup> de las referidas licencias y autorizaciones conexas, en los ámbitos en que las nuevas

---

<sup>163</sup> A mayor abundamiento *vid*: RODRÍGUEZ ARANA - MUÑOZ, J., "La suspensión del otorgamiento de las licencias de Urbanismo: una aproximación histórica y jurisprudencial" en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, Núm. 102, 1987, pág. 13 - 70 estudio en que se profundiza sobre el carácter discrecional que ostentan los órganos competentes para la aprobación del plan de suspensión del otorgamiento de las licencias. En el mismo sentido de estudio de la discrecionalidad de ésta competencia: STS 5 de marzo de 1985 (RJ 1292) "(...) no es preciso, para justificar el tipo de medida cautelar, demostrar que la misma obedece a una "necesidad ineludible", pues basta con que responda una simple necesidad, a una conveniencia, de apreciación, en cierta forma discrecional, por la administración".

<sup>164</sup> A mayor abundamiento sobre la regulación de los planes urbanísticos en la comunidad Autónoma de Galicia *vid*: GARCÍA MARTÍNEZ, F. J., "Elaboración, aprobación y vigencia de los planes urbanísticos", en *Derecho Urbanístico de Galicia*, Madrid, 2004, pág. 437 -471.

<sup>165</sup> Sobre el régimen urbanístico de la comunidad de Madrid *vid*: GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, "Planificación Urbanística", en *Urbanismo. La propiedad ante el urbanismo. Planificación y gestión urbanística. Licencias y disciplina urbanística. Expropiación forzosa*, Granada, 2007, pág. 157 - 180.

<sup>166</sup> Sobre la suspensión cautelar potestativa y automática *vid*: CEBRIÁN HERRANZ, L., Rubio Pérez de Acevedo, P.: "Licencias urbanísticas", en *Urbanismo. La propiedad ante el urbanismo. Planificación y gestión urbanística. Licencias y disciplina Urbanística. Expropiación Forzosa.*, Granada, 2007, pág. pág. 341 y ss.

determinaciones comporten una modificación del régimen urbanístico.

d. La aprobación inicial de los instrumentos de planeamiento urbanístico, los acuerdos de suspensión de tramitaciones (en el caso de que se permitan por la ley) y licencias indicadas, **deben publicarse** en el boletín oficial de la correspondiente comunidad<sup>167</sup>. “La publicación es de naturaleza constitutiva: es una condición de validez de la suspensión”<sup>168</sup>.

### **2.1.3 Extinción de los efectos de la suspensión de licencias y tramitaciones.**

a. Por el transcurso de los plazos máximos previstos y mencionados en cada una de las legislaciones autonómicas.

b. Con la entrada en vigor de la figura de planeamiento que originó el acuerdo de suspensión o con la denegación de aprobación de la figura de planeamiento.

c. Por acuerdo de la administración competente que tenga por objeto levantar los efectos de la suspensión potestativa, en todo o en parte, del ámbito afectado.

d. Por acuerdo de la administración competente cuyo objeto sea dejar sin efecto la tramitación del plan, o bien, cuando, dentro del proceso de tramitación del plan urbanístico, queden sin efecto las determinaciones que hayan dado lugar a la aplicación de suspensión automática.

---

<sup>167</sup> En este orden STS 2 de marzo de 1971 (RJ/1190) “(...) este precepto como restrictivo que es de las facultades dominicales para la edificación y sus derivados, requiere para su efectividad, (...) una también previa publicidad de esa medida de excepción hecha notoria a través del Boletín Oficial de la Provincia”. Así mismo, SSTS 29 de marzo 1969 (RJ/2363) y 25 de febrero de 1980 (RJ /2009).

<sup>168</sup> RODRÍGUEZ ARANA- MUÑOZ, J., *Ob. Cit., La suspensión del otorgamiento de...*, pág. 22.

### **2.1.4 Consecuencias del la suspensión del otorgamiento de licencias.**

a. Adoptados los acuerdos de suspensión como actuaciones preparatorias de la formulación de los planes, se interrumpirán automáticamente los procedimientos de tramitación de instrumentos urbanísticos o del otorgamiento de licencias que ya estuviesen iniciados, con la posterior notificación de las personas interesadas en estos procesos.

b. Como consecuencia de la anterior consagración, las personas que hubiesen incoado sus procedimientos de otorgamiento de licencias o actividades conexas, con anterioridad a la publicación del acuerdo de suspensión, que resultaren suspendidas como resultado de éstos acuerdos, tendrán derecho a una indemnización ya tasada legalmente, compensación que equivaldrá al coste oficial de los proyectos<sup>169</sup>.

c. Si con posterioridad a la aprobación definitiva de los nuevos instrumentos de planeación urbanística, se comprueba la incompatibilidad del proyecto con las determinaciones del nuevo plan, tendrá el solicitante, además de la devolución del coste del proyecto, derecho al reintegro de las tasas municipales.

Ninguna de estas indemnizaciones tendrá lugar si se demuestra que el proyecto era manifiestamente contrario a la ordenación urbanística vigente a la fecha de la solicitud.

---

<sup>169</sup> En este sentido el pronunciamiento del Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de noviembre de 1977 (RJ/4643) "La presunción contenida(...) al declarar indemnizable el costo de los proyectos técnicos, en el supuesto de suspensión de licencias, no constituye, en esencia más que una aplicación particular del principio general de sobre indemnización, que impone a la administración pública la obligación de reparar las lesiones causadas en los derechos particulares, cuando estos ceden ante el ejercicio de las potestades administrativas, pero con la especialidad en este caso de la ley urbanística de que es la propia forma la que presume la existencia de la lesión, por el simple hecho de la elaboración del proyecto y su presentación ante la corporación, con anterioridad al acuerdo de suspensión de licencias, fijándose al propio tiempo la mensurabilidad del daño, equivalente al costo de dicho proyecto".



### 2.1.5 Algunas especialidades.

a. **Suspensión de obras y usos:** La legislación Vasca, Art. 211 de la Ley del Suelo y Urbanismo 2/2006 de 30 junio<sup>170</sup>, desarrollada por Decreto 105/2008, de 3 de junio, sobre medidas urgentes, contempla, como especialidad, la suspensión cautelar de obras y usos, por disconformidad sobrevenida de la licencia otorgada, en virtud de la aprobación del nuevo instrumento o de la modificación del vigente al tiempo del otorgamiento de las mismas. En este caso, para poder decretarse la suspensión de las obras, será necesario que éstas no estén concluidas. Al igual que la suspensión de licencias, esta especial suspensión de obras contempla límite temporal (máximo 4 meses) y material (determinar los términos y condiciones en que las obras ya iniciadas pueden ser terminadas o pueden continuar los usos que venían desarrollándose), y también considera la posibilidad de indemnizar al administrado por daños y perjuicios; pero, a contrario de la primera, la suspensión de obras requiere, para su decreto, previa audiencia del interesado.

En la Comunidad Autónoma de Madrid, el Art. 159 de la Ley del Suelo 9/2001, de 17 julio<sup>171</sup>, modificada por la Ley 3/2007, de 26 de julio, sobre medidas urgentes de modernización del gobierno y la administración, se contempla la misma modalidad de suspensión de obras, pero con un límite temporal de dos meses.

Esta especial medida (pero sin audiencia previa al interesado) es recogida en las demás Legislaciones Autonómicas estudiadas, dentro de los supuestos contemplados por las medidas de protección de la legalidad urbanística que se analizarán líneas adelante.

Resta por mencionar en este acápite que la adopción de las medidas cautelares administrativas mencionadas, en general, y de la suspensión provisional de la concesión de licencias, en particular, son susceptibles

---

<sup>170</sup> (LPV\256)

<sup>171</sup> (LCM/385)

de control judicial por parte de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa. Dicho control debe cubrir extremos tales como: la competencia de la Administración para acordar la suspensión (“[...]sólo la Administración competente para la aprobación del correspondiente instrumento de planeamiento, podrá, en su caso, suspender la vigencia de un plan con vistas a su revisión”<sup>172</sup>) y la finalidad de las medidas cautelares adoptadas (que se hayan acordado para evitar, efectivamente, la consolidación de situaciones adversas la nueva ordenación y que tal acuerdo contemple el establecimiento de los límites temporales y materiales ya descritos). “Fundamentalmente, el órgano jurisdiccional habrá de aplicar el principio de proporcionalidad a efectos de determinar si la Administración autora de la suspensión se ha excedido en sus competencias, perjudicando de este modo a los titulares de derechos e intereses sobre los terrenos afectados con la medida”<sup>173</sup>.

Hecho el anterior análisis, en el contencioso de anulación se determinará la legalidad o no de la medida administrativa. Así mismo, si se solicitare por alguna de las partes dentro del proceso anulatorio, “el juez [podrá suspender el acuerdo impugnado] y restituir en todo o en parte la vigencia del plan, siempre que concurren los requisitos previstos con carácter general en la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa para la adopción de las medidas cautelares”<sup>174</sup>, especialmente, que los daños causados al particular (“por ejemplo a los futuros propietarios de las viviendas afectados con el acuerdo de suspensión de la licencia para

---

<sup>172</sup> STS 9 de septiembre de 2005 (RJ\7048) Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil.

<sup>173</sup> DE LA SIERRA, S., “Medidas Cautelares”, en *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 950.

<sup>174</sup> *Idem*. Esta autora expone la hipótesis en que la resolución que acuerde la suspensión del instrumento de planeamiento, vigente hasta el momento, padezca de alguna ilegalidad que sea suficiente para generar duda en el órgano judicial y que, por tanto, éste adopte la medida cautelar. Ésta última decisión tendrá como efecto final la restitución de la vigencia del plan; incluso, plantea la autora el ejemplo en el que con la suspensión (bien automática, bien facultativa del instrumento de planeamiento o gestión) se causen daños a los futuros propietarios de las viviendas cuya construcción se tendría que iniciar y que en principio no tendría que ser afectada por el nuevo plan. En el mismo sentido el Auto del TSJ de Galicia de 11 de enero de 2001 “ordena a un Ayuntamiento tramitar cautelarmente un plan parcial, tramitación que ese Ayuntamiento había diferido al acordar la acumulación del procedimiento correspondiente a la futura revisión del propio plan general”, éste último citado por: GARCÍA DE ENTERRÍA E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T. R.; Manual de derecho... Vol. II *Ob. Cit.*, Pág. 652.

construirlas<sup>175</sup>) sean superiores a los que sufriría el interés público determinado en el nuevo planeamiento<sup>176</sup>. Siguiendo esta línea argumentativa, analizaremos en el siguiente apartado las formalidades que revisitan los criterios *periculum in mora*, *fumus boni iuris* y la ponderación de intereses, necesarias para la adopción de las cautelas en vía de recurso contencioso frente a los instrumentos de planeamiento.

### **3. Medidas cautelares en Vía de recurso Contencioso - Administrativo frente a los instrumentos de planeamiento urbanístico.**

Decíamos atrás que, históricamente, los Tribunales han sido renuentes a la incorporación de la tutela cautelar como expresión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, arraigándose fuertemente a los criterios de ejecutividad, ejecutoriedad de los actos administrativos y excepcionalidad de la adopción de medidas cautelares; esta interpretación de nuestra tradición jurídico -administrativa es aún más evidente en materia de recursos contra instrumentos de **planeamiento urbanístico**, en cuyo ámbito ha predominado la regla general de no - suspensión. Todas las razones que, principalmente, sustentan la regla no suspensiva se reconducen, por un lado, al interés general presente en los instrumentos de planeamiento y, por otro, al desarrollo socio - económico de las ciudades. “Frente a la posible irreparabilidad de los daños, se opone el interés general, aún más acentuado en una disposición general, y el progreso económico<sup>177</sup>. En este marco, por lo tanto, el tan debatido re-

---

<sup>175</sup> En este sentido: DE LA SIERRA, S., "Medidas Cautelares", en *Fundamentos... Ob. Cit.*, pág. 950.

<sup>176</sup> *Idem.*

<sup>177</sup> BAÑO LEÓN, J. M., "Las medidas cautelares en el recurso Contencioso-Administrativo: Particular referencia al urbanismo, medio ambiente y contratación administrativa", en *Cuadernos de derecho judicial*, Número 8, 1999, pág. 255-276. En el mismo sentido la STS 6 de febrero de 1998 (RJ\861) Ponente: Excmo. Sr. Pedro Esteban Álamo prescribe que cualquier impugnación de los instrumentos de planeamiento "está abocada al fracaso mientras que no se demuestre que con tales criterios se infringen los altos principios de utilidad o el interés público". Así mismo véase: STS 8 de noviembre de

quisito de ponderación de intereses responde, a menudo, a una fórmula tipo de prevalencia del interés general y el *fumus boni juris* a la necesaria existencia de una ilegalidad notoria, manifiesta y patente.

Lo anterior puede evidenciarse en la STS 2 de marzo de 2004<sup>178</sup>, en la que se ofreció un abundante *excursus* teórico acerca del régimen legal de medidas cautelares en el contencioso – administrativo, y de los criterios para su adopción en materia de planeamiento urbanístico, adoptando una posición jurisprudencial genérica sin entrar en un verdadero examen de las razones expuestas por el recurrente: “En el ámbito de tal marco normativo”, argumenta el Tribunal, “los planteamientos del recurrente no pueden tener acogida, como no la tuvieron en el auto de la Sala de instancia, pues, de una parte, no se aprecia la posibilidad de que el recurso formulado vaya a perder su legítima finalidad; y, de otra, porque, en la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, han de considerarse preferentes los representados por el instrumento de planeamiento aprobado e impugnado: el Proyecto de Reparcelación (...) Debe dejarse constancia de que la Sala de instancia ya puso de manifiesto la línea jurisprudencial que «mantiene y declara el PREVALENTE interés para la comunidad» de los instrumentos de planeamiento municipal, en comparación con el de «los particulares afectados por la materialización del proyecto citado»; se trata de una constante línea jurisprudencial «acerca de la improcedencia de la suspensión de los instrumentos normativos de planeamiento cuando son recurridos,(...) improcedencia que se deriva de la prevalencia del interés público en su ejecución, dado el carácter de generalidad de sus determinaciones y la ampli-

---

1995 (RJ\8548) Ponente: Excmo. Sr. Juan Manuel Sanz Bayón y 13 de julio de 1993 (RJ\5575) Ponente: Excmo. Sr. Pedro Esteban Álamo.

<sup>178</sup> (RJ\3481) Ponente: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde. Apartes de ésta sentencia son citados como ejemplo por BOTIA TORRALBA, P., Ob. Cit., Pág. 116 y ss. En el mismo sentido: STS 9 de abril de 2003 (RJ\3400) Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil “[...]el interés público urbanístico, que por principio encarna en los correspondientes Planes y Normas, exige su ejecución y que, por ello mismo no es posible su suspensión cautelar sino excepcionalmente, sin que a tal interés público puedan oponérsele los meros intereses privados económicos(...) si se generaliza la suspensión de los instrumentos urbanísticos (...) se correría el riesgo de una obstrucción generalizada de las actuaciones urbanísticas de las Administraciones Públicas”; ATS 26 de noviembre de 2001 (RJ/4176), STS 20 de diciembre de 2001 (RJ/1544) Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil; 7 de junio de 2005 (RJ/6975) Ponente: Excmo. Sr. Mariano Baena Alcázar, está última con voto particular del Magistrado Oscar González González.

tud de sus efectos, frente a los posibles perjuicios que se puedan irrogar, cuya reparación sería posible corregir mediante su traducción en cifras monetarias»<sup>179</sup>.

Complementan esta línea jurisprudencial, los argumentos del Tribunal Supremo dirigidos a la asimilación del interés general inmerso en los instrumentos de planeamiento con el desarrollo socio- económico de las ciudades, y la suspensión del plan urbanístico con la paralización del progreso. Son expresivos en este sentido los pronunciamientos de 3 de octubre de 2001<sup>180</sup> y 13 de marzo de 2002<sup>181</sup>. El primero de ellos confirma la no suspensión del acto aprobatorio de un plan especial de reforma interior, que afectaba una playa, por considerar que en él se encuentra “una plasmación del interés público urbanístico, que no

<sup>179</sup> Otros pronunciamientos citados en la misma sentencia y que responden a igual criterio restrictivo son: SSTs 4 de mayo de 1990 (RJ/3801) Ponente: Excmo. Sr. Ángel Martín del Burgo y Marchán; 13 de mayo de 1992 (RJ/ 4215); 9 de febrero (RJ/527) Ponente: Excmo. Sr. Mariano de Oro-Pulido y López. De resaltar el ATS 15 de abril de 1993 (RJ/2608) Ponente: Excmo. Sr. Jaime Barrio Iglesias: “La suspensión de la ejecución de un plan de ordenación incide en una disposición de carácter general en que el interés público está más afectado que si de un acto singular se tratase, supeditando la suspensión a la producción de unos daños y perjuicios no sólo imposibles o difíciles de reparar, sino de una entidad superior, o al menos, igual a los que a la comunidad acarrearían as dilaciones en ejecutar”. En la misma línea jurisprudencial: SSTs 24 de enero (RJ/493) Ponente: Excmo. Sr. Mariano de Oro-Pulido y López; 25 de octubre de 1994 (RJ/7820) Ponente: Excmo. Sr. Jaime Barrio Iglesias; 19 julio de 1993 (RJ/5579) Ponente: Excmo. Sr. Mariano de Oro-Pulido y López; 7 febrero 2000 (RJ/1940) Ponente: Excmo. Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez; 16 febrero 2000 (RJ/601) Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil; 3 de julio de 1997 (PROV/194769); 12 de julio de 2002 (RJ/504) y AATS 27 de diciembre de 1990 (RJ/10265) Ponente: Excmo. Sr. Jaime Barrio Iglesias y 7 de septiembre de 1991 (RJ/6813) Ponente: Excmo. Sr. Ángel Martín del Burgo y Marchán.

<sup>180</sup> (RJ/7651) Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil. En el mismo sentido: SSTs 31 de mayo de 1995 (RJ/3816) Ponente: Excmo. Sr. Juan Manuel Sanz Bayón, 4 de septiembre de 1992 (RJ/6957); y 10 de octubre de 1995 (RJ/7509) Ponente: Excmo. Sr. Pedro Esteban Álamo y 13 de julio de 1993 (RJ/5813) Ponente: Excmo. Sr. Juan García-Ramos Iturralde.

<sup>181</sup> (RJ/3990) Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil. Los argumentos que consideran inaplazable la ejecución de los distintos planes de ordenamiento por razones socio-económicas de primer orden y, en últimas, por su relación directa con el progreso de las ciudades, son siempre esgrimidos por las distintas administraciones en sus alegaciones ante la jurisdicción. *v. gr.* ATSJ de Canarias de 3 de marzo de 2009.

puede ser suspendida por el puro interés de unos particulares que pretenden sin más el mantenimiento de la situación actual, lo que en muchos casos es absolutamente incompatible con los designios legítimos del planificador”. El segundo mantiene la denegación de la suspensión del acuerdo de aprobación de normas subsidiarias por considerar que “los instrumentos de planeamiento encarnan las mejores aspiraciones urbanísticas de la comunidad (...)” y que en ellas “(...) existe un evidente interés público (...) su obstaculización, a través de la suspensión, significaría una perturbación grave del interés público”.

Sobre lo anterior, interesa ahora resaltar, de manera general, que la LJCA de cabida a una interpretación restrictiva ni limitativa de los Arts.129 y ss. Cualquier medida cautelar (incluyendo la suspensión) puede ser adoptada también en procesos de impugnación directa de disposiciones generales, siempre y cuando, con ellas se pretenda salvaguardar la eficacia de la futura sentencia y, que en el caso concreto en estudio, se encuentre acreditado el buen derecho del solicitante y la prevalencia de su interés<sup>182</sup>.

De manera particular, a juicio del Supremo, los presupuestos de adopción de medidas cautelares frente a reglamentos están revestidos de formalidades especiales. Dichos criterios y sus formalidades merecen algunos matices:

1. dando por descontado que la **ponderación de intereses** en juego es un criterio legal<sup>183</sup> para la materialización del derecho a la tutela

---

<sup>182</sup> Sobre las restricciones en la adopción de medidas cautelares, manifestadas en la línea jurisprudencial mayoritaria del Tribunal Supremo, frente a las disposiciones particulares es dicente el voto particular del Magistrado Oscar González González en el ya citado ATS de 7 de junio de 2005 “Salir al paso de la manifestación que se hace en el auto mayoritario del carácter restrictivo de nuestra jurisprudencia sobre suspensión de disposiciones generales, pues si la medida cautelar no es una excepción, nunca cabe adoptar un criterio reductor en su aplicación, que si bien era posible en la normativa anterior, no se compadece con la presente. Por ello, sin ningún tipo de limitaciones previas, procede analizar si se dan el supuesto (...) los requisitos que esta nueva normativa establece para la adopción de la medida”.

<sup>183</sup> Sobre el debate respecto a la constitucionalidad del criterio de ponderación de intereses interesa recordar, especialmente, los grandiosos trabajos del Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, E, especialmente La Batalla... *Ob. Cit.*, Curso de...; *Ob. Cit.*, “*Sobre la tutela cautelar en el proceso administrativo*” en Revista Española de Derecho Administrativo. Núm. 115, 2002, pág. 393-398.

cautelar a través del decreto de una medida necesaria y adecuada, es imperativo que el juez aplique dicha ponderación al caso concreto<sup>184</sup>, atendiendo a los intereses perseguidos por el particular con su pretensión de anulación, intereses que no en pocos casos se identifican con verdaderos intereses públicos (v. gr. cuando se pretende con la suspensión del plan la protección de valores ambientales o de espacios protegidos en peligro en virtud a una reclasificación del suelo)<sup>185</sup>, y confrontarlos con el interés público abanderado por la Administración. No es suficiente que la argumentación judicial se funde en fórmulas marco de prevalencia del interés público sobre el privado y en la equiparación indiscriminada del interés de la pretensión ejercitada por el particular con el mero interés económico del mismo. En este sentido, “los planes no pueden ser una excepción a la regla de valoración circunstanciada de los intereses en presencia”<sup>186</sup>. Sobre este punto volveremos más adelante;

2. por lo que respecta al perjuicio que se ocasiona con la ejecución del acto, sumado al que se causa con **la mora del proceso**, el criterio

---

<sup>184</sup> En este sentido: STS 17 de octubre de 2001 (RJ/8383) Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil.

<sup>185</sup> Con buen criterio explica el Prof. BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico... Ob. Cit.*, Pág. 510: “Lo importante, no es el interés de quien recurre sino el interés que revela la pretensión de fondo que se ejercita, criterio que se conecta con la apariencia de buen derecho. Lo relevante para la decisión cautelar del juez debe ser si el daño que se invoca afecta a un interés simplemente privado o también afecta a otros intereses públicos (...) el juez no puede siempre contraponer el interés público al privado”.

<sup>186</sup> BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico... Ob. Cit.*, Pág. 510. Refiriéndose a la necesidad de no perjudicar los intereses de terceros con la adopción de la medida cautelar GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Medidas cautelares positivas y disociadas en el tiempo: El Auto de 21 de marzo de 1991 de la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Número 70, 1991, pág. 264 se pronuncia sobre el concepto de interés público “(...) no se trata de una invocación genérica, imprecisa, de mera posibilidad de afectar un interés público también inespecífico, sino de algo perfectamente concreto (...)”. Sobre el concepto de interés general En este mismo sentido: STS 28 de abril de 1999 (RJ/4628) Ponente: Excmo. Sr. Francisco González Navarro y ATS 6 de mayo de 1999 (RJ/4008) Ponente: Excmo. Sr. Manuel Campos Sánchez-Bordona. Sobre la influencia de la nueva concepción del suelo por la Ley 8/2007 en la ponderación de los intereses públicos y privados STS 6 de mayo de 2009 (RJ/3109) Ponente: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde.

sentado por el Tribunal Supremo es que “la suspensión de la ejecución de un Plan de Ordenación incide en una disposición de carácter general en que el interés público está más acentuado que si de un acto singular se tratase, y que ello condiciona en grado sumo la suspensión, supeditándola a la producción de unos daños o perjuicios, no sólo imposibles o difíciles de reparar, sino de una entidad superior o, al menos, igual a los que a la Comunidad acarrearían las dilaciones en ejecutar”<sup>187</sup>. Bajo esta línea jurisprudencial, la mayor parte de daños y perjuicios irrogados, se traducen, erróneamente, en indemnizaciones monetarias tasadas en el momento de terminación del proceso, reflejándose una inadecuación entre la protección jurídica solicitada por el sujeto que acudió a la jurisdicción y la respuesta ofrecida por la misma; está claro que, si el administrado instaura ante el órgano judicial una pretensión preventiva, no se satisfará con una respuesta que corresponde a una pretensión de indemnización<sup>188</sup>. “El contenido normal de aquel derecho [fundamental a la tutela cautelar] demanda que la protección judicial opere precisamente sobre los derechos e intereses que son objeto de litigio, posibilitando, al final de éste, el disfrute de esos mismos derechos e intereses y no una indemnización equivalente en sustitución de aquellos impuesta por su desaparición o menoscabo durante el proceso”<sup>189</sup>.

3. exige el Tribunal que **la apariencia de buen derecho sea** “ostensible y concluyente a fin de evitar prejuzgar el fondo del asunto”, indicando, a renglón seguido, que “las alegaciones [presentadas] afectan

---

<sup>187</sup> *Idem*. En el mismo sentido: SSTS 7 de septiembre de 1991 (RJ/6815); 9 de junio de 1992 (RJ/5065) Ponente: Excmo. Sr. Ángel Martín del Burgo y Marchán, 11 de junio de 1996 (RJ/5150) Ponente: Excmo. Sr. Jaime Barrio Iglesias, 7 de octubre de 2000 (RJ/7908) Ponente: Excmo. Sr. Juan Manuel Sanz Bayón, 22 de julio de 1998 (RJ/5882) Ponente: Excmo. Sr. Ricardo Enríquez Sancho y AATS de 12 de julio de 2002 (PROV/194769) que cita otro anterior de 3 de junio de 1997 (RJ/5049). Así mismo, AATS 10 de noviembre de 1992 (RJ/8752), y 15 de abril de 1993 (RJ/2608).

<sup>188</sup>Sobre el tema es bastante explícito y propositivo el trabajo de GONZÁLEZ - VARAS IBAÑEZ, S., “La técnica de la necesidad de protección jurídico - subjetiva en el proceso administrativo español”, en *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, Número. 1670, 1993, pág. 96 - 110 en el cual aborda el asunto de la pretensión preventiva, la necesidad de reconocimiento de la misma por parte del ordenamiento procesal administrativo y la creación de un mecanismo procesal que permita encausar las pretensiones diversas a las de anulación y condena.

<sup>189</sup> ATSJ del País Vasco 14 de octubre de 1991.



al fondo del litigio, y no ponen de manifiesto una determinante prioridad de los intereses particulares del recurrente, frente a un proceso urbanizador (...) no se acredita que el recurso (...) pierda su finalidad (...) al existir, en su caso, mecanismos de compensación”.

El órgano juzgador, con frecuencia, identifica en sus pronunciamientos el problema al que se enfrenta al apreciar el “*fumus boni iuris*” en los diversos casos; dicho problema da a entender como una especie de miedo a adentrarse en el análisis de las pretensiones de fondo, prejuzgar el asunto<sup>190</sup> y preterir las garantías propias del debido proceso. El Juez para evitar la situación descrita exige la existencia de una ilegalidad manifiesta, clara, ostensible, que resalte *prima facie* y que se deduzca de un mero análisis comparativo entre la disposición reglamentaria y la ley que ésta vulnera; un análisis que bajo ninguna circunstancia podrá ser exhaustivo ni adentrarse en las pretensiones de fondo. Ahora bien, sin que interese aquí valorar la decisión del caso concreto, es con respecto al principio lógico formulado que pueden moverse algunas observaciones:

Como se ha explicado, debido a la ausencia de previsiones normativas claras sobre el criterio del *fumus boni iuris* los Tribunales Españoles no han sido siempre uniformes sobre el contenido que ha de darse al mismo. Antes de la reforma de la LJCA, cuando las argumentaciones sobre la apariencia de buen derecho eran desglosadas directamente desde el Art. 24 CE lo que dio lugar a la reinterpretación del Art. 122 de la antigua ley de la jurisdicción, consideraban suficiente, para adopción de la medida cautelar, que “*prima facie*” la situación jurídica de los apelantes no fuera de “*franca y radical ilegalidad*”<sup>191</sup>. Con posterioridad a la LJCA de 1998 (y con la incorporación, por parte de los jueces, de la teoría de las nulidades como contenido del *fumus* en el ámbito cautelar) la uniformidad transita al extremo contrario, exigiendo ahora la necesaria

---

<sup>190</sup> Valga para este tema lo dicho en su momento sobre la relativización de la prohibición de prejuzgar el fondo del asunto.

<sup>191</sup> Como en el caso del famoso ATS de 20 de diciembre de 1990 (RJ/10412) Ponente: Excmo. Sr. Francisco González Navarro.

existencia de una ilegalidad claramente ostensible<sup>192</sup>. La STS de 26 de Noviembre de 2001 es ejemplo de la línea jurisprudencial que, con mayor rigor, expone los requisitos necesarios, actualmente, para la apreciación del *fumus* así: “por un lado, que el acto incurra en una infracción de nulidad manifiesta y, por el otro, que así se haya declarado con relación a otros actos similares”.

Como ya se dijo, El concepto de apariencia, hace también referencia a un *modus procedendi*: parece ser que lo único que, a juicio del fallador, caracteriza el pre-juicio de fondo es la profundidad del análisis de la pretensión principal que se requiera realizar en el procedimiento cautelar, y que carece de relevancia, en principio, los elementos de los cuales se infiere el buen derecho del recurrente o la posible ilegalidad del reglamento. El *fumus boni iuris* no parece “lógicamente” incompatible con el análisis de las “alegaciones que afectan al fondo del litigio”: Mientras que análisis cautelar se construye sobre elementos incompletos que, *prima facie*, parecen claros (v. gr. que los motivos alegados por el recurrente, después de un valoración sumaria y anticipada, no carecen de fundamento), el análisis del procedimiento principal (que bien podría ser opuesto a éste) tiene que ir más allá de la apariencia<sup>193</sup>, pues, éste último, ya no introducirá indicios, sino piezas procesales acabadas (pruebas, alegaciones de fondo). En todo caso, la coincidencia, por supuesto motivada, entre la providencia cautelar y sentencia de fondo sólo puede ser señal de buena salud de la tutela judicial.

Limitar la adopción de suspensión del reglamento u otra medida cautelar a la existencia de grotescas ilegalidades, además, así declaradas en sede jurisdiccional es acotar la efectividad de la tutela judicial. Si bien es cierto que contar con pronunciamientos judiciales anteriores facilita la tarea que ha de realizar el juez en el procedimiento cautelar, no lo es menos, que la apariencia de buen derecho no exhorta la existencia de

---

<sup>192</sup> V. gr. AATS 6 abril 1999 (RJ/4361) Ponente: Excmo. Sr. Fernando Martín González; 15 septiembre 1999 (RJ/10201); 5 de diciembre de 2000 (RJ/286) Ponente: Excmo. Sr. Nicolás Maurandi Guillén; 19 de febrero de 2001 (RJ/2845) Ponente: Excmo. Sr. Manuel Goded Miranda.

<sup>193</sup> Son de gran importancia los debates sobre la necesidad de la evidencia manifiesta o la mera preponderancia provisional de argumentos para la entrada en escena del *fumus boni iuris*. Sobre el tema Vid: DE LA SIERRA, S., *Ob. Cit.*, Pág. 285 y ss.

una certeza absoluta sobre la ilegalidad de la disposición impugnada (esta tarea se reserva a la sentencia); por el contrario, la misma sólo exige un “olor” un “humo” una mera probabilidad fundada del buen derecho de quien solicita la suspensión. Tal apariencia externa sumada al peligro de que, con la aplicación de la disposición, se pueda hacer perder la finalidad legítima al recurso, debe dar paso a la adopción de la medida cautelar.

La mayoría de las vulneraciones a la legalidad urbanística se evitarían si se suspendieran, de manera cautelar, los reglamentos o actos administrativos que las habilitan, de lo que se debería deducirse que “interpuesto un recurso contencioso administrativo contra un plan u otro instrumento de ordenación, el juez debería paralizar cautelarmente el plan mientras se sustancia el recurso **siempre que hubiera dudas sobre la legalidad del procedimiento o del contenido de su decisión**”<sup>194</sup> y no requerir, para la concesión de la cautela, la presencia de una ilegalidad flagrante<sup>195</sup>. “Es evidente que en los casos de impugnaciones de planes generales o de algunas de sus determinaciones específicas, el único criterio verdaderamente determinante, salvo excepciones, porque se trate de normas muy específicas, es la apariencia de buen derecho”<sup>196</sup>.

---

<sup>194</sup> BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico... Ob. Cit.*, Pág. 507. Las negritas son mías.

<sup>195</sup> Una de las pocas excepciones a la exigencia de notoriedad y flagrancia de la infracción urbanística se presenta en ámbito de dominio público, exigir que la vulneración revista de tales características “comportaría una protección mínima del dominio público, reservando la suspensión sólo a los supuestos de infracciones patentes” Cfr. STS 5 de julio de 1999 (RJ\5884) Ponente: Excmo. Sr. Manuel Vicente Garzón Herrero.

<sup>196</sup> BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico... Ob. Cit.*, Pág. 508. Incluso este autor yendo más allá considera que: en los casos más difíciles, cuando se trata de decisiones complejas con un alto grado de controversia social, en la que el plan tenga un impacto alto sobre el territorio o sobre la ciudad existente es perfectamente lógico que el tribunal decrete la suspensión a la espera de un análisis más profundo (...) el grado de discrecionalidad administrativa es altísimo y debe compensarse con un plus de legitimidad (el contraste judicial)”. En sentido contrario SSTs 23 de octubre de 1996 (RJ\7593) Ponente: Excmo. Sr. Jaime Barrio Iglesias, 10 de mayo de 1999 (RJ\3629), 16 de marzo de 1999 (RJ\2343) Ponente: Excmo. Sr. Ricardo Enríquez Sancho, 3 de diciembre de 1999 (RJ\9771), 4 de febrero de 2000 (RJ\1933) Ponente: Excmo. Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, 16 de mayo de 1997 (RJ\4321) Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos exigen

A mayor abundamiento, otros ejemplos de no adopción de medidas cautelares suspensivas frente a planes urbanísticos: El ATS 5 abril de 1990<sup>197</sup> en el que se declara que el interés público expresado por el plan como elemento central del derecho urbanístico, “demanda la ejecución con notoria intensidad, por lo que sólo excepcionalmente, esto es, cuando se vean afectados intereses de muy elevada consideración, puede accederse a suspensiones”<sup>198</sup>, Así mismo, los AATS 9 de septiembre<sup>199</sup> y de 10 de noviembre de 1992<sup>200</sup> insisten en que “el interés público concretado en la ejecución del planeamiento, debe primar sobre unos daños y perjuicios particulares, perfectamente determinables y resarcibles”, de no ser así, “se correría el riesgo de una obstrucción generalizada de las actuaciones urbanísticas de las Administraciones públicas”<sup>201</sup>.

Ahora bien, la Jurisprudencia Española ha dado un modesto giro en su interpretación tradicional de no suspensión y ha permitido ciertas excepciones cuando:

- **con la denegación de suspensión, se puedan generar, durante el tiempo de tramitación del proceso, alteraciones físicas o situaciones jurídicas del terreno irreversibles o difícilmente reversibles**<sup>202</sup>, Argumentos estos suficientes para *hacer perder su finalidad legítima al*

que “la nulidad de pleno derecho que se alegue lo sea en la forma ostensible, manifiesta que jurisprudencialmente se exige y que no sea imposible de apreciar un apariencia de buen derecho sin el examen de fondo del asunto”.

<sup>197</sup> (RJ 3588) Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Delgado Barrio. En el mismo sentido: AATS 8 de febrero de 1993 (RJ 590) Ponente: Excmo. Sr. Juan García-Ramos Iturralde; 15 mayo 1990 (RJ4076) Ponente: Excmo. Sr. Ángel Martín del Burgo y Marchán; 3 de junio de 1997 (RJ/5049) y 12 de julio de 2002 (PROV/194769).

<sup>198</sup> En este sentido: STS 3 de Julio de 1997 (RJ/5049) y 12 de Julio de 2002 (PROV 194769) y 3 de Julio de 1997 (RJ/5049).

<sup>199</sup> (RJ/6961) Ponente: Excmo. Sr. Miguel Pastor López.

<sup>200</sup> (RJ/8757) Ponente: Excmo. Sr. Juan García-Ramos Iturralde.

<sup>201</sup> STS de 9 abril 2003 (RJ/3400) Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil.

<sup>202</sup> Son ejemplo de tal excepción, entre otros, los siguientes pronunciamientos: STS 27 de julio de 2005 (RJ/6700) Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate en la que la construcción de un elevado número de viviendas conllevaría una alteración física del terreno difícilmente reversible; SSTS 10 de mayo de 1999 (RJ/3629) Ponente: Excmo. Sr. Ricardo Enríquez Sancho; STS de 18 mayo 1999 (RJ/3637) Ponente: Excmo. Sr. Ricardo Enríquez Sancho; 3 octubre 2001(RJ/7651); 20 de diciembre de 2001 (RJ/1544); 30 de enero de 2002 (LA LEY 3891/2002) Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil.

*recurso*. Es el caso de la STS de 30 de enero de 2002<sup>203</sup>, en donde la ejecución del planeamiento “desembocaría en una urbanización, una venta de parcelas y unas construcciones de viviendas unifamiliares, todo ello en un suelo antes clasificado como no urbanizable de protección del bosque. Con una consecuencia de esa naturaleza, implicados además terceros adquirentes en la operación, la experiencia enseña que resulta muy difícil, casi imposible, y, en todo caso, completamente inusual, que la urbanización desaparezca y vuelva el suelo a ser no urbanizable de protección de bosques”.

En la misma línea, en la STS de 5 de marzo de 2002<sup>204</sup> cuyo objeto es, un acuerdo sobre aprobación de modificación de normas subsidiarias de planeamiento, el Tribunal consideró que “la ejecución inmediata del planeamiento implicaría la transformación de los terrenos en tal modo que si el recurso fuera estimado aquellos nunca podrían volver a dedicarse al uso agrícola que actualmente les corresponde (...) existe también un interés general en la preservación de unos usos agrícolas de carácter tradicional frente al que no puede prevalecer el interés en la construcción de un campo de golf, que no parece que sea de tal urgencia que no pueda esperar a la resolución del recurso”. Así mismo, la STS de 10 de octubre de 2007<sup>205</sup> trata la ejecución de un decreto autonómico mediante el cual se aprueba el Proyecto Regional para la instalación de un Centro de Tratamiento de Residuos Urbanos en el municipio de Gomecello (Salamanca), en el que, la apariencia de buen derecho de la parte recurrente se aprecia de forma ostensible, ya que, “la Comunidad Autónoma carece de Plan Regional de Residuos Urbanos y Residuos de Envases, al haber sido anulado por sentencia firme (...) la envergadura de las instalaciones proyectadas (...) haría muy costosa y compleja la demolición de esas instalaciones (...) el norte que ha de guiar la adopción de medidas cautelares, se pone en riesgo no sólo cuando de la ejecución

---

<sup>203</sup> (RJ/2224) Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil.

<sup>204</sup> (RJ/3140) Ponente: Excmo. Sr. Ricardo Enríquez Sancho. Sentencia citada en el trabajo de CUADRADO ZULOAGA, D., “Actos administrativos cuya ejecución es objeto de suspensión judicial”, en *Actualidad Administrativa*, Número 12, 2008, pág. Versión electrónica. La Ley (960/2008). Sobre la implantación de campos de golf en suelo rural *vid*: GONZÁLEZ - VARAS IBÁÑEZ, S., *Urbanismo y ordenación... Ob. Cit.*, pág. 248 y ss.

<sup>205</sup> (RJ/7223) Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez.

del acto impugnado haya de surgir una situación irreversible, sino también una situación de difícil reversibilidad, bien por la complejidad de la actuación dirigida a reponer las cosas a su estado anterior, bien por su coste, bien por los derechos e intereses de terceros surgidos durante la pendencia del proceso que pudieran resultar menoscabados por aquella”<sup>206</sup>.

- **Cuando concurren diversos intereses públicos y el incidente cautelar se produce entre dos Administraciones públicas.** En la STS de 17 de julio de 2008<sup>207</sup>, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía y acuerda suspender cautelarmente la ejecución de un plan especial de reforma interior aprobado por el Ayuntamiento de Roquetas de Mar, principalmente, porque su ejecución comportaría una alteración irreversible en la realidad física del terreno, dificultando gravemente la efectividad posterior de una posible sentencia estimatoria de la nulidad del plan. De este fallo interesa resaltar los siguientes argumentos:

a. “El planeamiento urbanístico, efectivamente, puede ser objeto de suspensión, como lo dispone el Art. 129.2 y 130.1 LJCA (...) a pesar de tratarse de una norma reglamentaria que se presume dictada en defensa y para la protección de los intereses públicos, siempre que en su ejecución exista riesgo de perder el recurso su finalidad legítima, previa valoración de los intereses enfrentados – considerando los efectos

---

<sup>206</sup> En el mismo sentido la STS 27 Julio 2005 (RJ/6700) Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate “(...)algunos casos el complejo proceso de ejecución del planeamiento urbanístico, que se plasma en una modificación del entorno físico, una vez ejecutado, resulta difícilmente modificable, corriéndose el riesgo de permitir la consolidación de unas actuaciones urbanísticas que pudieran resultar ilegales; no es menos cierto que ello no puede erigirse en argumento decisivo a la hora de decidir sobre la suspensión de actuaciones urbanísticas concretas, porque no podemos olvidar que, aunque costosa, la demolición de lo indebidamente construido sería, en la mayoría de los caso, un medio de ejecutar la sentencia que, en su día, así lo acordase y siempre que tales construcciones no fuesen, en modo alguno, objeto de posible legalización. De ahí, pues, que nos inclinemos por denegar la medida de suspensión solicitada”.

<sup>207</sup> (RJ/3447) Ponente: Excma. Sra. Pilar Teso Gamella. Sentencia citada por ARROYO MARTÍN, I., “Estudio de reciente jurisprudencia...” *Ob. Cit.*, pág. 109 y ss. En el mismo sentido: STS 7 de febrero de 2000 (RJ\592) Ponente: Excmo. Sr. Juan Manuel Sanz Bayón; 10 de mayo de 2001 (RJ\3769) Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil.

irreversibles o de difícil reposición que pudiera ocasionar su ejecución y (...) que de ello no se siga una perturbación grave de los intereses generales”.

b. “Las peculiaridades propias de las disposiciones generales en este ámbito sectorial del urbanismo, en trance de adoptar la decisión cautelar de los instrumentos de planeamiento, ha de valorar – de modo detallado y curioso – la trascendencia y consecuencias prácticas de la medida (...) la experiencia ha demostrado que la importación sin matices de tal doctrina general sobre la presencia de interés público en las disposiciones generales, en el ámbito del urbanismo, ha ocasionado situaciones indeseables”.

c. “La concurrencia de intereses públicos representados por ambas Administraciones – Local y Autonómica - constituye una circunstancia que forzosamente ha de influir en la ponderación de intereses afectados que exige la adopción de medidas cautelares”.

d. Los intereses públicos que concurrieron en el caso *de quo* fueron: por un lado, abanderado por el Ayuntamiento, la no paralización de la ejecución del plan y por ende del desarrollo de sus previsiones y, por el otro defendido por la Junta, impedir que, a través de transformaciones de la realidad física de los terrenos afectados con el plan, se diera cumplimiento de “disposiciones generales, que pudieran no ser conformes con el ordenamiento jurídico”. Interés éste último que, en el juicio de ponderación de intereses realizado por el Alto Tribunal, mereció tutelarse cautelarmente. El interés protegido en el caso de marras por el Supremo – evitar que mediante transformaciones a la realidad física de los terrenos se cumplan normas posiblemente ilegales - se refiere exclusivamente a una pretensión de protección objetiva del ordenamiento jurídico urbanístico que persigue, en últimas, evitar la ejecución de normas probablemente no ajustadas a la legalidad. La titularidad de dicho interés, no es exclusiva de las Administraciones Públicas, sino que puede, en cualquier caso, ser reclamada y defendida ante los Tribunales por cualquier particular afectado por las disposiciones del planeamiento, debiendo éste obtener de la jurisdicción la misma respuesta: La tutela cautelar de su interés.

De acuerdo con esto, vale la pena agregar que el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 julio de 1999<sup>208</sup> confirmó una STSJ de Cataluña mediante la cual se accedía a la suspensión cautelar del Plan Especial de reforma interior del recinto “el Castell” en el municipio de Tarragona, principalmente, porque dicho plan vulneraba la servidumbre de protección del dominio marítimo terrestre protegida por la Ley de Costas.

Los intereses de la Generalitat Catalana, sometidos a la ponderación judicial, no fueron otros que los generales inmersos en la propia naturaleza del plan, mientras que los expuestos por la Administración General del Estado abanderaban el peligro que representaba el plan especial **para el dominio público**. El Alto Tribunal considera que “Desde este planteamiento es indudable que el plan especial suspendido, de modo limitado, podría vulnerar lo establecido en materia de zonas de servidumbre de protección en los términos establecidos (...) en la Ley de Costas”.

En este asunto, El Tribunal Supremo, además de decantarse por la protección del dominio público como interés prevalente, argumenta una excepción a la ya tradicional exigencia de *notoriedad y evidencia* de la vulneración urbanística, exigir que la infracción revista de tales características, “comportaría una protección mínima del dominio público, reservando la suspensión sólo a los supuestos de infracciones patentes (...) por el contrario, lo que el precepto trata de preservar no son sólo esas infracciones groseras y manifiestas, sino cualquier actividad que sea potencialmente apta para producir una lesión del dominio marítimo-terrestre”<sup>209</sup>.

- **“Cuando el principio de sostenibilidad ambiental exige que el desarrollo y el progreso de las ciudades se acomode a un tratamiento más amable con los recursos naturales y el paisaje rural y urbano”**<sup>210</sup>. En este supuesto “es donde el principio de sostenibilidad am-

---

<sup>208</sup> (RJ\5884) Ponente: Excmo. Sr. Manuel Vicente Garzón Herrero.

<sup>209</sup> En el mismo sentido pero en referencia al ámbito ambiental: ATS 31 de mayo de 1995 (RJ/3816) Ponente: Excmo. Sr. Sanz Bayón.

<sup>210</sup> BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico... Ob. Cit.*, Pág. 509. En el mismo sentido DE LA SIERRA, S., “Medidas Cautelares”, en *Fundamentos...* pág. 945 y ss. Esta última autora resalta que otros ordenamientos jurídicos como el francés o el alemán poseen mecanismos singulares de reacción en el contexto del derecho urbanístico. En el Derecho francés se prevé un régimen de suspensión automática de las licencias de construcción en



biental se impone al principio de progreso económico”<sup>211</sup>. Muestra de ello se advierte en la STS de 3 de febrero de 2009<sup>212</sup>. En dicho pronunciamiento el Tribunal Supremo se debatió entre el interés público del Consell Insular de Mallorca por ejecutar un acuerdo de aprobación de una modificación puntual al PGOU de Palma de Mallorca - referida a la implantación de un sistema general de equipamiento sanitario supra-municipal en suelo rústico- y el interés público de la Congregación de Misioneros de los Sagrados Corazones de protección del patrimonio rural y cultural de dicha Isla. Los principales argumentos para la adopción de la medida suspensiva fueron:

a. “La Administración que aprobó definitivamente la modificación puntual del planeamiento no ha expuesto las causas de inaplazable urgencia de la instalación hospitalaria (...) los servicios sanitarios para la población, al parecer, están correctamente atendidos en la isla que cuenta con un hospital de referencia merecedor de reconocimiento por su eficiencia (...) lo que no implica que no deba ser mejorado, pero sin que ello tenga que hacerse necesariamente a costa de otros intereses generales igualmente dignos de protección”.

b. “Si no se suspende la ejecución de la modificación puntual del planeamiento, difícilmente será posible ejecutar la sentencia estimatoria que pudiera recaer”.

---

determinados supuestos previstos por el Código de Justicia Administrativa (*ad ex* art. L. 554-10). Así mismo, tiene lugar la suspensión automática del planeamiento del otorgamiento de licencias ante la ausencia de estudio de impacto ambiental, en los supuestos en que éste venga requerido por la norma correspondiente (art. 554-11). Igualmente, expone la autora, en el derecho alemán existe, como regla general, la suspensión automática del acto objeto de recurso contencioso y además, una figura específica cautelar para los actos administrativos con doble efecto que permite al tercero afectado con la suspensión automática solicitar la ejecución del acto.

<sup>211</sup> *Ibidem*, pág. 511.

<sup>212</sup> (JUR/112289) Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate. Jurisprudencia citada en: ARROYO MARTÍN, I., "Estudio de reciente jurisprudencia..." *Ob. Cit.*, pág. 111 y ss. En el mismo sentido: STS 30 de enero, 1 y 7 de octubre de 2002 (RJ/2224) (RJ/5944) (RJ/8735); 5 de julio de 1999 (RJ\5884) Ponente: Excmo. Sr. Manuel Vicente Garzón Herrero que suspende el plan especial porque “podría vulnerar lo establecido en zonas de servidumbre de protección”.

Como se ha venido diciendo, el presupuesto legal de ponderación de intereses, necesario para conceder o denegar la tutela cautelar, no puede motivarse, sin más, en una argumentación judicial basada en la idea global de prevalencia del interés general que se encuentra presente en todas las disposiciones generales o actos administrativo, ni mucho menos, en la equiparación indiscriminada del interés de la pretensión ejercitada por el particular afectado con el simple interés económico<sup>213</sup>.

Casos como los arriba estudiados son ejemplo de que, no pocas veces, los intereses reclamados por el particular se identifican plenamente con verdaderos intereses públicos. Es sobre este cotejo que el sentenciador debe emitir su juicio sobre la prevalencia de un interés sobre otro. En particular, el alto contenido ambiental inmerso TRLS2008 debe seguir influyendo, positivamente, en el viraje jurisprudencial de adopción de medidas cautelares, "el desarrollo tiene que acomodarse a un tratamiento más amable con los recursos naturales, el paisaje rural y urbano<sup>214</sup>".

- **Cuando se acredita un riesgo inminente para la efectividad del derecho a la vivienda del recurrente amenazado por la ejecución de concretas determinaciones del plan.**<sup>215</sup> En esta línea, el Tribunal Supremo suspendió las determinaciones concretas relativas a la construcción una vía proyectada en el Plan General de Ordenación Urbana de Breña Baja (Isla de la Palma), porque su ejecución conllevaría la demolición de un edificio, usado como vivienda del recurrente, respecto del cual podrían existir valores a proteger. La decisión anterior se toma, entre otras razones, porque la Comunidad Autónoma de Canarias no acreditó urgencia en la mencionada construcción vial. "Si el edificio, propiedad del recurrente, es demolido para construir el vial previsto en el Plan General de Ordenación Urbana impugnado, la acción ejercitada perdería su finalidad por resultar imposible su reposición con la antigüedad y valores histórico-culturales que tiene, con lo que, dada la irreversibilidad de la demolición, concurre el *periculum in mora* y,

---

<sup>213</sup> Sobre la importancia de la motivación en el sistema de medidas cautelares *vid*: STS 30 de noviembre de 2005 (RJ/1396) Ponente: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde.

<sup>214</sup> BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico... Ob. Cit.*, Pág. 509. En el mismo ámbito ambiental pero referido a las medidas cautelares positivas ver *infra* pág.\_\_\_\_

<sup>215</sup> Sobre este supuesto resulta de especial interés el estudio de SÁNCHEZ GOYANES, E. D., "Comentario al Título VI Régimen jurídico", en *Ley del Suelo. Comentario al Texto Refundido de 2008*, La Ley, Madrid, 2009, pág. 1089 y ss.

además, la apariencia de buen derecho, que deriva del ordenamiento jurídico protector del patrimonio histórico-artístico. Con independencia de si el edificio, aunque no haya sido declarado bien de interés cultural a diferencia del templo junto al que está construido y al que estuvo vinculado en otro tiempo, tiene méritos o no para ser catalogado como especialmente protegido en el planeamiento municipal, lo que habrá de ser analizado en el pleito principal, lo cierto es que, de llevarse a cabo su demolición, la acción ejercitada por el demandante, propietario del mismo, perdería su finalidad al resultar imposible restituirlo a su estado anterior. La causa decisiva para acceder a la adopción de una medida cautelar es, que, de ejecutarse el acto o aplicarse la disposición, el recurso pudiera perder su finalidad legítima. Es cierto que, en este caso, se han impugnado las determinaciones del planeamiento municipal que prevén la construcción de un vial por el terreno donde se alza la edificación (...) Tales determinaciones no conllevan, sin embargo, la inmediata demolición del edificio por ser necesaria la aprobación de instrumentos de desarrollo o, al menos, de un proyecto de ejecución, que, en su caso, serían susceptibles de suspensión, pero no es menos cierto que el destino del edificio, según el planeamiento aprobado, es el de ser demolido, lo que podría suceder de no adoptarse una medida cautelar que lo impida”<sup>216</sup>.

En el mismo sentido, frente al acto concreto de aplicación que extingue un contrato de arrendamiento con un particular, acordado por el Instituto de Vivienda de Madrid, el Tribunal Supremo entendió que “no se aprecia en este caso que el interés público demande la pronta efectividad de la extinción del contrato de arrendamiento(...) respecto del piso ocupado por doña (...), por cuanto las necesidades de la vivienda en Madrid pueden suplirse por otros medios, y además, supliéndolas con la habitada por dicha señora se produciría una carencia en ella, y por otra parte, no cabe duda alguna de que con la privación de la suya a ésta se le irrogarían unos daños y perjuicios que notoriamente, y por la apelante no se cuestiona, serían de muy difícil resarcimiento por la poca facilidad de cuantificarlos”<sup>217</sup>.

---

<sup>216</sup> STS de 22 mayo de 2007 (RJ\8355) Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate.

<sup>217</sup> ATS 7 de octubre de 1992 (RJ\7582) Ponente: Excmo. Sr. Jaime Barrio Iglesias.

Así mismo, frente a la ejecución de un acto relativo al ejercicio del derecho de adquisición preferente sobre vivienda por la Comunidad Foral de Navarra, se estableció que “ponderando las dos circunstancias que deben tenerse en cuenta en el enjuiciamiento de toda pretensión de suspensión, por una parte, y ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión con mayor o menor amplitud según el grado en que ese interés se encuentre en juego, y por otra, la posibilidad de producirse con la ejecución daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, en primer lugar, no se aprecia en este caso que el interés público demande la pronta efectividad del derecho de adquisición preferente ejercitado por el Gobierno de Navarra al amparo de la Ley Foral 7/1989, de medidas de intervención en materia de suelo y vivienda sobre la vivienda adquirida por don (...), por cuanto las necesidades de habitación existentes en Obanos pueden verdaderamente suplirse por otros medios, como la construcción de viviendas por la Comunidad Foral, y además, supliéndolas con la adquirida por dicho señor, se produciría una carencia en él”<sup>218</sup>.

- **Cuando el instrumento de planeamiento impugnado incurra en una infracción de nulidad absoluta así declarada en relación a otros actos.** Esta excepción contempla los casos en los que se ha declarado, en un procedimiento judicial previo, la nulidad de instrumentos similares o preceptos semejantes y, también, aquellos en los que ya existe una sentencia de primera instancia que declara la nulidad de la disposición impugnada. En estos supuestos, la apariencia de buen derecho del recurrente se encuentra, a juicio del Tribunal, sustentada en indicios razonables y relevantes, la ilegalidad del plan resulta *patente, notoria y manifiesta*, lo que permite la concesión de la medida cautelar. Como ejemplo de lo anterior, en la STS 20 de diciembre de 2001<sup>219</sup> se suspende el acuerdo por el que se aprueba un Estudio de

---

<sup>218</sup> ATS 9 septiembre 1992 (RJ\6959) Ponente: Excmo. Sr. Jaime Barrio Iglesias.

<sup>219</sup> (RJ/1544) Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil. Pronunciamiento citado en el trabajo de FUERTES LÓPEZ, M., "Prudencia y coherencia de la tutela cautelar en los recursos contra reglamentos", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* Núm. 6 2003, pág. Versión electrónica Aranzadi (BIB 2003\545). En el mismo sentido STS 26 de noviembre de 2001 (RJ/4176) y AATS 7 de septiembre de 1991 (RJ\6813) Ponente: Ponente: Excmo. Sr. Ángel Martín del Burgo y Marchán; 9 de febrero de 1993 (RJ\526) Ponente: Excmo. Sr. Jaime Barrio Iglesias y 7 febrero 2000 (RJ/1940) Ponente: Excmo. Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

Detalle por haber sido declarada, en otros procesos, la nulidad de la modificación puntual de la que derivaba dicho estudio. "(...) el Estudio de Detalle ha quedado sin base ni fundamento, de forma que existe una clara apariencia de que es disconforme a Derecho. En estas circunstancias, procede otorgar la suspensión solicitada, pues en otro caso se permitiría que continuara un proceso urbanístico del que existe la sospecha vehemente de que viola la normativa aplicable, haciendo perder su finalidad legítima al recurso, pues sería costoso y difícilísimo deshacer lo mal hecho urbanísticamente". Recordemos que esta línea jurisprudencial ha sido la que mayor consideración ha tenido, por el Tribunal Supremo, a la hora adjudicar un contenido al *fumus boni iuris* en los procesos en los que se solicita la suspensión cautelar de una disposición general o un acto administrativo.

### III. Medidas cautelares en la etapa de Ejecución Urbanística.

#### 1. Consideraciones generales sobre la ejecución de los planes urbanísticos.

En sentido amplio, la ejecución urbanística contempla, la realización de todas las acciones necesarias para materializar las determinaciones fijadas en el plan urbanístico<sup>220</sup>, dichas actividades comprenden tanto la urbanización como la edificación de los suelos. Tradicionalmente, La Legislación Urbanística Española se ha referido a la ejecución del planeamiento en sentido estricto, aludiendo, únicamente, a la acción de

---

<sup>220</sup> SANTOS DÍEZ, R., Castela Rodríguez, J. : *Derecho Urbanístico. Manual... Ob. Cit.*, pág. 530. "La ejecución del planeamiento - con la gestión urbanística en sentido estricto y la ejecución material de las obras de urbanización - consiste, ni más ni menos, en llevar a la práctica el modelo territorial elegido y diseñado por éste". GARCÍA de ENTERRIA, E., PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho ... Ob. Cit.*, pág. 167. "La ejecución viene prefigurada por el Planeamiento, no es independiente, es en este último donde se concreta el interés público". Sobre el actual papel cumplido por la ejecución del planeamiento véase: BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico... Ob. Cit.*, pág. 36. "La ejecución se ha convertido en muchas comunidades en coplanificación vía convenios, proposiciones propuestas por el agente urbanizador o planes de iniciativa privada".

urbanización de los terrenos («creación de suelo edificable o de ciudad»<sup>221</sup>); la razón de esto, no es otra que el carácter de función pública<sup>222</sup> que reviste la urbanización y la responsabilidad que en su desarrollo asume la Administración, mientras que, la edificación, básicamente, es considerada por la normativa como una actividad privada, “un deber público”<sup>223</sup> que es intervenido intensamente por la Administración.

La ejecución urbanística conlleva “un proceso largo y complejo”<sup>224</sup> cuyo curso debe seguir, en particular, las prescripciones de la Normativa Urbanística Autonómica y, en aplicación supletoria, las del TRLS76.

Hemos dicho que, en la ejecución de los planes, la responsabilidad última y la dirección del proceso recae sobre la Administración, independientemente de si ésta decide gestionar directamente, u optar por alguna forma organizativa para hacerlo (entidad urbanística especial, consorcio, mancomunidad, concesión, sociedad pública o sociedad de economía mixta...) <sup>225</sup>. La competencia para la ejecución la tendrán, por regla general, las Administraciones Municipales, salvo, cuando lo que se pretenda ejecutar sea un instrumento supramunicipal, caso en el cual, será la Administración Autonómica la competente.<sup>226</sup>

Aún tratándose de una función pública, la ejecución urbanística admite la iniciativa particular en la urbanización y la construcción, en los

---

<sup>221</sup> REBOLLO PUIG, M., Pizarro Nevado, R. Muñoz Machado S. (Coord.): "Ejecución del Planeamiento", en *Derecho Administrativo IV: Bienes, servicios y actividades reguladas*, Madrid, 2001, pág. Versión electrónica Iustel [www.iustel.com/v2c.asp](http://www.iustel.com/v2c.asp).

<sup>222</sup> Así lo establece el TRLS2008 en su Exposición de Motivos: “*La urbanización es un servicio público, cuya gestión puede reservarse a la administración o encomendarse a privados*”. En el mismo sentido la iniciativa privada en la urbanización es regulada por el Art. 6 *in fine* del mismo texto normativo.

<sup>223</sup> *Idem*.

<sup>224</sup> SANTOS DíEZ, R., Castelao Rodríguez, J. : *Derecho Urbanístico. Manual... Ob. Cit.*, pág. 669.

<sup>225</sup> Art. 4, 9 y 20 Reglamento de Gestión Urbanística RD 3288/1978.

<sup>226</sup> En este punto la Legislación Urbanística de las Comunidades Autónomas guarda relación con el Art. 5 Reglamento de Gestión Urbanística RD 3288/1978.

términos en que la regule el propio Ordenamiento Autonómico<sup>227</sup>, permitiendo, de esta manera, a los particulares, propietarios o no de los terrenos afectados por el plan, participar y colaborar con las funciones de ejecución<sup>228</sup>. El Art. 6 a) TRLS2008 establece los extremos que deben tener en cuenta las Leyes del Suelo Autonómicas al regular la iniciativa privada en la etapa que nos concierne:

*“El derecho de iniciativa de los particulares, sean o no propietarios de los terrenos, en ejercicio de la libre empresa, para la actividad de ejecución de la urbanización cuando ésta no deba o no vaya a realizarse por la propia Administración competente. La habilitación a particulares, para el desarrollo de esta actividad deberá atribuirse mediante procedimiento con publicidad y concurrencia y con criterios de adjudicación que salvaguarden una adecuada participación de la comunidad en las plusvalías derivadas de las actuaciones urbanísticas, en las condiciones dispuestas por la legislación aplicable, sin perjuicio de las peculiaridades o excepciones que ésta prevea a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo”.*

Ya el Nuevo Texto Refundido nos hacía referencia desde su Exposición de Motivos a la *“urbanización como un servicio público, cuya gestión puede reservarse a la Administración o encomendar a privados, y que suele afectar a una pluralidad de fincas, por lo que excede tanto lógica como físicamente de los límites propios de la propiedad. Luego, allí donde se confíe su ejecución a la iniciativa privada, ha de poder ser abierta a la competencia de terceros, lo que está llamando una vez más a redundar en la agilidad y eficiencia de la actuación”.*

Para el buen fin de la ejecución del plan y para dar cabal cumplimiento a la equitativa distribución de los beneficios y cargas de la urbanización, se exige la verificación de algunos presupuestos jurídicos, entre ellos: la existencia previa de un instrumento de planeamiento lo mas detallado

---

<sup>227</sup> “Sin embargo, en la medida en que las Leyes empleen técnicas contractuales en la planificación y gestión urbanísticas es obligado que respeten la normativa básica estatal” BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico...*, Ob. Cit., pág. 80.

<sup>228</sup> El Art. 6 TRLS2008 establece las líneas generales en materia de iniciativa privada que han de regularse por los Ordenamientos Autonómicos.

posible para cada clase de suelo (Art. 14.2 TRLS2008)<sup>229</sup> y la delimitación de polígonos o unidades de ejecución (ámbitos de actuación territorial en los que se desarrollará la acción urbanística Art. 117 TRLS76)<sup>230</sup>.

### 1.1 Sistemas de ejecución y sus principales características.

El grado de cooperación de los operadores privados en la etapa de ejecución del plan dependerá del sistema de actuación escogido por la Administración competente. Se da el nombre de **sistemas de ejecución** al “conjunto de procedimientos y técnicas urbanísticas”<sup>231</sup> que permiten: llevar a cabo las disposiciones estipuladas en el planeamiento y el retorno a la comunidad las plusvalías generadas por éste último (Art. 33 y 47 CE). La Administración puede elegir el sistema a seguir para la ejecución, bien en el mismo instrumento de ordenación, o bien, en el momento en que se delimite la unidad de actuación, siempre de acuerdo a las preferencias y directrices enmarcadas por la Normativa Urbanística Autonómica.

Tradicionalmente la Legislación Estatal del Suelo ha contemplado tres sistemas de ejecución de planes: el de expropiación, el de cooperación y

---

<sup>229</sup> Los Arts. 12.2.1, 17.2, 23 y 116 TRLS76 exigen como regla general, para el suelo urbanizable la existencia previa del planeamiento de desarrollo; para el suelo urbano bastaran las determinaciones que consagre el plan general o sus normas subsidiarias y complementarias si contienen una ordenación detallada, si no es así, un planeamiento de detalle, plan especial de reforma interior o su equivalente; para los sistemas generales (vías de comunicación, redes de servicios generales...) se requerirá el plan de ordenación territorial o plan especial.

<sup>230</sup> Se trata de delimitar el ámbito de actuación territorial en que se desarrollaran las actividades de ejecución, salvo cuando se vayan a realizar actividades aisladas en suelo urbano, o se pretenda la ejecución directa de sistemas generales. Esta delimitación puede venir realizada en el propio plan a ejecutarse, o, realizarse o modificarse posteriormente; en este último caso, su acotamiento o alteración requerirá de aprobación inicial, información pública y aprobación definitiva (Art. 116TRLS76). En este sentido STS 30 de octubre de 1999 (RJ\7981) Ponente: Excmo. Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez y 7 de febrero de 2000 (RJ\592). Ponente: Excmo Sr. Juan Manuel Sanz Bayón.

<sup>231</sup> SANTOS DÍEZ, R., Castelao Rodríguez, J. : *Derecho Urbanístico. Manual... Ob. Cit.*, pág. 756.



el de compensación, cada uno de ellos con menor o mayor participación de los particulares. El TRLS76 daba preferencia al sistema de compensación frente al de cooperación y a éste último frente al de expropiación. La razón de dar prelación a la iniciativa privada, no es otra, que los altos costes que conlleva la acción urbanizadora, de esta manera, el sistema expropiatorio se reservó para razones de *urgencia o necesidad* (Art. 119). El TRLS92<sup>232</sup>, cambiando el esquema de la anterior Ley del Suelo, no se decanta por un sistema u otro, es así como deja “a la Administración actuante total libertad para que, según cada caso, escoja el que le permita el mejor cumplimiento de los fines y objetivos del planeamiento”<sup>233</sup>. Los Textos Legislativos Estatales posteriores a la ya señalada STC 61/1997, debido a la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, se abstienen de hacer referencias concretas a los sistemas de ejecución de planes urbanísticos. No obstante lo anterior, existiendo otros procedimientos, menos lesivos para los propietarios, que permitan, de igual manera, cumplir con los intereses generales perseguidos con la ejecución del plan, no le es dado a la Administración elegir el más perjudicial. “El reconocimiento a los propietarios por el TRLS2008 de un derecho a participar en las operaciones de distribución de beneficios y cargas, y el contenido esencial de la propiedad garantizado por el Art. 33 CE obligan a limitar la discrecionalidad que el legislador urbanístico puede utilizar a la hora de elegir entre los diferentes procedimientos urbanísticos. En consecuencia, la Administración competente sólo podrá utilizar la expropiación como medio de urbanización de un ámbito territorial, cuando quede probado que concurren circunstancias especiales que hacen inviable la utilización de los demás sistemas”<sup>234</sup>.

Las Comunidades Autónomas, además de asumir como propios en sus respectivos Ordenamientos Urbanísticos los tres sistemas enunciados anteriormente, prevén otros sistemas de ejecución tales como: la ejecución forzosa y la ejecución por un agente urbanizador. Este último

---

<sup>232</sup> Art. 148.1.

<sup>233</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Ob. Cit., Manual de...*, pág. 163. Art. 4.3 TRLS92.

<sup>234</sup> BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico...*, *Ob. Cit.*, pág. 275.

sistema se ha convertido en el verdadero protagonista de la ejecución urbanística.

**- Características principales de los sistemas de ejecución enunciadados:**

a. **Sistema de Expropiación:** Con esta opción, la Administración obtiene la titularidad de todos los terrenos necesarios para ejecutar el proyecto de urbanización, pagando a sus propietarios un *justiprecio* (que no contempla el incremento del valor que los suelos obtendrán por la realización de las obras). Los costes y riesgos propios de la urbanización serán asumidos por la entidad pública sin participación alguna de los antiguos propietarios. Expropiados los terrenos, la Administración podrá gestionar directamente la realización de las obras o, indirectamente, adjudicar su realización, mediante concurso público, a operadores privados. Realizadas las obras, las parcelas resultantes se pondrán en el mercado, percibiendo, ya por ellas, el aumento propio del valor por las obras ejecutadas<sup>235</sup>.

b. **Sistema de Compensación:** Se trata de un sistema de actuación privada. Los propietarios de los terrenos afectados por el planeamiento, *“aportan los terrenos de cesión obligatoria, realizan a su costa la urbanización en los términos y condiciones que se determinen en el plan o programa de actuación urbanística y se constituyen en Junta de Compensación, salvo que todos los terrenos pertenezcan a un solo titular”*<sup>236</sup>. En el seno de la referida Junta<sup>237</sup> se toman las principales decisiones sobre las cuestiones determinadas en los planes de actuación urbanística (aprobadas también por un representante de la Administración que conserva en todo caso la dirección y control del

---

<sup>235</sup> En este sistema no hay aplicación del principio de equitativa distribución de beneficios y cargas. En este sentido: BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico...*, *Ob. Cit.*, pág. 270. Ver también: Art. 114.2 TRLS76.

<sup>236</sup> Art. 126 TRLS76. La ley 5/1999 consagra el denominado “Sistema de Concierto” que podrá utilizarse cuando todos los terrenos afectados por el plan sean de propiedad de una misma persona, o, de varias si todas ellas garantizan la actuación.

<sup>237</sup> Sobre la Junta de Compensación entendida como *“poder adjudicador”* al tenor de la Directiva de obras y servicios 2004/18/CE vid: BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico... Ob. Cit.*, pág. 312 y ss.

proceso) y se asume la solidaridad de beneficios y cargas entre todos los propietarios. Además de los propietarios de los terrenos afectados, a estas juntas suelen integrarse las empresas urbanizadoras que efectuarán materialmente las obras. Aprobados sus estatutos de funcionamiento conforme a la Normativa Autonómica, la Junta de compensación adquiere personería jurídica propia y capacidad plena para ejercer las funciones administrativas que le son delegadas, entre ellas: elaborar y aprobar el proyecto de compensación y contratar las obras; ejercer la potestad expropiatoria de los terrenos de aquellos propietarios que no se incorporen o que incumplan sus obligaciones<sup>238</sup>; beneficiarse de la vía de apremio contra los propietarios incumplidos<sup>239</sup> y de la prohibición de interponer contra ella interdictos posesorios<sup>240</sup>. Los solares resultantes quedan bajo la titularidad de los propietarios que han participado en la Junta.

c. **Sistema de Cooperación:** Se trata de un sistema mixto, ecléctico frente a los dos anteriores. La Administración mantiene para sí el deber de ejecución de las obras y la dirección y control de actuación urbanística, asegurando el cumplimiento de sus obligaciones con los aportes de los propietarios que participen voluntariamente en la ejecución (Art. 16 TRLS2008). *“Los propietarios aportan el suelo de cesión obligatoria y la Administración ejecuta las obras de urbanización con cargo a los mismos”*<sup>241</sup>. La Administración es quien elabora y aprueba el proyecto de reparcelación,<sup>242</sup> realiza la distribución de beneficios y cargas y contrata la realización de las obras. Los propietarios se benefician de la gestión de la Administración y están facultados para integrar una Asociación Administrativa para auditar la ejecución de las obras. De los solares resultantes del proceso se beneficiarían los propietarios cooperantes.

---

<sup>238</sup> Art. 130 TRLS76 y 29.4 TRLS2008.

<sup>239</sup> Art. 13.2 TRLS6 y 45.3 TRLS2008.

<sup>240</sup> Art. 135 Reglamento de Gestión Urbanística RD 3288/1978.

<sup>241</sup> Art. 131. TRLS76.

<sup>242</sup> Con observancia de las normas establecidas en el Art. 98.3 TRLS76 sobre intervención de los propietarios en la redacción de los proyectos de reparcelación.

d. **Sistema de Ejecución Forzosa:** Más que de un sistema autónomo, se trata de una variante del sistema de compensación, que le permite a la Administración “romper las situaciones de bloqueo”<sup>243</sup> en la toma de decisiones al interior de la Junta de Compensación, o, reaccionar contra los incumplimientos de las mismas. Estas disfuncionalidades, prevén algunos Ordenamientos autonómicos<sup>244</sup>, deben ser corregidas mediante la creación de un nuevo órgano de gestión denominado “*Comisión Gestora*” en el que la mitad de sus miembros son impuestos por la propia Administración. Mediante este correctivo se evitan los retardos excesivos y perjudiciales para la ejecución del plan.

e. **Sistema de ejecución mediante Agente Urbanizador:** La normativa autonómica<sup>245</sup> de mediados de la década de los noventa da cabida legal a este sistema y, posteriormente, el Art. 6 a) TRLS2008 refrenda su inclusión reconociendo “*el derecho a la iniciativa de los particulares, sean o no propietarios de los terrenos, en ejercicio de la libre empresa, para la actividad de ejecución de la urbanización cuando esta no deba o no vaya a realizarse por la propia administración competente*”.

Esta modalidad de ejecución parte de la idea de la urbanización como función pública, cuya responsabilidad corresponde directamente a los poderes públicos y no a los propietarios de los terrenos, y para cuya realización se demandan fuertes inversiones económicas. Ésta argumentación, reviste al procedimiento de ejecución del planeamiento de un carácter empresarial<sup>246</sup> y lo abre a la concurrencia de empresarios

---

<sup>243</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Ob. Cit., Manual de...*, pág. 178.

<sup>244</sup> Entre ellos los Ordenamientos Urbanísticos de Madrid, Navarra, Aragón y Canarias.

<sup>245</sup> La primera de ellas fue la Ley del Suelo Valenciana de 15 de noviembre de 1994, posteriormente la siguió seguido la Ley 2/1998, de 4 de junio de Ordenación del Territorio y de la Actividad urbanística de Castilla – La Mancha. Seguidamente la incorporan las Leyes del suelo de Extremadura, Canarias y Madrid. En este sentido BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico...*, *Ob. Cit.*, pág. 64: “En la aplicación práctica de la Ley Valenciana es donde el Agente ha mostrado toda su potencialidad: al promover una oferta de urbanización el empresario promotor al mismo tiempo puede perfectamente solicitar y conseguir modificaciones del planeamiento general y parcial para adecuar aquel a sus necesidades de inversión. La ley ciertamente confía a la Administración la decisión última de aprobar o no esas modificaciones, pero, lo relevante, es que la misma norma permite adecuar fácilmente el plan a las circunstancias del momento”.

<sup>246</sup> En este sentido Exposición de Motivos de la Ley del Suelo Valenciana de 15 de noviembre de 1994.

urbanizadores. “Cualquier persona puede presentar ante la Administración un proyecto de actuación, acompañado de la correspondiente proposición económica y de las condiciones en que pretende su desarrollo”<sup>247</sup>.

Básicamente, los rasgos comunes regulados por los Ordenamientos Autonómicos para este sistema son:

- Presentación de los proyectos de actuación urbanística por parte de los urbanizadores, para ello, no requieren tener la propiedad de los terrenos.
- Selección del urbanizador, por parte de la Administración competente, mediante un procedimiento selectivo inspirado en los criterios de concurrencia y publicidad<sup>248</sup>.
- El urbanizador elegido convendrá acuerdos con los propietarios de los terrenos que versen sobre la ocupación y redistribución de los suelos.
- Los propietarios de los suelos que no se incorporaren al programa de actuación urbanística serán expropiados de sus terrenos.
- El urbanizador se compromete con la realización de las obras relacionadas en el proyecto aprobado y a costear la inversión necesaria para hacerlas.
- Los propietarios de los terrenos, participantes en el proyecto de urbanización, retribuirán la gestión del Urbanizador mediante la cesión de terrenos edificables o en metálico.

## 1.2 Naturaleza jurídica de los instrumentos de gestión.

---

<sup>247</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Ob. Cit., Manual de...*, pág. 179.

<sup>248</sup> BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico... Ob. Cit.*, pág. 305 y ss. “El Agente urbanizador es un contratista de la Administración” y para su selección se debe respetar el procedimiento público de licitación.

A diferencia de los instrumentos de planeamiento, respecto de los cuales la doctrina mayoritaria se decanta por su naturaleza normativa de carácter reglamentario, los actos dictados en materia de gestión urbanística tienen naturaleza puramente administrativa<sup>249</sup>: “sus destinatarios son concretos y determinados, su vigencia no indefinida sino referida a un concreto periodo de ejecución, la calificación adecuada debe ser la de acto administrativo singular, por lo que en definitiva y al no tener consideración de norma jurídica de carácter general, (...) no cabe contra la impugnación [de los mismos] la vía de recurso indirecto(...)”<sup>250</sup>. Por todo ello, sin lugar a mayores discusiones, contra dichos actos de gestión procederá la adopción cualquier medida cautelar necesaria para evitar que, con la ejecución del mismo, se vacíe anticipadamente de contenido la sentencia de fondo.

## **2. Suspensión cautelar de los instrumentos de gestión urbanística en el procedimiento administrativo de formación y aprobación del nuevo planeamiento.**

Es preciso recordar que la eficacia de los nuevos instrumentos de planeamiento urbanístico puede verse limitada si, mientras dura su tramitación, se permite la consolidación de situaciones que, por contrariarlos, harían difícil o imposible su ejecución; por esta razón, el TRLS76 y los diferentes Ordenamientos Autonómicos del Suelo, facultan a la Administración para que en la etapa de elaboración de los planes, suspendan cautelarmente las aprobaciones de los proyectos de gestión

---

<sup>249</sup> Sobre la naturaleza jurídica de acto administrativo de la delimitación de unidades de actuación o su modificación *vid*: STS de 22 de noviembre de 1994, 21 de junio de 2000 y 4 de julio de 2000 “la delimitación de una unidad de actuación o su modificación, para su ejecución, y las determinaciones que efectúa al efecto del plan, carecen de los elementos necesarios que permitan calificar a tal delimitación como una verdadera norma o disposición administrativa de carácter general”.

<sup>250</sup> STS 4 de julio de 2000. En el mismo sentido pero sobre actos de reparcelación se pronuncian las SSTS 29 de diciembre de 2000 “Cualquiera que sea la frontera, sin duda flexible en la más autorizada doctrina, que se requiera establecer entre norma y acto administrativo el acuerdo administrativo que aprueba una reparcelación no participa nunca de la naturaleza de las primeras” y 20 de febrero de 2001. *cfr.*: Estévez Goytre, R. “El urbanismo y la Jurisdicción...”, en *revista de derecho urbanístico...* pág. 132.

urbanística, que resulten contrarios al nuevo plan, conforme a las reglas de suspensión facultativa y automática explicadas en el apartado correspondiente a de la suspensión de licencias durante la actuación preparatoria del planeamiento urbanístico.

### **3. Suspensión cautelar de los instrumentos de desarrollo y de gestión urbanística en vía contenciosa.**

La gestión urbanística es otro ámbito en el que la solución propuesta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no contempla la suspensión preventiva. He aquí un sumario de los principales argumentos:

- A juicio del Alto Tribunal, “es innegable el interés público que late en la ejecución de todo planeamiento aprobado”<sup>251</sup>, más aún, cuándo el mismo no ha sido suspendido cautelarmente, “también se encuentra en juego” en los proyectos de ejecución urbanística. “Como puede comprenderse la efectividad de los instrumentos de planeamiento (que expresan por principio el interés público municipal en el campo urbanístico) está por encima de los intereses privados.” En este sentido, el Tribunal Supremo negó la suspensión del acto que aprueba la “protocolización Notarial del Proyecto de Reparcelación y sus trámites complementarios”, referente a “las Normas Subsidiarias de planeamiento urbanístico”, por tratarse de un “mero complemento o desarrollo de la aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias” y responder el mismo al interés general subyacente a su ejecución<sup>252</sup>.

- El potencial perjuicio que se pueda causar a los administrados con la ejecución del proyecto de reparcelación, compensación o demás instrumentos urbanísticos, es susceptible de traducirse en una compensación económica posterior. “Es mejor ejecutar los proyectos reparcelatorios, de compensación o cooperación, o de los demás instrumentos urbanísticos, procediéndose en todo caso, a la reparación

---

<sup>251</sup> STS 25 de febrero de 2000 (RJ\3646) Ponente: Excmo. Sr. Manuel Vicente Garzón Herrero.

<sup>252</sup> STS 31 mayo 1993 (RJ 3514) Ponente: Excmo. Sr. Miguel Pastor López.

de los posibles daños por vía económica”<sup>253</sup>. Atendiendo a lo anterior, el Supremo denegó la suspensión cautelar de “la aprobación definitiva del Proyecto de Reparcelación de una determinada Unidad Urbanística de un Plan Parcial”, porque el acto impugnado, además de expresar “el interés público municipal en el campo urbanístico, que está por encima de los puros intereses privados, se trata de un puro conflicto de intereses económicos, derivados de un proyecto de reparcelación en el que, como a todos los propietarios se le van a hacer efectivos en fincas edificables (o en el equivalente económico) los derechos inicialmente aportados”<sup>254</sup>.

En los casos expuestos, la fórmula genérica utilizada por el Tribunal para la ponderación de los intereses en conflicto arroja la prevalente aplicación del ordenamiento urbanístico. Equívocamente, se consideran superiores los daños que se puedan causar al interés general, por ejemplo, con la paralización de una urbanización, aunque la construcción de la misma suponga cambios negativos para los terrenos y por ende para sus propietarios y vecinos, cuya reversibilidad pueda quedar en entre dicho, haciendo difícil o imposible el cumplimiento de una ulterior sentencia anulatoria.

En otros casos (ya a nivel autonómico), ante la solicitud de suspensión de la ejecutividad de un auto de desahucio, fundamentada en la exigencia de impedir que: “la ejecución inmediata de un desahucio de vivienda pueda originar, en quien la habita, perjuicios de muy difícil reparación” (interés que fue considerado por el solicitante prevalente frente al

---

<sup>253</sup> Véase v.g. ATS 24 de Julio de 1991 (RJ 6362) Excmo. Sr. Pedro Esteban Álamo, estudiado en el trabajo de BAÑO LEÓN, J.M., *Las medidas cautelares en el recurso Contencioso-Administrativo... Ob. Cit.*, pág. 264 y RUIZ PIÑERO, F., *Ob. Cit.*, Pág. 158. En la misma línea argumentativa la SSTS 11 de abril 2001 (RJ4661) Ponente: Excmo. Sr. Juan Manuel Sanz Bayón; 5 de diciembre de 1996 (RJ\9201), 7 de marzo 2001 (RJ 34776), Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil, 21 de julio de 1998 (RJ\5764) Ponente: Excmo. Sr. Juan Manuel Sanz Bayón y AATS 3 de enero de 1992 (RJ\702), 7 de octubre de 1992 (RJ\8028) Ponente: Excmo. Sr. Mariano de Oro-Pulido y López, 9 de junio de 1992 (RJ\4784) Ponente: Excmo. Sr. Enrique Cancer Lalanne, 15 de noviembre de 1990 (RJ\8931) , 31 de diciembre de 1993 (RJ\9855) Ponente: Excmo. Sr. Jaime Barrio Iglesias y 20 de marzo de 1997 (RJ\1686) Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil.

<sup>254</sup> STS de 5 diciembre 1996 (RJ 9201). Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil. En esta misma línea STS 10 de octubre de 2000 (RJ\10001) Ponente: Excmo. Sr. Ricardo Enríquez Sancho, 28 de octubre de 1996 (RJ\7596) y 11 de julio de 1995 (RJ\5457) Ponente: Excmo. Sr. Jaime Barrio Iglesias.



público por cuanto: “la Administración demandada no ha concretado qué servicio público ha de instalarse en la finca”), el Tribunal Superior de Cataluña, de manera genérica, ha recurrido a la fórmula de futura indemnización del administrado para revocar la medida cautelar. Los argumentos utilizados fueron: “Es obvio que tal doctrina de fundamento y naturaleza estrictamente civilística es totalmente inaplicable (...) ya que la finca ocupada por el recurrente fue adquirida por el Ayuntamiento como cesión obligatoria y gratuita derivada de un Proyecto de Reparcelación del Sector de la urbanización prioritaria Riera Gasulla por cuyo hecho el Ayuntamiento instruyó el correspondiente expediente de desahucio administrativo (...) tales cesiones se realizan en pleno dominio y conllevan los mismos efectos que la expropiación, sin perjuicio de lo que sea indemnizable (...) nos encontramos ante un supuesto genuino de la gestión urbanística de indudable interés público, cuya finalidad legítima es la de proceder a la urbanización del ámbito objeto de la reparcelación, que, en este estado procesal debe ser protegido frente al interés particular, sin perjuicio de lo que en su día se declare respecto al fondo del asunto”<sup>255</sup>.

Queda claro, entonces, que, en el ámbito propio de la gestión urbanística para la adopción de medidas cautelares resulta predominante, para el Alto Tribunal, el **criterio de daños y perjuicios irremediabiles** (*periculum in mora*). Lo anterior, quiere decir, que la mayor parte de los perjuicios ocasionados a los particulares, con la ejecución de proyectos de reparcelación, compensación o de actuación urbanística, dudosamente legales, son calificados como daños económicos; razón por la que se traducen, de forma automática, en compensaciones monetarias *ex post*. Esta línea jurisprudencial, que resalta el criterio de solvencia económica, “resulta reprochable desde la teoría general de las medidas cautelares”<sup>256</sup>, por dos razones: la primera, porque como lo hemos venido repitiendo, el análisis sobre la adopción o denegación de medidas cautelares no puede responder a fórmulas marco de compensaciones posteriores a los particulares por todo daño irrogado por la Administración, por el

---

<sup>255</sup> Sentencia Tribunal Supremo de Cataluña 26 septiembre de 2000 (JUR 18860) Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Quiroga Vázquez. En la misma línea: ATS 24 diciembre 1991(RJ 1412).

<sup>256</sup> DE LA SIERRA, S., “Medidas Cautelares”, en *Fundamentos... Ob. Cit.*, pág. 952.

contrario, el examen sobre la irreparabilidad de los perjuicios debe ser casuístico y pormenorizado, sólo de esta manera la respuesta jurisdiccional responderá adecuadamente a la pretensión cautelar incoada. La segunda, porque aún en el caso en el que concurran perjuicios meramente económicos, el juez puede exigir al solicitante de la medida cautelar la prestación de una caución<sup>257</sup>. Sobre este último punto vale la pena enfatizar que en el ámbito urbanístico y ambiental, cuando se pretenda la defensa de intereses colectivos, la exigencia de contracautela debe ser analizada con suma prudencia. Si bien es cierto que el administrado (generalmente reunido en asociaciones) debe ejercer su facultad de solicitar medidas cautelares de manera responsable para, de ésta manera, evitar su uso ilegal, también lo es, que exigirle una fianza cuando pretende impedir que se causen perjuicios a intereses colectivos, sin que la adopción de la cautela le reporte ningún tipo beneficio privado, podría conllevar al desuso de la solicitud de medidas cautelares<sup>258</sup>.

En ejemplos como los arriba estudiados se aprecia, que aunque con la ejecución de los proyectos de gestión se produzcan situaciones difícilmente reversibles para los terrenos que harían imposible la ejecución de un posterior fallo anulatorio, los perjuicios para los particulares se traducen en indemnizaciones económicas posteriores<sup>259</sup>.

Como se estudiará más adelante, la medida cautelar por excelencia, adoptada por los Jueces y Tribunales frente a la impugnación de un instrumento de ejecución del planeamiento es la anotación preventiva de la

---

<sup>257</sup> En el mismo sentido, *Ibidem*, pág. 63. "las reticencias judiciales a adoptar medidas cautelares en los supuestos en que únicamente puedan concurrir perjuicios de tipo económico pueden vencerse acudiendo a un instrumento tan útil como poco utilizado, cuales son las cauciones."

<sup>258</sup> En este sentido de JORDANO FRAGA, J., "El proceso de afirmación del medio ambiente como interés público prevalente o la tutela cautelar ambiental efectiva: La Suspensión de los actos administrativos por la razón ..." en *Revista de Administración Pública ... Ob. Cit.*, pág. 198; y refiriéndose al ejercicio de la acción pública por medio del cual una asociación defensora de intereses colectivos medioambientales impugna la validez de una orden departamental el ATSJ de Canarias de 3 de marzo de 2009.

<sup>259</sup> Sobre el análisis caso por caso del perjuicio económico, *vid* ATS 16 de octubre de 1990 (RJ/8244) Ponente. Excmo. Sr. Bruguera Manté. Sobre el criterio de solvencia económica *vid* SSTs 21 de julio de 1998 (RJ\5764) y 6 de julio de 1998 (RJ \5741) ambas del Ponente: Excmo. Sr. Juan Manuel Sanz Bayón.

demanda sobre las fincas concretas afectadas por el proyecto de compensación o reparcelación o demás instrumentos urbanísticos.

#### **IV. Medidas cautelares en la etapa de Disciplina Urbanística**

##### **1. Observaciones generales sobre el concepto y contenido de la disciplina urbanística.**

En el planeamiento urbanístico se ha definido el modelo de ciudad pretendida, los límites, deberes, plazos y prohibiciones de los propietarios de toda clase de terrenos afectados, y que, con la ejecución del plan se han construido materialmente las previsiones hechas en los distintos tipos de instrumentos de ordenación, a través, de la puesta en marcha de los proyectos de actuación urbanística. Resta por lo tanto, describir la etapa del proceso urbanístico encargada de la aplicación efectiva de las leyes urbanísticas, de controlar el cumplimiento de las disposiciones arriba mencionadas, de actuar frente a posibles incumplimientos, en términos generales, de proteger la legalidad urbanística: La disciplina urbanística<sup>260</sup>. “De nada serviría el delicado y complejo entramado de instituciones y técnicas puesto al servicio de la racionalización del uso y aprovechamiento del suelo, el perfecto desarrollo del proceso urbanístico conforme a la secuencia planificación – ejecución, si no quedara luego asegurada permanentemente la observancia de la ordenación material reguladora de los usos y aprovechamientos, de los actos de utilización del suelo y de las edificaciones, construcciones e instalaciones”<sup>261</sup>.

---

<sup>260</sup> “Al amparo de los términos «disciplina urbanística» deben considerarse no sólo los procedimientos estrictamente sancionadores, sino también todos aquellos que pretenden medidas de restablecimiento del orden urbanístico” FUERTES LÓPEZ, M., REBOLLO, L.M., BUSTILLO BOLADOR, R (Dir.): “Inscripción registral de garantías y derechos urbanísticos”, en *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Aranzadi, Pamplona 2007, pág. 1007.

<sup>261</sup> PAREJO ALFONSO, L., *La Disciplina Urbanística* Iustel, Madrid, 2006, pág. 13: “Dos poderosas razones fundamentan el desarrollo de los mecanismos de disciplina (concretamente los de protección de legalidad y de sanción de la infracción de ésta)”.

Conviene en este punto recordar, una vez más, que son las Comunidades Autónomas las competentes para regular la materia propia de la disciplina urbanística y que sus Legislaciones Urbanísticas conservan en este ámbito el esquema general propuesto por el TRLS76.

El Ordenamiento Jurídico Estatal (TRL576) y Autonómico que hemos venido analizando, en materia de suelo y urbanismo, utiliza en sentido amplio el término “*medidas de protección de la legalidad*”, enmarcando dentro de éste las competencias de las Administraciones Públicas correspondientes a:

- Inspección urbanística
- Adopción de medidas de protección y restauración de la legalidad en sentido estricto.
- Imposición de sanciones por infracciones urbanísticas<sup>262</sup>.

Los anteriores instrumentos conforman un conjunto de herramientas preventivas y de represión administrativa radicados bajo la titularidad de las Administraciones Autonómicas<sup>263</sup>. “Instrumentos técnicos, económicos y jurídicos”<sup>264</sup> puestos a disposición de la Administración para impedir las transgresiones a la legalidad urbanística, “y en caso de producirse, reparar sus consecuencias dañosas mediante el restablecimiento de la ordenación infringida, la reposición de las cosas al estado

---

<sup>262</sup> El Art. 191.2 TRLS de Cataluña, y Art. el 294.1 de Reglamento de Urbanismo, consagran expresamente, además de las facultades enunciadas anteriormente, la potestad de determinar los daños y perjuicios causados por la vulneración de la legalidad urbanística, medida ésta que no está ausente en los demás ordenamientos autonómicos, pues, si bien no viene enumerada en el listado general de competencias, está contemplada cuando (los daños se causan y se prueban) como consecuencia de la declaración de ilegalidad de la obra.

<sup>263</sup> Por Regla general las competencias de protección de la legalidad urbanística corresponden a los municipios (entendiéndose también en este sentido sus denominaciones homologas) dentro del territorio municipal. No obstante lo anterior, consagran las legislaciones autonómicas estudiadas, que en supuestos de inactividad del la administración local, o en aquellos en los cuales se vean involucrados intereses supramunicipales, la administración autonómica se abrogará se competencia.

<sup>264</sup> BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico... Ob. Cit.*, Pág. 492.

anterior y el castigo de esas conductas”<sup>265</sup>.

### **1.1 Naturaleza jurídica de los actos dictados en la etapa de disciplina urbanística.**

De las actuaciones en materia de disciplina no se predica el carácter normativo; si ya los solos actos dictados en la etapa de gestión son considerados como de ejecución de lo previsto en el planeamiento, y por tal razón puramente administrativos, con mayor razón, los actos emanados en materia de disciplina urbanística tendrán el mismo carácter. Se trata de “actos administrativos concretos, de mera ejecución (...), con destinatarios y periodos de vigencia determinados (...) sin perjuicio de que al impugnar estos puedan también impugnarse indirectamente el plan”<sup>266</sup> que les regule.

## **2. Medidas cautelares de protección de la legalidad.**

La disciplina urbanística es otra de las ramas en donde se habilita a la Administración para utilizar herramientas cautelares, “no ya como un justo equilibrio entre la exigencias de interés general de la comunidad y la salvaguarda de intereses particulares”<sup>267</sup> sino, en principio, en virtud

---

<sup>265</sup> VILLALBA CASAS, J. J., "La protección de la legalidad urbanística", en *Derecho Urbanístico de Castilla y León*, Madrid, 2007, pág. 1319. En el mismo sentido: STS 3 de junio de 1987 (RJ/5920) Ponente: Excmo. Sr. Francisco González Navarro. “Desde el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y, sucesivamente, la mayoría de las leyes autonómicas, vienen a regular conjuntamente bajo dicha denominación no sólo la potestad sancionadora sino, también, un elenco de técnicas e instrumentos de naturaleza no sancionadora que persiguen el restablecimiento de la realidad física alterada por la infracción urbanística. Estamos, pues, en presencia de dos potestades diferentes en su origen y finalidad (sancionadora y de intervención), aunque compatibles y autónomas”.

<sup>266</sup> ESTÉVEZ GOYTRE, R. "El urbanismo y la Jurisdicción...", en *revista de derecho urbanístico...* pág. 341.

<sup>267</sup> VILLALÓN PRIETO, J. C., "Las edificaciones sin licencia urbanística frente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito de las sentencias Vitello, de 17/072007 y

de la prerrogativa de la autotutela administrativa. Del grupo de potestades y deberes<sup>268</sup> de la Administración que conforman el contenido de ésta rama del derecho urbanístico será necesario destacar, atendiendo a su naturaleza provisoria y cautelar<sup>269</sup> y tomando en consideración su finalidad de preservación de una determinada situación fáctica (cuando no existe acto autorizador o cuando aun existiendo éste es legal) o jurídica (en el caso de mediar licencia u orden de ejecución ilegal) para evitar futuros perjuicios en tanto se defina plenamente sobre su legalidad, la regulación de la “*adopción de medidas de protección y restauración de la legalidad*” en sentido estricto.

El articulado de la normativa autonómica sobre medidas de protección y restauración de la legalidad, al que se hará referencia en este apartado, está integrado por las Leyes del Suelo y sus correspondientes Reglamentos de desarrollo de las Comunidades de Castilla y León,<sup>270</sup> Cataluña,<sup>271</sup>

---

Paudicio, de 24/05/2007, ambas contra Italia” en *Revista de derecho administrativo*, 139, 2008, pág. 557 - 592.

<sup>268</sup> Entre otros pronunciamientos la STS 24 de febrero de 1997 (RJ 1997\1289) Ponente: Excmo. Sr. Manuel Vicente Garzón Herrero, establece: “Las competencias que en materia urbanística el TRLS confiere a los Ayuntamientos son, por regla general, regladas, y desde luego lo son las destinadas a restablecer la legalidad urbanística. Quiere decirse con ello que cuando se den los presupuestos de hecho a los que el ordenamiento anuda una consecuencia jurídica, el Ayuntamiento no puede obviarla en función de consideraciones discrecionales de política urbanística”. En el mismo sentido: ÚBEDA TARANJO, F., “Suspensión de la eficacia de las autorizaciones urbanísticas ilegales. Un análisis desde el Art. 184 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio de Canarias y Espacios Naturales de Canarias.” en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, Núm. 251, 2009, pág. 35 - 59. 42. “ante la existencia de una infracción urbanística la Administración no se rige por el principio de oportunidad sino por el principio de legalidad”

<sup>269</sup> PAREJO ALFONSO, L., *La Disciplina... Ob. Cit.*, pág. 43. “Se trata, pues, de una potestad específica distinta a la suspensión de la eficacia de los actos administrativos, reconocida con carácter general (como accesoria de la potestad de anulación o revocación en vía de recurso) y con carácter particular para la materia urbanística (como inherente a la potestad de revisión, aun sin ser en vía de recurso), sólo tienen en común su naturaleza básica de medida cautelar para evitar la ulterior consolidación de situaciones fácticas, en tanto se decide definitiva y plenariamente sobre su legalidad”.

<sup>270</sup> Art. 111 y ss. Ley de urbanismo 5/1999, de 8 de abril modificada por la Ley 4/2008, de 15 de septiembre de medidas sobre urbanismo y suelo (LCyL 106); Art. 264 y ss. del Reglamento de Urbanismo de Castilla y León, Decreto 22/2004, de 29 enero (LCyL 2004\49).

Galicia,<sup>272</sup> País Vasco,<sup>273</sup> y Madrid<sup>274</sup>. Como nota general, la normativa citada se caracteriza por seguir los lineamientos planteados por los Art.184 y ss. TRLS76 y los Art. 248 y ss. TRLS 92.

En los siguientes párrafos, se abordarán las obras en ejecución sin licencia u orden de ejecución, las obras en ejecución con licencia u orden de ejecución pero que no se ajustan a ella, y a las obras realizadas directamente con licencias ilegales, o sobre zonas de dominio público, circunstancias éstas que se enmarcan dentro de los supuestos de la disciplina urbanística<sup>275</sup>.

## **2.1 Rasgos Comunes a la legislación autonómica citada en materia de medidas cautelares de protección de la legalidad urbanística en sentido estricto.**

Las disposiciones normativas mencionadas al inicio de éste apartado, determinan los supuestos de infracción de la legalidad urbanística en los que se requiere la adopción de medidas preventivas de protección y restauración de la misma. Dichos supuestos han sido clasificados por la

---

<sup>271</sup> Art. 63, 90 y 191 y ss. del Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio (LCAT 530); modificado por Decreto-ley 1/2007, de 16 octubre sobre medidas urgentes en materia urbanística (LCAT \597); y Art. 364 – 276 del Reglamento de Ley de Urbanismo de 2006, Decreto 305/2006, de 18 julio (LCAT/ 590).

<sup>272</sup> Art. 209 – 226 de la Ley del suelo y urbanismo 9/ 2002, de 30 diciembre (LG\377), Ley 2/2010, 25 de marzo, de medidas urgentes.

<sup>273</sup> Art. 219 - 224 de la Ley del Suelo y Urbanismo Ley 2/2006, de 30 junio (LPV \256), desarrollada por Decreto 105/2008, de 3 de junio sobre medidas urgentes (LA LEY 8313).

<sup>274</sup> Art. 193 – 202 de la Ley del Suelo de Madrid 9/2001, de 17 julio (LCM 385), modificada por la Ley 3/2007 de 26 de julio sobre medidas urgentes de modernización del gobierno y la administración de la comunidad de Madrid

<sup>275</sup> Sobre el ámbito de la protección de la legalidad urbanística y los distintos supuestos legales *vid:* PAREJO ALFONSO, L., *La Disciplina... Ob. Cit.*, pág. 31 y ss.

doctrina<sup>276</sup> en:

- a. Actos de uso del suelo en ejecución, sin licencia u orden de ejecución.
- b. Actos de uso del suelo en ejecución, con licencia u orden de ejecución que no se ajustan a ellas.
- c. Actos de uso del suelo concluidos, sin licencia urbanística u orden de ejecución y actos concluidos que no se ajusten a las licencias u órdenes de ejecución<sup>277</sup>.
- d. Actos de uso del suelo sobre terrenos de dominio público, zonas verdes o espacios públicos que vulneran la ordenación urbanística.
- e. Actos de uso del suelo en ejecución o concluidos, realizados al amparo de una licencia u orden de ejecución que constituye manifiesta infracción grave o vulnera el ordenamiento urbanístico.

Es necesario, entonces, mirar el denominador común a los ordenamientos autonómicos del suelo, por lo que respecta a cada una de estas hipótesis:

---

<sup>276</sup> Entre otras no menos importantes, las obras de: PARADA, R., *Derecho administrativo III ... Ob. Cit.*, pág. 537 y ss.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Manual de derecho ... Ob. Cit.*, pág.; 235 - 268; y los trabajos de: GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., "Protección de la legalidad urbanística", en *Urbanismo. La propiedad ante el urbanismo. Planificación y gestión urbanística. Licencias y disciplina urbanística. Expropiación forzosa*, Granada, 2007, pág. 383 - 427; BELADÍEZ ROJO, M., "Los vicios de los actos urbanísticos y su revisión", en *Revista de Administración Pública* Num. 138, 1995, pág. 143 - 179.; VALDÉS CAO, J., "Protección de la Legalidad Urbanística", en *Revista de Estudios Locales (CUNAL)*, Número Extraordinario, 1999, pág. 408 - 431.; DIEZ SÁNCHEZ, "La protección de la legalidad urbanística", en *Derecho Urbanístico Estatal y autonómico. Coordinador Sosa Wagner F. y Quintana López T.*, Tirant lo Blanch, 2001, pág 1505 y ss.; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., "Notas sobre disciplina urbanística: un estudio de la reciente jurisprudencia", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, Núm. 238 2007, pág. 11-56.

<sup>277</sup> Este tercer supuesto, referido a actos de uso del suelo ya concluidos, no será estudiado en el presente trabajo, ya que por tratarse de actos terminados o concluidos, no cabe la adopción de ninguna medida cautelar, acudiendo la administración directamente a la incoación del procedimiento de restauración de la legalidad urbanística (dentro del que se podrán adoptar las medidas propias del Art. 111 LRJAP y PAC en vía de recurso administrativo), así como, el inicio del procedimiento sancionador.



### **a. Actos de uso del suelo en ejecución sin licencia u orden de ejecución.**

En este supuesto, se incluyen los actos de uso del suelo para cuya realización se exige por el ordenamiento jurídico la obtención de una licencia previa que se están ejecutando careciendo de aquella o de manera clandestina.

En estas circunstancias, el órgano municipal competente, una vez enterado de la situación de hecho irregular, deberá ordenar:

1. La paralización de los actos en ejecución con carácter inmediatamente ejecutivo.
2. La incoación de procedimiento sancionador de la infracción urbanística.
3. El inicio del procedimiento de restauración de la legalidad<sup>278</sup>.

De estos tres instrumentos, interesa destacar, por su núcleo preventivo – cautelar, la primera: paralización de los actos de ejecución.

#### **1. Paralización de los actos de ejecución:**

Se trata de una medida (ordenada por el Alcalde del Municipio<sup>279</sup>)

---

<sup>278</sup> Iniciado el procedimiento de restauración de la legalidad urbanística, el órgano competente también podrá adoptar, previa motivación, todas las medidas cautelares necesarias para garantizar la eficacia de la resolución final. Esta facultad se contempla en el Art. 195 del TRLS Cataluña, recordando nuevamente el Art. 111 LRJAP y PAC en vía de recurso administrativo.

<sup>279</sup> Art. 184.1 TRLS76. En este sentido: PAREJO ALFONSO, L., *La Disciplina... Ob. Cit.*, pág. 52 explica cómo opera la competencia por sustitución en caso de que el Alcalde no ejerza dicha competencia en el plazo legal. En el mismo sentido STS 29 de junio de 1998 “ha de reconocerse inicialmente la competencia para ordenar la suspensión de la obra al (...) Alcalde del respectivo Ayuntamiento y sólo en el supuesto de que se incumpliera tal obligación edilicia puede subrogarse la Administración de la Comunidad Autónoma Correspondiente, previo requerimiento del órgano Autonómico al Alcalde (...)” y STC de 11 de febrero de 1999 “ La competencia autonómica es señal de sustitución del municipio por la inactividad material de éste (...) la sustitución de que se trata no comporta juicio o control de legalidad alguno de la conducta municipal (que sería inconstitucional), sino exclusivamente un acto de comprobación de una circunstancia fáctica (...). Valga lo dicho para la suspensión de actos y obras en ejecución con licencia u orden de ejecución que no se ajustan a ellas.

destinada a mantener el *statu quo* de los actos materiales, no legitimados debidamente, hasta tanto no se decida sobre su legalidad y a impedir la consolidación de las situaciones de clandestinidad que, por carecer del acto previo necesario de autorización (la licencia o orden de ejecución), vulneran la legalidad urbanística. Esta naturaleza ha llevado al Tribunal Supremo a reconocer, en múltiples pronunciamientos, el carácter de *resolución cautelar*<sup>280</sup> de la decisión que ordena la paralización de obras.

La cautela de paralización de obras persigue entonces, como su nombre lo indica, la interrupción de las obras en el estado en que se encuentren. Por su carácter urgente y por tener su causa en la protección del interés público<sup>281</sup>. Ésta medida puede ser ordenada "*inaudita parte*"<sup>282</sup> y deberá ser notificada, posteriormente, a quien tenga bajo su titularidad la ejecución de la obra clandestina, llámese promotor, constructor, técnico director o propietario de los terrenos (en el caso de no coincidir estas denominaciones bajo la titularidad de la misma persona, se les notificará a

---

<sup>280</sup> Entre otras, STS 28 de mayo de 1996 (RJ \4205) Ponente: Excmo. Sr. Juan Manuel Sanz Bayón. "(...) la suspensión es una resolución cautelar susceptible de impugnación como asimismo el citado requerimiento que puede llevar consigo".

<sup>281</sup> VILLALBA CASAS, J.J., *Ob. Cit.*, Pág. 1330. Valga decir que en el ámbito ambiental la suspensión de obras y proyectos está contemplada, en las leyes autonómicas, como una respuesta inmediata en aquellos casos en los que se haya preterido o manipulado la evaluación de impacto ambiental, o para todos los supuestos de comisión de infracciones a la normativa de medio ambiente.

<sup>282</sup> STS 9 de julio de 1999 (RJ 6282) Ponente: Excmo. Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. "Esta Sala tiene declarado en jurisprudencia constante (...) que no es necesaria la audiencia previa para decretar la orden de paralización de una obra que se realiza sin licencia o sin ajustarse a ella, dada la naturaleza de medida netamente cautelar que ostenta tal acto administrativo y los propios términos del citado artículo 184 del TRLS, a cuyos efectos lo relevante urbanísticamente no es quién pueda ser el propietario del solar o inmueble afectado, sino quién esté ejecutando las obras, que es el interesado al que puede y debe dirigirse la orden de paralización de las mismas". En el mismo sentido: STS 27 de octubre de 1998 (RJ/8450) Ponente: Excmo. Sr. Juan Manuel Sanz Bayón; STS 18 de julio de 1997 (RJ/ 5665) Ponente: Excmo. Sr. Manuel Vicente Garzón Herrero Ponente: y 2 de julio de 1997 (RJ 6037) Excmo. Sr. Ricardo Enríquez Sancho. Sobre este punto PAREJO ALFONSO, L., *La Disciplina... Ob. Cit.*, pág. 48 considera que la inmediatez no excluye la comprobación de unos trámites mínimos dirigidos, en primer lugar, a la constatación de la realidad de los actos materiales de edificación y uso del suelo y de su situación aún «en curso de realización» y, en segundo lugar, a la comprobación de su no legitimación por una licencia u orden de ejecución.

todos los que tengan labores de dirección y ejecución en la edificación, o acto de uso del suelo objeto de la medida), debiendo cada uno de éstos cumplir la medida en el ámbito de su autoridad.

Así mismo, los afectados con la medida, estarán legitimados para impugnar autónoma e inmediatamente la “resolución cautelar”<sup>283</sup> de suspensión de obras en vía jurisdiccional<sup>284</sup>, argumentando su interés claro de proseguir con las obras que está emprendiendo y justificando el perjuicio que se le causa por la interrupción de las mismas. En todo caso, adelante que, en vía jurisdiccional, el precedente jurisprudencial para este supuesto otorga prelación al criterio de *ponderación de intereses* del Art. 130 LJCA, el cual interpreta “favorable al interés público que demanda la ejecutividad del acuerdo de suspensión”<sup>285</sup> frente al perjuicio que comporta la paralización de la obra para el administrado.

Más flexible con el administrado en materia de suspensión de obras se muestra el Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña<sup>286</sup>, ya que, en su Art. 197, otorga carácter provisional a la primera resolución de suspensión de los actos en ejecución sin licencia o clandestinos y, a

---

<sup>283</sup> La resolución que ordena suspensión tiene la naturaleza de acto administrativo definitivo y por lo tanto susceptible de impugnación independiente.

<sup>284</sup> Como lo hemos mencionado, ha reiterado la jurisprudencia que “las medidas de suspensión de los actos y requerimiento de legalización, (...) no son actos de mero trámite, pues la suspensión es una resolución cautelar susceptible de impugnación como asimismo el citado requerimiento que puede llevar consigo”. Entre otras, STS 28 de mayo de 1996 (RJ \4205) Ponente: Excmo. Sr. Juan Manuel Sanz Bayón; STS 5 de mayo de 1994 (RJ\3786) Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil; STS 25 de marzo de 1994 (RJ \1819) Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Delgado Barrio.

<sup>285</sup> Como lo advierte el trabajo de VILLALBA CASAS, J.J., *Ob. Cit.*, Pág. 1332 “cuando se ha recurrido la orden de paralización, la jurisprudencia ha venido siendo reacia a la suspensión jurisdiccional de dicho acuerdo” *V. gr.*, STS 9 de mayo de 1996 (RJ \3972) Ponente: Excmo. Sr. Mariano de Oro-Pulido y López “(...) y así en esta línea viene declarando, en relación con los efectos de la suspensión de las licencias, que aun reconociendo los perjuicios que comporta toda orden de paralización de obras, el interés público demanda la ejecutividad del acuerdo de suspensión con una intensidad tal que sólo perjuicios de una excepcional entidad podrán provocar la suspensión jurisdiccional de dicho acuerdo -Autos de 15 julio 1988 ( RJ\6078) y 19 abril 1990 ( RJ \3607)”. En la misma línea STS 19 abril de 1995 (RJ \3160) Ponente: Excmo. Sr. Mariano de Oro-Pulido y López.

<sup>286</sup> D. Legislativo 1/2005 de 26 de julio, modificado por D. Ley 1/2007 de 16 octubre.

renglón seguido, expresa “*el deber de ratificar o modificar dicha resolución de suspensión provisional dentro de los quince días posteriores al vencimiento del plazo de audiencia de quince días que se otorga a las personas afectadas al notificarles la primera resolución*”. El afectado podrá ejercer su derecho de contradicción inmediatamente después de la notificación de la resolución, sin necesidad de esperar a la oportunidad contemplada dentro del proceso de restauración de la legalidad y, de no ratificarse la resolución de suspensión, la medida quedará automáticamente sin efecto.

Otra característica de esta herramienta legal es que, en algunos ordenamientos autonómicos<sup>287</sup>, lleva aparejado el retiro de los materiales y maquinarias preparados para ser utilizados, dentro de un término establecido por el mismo precepto legal. Especifican las normas que, en caso de renuencia del obligado al cumplimiento del retiro, podrá la autoridad competente ordenar un conjunto de medidas no cautelares (como algunas veces se denominan en estas normas)<sup>288</sup> sino de ejecución forzosa del acto de suspensión como son: el precinto de las instalaciones, el retiro de materiales y maquinaria que se consideren necesarios y la suspensión del suministro de servicios públicos domiciliarios.

A este respecto, merece la pena señalar **algunas especialidades autonómicas:**

---

<sup>287</sup> Art. 193.3 Ley del suelo de Madrid 9/2001 de 17 de julio, modificada por la Ley 3/2007, de 26 de julio, sobre medidas urgentes de modernización del Gobierno y la Administración y El Art. 341.4 Ley de urbanismo de Castilla y León 5/1999 de 8 de abril modificada por la Ley 4/2008 de 15 de septiembre.

<sup>288</sup> El Art. 341.4 Ley de urbanismo 5/1999 de 8 de abril modificada por la Ley 4/2008 de 15 de septiembre contempla “*Transcurrido el plazo establecido en el apartado anterior sin que se hayan cumplido las obligaciones allí citadas, o sin que se haya procedido a la propia paralización de los actos, el órgano municipal competente debe adoptar las siguientes medidas cautelares: a) Precintado del recinto de las obras y de las instalaciones, actividades u otros actos de uso del suelo en ejecución, y en especial de su acceso. b) Retirada de los materiales y de la maquinaria que se consideren necesarios, o cuando se trate de una demolición, acopio y preservación de todos los materiales y restos de la misma, en todo caso a costa del promotor, a quien corresponde satisfacer los gastos de transporte, depósito y custodia que se produzcan .c) Orden de corte de suministro a las entidades prestadoras de los servicios de suministro de agua, energía eléctrica, gas y telecomunicaciones, las cuales deben mantener el corte desde que se cumplan cinco días de la recepción de la orden hasta que se les notifique el otorgamiento de la licencia urbanística o el levantamiento de la orden de corte*”.

El ordenamiento Catalán por ejemplo, dando un orden sistemático diferente a las herramientas para paliar los efectos de las vulneraciones al ordenamiento urbanístico, no apareja el retiro de materiales y maquinarias a la suspensión cautelar inmediata de las obras, sino que, por el contrario, la contempla como medida cautelar autónoma, pero si es susceptible de decretarse solamente dentro del procedimiento de protección de la legalidad urbanística en el que se escuchará al afectado. Igual tratamiento reciben las medidas de: precinto de las instalaciones, clausura de los accesos, suspensión de servicios públicos domiciliarios o de su tramitación contractual, y suspensión del otorgamiento de la cédula de habitabilidad si procede. Estas últimas, como se mencionó anteriormente, sólo son enunciativas de todas aquellas que considere ordenar el órgano que esté adelantando el procedimiento de restauración de la legalidad, que sean pertinentes para garantizar la eficacia de la resolución final del procedimiento. (Art. 266.3 Reglamento de Ley de Urbanismo de 2006, Decreto 305/2006 de 18 julio).

En esta misma línea, el Art. 7 de Ley del Suelo y Urbanismo del País Vasco<sup>289</sup> concibe el precinto de las instalaciones, el retiro de materiales y maquinaria que se considere necesaria, la suspensión del suministro de servicios públicos domiciliarios y el desalojo como medidas independientes, susceptibles de ser decretadas en cualquier momento, pero, solamente con la finalidad de garantizar la efectividad del requerimiento de legalización hecho por la Administración al ciudadano.

De manera más amplia, son reguladas las medidas cautelares dentro del ámbito de la disciplina urbanística en la normativa sobre el uso del suelo de Galicia, porque además de autorizar al órgano competente para decretar, en cualquier momento y de manera autónoma, las medidas ya mencionadas, lo faculta para que decrete cualquier otra medida que considere conveniente para la efectividad de la orden de suspensión (Art. 209.2 de la Ley del suelo y urbanismo 9/ 2002 de 30 diciembre)<sup>290</sup>.

---

<sup>289</sup> Ley 2/2006 de 30 junio.

<sup>290</sup> Para mayor profundización sobre la ley de Suelo de la Comunidad Autónoma de Galicia ver el trabajo de: GONZÁLEZ MARIÑAS, P., "La nueva disciplina urbanística en Galicia: (Comentarios al capítulo III del Título VI de la ley 9/2002, de 30 de diciembre, de

Estas diferencias de preceptos tienen relevancia en los casos concretos, por ejemplo “en el caso de viviendas habitadas, la orden de precintado del recinto llevaría aparejada la de desalojo”<sup>291</sup>, situación que sería impensable en Castilla y León sin previa orden judicial para la medida de desalojo, pero que, parece posible de decidirse directamente para la autoridad administrativa en las comunidades de Galicia y País Vasco<sup>292</sup>.

Todas las medidas cautelares establecidas por las diversas normas autonómicas, en caso de ser ordenadas, deberán responder a la finalidad última de evitar la consumación de actos ilegales de uso del suelo y se tendrán que mantener hasta la concesión de la correspondiente licencia, esto es, hasta que el procedimiento de restauración de la legalidad urbanística hubiese determinado la compatibilidad de las obras clandestinas con el planeamiento urbanístico. De lo contrario, es decir, en el supuesto de ser denegada la licencia o de incompatibilidad de los actos clandestinos con el planeamiento urbanístico, la resolución administrativa dispondrá las decisiones de reconstrucción o demolición de los actos según corresponda, pero, en todo caso, cesarán los efectos de la medida cautelar.

### **b. Actos y obras en ejecución con licencia u orden de ejecución que no se ajustan a ellas.**

En este supuesto, se contemplan los actos de uso del suelo para cuya realización se exige por el ordenamiento jurídico la obtención de una licencia previa u orden de ejecución y que se estén ejecutando con licencia u orden de ejecución, pero, sin respetar las condiciones establecidas en las mismas.

Al ser una variación de la hipótesis explicada anteriormente, los Ordenamientos Jurídicos Autonómicos han plasmado, para evitar a consolidación de obras ilegales en curso de ejecución, las mismas

---

Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia)”, en *Derecho Urbanístico de Galicia (Dirección. Sánchez Goyanes, E.)* 2004, pág. 999 y ss.

<sup>291</sup> Ejemplo citado en el trabajo de VILLALBA CASAS, J.J., *Ob. Cit.*, Pág. 1332.

<sup>292</sup> Revista de derecho de Extremadura, N. 3, 2008, pág. 260 “Entrevista a D. Eduardo García de Enterría, Catedrático de Derecho Administrativo. Miembro de la Real Academia Española y de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia” «ha sido un error de la CE definir el urbanismo como una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, lo que ha dado lugar a sistemas urbanísticos contradictorios e imaginativos según el territorio».

herramientas de intervención administrativa ya expuestas. Las cautelas arriba enunciadas serán aplicables con la peculiaridad de que la paralización de obras se ordenará solamente respecto de los actos de uso del suelo no autorizados expresamente por la licencia u orden de ejecución, permitiéndose continuar con la porción acomodada a estos actos.

De esta situación, es ilustrativa la STSJ de la comunidad Valenciana<sup>293</sup> en donde el Tribunal utilizando los criterios de apariencia de buen derecho y, en especial, el de ponderación de intereses, recurre a la regla general de prevalencia del interés público en la ejecución del acto de suspensión y paralización de obras respecto del perjuicio del particular afectado que, en todo caso, podrá ser resarcido económicamente. “La posición municipal es que la licencia de obra comprendía sólo el tanatorio, y la parte actora expresamente manifiesta su intención de instalar el horno crematorio en el tanatorio (...) Planteada así la cuestión, no se dan las circunstancias de evidencia del derecho a la pretensión que se formula, ni reiterada jurisprudencia en la materia que pudiese sustentar la pretendida apariencia de buen derecho. La paralización de las obras que el Ayuntamiento entiende se están ejecutando sin contar con la correspondiente licencia por exceder de la concedida, causan a la parte actora un perjuicio de carácter puramente económico, pues en todo caso se trataría de un retraso en las obras, y como tal fácilmente reparable, sin que tal paralización haga perder su finalidad legítima al recurso (...) Por el contrario, el seguir ejecutando las obras que, en virtud del principio de presunción de legalidad de los actos administrativos, hay que entender que exceden de la licencia concedida y carece de proyecto de ejecución, causan un grave perjuicio al interés general, pues el que las obras se ajusten a la licencia concedida y no se ejecuten sin licencia o excediendo de aquélla, en definitiva el mantenimiento de la disciplina urbanística, es valor importante en materia urbanística”.

---

<sup>293</sup> (JUR \221771) Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Hervás Vercher. Sentencia citada en el trabajo de VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *Ob. Cit.*, Pág. 20.

**c. Actos de uso del suelo sobre terrenos de dominio público, zonas verdes o espacios públicos que vulneración la ordenación urbanística.**

Este supuesto contempla dos hipótesis:

La primera, los actos de construcción, parcelación, urbanización, edificación o, en general, todos los actos de uso del suelo que se realicen sin licencia u orden de ejecución, es decir, de manera clandestina, en terrenos calificados por el planeamiento urbanístico como de dominio público, zonas verdes o espacios libres públicos.

La segunda, los actos de construcción, edificación o en general de uso del suelo, que se realicen con una licencia u orden de ejecución ilegal en terrenos calificados como de dominio público, zonas verdes o espacios libres.

El Legislador Nacional y Autonómico, haciendo eco de los principios propios del estado social de derecho y, en aras de garantizar calidad de vida a los administrados, ha dotado de especial salvaguardia a las zonas de dominio público. Una de las manifestaciones de esta específica garantía se vislumbra en el régimen de protección de la legalidad aplicable a las transgresiones que afecten a los terrenos denominados como tales por los instrumentos de planeamiento<sup>294</sup>.

Los ordenamientos estudiados concuerdan en:

1. Reconducir los supuestos contemplados en la primera hipótesis (actos sin licencia en zona de dominio público...) al tratamiento dado para los actos de uso del suelo realizados de manera clandestina ya expuestos en este trabajo, pero, con la especialidad de que el ejercicio de las potestades de protección de la legalidad no quedará sujeto a plazo alguno<sup>295</sup>. Caso en el cual procederán las medidas cautelares sobredichas.

---

<sup>294</sup> Sobre la poca voluntad administrativa y la desigualdad en la aplicación de las normas de disciplina urbanística en zonas de especial protección vid: ÚBEDA TARANJO, F., "Suspensión de la eficacia de las autorizaciones urbanísticas ilegales. Un análisis... *Ob. Cit.*, pág. 35.

<sup>295</sup> Sobre los límites a la imprescriptibilidad ver: STS 3 de diciembre de 1992 (RJ \9742) Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Delgado Barrio: "La imprescriptibilidad alegada por la parte apelante y prevista en el art. 188 del Texto Refundido de 9-4-1976 y opera, sí, en el campo de la restauración de la realidad física alterada por la infracción referida a zonas verdes o espacios libres pero no en el ámbito de la potestad sancionadora de la



2. Encausar los supuestos considerados en la segunda hipótesis (actos con licencia ilegal realizados en zonas de dominio público...) en un proceso de nulidad del acto administrativo, dada la consideración legal previa de nulidad de pleno derecho de las licencias u órdenes de ejecución que legitimen actos que constituyan infracciones urbanísticas muy graves. En este caso, el ejercicio de la acción carece de limitación en el tiempo y requiere previo dictamen favorable del Consejo de Estado o del órgano consultivo autonómico correspondiente. Dentro de éste marco, las medidas cautelares serán las propias del Art. 130 LJCA.

Cabe recordar en este punto, como ya se ha dicho, que cuando se trata de infracciones urbanísticas que vulneren zonas de dominio público, el Tribunal Supremo ha preservado este tipo de terrenos no sólo de infracciones evidentes, notorias y patentes, sino también de cualquier tipo de actividad que les pueda producir algún tipo de lesión<sup>296</sup>.

**d. Actos de uso del suelo en ejecución o concluidos, realizados al amparo de una licencia u orden de ejecución que constituye manifiesta infracción grave, o, vulnera el ordenamiento urbanístico.**

Contrariamente a las hipótesis ya expuestas, en las que el fundamento de la necesidad de protección es principalmente material, en este supuesto, se contemplan los actos de uso del suelo amparados por una licencia u orden de ejecución cuyo contenido:

---

Administración que necesariamente ha de inspirarse en los principios propios del Derecho Penal -SS. 30-3-1987 ( RJ 1987\4162 ), 22-2-1988 ( RJ 1988\1378 ), 20-12-1989 ( RJ 1989\9222 ), 12 marzo, 3 y 18 abril, 20 junio, 31 octubre y 8 y 28 noviembre 1990 ( RJ 1990\1959 , RJ 1990\3578 , RJ 1990\3601 , RJ 1990\5218 , RJ 1990\8855 , RJ 1990\8816 y RJ 1990\9341 ), 24 junio y 26 noviembre 1991 ( RJ 1991\5251 y RJ 1991\9166 ), 23 enero y 22 abril 1992 ( RJ 1992\750 y RJ 1992\3838 ), etc.: si el Código Penal ha previsto la virtualidad de la prescripción en toda clase de delitos, incluidos los de mayor gravedad -art. 114-, insoslayablemente esa figura ha de desplegar sus efectos en todo tipo de infracciones urbanísticas, incluidas por tanto las que se producen respecto a zonas verdes o espacios libres”.

<sup>296</sup> Cfr. con la ya citada STS 5 de julio de 1999 (RJ\5884) Ponente: Excmo. Sr. Manuel Vicente Garzón Herrero. En el mismo sentido: PAREJO ALFONSO, L., *La Disciplina ... Ob. Cit.*, pág. 108 “Para la adopción de ésta medida basta con la apreciación de una infracción simple, por la licencia u orden de ejecución, de la zonificación o uso atribuido a la zona verde o espacio libre de que se trate, pues esta infracción determina por sí sola la consecuencia de la nulidad radical”

- Constituya manifiestamente una infracción urbanística muy grave o grave. Esto para las comunidades de Castilla y León<sup>297</sup>, Galicia<sup>298</sup> y Madrid<sup>299</sup>. En estas Comunidades Autónomas, que incorporaron la redacción del Art. 186 TRLS76, no bastará cualquier quebrantamiento del ordenamiento urbanístico, será necesario que dicha infracción sea manifiesta<sup>300</sup>.

- Vulnere la legalidad urbanística, esto para las comunidades de Cataluña<sup>301</sup> y País Vasco.<sup>302</sup>

Aunque en estos últimos ordenamientos jurídicos bastaría cualquier vulneración del ordenamiento urbanístico para legitimar las medidas que se explicarán seguidamente, el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia, tomando como referencia el Art. 186 TRLS76, ha considerado necesario que la infracción sea manifiesta, en el sentido de que sea advertida o conocida de modo patente, notorio o evidente, no exigiendo su apreciación acudir a interpretaciones analógicas o intrincados razonamientos jurídicos, siendo suficiente al respecto el simple enfren-

<sup>297</sup> Art. 119.1 Ley de urbanismo 5/1999 de 8 de abril, modificada por la Ley 472008 de Castilla y León.

<sup>298</sup> Art. 212 de la Ley del suelo y urbanismo 9/2002 de 30 diciembre, Ley 2/2010, modificada por la Ley de 25 de marzo, de medidas urgentes.

<sup>299</sup> Art. 193 - 202 de la Ley del Suelo de 9/2001 de 17 julio modificada por la Ley 3/2007 de 26 de Julio.

<sup>300</sup> La jurisprudencia ha entendido este precepto en el sentido de que "es necesario que la licencia infrinja de manera diáfana y manifiesta la normativa urbanística, por lo que la infracción no puede presentarse como dudosa, opinable o discutible, sino inequívoca o apreciable sin esfuerzo de interpretación de las normas". STS 30 de julio de 1991 (RJ\6369) Ponente: Excmo. Sr. Juan García-Ramos Iturralde. El concepto de manifiesta infracción urbanística también ha sido delimitado como: "patente, notorio o evidente, de manera que no exija su apreciación acudir a interpretaciones analógicas o a intrincados razonamientos jurídicos, y que baste al respecto el simple enfrentamiento del acuerdo por el que se haya otorgado o impartido la orden con el texto literal de las normas incumplidas". STS 4 de julio de 1990 (RJ\6017) Ponente: Excmo. Sr. Jaime Barrio Iglesias. En la misma línea STS 21 de marzo de 2006 (RJ\3711) Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate y 16 de mayo de 1998 (RJ/3847) Ponente: Excmo. Sr. Juan Manuel Sanz Bayón.

<sup>301</sup> Art. 200 del TRLU Decreto Legislativo 1/2005 de 26 de julio, modificado por Decreto-ley 1/2007 de 16 octubre y Art. 269.1 del RLU de 2006, Decreto 305/2006 de 18 julio.

<sup>302</sup> Art. 244 de la Ley del Suelo y Urbanismo Ley 2/2006 de 30 junio.

tamiento del acuerdo por el que se haya otorgado la licencia o impartido la orden con el texto literal de las normas incumplidas<sup>303</sup>. Salvo, como ya se mencionó, en aquellos casos en que los terrenos implicados ostenten la categoría de dominio público, zonas verdes o espacios públicos.

Se trata entonces, de situaciones en la que existe un acto administrativo presuntamente válido. "No necesariamente, la ejecución de obras o la realización de usos sobre el suelo, plenamente adaptados a la licencia u orden de ejecución, garantiza el respeto o la adecuación de los mismos al ordenamiento urbanístico. La razón es muy sencilla: no toda licencia u orden de ejecución resulta conforme al ordenamiento aplicable"<sup>304</sup>.

Ya no estamos hablando, como en los supuestos anteriores, de actos puramente materiales; precisamente por existir un título autorizante (licencia u orden de ejecución) y, en consecuencia, una apariencia de legalidad derivada del mismo (presunción de legitimidad de todos los actos administrativos), se trata de una realidad jurídica y, por lo tanto, su corrección se torna compleja, siendo necesario, como se verá, una participación dual: la del órgano administrativo competente y la de la jurisdicción contencioso administrativa.

Se regulan entonces, en la Normativa Autonómica del suelo que se viene analizando, dos situaciones al respecto:

1. Actos de uso del suelo, en ejecución, amparados por una licencia urbanística u orden de ejecución cuyo contenido configure una manifiesta infracción urbanística grave o que vulnere la legalidad, según el caso.

---

<sup>303</sup> A mayor abundamiento STS 27 junio 1990 (RJ \5343) Ponente: Excmo. Sr. Jaime Barrio Iglesias y 4 julio 1990 (RJ\6017) Ponente: Excmo. Sr. Jaime Barrio Iglesias. Este punto es estudiado, referido a la Legislación del Suelo de Canarias, en: ÚBEDA TARANJO, F., "Suspensión de la eficacia de las autorizaciones urbanísticas ilegales. Un análisis... *Ob. Cit.*, pág. 52 "el Legislador Canario (...) ha eliminado la exigencia de que la gravedad de la infracción sea manifiesta (en el sentido de notoria, indiscutible, patente y no exija su apreciación tener que acudir a interpretaciones complicadas) (...) bastando con la circunstancia de que pueda calificarse de grave o muy grave. Incumbe la descripción concreta de la infracción cometida y la carga de la prueba de su existencia y de su grado de gravedad a la Administración que promueve la nulidad jurisdiccional."

<sup>304</sup> DÍEZ SÁNCHEZ., "La protección de la legalidad urbanística", en *Derecho Urbanístico Estatal... Ob. cit.*, Pág. 15.

Interesa reiterar que, frente a este tipo de situaciones, el legislador autonómico, apoyado en actual Art. 127 LJCA, ha estimado oportuna una intervención dual para garantizar la protección de la legalidad:

Por un lado, faculta al órgano municipal competente para ordenar (Alcalde del municipio<sup>305</sup>), sin que sea necesario dar audiencia al administrado afectado<sup>306</sup>, la medida cautelar de suspensión inmediata de los efectos de la licencia urbanística u orden de ejecución. Esta decisión que supone la paralización inminente de los actos que se estén ejecutando bajo la protección de las mismas, evita “la progresión de la edificación que, *prima facie* y amparada por la licencia, vulnera la ordenación urbanística”<sup>307</sup>. Cabe anotar que la celeridad que reviste esta especial circunstancia, no da cabida a un procedimiento administrativo previo a la toma de decisión de suspensión y esta especial urgencia justifica (en los términos del Tribunal Supremo) el sacrificio, aunque *mínimo*<sup>308</sup>, de la seguridad jurídica que se ve afectada, dado que las obras se están reali-

---

<sup>305</sup> La intervención del órgano competente de la Comunidad Autónoma, incluso por vía de sustitución quedó derogada con la entrada en vigor de la LBRL Arts. 65y 66. En este sentido STS de 16 de julio de 1997.

<sup>306</sup> En este sentido la STS de 4 de febrero de 1997 (RJ \801) Ponente: Excmo. Sr. Manuel Vicente Garzón Herrero afirma: “Esta Sala viene declarando (...) la no exigibilidad del trámite de audiencia. Contrariamente a cuanto sostiene la parte recurrente, la medida cautelar prevista en el Art. 186 del antiguo Texto Refundido de la Ley del Suelo, no exige más procedimiento que el constatar que el contenido de una licencia municipal de obras constituye manifiestamente una infracción urbanística grave. Advertida tal circunstancia los trámites a seguir se ciñen a adoptar el pertinente acuerdo y dar traslado en el plazo perentorio previsto en el citado precepto a la Sala de lo Contencioso-Administrativo, a fin de que sea un Tribunal de Justicia quien revisando la medida adoptada por la autoridad municipal y con audiencia de la parte afectada, decida si procede anular la licencia o por el contrario alzar la suspensión”. En la misma línea STS 27 marzo 1987 (RJ \3951) Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Delgado Barrio y 13 noviembre 1990 ( RJ \8823) Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Delgado Barrio y 13 noviembre 1990.

<sup>307</sup> *Idem*.

<sup>308</sup> Con este adjetivo ha definido el Tribunal Supremo en la sentencia antedicha “El principio de eficacia de la actuación administrativa reclama la inmediata paralización de las obras, incluso con sacrificio del principio de seguridad jurídica. Pero tal sacrificio debe ser el mínimo imprescindible y así, dado que las obras se realizan en virtud de un título legitimador, la licencia, que es un acto declarativo de derechos, la Administración ha de dar traslado de su acuerdo al órgano jurisdiccional competente para que en un proceso de especial rapidez, resuelva lo procedente”.

zando en virtud de un acto de autorización de la Administración que las legítima.

A este respecto, El Art. 127 LJCA en comentario contempla un procedimiento especial ante la Jurisdicción Contencioso - Administrativa, con el objeto de desvirtuar, de forma rápida, la legalidad que reviste tanto la licencia<sup>309</sup>, como en su caso, la orden de ejecución. Es durante éste procedimiento dónde se establece el momento procesal idóneo para que el administrado afectado por la medida cautelar previa adoptada por la Administración ejerza su derecho de contradicción y defensa y tal facultad incluye la posibilidad de solicitar, ante la jurisdicción contenciosa, la suspensión de lo acordado por la Administración<sup>310</sup>.

Se ha venido diciendo que el procedimiento se rige por las reglas establecidas en el Art. 127 LJCA<sup>311</sup>, norma que habilita su inicio, bien con el

---

<sup>309</sup> Si la actividad de construcción no está sujeta a licencia no podrá utilizarse esta vía.

<sup>310</sup> En términos del propio PAREJO ALFONSO, L., *La Disciplina... Ob. Cit.*, pág. 86. Parece ser la condición puramente provisión del juicio de ilegalidad iniciado por la Administración y la sujeción de sus efectos a la inmediata revisión judicial, espacio idóneo para el ejercicio del derecho de defensa de los interesados, justifica la preterición del trámite de audiencia.

<sup>311</sup> Artículo 127 LJCA "1. En los casos en que, conforme a las Leyes, la suspensión administrativa de actos o acuerdos de Corporaciones o Entidades públicas deba ir seguida de la impugnación o traslado de aquellos ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se procederá conforme a lo dispuesto en este precepto. 2. En el plazo de los diez días siguientes a la fecha en que se hubiera dictado el acto de suspensión o en el que la Ley establezca, deberá interponerse el recurso contencioso-administrativo mediante escrito fundado, o darse traslado directo del acuerdo suspendido al órgano jurisdiccional, según proceda, acompañando en todo caso copia del citado acto de suspensión. 3. Interpuesto el recurso o trasladado el acuerdo suspendido, el órgano jurisdiccional requerirá a la Corporación o Entidad que lo hubiera dictado para que en el plazo de diez días remita el expediente administrativo, alegue lo que estime conveniente en defensa de aquél y notifique a cuantos tuvieran interés legítimo en su mantenimiento o anulación la existencia del procedimiento, a efectos de su comparecencia ante el órgano jurisdiccional en el plazo de diez días. 4. Recibido el expediente administrativo, el órgano jurisdiccional lo pondrá de manifiesto junto con las actuaciones a los comparecidos en el procedimiento, convocándolos para la celebración de la vista, que se celebrará como mínimo a los diez días de la puesta de manifiesto del expediente. 5. El órgano jurisdiccional podrá, motivadamente, sustituir el trámite de vista por el de alegaciones escritas, que se presentarán en el plazo común de los diez días siguientes a la notificación del auto en que así se acuerde. Podrá también abrir un período de prueba, para mejor proveer, por plazo

traslado (Comunidades de Castilla y León, Madrid y Galicia)<sup>312</sup> del acuerdo de suspensión ordenado, por la Administración, al órgano jurisdiccional competente, “constituyendo éste traslado una pretensión de anulación de la licencia, formulada por un órgano administrativo y dirigida a un órgano jurisdiccional, respetando el principio de seguridad jurídica.”<sup>313</sup>; bien, con la impugnación directa<sup>314</sup> (Comunidades de Cata-

---

*no superior a quince días. 6. Celebrada la vista o deducidas las alegaciones a que se refieren los apartados anteriores, se dictará sentencia por la que se anule o confirme el acto o acuerdo objeto del recurso, disponiendo lo que proceda en cuanto a la suspensión”.*

<sup>312</sup> Así se procede en las comunidades autónomas de Madrid, Castilla y León y Galicia. Art. 197 Ley del suelo de Madrid 9/2001 de 17 de julio, modificada por la Ley 3/2007, de 26 de julio, sobre medidas urgentes de modernización del Gobierno y la Administración; Art. 361.3 Ley de urbanismo Castilla y León 5/1999 de 8 de abril modificada por la Ley 4/2008 de 15 de septiembre.

<sup>313</sup> STS de 4 de febrero de 1997 (RJ \801) Ponente: Excmo. Sr. Manuel Vicente Garzón.

<sup>314</sup> Este es el caso de las Comunidades Autónomas de Cataluña y País Vasco, en donde las normas urbanísticas consagran la posibilidad de incoar el procedimiento especial del Art. 127 LJCA ante el contencioso administrativo, acompañando dicha iniciación con las medidas cautelares previas de suspensión de licencias u órdenes de ejecución y paralización de obras, si las obras se encontraran en ejecución. Véanse sobre este punto los artículos 200 TRLS Decreto Legislativo 1/2005 de 26 de julio modificado por Decreto-ley 1/2007 de 16 de octubre de Cataluña, “*Las licencias y las órdenes de ejecución el contenido de las cuales sea contrario a las determinaciones de esta Ley, de los planes urbanísticos o de las ordenanzas urbanísticas municipales deben ser revisadas siguiendo el procedimiento pertinente entre los que están establecidos para la revisión de los actos en vía administrativa. 2. El director o directora general de Urbanismo puede instar la incoación de los expedientes de revisión, mediante petición razonada efectuada al ayuntamiento, tanto si se trata de actos nulos como si se trata de actos anulables. 3. Si las obras autorizadas se encuentran en curso de ejecución, el órgano competente para acordar la incoación del expediente de revisión tiene que suspender la ejecutividad del acto administrativo y ordenar la paralización inmediata de las obras iniciadas al amparo de este acto. 4. El ayuntamiento debe acordar, si procede, mediante el pertinente procedimiento de restauración de la realidad física alterada, el derribo de las obras llevadas a cabo, siempre sin perjuicio de las responsabilidades que sean exigibles conforme a lo que dispone esta Ley*” y el artículo 244 Ley 2/2006, de 30 de junio, Suelo y Urbanismo del País Vasco: “*1.- Cuando las actividades constitutivas de infracción según esta ley se realicen o hayan realizado al amparo de una licencia u orden de ejecución y de acuerdo con sus determinaciones, no se podrá imponer sanción alguna en tanto no se proceda a la anulación del acto administrativo que les otorgue cobertura. 2.- En el caso previsto en el número anterior, y mientras aún se estén realizando las obras o desarrollándose los usos, el órgano municipal correspondiente dispondrá, cualquiera que sea la fecha de su adopción o dictado, la suspensión de los efectos de la licencia y orden de ejecución y,*

luña y País Vasco) de la licencia u orden de ejecución, interpuesta por el órgano competente de la administración, también ante la jurisdicción contenciosa.

La eficacia de la medida cautelar de suspensión del acto administrativo y paralización de obras quedará condicionada al traslado del acuerdo o a la impugnación del acto<sup>315</sup> dentro del término de 10 días establecido en el Art. 127.2 LJCA; de no cumplirse con éste requisito, la cautela devendrá automáticamente ineficaz. En todo caso, los efectos de la suspensión y paralización se extinguirán con la sentencia judicial anulatoria o declaratoria de legalidad de la licencia u orden de ejecución<sup>316</sup>.

De acuerdo con esto, surge un interrogante ¿qué tipo de irregularidades podrán constituir la infracción grave o muy grave y permitirán al Alcalde utilizar el procedimiento especial y sumario del Art. 127 LJCA para suspender la licencia u orden de ejecución? A este respecto, ha dicho el Tribunal Supremo que sólo podrán tramitarse por este procedimiento especial aquellas irregularidades, que constituyan infracciones graves o muy graves, en los términos de la Ley, de las que adolezca el contenido de la licencia o las obras que se realicen bajo su amparo. Ello excluye las irregularidades que no se refieran a actos de uso del suelo (edificación, construcción), sino al procedimiento mismo de concesión de la licencia. “Lo relevante en este punto es si la edificación proyectada causaría un «daño directo y de importancia» a los interesados protegidos por el ordenamiento urbanístico, entendido este en un sentido amplio, o si crearía para dichos intereses «un riesgo cierto e igualmente importante».”<sup>317</sup>

---

*consequently, the suspension of the works or the uses initiated under its protection, all in accordance with the norms that regulate the review of administrative acts.*

<sup>315</sup> STS 28 de mayo de 1991 (RJ \4301) Ponente: Excmo. Sr. Juan García-Ramos Iturralde; 25 de septiembre de 1995 (RJ \6680) Ponente: Excmo. Sr. Pedro Esteban Alamo; 21 de octubre de 1999 (RJ 6992) Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil.

<sup>316</sup> STS (RJ \542) Ponente: Excmo. Sr. Jaime Barrio Iglesias :“Si la sentencia declara la nulidad de la licencia o del acto por medio del cual se concede la orden de ejecución, se ordenará por parte de la administración, las medidas de restauración de la legalidad pertinentes: demolición de las obras ilegales o reconstrucción de las mismas en su caso, por el contrario, si la sentencia fuera declaratoria de la legalidad urbanística de la licencia u orden de ejecución, dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios causados al administrado que se le ha paralizado la obra”.

<sup>317</sup> STS 27 de junio de 1995 (RJ/5035) Ponente: Excmo. Sr. Jaime Barrio Iglesias.

Así mismo, “conviene advertir que los actos en curso de ejecución sometidos al régimen ahora estudiado no son sólo los que impliquen obras, sino cualesquiera de los autorizados por una licencia u orden de ejecución”<sup>318</sup>.

Como se deduce de lo dicho, el objeto de este especial procedimiento se reduce específicamente a la determinación de la existencia o no de la infracción manifiesta y grave que motivó la suspensión de la licencia u orden de ejecución y, en su caso, la paralización de obras legitimadas en tales autorizaciones. Dicho ello, la respuesta jurisdiccional será estrictamente la de anulación o la de declaración de legalidad del acto autorizante suspendido, y el fallo tendrá efecto de cosa juzgada respecto de las causas debatidas y así consideradas, por la jurisdicción, como infracciones graves y manifiestas de la licencia u orden de ejecución a la legalidad urbanística. “cualquier pretensión que requiera un pronunciamiento diverso sólo puede ventilarse, de ser factible, en vía de recurso contencioso administrativo ordinario [p.e. la indemnización de daños y perjuicios ocasionados al particular con la suspensión de la licencia que, finalmente, resulta lícita, o, la mera vulneración de la normativa urbanística de un modo no manifiesto ni grave]”<sup>319</sup>. Esta restricción en el objeto del procedimiento especial del Art. 127 LJCA ha da dado lugar a que algún sector de la doctrina<sup>320</sup> lo considere insuficiente y limitador de las potestades de reacción de la Administración pública frente a actos ilegales, por dejar los demás supuestos de ilegalidad (aquellos que no entran

---

<sup>318</sup> PAREJO ALFONSO, L., *La Disciplina... Ob. Cit.*, pág. 75 y ss. “Es claro, a título de ejemplo, que si la suspensión se refiere no a una licencia de obras, sino a una de primera ocupación o cambio objetivo del uso de una edificación, dicha suspensión puede llevar aparejada – si procede – la [suspensión] de la utilización de dicha edificación (a pesar de que no haya obra alguna cuya paralización sea pertinente”.

<sup>319</sup> PAREJO ALFONSO, L., *La Disciplina ... Ob. Cit.*, pág. 89. además este autor considera, acertadamente a mi juicio, que la no previsión explícita por el Art. 127 LJCA de un periodo probatorio que permita la consideración de la legalidad de la licencia u orden de ejecución frente a toda la normativa urbanística (no sólo frente a las incluidas en el expediente transmitido por la Administración), no impide el recibimiento la aplicación de la regla del procedimiento general, es decir, la apertura a pruebas por el término de quince días.

<sup>320</sup> DESDENTADO DAROCA, E., “El control de la legalidad urbanística ¿qué legalidad?” en *El control de la legalidad urbanística. El estatuto básico del empleado público (Actas del III Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Granada 8-9 de febrero de 2008)*, Tirant lo Blanch Valencia, 2009, pág. 1 y ss.



en la categoría de manifiestos y patentes) al margen de las posibilidades de impugnación mediante este medio sumario.

Lo anterior sin perjuicio de la facultad legal de revisión de los actos administrativos, cuya competencia poseen las Administraciones en los términos de los Art. 102 a 105 LRJPA. Adicional a ello, el objeto restrictivo del procedimiento especial del Art. 127 LJCA nos lleva a reconducir la impugnación de las ilegalidades no manifiestas ni patentes, pero si configuradoras de nulidades de pleno derecho, a través de la revisión de oficio<sup>321</sup>. Este mecanismo permitirá la suspensión de los efectos de la licencia (Art.104 LRJPA), pero, trasladará "sobre el particular la carga de recurrir"<sup>322</sup>, lo que resultará más conveniente para la Administración. No obstante lo ya dicho, se debe resaltar que: a. el Art. 127 LJCA contempla un procedimiento – sumario- hecho a medida para el supuesto aquí estudiado; b. que las obras se encuentran en etapa de ejecución y se pretende, como consecuencia de la suspensión de la licencia u orden de ejecución, la paralización inmediata de éstas con el fin de impedir la consolidación inminente de perjuicios a la legalidad urbanística y, por lo tanto, al interés general y c. que el pronto conocimiento de la jurisdicción contenciosa, de la legalidad de la licencia u orden de ejecución cuestionada, aumenta las garantías de efectividad de la tutela judicial. Por lo tanto, no carecen de razón aquellos que plantean como probable la reforma legal de cara a la ampliación del objeto de la vía de impugnación especial del Art. 127 LJCA. "Es indiscutible que la posibilidad de adoptar medidas cautelares de suspensión de la ejecución de licencias ilegales

---

<sup>321</sup> En este sentido DESDENTADO DAROCA, E., "El control de la legalidad urbanística..." en *El control de la legalidad urbanística... Ob. Cit.*, pág. 27y ss.

<sup>322</sup> BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico... Ob. Cit.*, pág. 524. en sentido contrario: PAREJO ALFONSO, L., *La Disciplina ... Ob. Cit.*, pág. 83 quien considera que el procedimiento del Art. 127 LJCA está concebido específicamente para la suspensión, por razones de legalidad, de los acuerdos de las corporaciones locales y, por lo tanto, obedece a las específicas circunstancias de dicho supuesto de hecho. Así mismo, estima que el interés público urbanístico que se demanda en el caso estudiado es perentorio y prevalece, demandando una respuesta protectora de la legalidad rápida que sea capaz de evitar la consolidación de situaciones fácticas en perjuicio de la legalidad; concluye argumentando que sólo cuando el interés público no es tan perentorio, porque no hay perjuicio que evitar se podrá utilizar sin inconveniente el procedimiento normal de revisión.

tiene una extraordinaria importancia y carece de sentido esperar a que se terminen las obras para poder acudir entonces, con una situación ya difícilmente reversible en muchos casos, a la revisión de oficio o recurso de lesividad para lograr la anulación de la licencia y ordenar la correspondiente demolición<sup>323</sup>.

Ahora bien, dado que el origen la vulneración a la legalidad urbanística se encuentra en los propios actos administrativos (licencias u órdenes de ejecución), el plazo para suspenderlos administrativamente iniciará desde el mismo momento en que son dictados, cubrirá toda la etapa de ejecución de los actos de edificación o uso del suelo y finalizará cuatro años después de su expedición<sup>324</sup>.

En términos generales, la doctrina urbanística coincide en la eficacia de la medida suspensiva descrita, "puede comprobarse acudiendo a los repertorios jurisprudenciales cómo en un noventa por ciento de los casos en que se ejerció dicha potestad, los Tribunales ratificaban la manifiesta ilegalidad de la licencia suspendida, anulando la misma"<sup>325</sup>.

## 2.2 Concepto de obras "en ejecución" o "curso de realización".

La adopción de medidas cautelares en todos los supuestos relacionados con la disciplina urbanística necesariamente requiere que los actos materiales de edificación y uso del suelo se encuentren en situación "*en ejecución*" o "*en curso de realización*"; en otras palabras, se requiere la comprobación efectiva de que los trabajos de construcción no están terminados o de que se está en utilización efectiva del suelo.

---

<sup>323</sup> DESDENTADO DAROCA, E., "El control de la legalidad urbanística..." en *El control de la legalidad urbanística... Ob. Cit.*, pág. 27y ss.

<sup>324</sup> Cfr. PAREJO ALFONSO, L., *La Disciplina... Ob. Cit.*, pág. 73 y ss.

<sup>325</sup> FANLO LORAS, A., "El control de los entes locales. ¿Modelo cerrado? Reflexiones críticas sobre una dogmática consolidada", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 130, 1993, pág.174. En el mismo sentido: DESDENTADO DAROCA, E., "El control de la legalidad urbanística..." en *El control de la legalidad urbanística... Ob. Cit.*, pág. 27y ss.

Tal calificación remite al Art. 32 RD 2187/78<sup>326</sup> que establece las reglas para determinar el momento en que se deben entenderse terminadas las obras amparadas por una licencia: “*a. Cuando sean de nueva planta, a partir de la fecha de expedición del certificado final de obras, suscrito por el facultativo o facultativos competentes, y a falta de este documento, desde la fecha de notificación de la licencia de ocupación o de la cédula de habitabilidad; b. En los demás casos, a partir de la fecha de expedición del certificado final de obras en las condiciones del apartado anterior o, a falta de éste, desde que el titular de la licencia comunique al Ayuntamiento la finalización de las obras; 2. En defecto de los citados documentos, se tomará a todos los efectos como fecha de terminación la que resulte de cualquier comprobación de esta situación por parte de la Administración municipal.”<sup>327</sup>*

Quedan por fuera de la norma antedicha las reglas para determinar el momento de terminación de los actos de uso del suelo y de las obras clandestinas. A este respecto, la doctrina mayoritaria considera “poco problemático la calificación del estado de las obras realizadas en virtud de una orden de ejecución, porque implican de suyo una actitud positiva de control municipal de la Administración; lo que excluirá todo problema en este orden”<sup>328</sup>. Así mismo da cabida a que el particular afectado por la suspensión de las obras totalmente clandestinas pueda demostrar la fecha de terminación de las obras a través de cualquier medio probatorio.

No se puede dejar de mencionar, antes de finalizar este apartado, que, para la protección de la legalidad urbanística, no sólo están dispuestos instrumentos, acciones y cautelas a instancia de la Administración; la Ley ha reconocido a los administrados la **acción pública**<sup>329</sup> para la im-

<sup>326</sup> Insertado en las distintas leyes del suelo de los ordenamientos autonómicos.

<sup>327</sup> Al respecto el Art. 210.1 de la LSG modificada por la Ley 2/2010 de medidas urgentes establece: “*Se tomará como fecha de terminación de las obras la que resulte de su efectiva comprobación por la administración actuante, sin perjuicio de su acreditación por cualquier otro medio de prueba válido en derecho*”.

<sup>328</sup> PAREJO ALFONSO, L., *La Disciplina... Ob. Cit.*, pág. 40.

<sup>329</sup> *Vid* STS 21 de diciembre de 1982 (R/ 8056) Ponente: Excmo. Sr. Aurelio Botella Taza “La localización de una ciudad o su configuración, han dejado de ser en nuestra

pugnación de todos los actos urbanísticos, incluyendo convenios que adopten propuestas de ordenación, no ajustados a la legalidad. “Esta participación ciudadana”, se ha dicho, “es muy conveniente si se considera que la administración municipal no está siempre muy interesada en corregir infracciones que tantas veces ella misma ha originado por negligencia o interés directo”<sup>330</sup>.

La acción pública, en derecho urbanístico, es recogida por el Art. 4 f del TRLS2008 como uno de los derechos del ciudadano. Mediante este mecanismo de impugnación, cualquier administrado (*quivis de pópulo*) puede exigir a los órganos administrativos y Tribunales Contenciosos Administrativos, en los términos del Art. 48 de la misma norma, “*la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística*”<sup>331</sup>. Ello va a permitir que de instaurarse por el ciudadano la acción pública, antes de que la obra construida ilegalmente concluya, pueda solicitarse también el decreto de las medidas cautelares necesarias para salvaguardar la legalidad. “La acción pública no alcanza sólo a la anulación de los actos administrativos contrarios a la normativa urbanística, sino, en general, a la observancia de esta normativa, en lo que se incluye, desde luego solicitar todas aquellas medidas que exija el restablecimiento la legalidad urbanística”<sup>332</sup>, incluyendo la demolición de lo

---

civilización hechos privados para pasar a ser hechos colectivos que interesan fundamentalmente a toda la colectividad”.

<sup>330</sup> PARADA. R., *Derecho Administrativo III... Ob. Cit.*, pág. 537.

<sup>331</sup> La acción pública como instrumento legitimador de cualquier ciudadano para salvaguardar la legalidad urbanística es estudiada en las SSTS de 26 de octubre de 2001 (RJ/9411); 3 de diciembre de 1996: “(...) la legitimación viene automáticamente reconocida, sin necesidad de que concurra cualquier otro requisito. Las motivaciones de los demandantes pasan a un segundo plano, ante los intereses públicos que se pretenden salvaguardar mediante el reconocimiento del carácter público de la acción para exigir el cumplimiento de las normas y planes urbanísticos”; 25 de junio de 2001 “el simple interés por el respeto a la legalidad abre a cualquiera (...) la acción en materia estrictamente urbanística (...) dicho ejercicio debe efectuarse – como es obvio- en el tiempo y la forma procesalmente adecuada y conforme a los principios generales de ejercicio de todo tipo de acciones”.

<sup>332</sup> STS 20 de mayo de 2002 (RJ/ 4488). En el mismo sentido: SSTS 29 de enero de 1995; 31 de diciembre de 1990 (RJ 10429) Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Delgado Barrio; 29 noviembre 1995 (RJ 1995). Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil; 3 de diciembre de 1996 (RJ \9517). Ponente: Excmo. Sr. Manuel Vicente Garzón Herrero.

indebidamente construido<sup>333</sup> y, también, “la ejecución de actos administrativos, removiendo los obstáculos que se opongan a su efectividad ya provengan de los administrados o de la propia Administración”<sup>334</sup>.

### **3. Medidas cautelares en materia de disciplina urbanística en vía contencioso administrativa.**

El criterio general en materia urbanística es el denegar la suspensión de los actos administrativos. En el ámbito específico de la disciplina urbanística se mantiene “la reticencia de los Tribunales contencioso – administrativos a suspender la eficacia de licencias”<sup>335</sup>, lo que, en numerosas ocasiones, termina habilitando la consolidación de construcciones ilegales en deterioro de la ciudad, su paisaje y sus recursos naturales.

Expone la doctrina que esta negativa ha terminado incentivando la infracción y que al amparo de la misma, “se denegaron, por ejemplo, en un primer momento y de forma sistemática en Marbella las suspensiones de licencias o, cuando se otorgaron a favor de particulares, se solicitaron cauciones elevadísimas. Sólo a partir del año 2003 se produce un giro en la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y comienzan a otorgarse las suspensiones en atención, por cierto, no a la relevancia singular del interés público y a las dificultades de reparación posterior de la alteración del orden urbanístico o de la transformación del suelo que amparaba la licencia en cuestión, sino fundamentalmente a la existencia de una situación de ilegalidad generalizada que estaba alterando el modelo lícito de ciudad plasmado en el correspondiente Plan General

---

<sup>333</sup> STS 28 de abril de 2004 (RJ/2423) Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil.

<sup>334</sup> STS de 13 de diciembre de 2001(RJ/1051) Ponente: Excmo. Sr. Ricardo Enríquez Sancho

<sup>335</sup> DESDENTADO DAROCA, E., "El control de la legalidad urbanística..." en *El control de la legalidad urbanística... Ob. Cit.*, pág. 39.

y que podía acarrear graves costes económicos a la Administración pública”<sup>336</sup>.

En determinados sectores, propios también de la disciplina urbanística, la jurisprudencia del Tribunal Supremo suele ser más flexible en su análisis. De la regla general de no suspensión de actos administrativos hay que excluir<sup>337</sup>:

**i) Los actos administrativos que ordenan demoliciones.** “La demolición de un edificio implica por sí misma unos daños o perjuicios de difícil o imposible reparación”<sup>338</sup>, especialmente, “la atinente al domicilio familiar habitual, por su propia naturaleza, si se ejecuta

<sup>336</sup> *Ibidem*, pág. 40. En el mismo trabajo la autora cita un ejemplo reciente de suspensión de licencias fundamentada en la existencia de una situación de ilegalidad generalizada: “El 25 de julio de 2007, Aranzadi informaba en sus noticias jurídicas de el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.5 de Las Palmas había accedido a petición del Cabildo de Lanzarote a aplicar medidas cautelares y había suspendido la licencia otorgada por el Ayuntamiento de Yaiza a Costa Roja, S., para la construcción de 1012 viviendas, 220 locales comerciales y 2559 plazas de garaje. El Juzgado considera que procede la suspensión porque la licencia «autoriza un proyecto que va en contra de los parámetros urbanísticos globales que para dicho suelo se establece en el Plan General, al prever una edificabilidad cuatro veces superior a la permitida, a lo que se suma el hecho de que dicha licencia autoriza un uso distinto al establecido (uso turístico) mientras que el proyecto autorizado lo es para uso residencial, todo ello en un suelo urbanizable que ni ha sido sectorizado ni cuenta con plan parcial que lo desarrolle». Además, el auto considera que «frente a la alegación de que debe valorarse igualmente los beneficios de todos los vecinos, los cuales se verán favorecidos por la creación de puestos de trabajo y de riqueza, no se comparte dicha tesis, en el sentido de que la hipotética creación de riqueza deba erigirse en un interés más digno de protección que la legalidad urbanística; y ello porque la riqueza, como patrimonio de una sociedad determinada, no se mide sólo por el número de edificios destinados a vivienda que existan en un municipio, sino porque esa edificabilidad se alcance dentro de parámetros razonables de calidad, bienestar colectivo y respeto al medio físico o al entorno urbanístico»”.

<sup>337</sup> Sobre este tema el trabajo de ESTÉVEZ GOYTRE, R., “El urbanismo y la Jurisdicción Contencioso- Administrativa”, en *revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, Núm. 208, 2004, pág. 117 - 159.

<sup>338</sup> STS 7 de marzo de 2001 (RJ\3476) Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil. En el mismo sentido: AATS 21 de enero de 1994 (RJ\171) Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Delgado Barrio, 27 de septiembre de 1990 (RJ\7296) Ponente: Excmo. Sr. Julián García Estartús, 6 de junio de 1990 (RJ\4810) Ponente: Excmo. Sr. Mariano de Oro-Pulido y López, 3 de enero de 1994 (RJ\164) Ponente: Excmo. Sr. Pedro Esteban Álamo, y 17 de diciembre de 1996 (RJ\9217) Ponente: Excmo. Sr. Juan Manuel Sanz Bayón.

prematuramente antes de la culminación del proceso pendiente en el que hay que decidirse acerca de la procedencia de legalidad". "La demolición de un edificio (...) constituye una importante destrucción de riqueza material, implicando además una fuerte incidencia negativa en la convivencia normal de la familia y las raíces psicológicas de las personas afectadas<sup>339</sup>".

Es verdad sabida que la medida de demolición suele ser demasiado onerosa, especialmente, para los terceros de buena fe; sin embargo, la tendencia es que, cada vez menos, los daños y perjuicios a ocasionarse obstaculicen su cumplimiento. Sin pretender aquí abordar el estudio de este instrumento extremo, solo basta recordar el deber de potenciar la adopción de "todas las medidas jurídicas necesarias para evitar que este tipo de situaciones llegue a producirse, lo que pone de manifiesto, con más claridad si cabe, la trascendencia que tiene la existencia de un adecuado control preventivo de carácter suspensivo, la relevancia de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo y la importancia de las anotaciones preventivas publicitarias frente a planes de urbanismo o licencias"<sup>340</sup>.

**ii) Los actos administrativos que declaran edificios en estado de ruina.** En estos supuestos el Alto tribunal se ha decantado por la concesión de la cautela, salvo en aquellos casos en que "el estado de

---

<sup>339</sup> STS 12 de noviembre de 1996 (RJ /8218) Ponente: Excmo. Sr. Juan Manuel Sanz Bayón. Valga aquí traer de nuevo a colación el comentario de ÚBEDA TARANJO, F., "Suspensión de la eficacia de las autorizaciones urbanísticas ilegales. Un análisis... *Ob. Cit.*, pág. 39 Sobre poca eficacia y celeridad administrativa cuando se trata de derribar construcciones ilegales en las que se encuentran inmersos intereses económicos y políticos.

<sup>340</sup> DESDENTADO DAROCA, E., "El control de la legalidad urbanística..." en *El control de la legalidad urbanística... Ob. Cit.*, pág. 45. En el mismo sentido: ARNAIZ EGUREN, R., "Urbanismo y Registro de la Propiedad. Especial referencia a la anotación preventiva de la interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de ejecución o de licencias. Requisitos para adoptar la medida cautelar o el alcance de la misma", en *Urbanismo II*, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 277 y ss.

ruina sea inminente y amenace la seguridad pública”<sup>341</sup>. En este último supuesto “forzosamente ha de ser resaltada la prevalencia del interés público sobre los posibles perjuicios, toda vez que estamos en presencia de un acto declaratorio de ruina inminente del edificio contemplado, en el que se ha apreciado peligro grave y próximo de derrumbamiento a la vía pública, con los peligros que ello supone para la seguridad de los viandantes”<sup>342</sup>. “En la tensión entre el interés privado y público de la seguridad de personas y cosas, la Administración y lo Tribunales de justicia deben inclinarse siempre por el segundo”<sup>343</sup>.

**iii) Los Actos Administrativos Sancionadores de infracción urbanística.** Resulta necesario recordar aquí que en el derecho español, si bien la ejecución inmediata de los actos administrativos no está sometida a la firmeza de los mismos, los efectos de los actos administrativos sancionadores deben aplazarse, en todo caso, hasta el agotamiento de la vía gubernativa. De esta manera, refiriéndose a los actos administrativos sancionadores, se establece en el Art. 138. 3LRJAPAC “La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa. En la resolución se adoptarán, en su caso, las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva”.

Con anterioridad a la vigencia de dicha norma, Tribunal Supremo era proclive a acordar la suspensión cautelar de los actos cuyo objeto fuera la imposición de sanciones por infracción urbanística, basándose, en la mayoría de los casos, en los principios del derecho sancionador y, en particular, en el de presunción de inocencia<sup>344</sup>. Así mismo, recurriendo a la función desincentivadora de la multa, la que se veía cumplida con in-

---

<sup>341</sup> BAÑO LEÓN J.M., *Las medidas cautelares en el recurso Contencioso-Administrativo... Ob. Cit.*, Pág. 265.

<sup>342</sup> STS 7 de octubre de 2000 (RJ \7908) Ponente: Excmo. Sr. Juan Manuel Sanz Bayón.

<sup>343</sup> STS 27 de septiembre de 1995 (RJ\6826) Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil. En el mismo sentido: ATS 3 de octubre de 1995 (RJ/9964) Ponente: Excmo. Sr. Antonio Nabal Recio.

<sup>344</sup> La STC 6 junio de 1984 (RTC/66) Ponente: Don Jerónimo Arozamena Sierra, desarrolla extendidamente la aplicabilidad del principio de presunción de inocencia en el ámbito de la potestad sancionadora.



dependencia del momento de pago: “Ejecutar una sanción siempre servirá de castigo para el sancionado y de ejemplo para quienes pudieran ser tentados a cometer infracción igual a la castigada, se ejecute la misma firme en vía administrativa o se aguarde a su firmeza judicial”<sup>345</sup>.

Por otro lado, dejaba claro el Supremo que, en principio, “el criterio general era el de no suspensión de los actos administrativos que implicaran una mera sanción pecuniaria, dada la indiscutida solvencia de la Administración para reparar en su caso, con los intereses, los perjuicios inherentes a cada concreto caso debidamente acreditados y los posibles daños ocasionados con la satisfacción de una sanción pecuniaria posteriormente declarada su no adecuación a derecho”<sup>346</sup>. Sin embargo, refiriéndose a la ponderación de intereses, resaltaba que “los fines que se persiguen con la imposición de una sanción, sean de expiación o de prevención -general o especial-, o de ambos tipos conjuntamente no implican, salvo supuesto especiales, una exigencia de ejecución inmediata”<sup>347</sup>.

Se puede decir, además, que, en los supuestos referidos a la suspensión de sanciones de “elevada envergadura del «*quantum*» dinerario”, se tenía en cuenta “la difícil reparabilidad del perjuicio que representa, la inmediata satisfacción de esa importante suma dineraria por parte del administrado”<sup>348</sup>. En estas hipótesis, la concesión de la medida cautelar se justificaba, entre otras razones, por el daño que representaba para el particular el pago inmediato de la elevada cuantía de la multa litigiosa,

<sup>345</sup> ATS de 5 de marzo de 1988 (RJ 189) Ponente: Excmo. Sr. Jaime Barrio Iglesias; STS 21 de marzo de 1988 (RJ 2188); ATS 28 de marzo de 1988 (RJ 2443) Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Delgado Barrio. La misma línea jurisprudencial se mantiene en sanciones impuestas por infracciones ambientales V gr. AATS 16 de noviembre de 1989 (RJ/8343) Ponente. Excmo. Sr. Mariano de Oro Pulido y López; 29 de enero de 1996 (RJ/461); 26 de marzo de 1996 (RJ/2569); 6 de mayo de 1996 (RJ/4151) Ponente. Excmo. Sr. González y González.

<sup>346</sup> STS 15 marzo 1999 (RJ 2342) Ponente el Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido y López; STS 3 de diciembre de 1996 (RJ 9518) Ponente: Excmo. Sr. Juan Manuel Sanz Bayón.

<sup>347</sup> ATS 25 de enero de 1992 (RJ 751) Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Delgado Barrio. subrayas fuera del texto.

<sup>348</sup> (RJ 9518) Excmo. Sr. Juan Manuel Sanz Bayón. y (RJ 2342) Ponente el Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido ya citados.

daño que se veía agravado por la demora del litigio sobre la cuestión de fondo (legalidad de la sanción)<sup>349</sup>.

## V. Anotaciones Preventivas en el procedimiento administrativo y en el contencioso - administrativo en el ámbito urbanístico<sup>350</sup>.

La anotación preventiva “es un prototipo característico de aquellas medidas cautelares avaladas por la cláusula general del Art. 129 LJCA”<sup>351</sup> pero con consagración expresa en materia urbanística. Como se expuso en su momento, la ordenación sobre registros e instrumentos públicos relacionados con el derecho de propiedad es competencia del Estado (Art. 149.1.8ª), de ahí que el marco jurídico de este instrumento se contenga en normas de derecho estatal. Inicialmente su regulación se contempla en la Ley 8/1990, trasladándose posteriormente al Art. 307.6 TRLS92, declarado vigente por la Ley 6/1998 sobre régimen del suelo y valoraciones, y su contenido es desarrollado por el reglamento sobre inscripción en el registro de propiedad de actos de naturaleza urbanística de 4 de julio de 1997<sup>352</sup>. Actualmente, la medida cautelar de anotación preventiva está prevista en el Art. 51.6 del TRLS2008.

---

<sup>349</sup> Entre otras, STS 21 de enero de 2005; 20 de febrero de 1995; 26 de diciembre de 2005. Así mismo: AATS 3 de junio de 1988 (RJ/5329); 28 de marzo de 1989 (RJ/2420); 1 de marzo de 1990 (RJ/1951); 28 de mayo 1991 (RJ 4296); 11 noviembre de 1991 (RJ/8808) todos del Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Delgado Barrio.

<sup>350</sup> Sobre la clasificación de las anotaciones preventivas en el contencioso administrativo y sus aspectos generales *Vid:* ESPINOSA DE RUEDA JOVER, M., "las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo", en *Actualidad administrativa*, Número 20 1999, pág. 585-603.; En la misma línea: FUERTES LÓPEZ, M., "El nuevo derecho urbanístico Gallego y su publicidad registral", en *Derecho Urbanístico de Galicia*, Madrid, 2004, pág. 1210 y ss. FUERTES LÓPEZ, M., "Registro de la propiedad. Anotación preventiva de la interposición del recurso contencioso - administrativo", en *Derecho Urbanístico Estatal y Autonómico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. Versión electrónica Tirant on line (TOL344.745)

<sup>351</sup> *Vid:* GARCÍA DE ENTERRÍA E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T. R.; Manual de derecho... *Ob. Cit.*, Pág. 652 y ss.

<sup>352</sup> (RCL 1947\476, 642 y NDL 25952). “El Real Decreto 1093/1997 es una pieza básica e imprescindible de la acción administrativa urbanística” así expuesto por BASSOLS COMA,

La última norma mencionada, en su numeral 6, preceptúa que será inscribibles en el registro de propiedad “*La interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de ordenación urbanística, de ejecución, o de actos administrativos de intervención*”, manteniendo identidad de contenido con el anterior Art.307.6 de la LS 8/2007.

Interesa estudiar ahora, los capítulos VII<sup>353</sup> y VIII<sup>354</sup> del R.D. 1093/1997 contentivos de las reguladoras de las anotaciones preventivas dictadas en el procedimiento administrativo de disciplina urbanística y de las anotaciones preventivas ordenadas en los procesos contencioso-administrativos.

## **1. Anotación preventiva en el procedimiento administrativo**

La Anotación preventiva en el procedimiento administrativo es otra de las medidas cautelares ligadas al proceso de disciplina urbanística. El Real Decreto 1093/1997 permite que “la incoación de expedientes sancionadores o de incumplimiento de obligaciones de esta naturaleza puedan acceder al Registro mediante anotación preventiva, pero, ello será sólo posible en cuanto la infracción o el incumplimiento tengan directa repercusión sobre las fincas”<sup>355</sup>. Como se verá líneas adelante, se prevé un régimen especial<sup>356</sup> relativo a aquellos expedientes que sólo persigan la imposición de una sanción económica.

Función.

La Función de la inscripción, además de ser constitutiva de la cautela (no basta para su perfección la mera certificación expedida por el

---

M., "Panorama del derecho urbanístico español...", en *El derecho administrativo en el umbral del siglo XX... Ob. Cit.*, Versión electrónica (TOL61.620) ©www.tirantonline.com.

<sup>353</sup> Art.56 al 66 R.D. 1093/1997 (RCL\1861).

<sup>354</sup> Art.67 al 72 R.D. 1093/1997 (RCL\1861).

<sup>355</sup> Exposición de motivos R.D. 1093/1997 (RCL\1861).

<sup>356</sup> Art. 66 del Real Decreto 1093/1997 (RCL\1861).

Secretario de la administración, sino que requiere la efectiva extensión del asiento), es preventiva, en la medida en que permite oponer la medida a terceros de buena o mala fe que, amparándose en los principios de legitimación y fe pública registral, pretendan alegar la inoponibilidad del acto anotado.

En este sentido, "interesa sobremanera a la Administración urbanística dar a conocer al tráfico inmobiliario la existencia, por ejemplo, de expedientes de reparcelación que originarán una gran transformación de los derechos; la iniciación de un expediente disciplinario que pueda conducir a una orden de demolición de lo indebidamente construido o la declaración de la ilegalidad de una licencia; la suspensión de actos de construcción, la suspensión de la eficacia de las licencias, la iniciación del procedimiento de revisión de licencias, los acuerdos de reposición de la realidad física alterada, en fin, todos aquellos actos que puedan incidir en el contenido de los derechos inscritos"<sup>357</sup>.

Se trata, además, de una medida cautelar que la Administración decreta *inaudita parte*, garantizando el derecho de defensa y contradicción del afectado mediante la posibilidad de interponer recurso una vez notificado el acuerdo por el que fue ordenada la práctica de la anotación. La notificación se deberá surtir a todos los titulares del derecho de dominio y demás cargas conforme a la certificación expedida.

### **-Legitimación.**

Como se ha venido reiterando a lo largo de éste estudio, cuando se trata de cautelas ordenadas dentro del procedimiento administrativo de elaboración del planeamiento urbanístico y de procesos de disciplina urbanística adelantados por la propia administración, la tutela cautelar, en principio (salvo solicitud por vía de la acción pública), cambia su función de contrapeso del privilegio de autotutela administrativa para cumplir con el objetivo de protección de la legalidad y el interés general. Pues bien, otro de los ejemplos de esa especial categoría de cautelas es la anotación preventiva dentro del procedimiento administrativo.

---

<sup>357</sup> FUERTES LÓPEZ, M., REBOLLO, L.M., BUSTILLO BOLADOR, R (Dir.): "Inscripción registral de garantías y derechos urbanísticos", en *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Aranzadi, Pamplona 2007, pág. 1004.

La anotación preventiva de incoación de expedientes de disciplina urbanística, tiene por titular único a la Administración legalmente competente. Ésta, podrá acordarla con el propósito de asegurar el resultado de los expedientes y la reposición de los bienes afectados al estado que tuvieran con anterioridad a la infracción. Amén de ello, el Art. 56 R. D. 1093/1997 exige que sólo se practique dicha inscripción sobre la finca en que se presuma cometida la infracción o incumplida la obligación.

### **-Prorroga.**

Al ser preventiva y provisional, la anotación se realiza por un plazo máximo de cuatro años, prorrogables por uno más si la administración lo considera necesario; esto sin perjuicio de que pueda prolongarse en vía contencioso administrativa cuando se interponga recurso contra el acuerdo que motivó la inscripción, en cuyo caso, se mantendrá hasta que haya recaído resolución administrativa firme en el procedimiento.

### **- Formas de cesación de los efectos de la anotación.**

Por regla general, la cautela cesa sus efectos con la terminación normal del procedimiento administrativo. En este caso, se trata de la decisión de fondo que permita la cancelación de la medida o que contenga la orden de reponer los bienes afectados al estado en que se encontraren antes de la infracción<sup>358</sup>. Sin embargo, el Art. 62 R. D. 1093/1997, contempla la

---

<sup>358</sup> Sobre los efectos registrales específicos de la terminación del expediente en vía administrativa y en vía jurisdiccional el Art. 63 y 64. R.D. 1093/1997 establecen:

Art. 63: "Cuando adquiera firmeza la resolución de la Administración a cuyo favor se hubiere tomado la anotación, por la que se declare la existencia de la infracción o el incumplimiento de las obligaciones correspondientes, se practicarán, según los casos, los siguientes asientos: 1. Si la resolución impusiere el deber de ceder fincas determinadas o partes concretas de las mismas, se practicará asiento de inscripción, siempre que la certificación correspondiente cumpliera con los requisitos establecidos en el artículo 2 de este Reglamento y el acuerdo no fuese susceptible de recurso jurisdiccional. 2. Si el acuerdo firme de la Administración actuante impusiera una sanción económica que diese lugar a procedimiento de apremio, se tomará, si se ordena, la anotación preventiva de embargo a que se refiere el artículo 66. 3. En los demás casos la terminación del expediente se hará constar por nota marginal, que producirá los efectos generales a que se refiere el artículo

posibilidad de cesación anormal de los efectos de la medida para los casos en que se cancelen antes de la terminación del expediente, esto es: cuando caduque, por solicitud de la Administración que la ordenó, cuando así se disponga por resolución judicial, o cuando concluya el procedimiento sin resolución expresa sobre el fondo. Para estos casos, será necesario nuevamente un título para que la inscripción preventiva sea borrada<sup>359</sup> que puede ser la certificación administrativa que contenga, o bien la orden de cancelación, o bien, la declaración de sobreseimiento del expediente; el mandamiento judicial dictado en ejecución de la sentencia, o del auto en que se hubiese decretado la cancelación.

### **- Anotación de embargo en caso de sanción económica.**

Se trata de la inscripción preventiva establecida específicamente por el Art. 66 R.D. 1093/1997 para aquellos expedientes que sólo pretenden la imposición de una sanción económica. Igual que en la anotación preventiva general del procedimiento administrativo, la legitimación la tiene “la administración conforme a las normas de apremio a favor de la hacienda pública”, y los efectos de la anotación se producirán desde la propia fecha de inscripción.

---

*73. 4. La certificación del acuerdo por el que se declare la terminación del expediente provocará, en todo caso, la cancelación de la anotación preventiva”.*

*Art. 64: “Cuando el expediente administrativo hubiese sido recurrido en vía jurisdiccional, la sentencia, auto o resolución que ponga fin al procedimiento dará lugar a la práctica de los asientos que la misma ordene, en los términos y con los efectos previstos en el artículo 71 para las resoluciones judiciales que pongan fin al recurso contencioso-administrativo”.*

<sup>359</sup> Para la cancelación de los asientos practicados como consecuencia de la terminación del expediente el Art. R.D. 1093/1997 contempla las siguientes reglas: “*La cancelación de los asientos practicados como consecuencia de la terminación del expediente, a que se refieren los artículos anteriores, podrá llevarse a efecto según los casos: 1. Cuando se trate de inscripciones éstas sólo podrán ser canceladas conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886). 2. Cuando se trate de las notas marginales a que se refiere el artículo 63.3, su cancelación podrá obtenerse por acuerdo de la Administración, o en virtud de resolución judicial por la que se declaren la inexistencia de la infracción, la improcedencia de las órdenes de restauración del orden jurídico o de que ha tenido lugar el incumplimiento de los deberes correspondientes. También podrá practicarse por solicitud del titular registral a la que se acompañe la certificación del acuerdo de la Administración en el que resuelva la cancelación de la nota, o la documentación que acredite, conforme a lo dispuesto en la Ley, la obtención de dicho acuerdo por silencio positivo o, en su caso, la sentencia correspondiente”.*

Como se ha hecho notar, las anteriores medidas cautelares de anotación preventiva en el registro se caracterizan, entre otras cosas, por el hecho de ser ordenadas a instancia de la administración actuante; es menester entonces, hablar de la posibilidad que tiene el particular de solicitar la medida cautelar de anotación preventiva. Como lo resume la exposición de motivos del R.D. 1093/1997 *"se contempla también la previsión legal para que se pueda acceder al Registro, a instancia de los particulares, a través de la interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de instrumentos de ejecución del mismo o de licencias. La anotación preventiva en estos casos ha de estar rodeada de las necesarias cautelas a fin de evitar que la actuación pública se resintiere injustificadamente"*; En este sentido, el capítulo VIII, Art. 67 y ss., define los lineamientos necesarios para las anotaciones preventivas ordenadas en el proceso contencioso – administrativo.

## **2. Anotaciones preventivas ordenadas en proceso contencioso-administrativo de anulación de instrumentos de planeación, ejecución o licencias urbanísticas.**

Así como las ya descritas, la medida cautelar de anotación preventiva del proceso contencioso responde al propósito genérico de las cautelas: permitir *la finalidad legítima del recurso* y *asegurar la eficacia real del pronunciamiento futuro*; junto a estos objetivos generales, contempla el específico de *"poner de manifiesto frente a terceros la existencia del recurso, y mediante tal publicidad poder así, en su caso, ejecutar en sus propios términos la sentencia"*<sup>360</sup>.

---

<sup>360</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Valenciana. Sentencia de 11 octubre de 2006 (JUR 107828) Ponente. Francisco Hervás Vercher. En el mismo sentido: FUERTES LÓPEZ, M., L.M., Bustillo Bolador, R (Dir.): "Inscripción registral de garantías...", en *Fundamentos de Derecho... ob., cit.*, pág. 1010 "la finalidad de esta anotación preventiva es claramente cautelar: anunciar la posible modificación de la titularidad o derecho inscrito por existir un conflicto judicial. Esta publicidad es la que permite a la sentencia que resuelve el recurso retrotraer sus efectos al momento en que se realizó la anotación preventiva".

La autorización de ésta inscripción, aunque sujeta, en principio, al cumplimiento de los requisitos generales (*periculum in mora, fumus boni iuris* y ponderación de intereses), no presenta mayor debate para su concesión, ya que esta medida cautelar carece de efectos suspensivos. La línea mayoritaria de la jurisprudencia estatal y autonómica ha considerado que “la anotación, se limita hacer pública una realidad, la existencia de un recurso contencioso administrativo, no parece que cause perjuicio al interés general, pues no impide al ejecución del acuerdo administrativo en ninguno de sus extremos”<sup>361</sup>. “Es cierto que existe un evidente interés público en la ejecución del planeamiento, porque las previsiones del Plan expresan por principio las aspiraciones en que se concreta el interés público urbanístico; pero (...) la medida (...) no pide por sí misma y de modo directo aquella ejecución, al no tratarse de una suspensión del Proyecto de Compensación; se trata sólo de dar publicidad a la existencia del recurso Contencioso-Administrativo; aquel Proyecto sigue teniendo su fuerza ejecutiva y puede sin duda ser llevado a cabo”.<sup>362</sup>Lo dicho no desplaza la importancia del criterio de apariencia de buen derecho; aunque el criterio de la mayoría de los jueces otorgue mayor relevancia a la ponderación de intereses y al peligro en la mora del proceso, sigue siendo necesario que el solicitante adecue en sus pretensiones la

---

<sup>361</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 octubre de 2006 (JUR 107828) y núm. 1354/2007 de 10 noviembre de 2008 (JUR/120852). En el mismo sentido, STS 20 de abril de 2004 (RJ 2638) Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil, 30 de noviembre de 2005 (RJ/1396) Ponente: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde Así mismo, BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico... Ob. Cit.*, pág. 512: “la posibilidad de anotar preventivamente en el registro de la propiedad el recurso contra el plan no constituye, por lo común una alternativa a la suspensión. Salvo planes de muy reducido ámbito, no resulta operativo anotar preventivamente todas las fincas registrales del plan ni son cuantificables fácilmente los perjuicios que tal anotación produce. Cuestión distinta es que lo que se impugne del plan sea un determinación específica atinente a una o varias parcelas perfectamente delimitadas”

<sup>362</sup> STS 20 abril 2004 (RJ 2638) Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil. En la misma línea ver: BOTIA TORRALBA, P., *Ob. Cit.*, Pág. 118- 120 quien al analizar el pronunciamiento citado considera que de “no acceder a dicha medida cautelar, podrían generarse situaciones irreversibles que harían perder al recurso la finalidad legítima, toda vez que la finca objeto del proyecto y cuya anotación preventiva se pretende, podría ser objeto de transmisión a un tercero que revistiera la condición de tercero hipotecario”.



existencia de una seria y real situación jurídica que requiere ser tutelada<sup>363</sup>.

Por su naturaleza, esta cautela posee doble contenido: por un lado, “proporcionar un principio de prioridad registral”<sup>364</sup> (el denominado contenido sustantivo) y, por el otro, el aseguramiento de eficacia de la sentencia, “para que la sentencia que en su día recaiga tenga la misma eficacia que si se hubiere dictado el día de la presentación de la demanda”<sup>365</sup> (referido genéricamente como contenido procesal).

## **2.1 Anotación preventiva por interposición de recurso contencioso-administrativo y de la demanda contencioso Administrativa<sup>366</sup>.**

### **- Objeto.**

El objeto de esta medida es la anotación preventiva en el registro de propiedad del recurso contencioso – administrativo contra cualquier acto administrativo que tenga por objeto la aprobación definitiva de los planes de ordenación, de sus instrumentos de ejecución o de licencias. La inscripción se hará solamente sobre las fincas concretas y determi-

---

<sup>363</sup> En sentido contrario RUIZ PIÑERO, F., *Ob. Cit.*, Pág. 162; citando Auto de la Sala de Bilbao 22 de mayo de 1998 recurso 1725, considera que no debe primar el criterio automatismo de dicha medida cautelar, “no es una decisión que( ...) necesariamente haya de ser adoptada, por la sola concurrencia de los presupuestos(...) exigirá además valorar si la justicia cautelar que constituye su justificación y finalidad demanda o no la adopción de la medida, teniendo en cuenta en tal operación valorativa, la proyección en el caso concreto de los principios (...) de protección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y el de protección de la apariencia de buen derecho”.

<sup>364</sup> STS 18 noviembre de 1993 (RJ 9149) Ponente: Excmo. Sr. Jesús Marina Martínez-Pardo.

<sup>365</sup> *Idem*.

<sup>366</sup> El Artículo 70 R.D. 1093/1997 establece las mismas normas de regulación tanto para la anotación preventiva del recurso contencioso- administrativo, como para la de la demanda “La anotación preventiva de la demanda La demanda interpuesta en el procedimiento será también anotable en los términos previstos en los artículos anteriores”.

nadas que resulten afectadas con el acto impugnado<sup>367</sup>. “*Tratándose de la impugnación de una reparcelación, no resulta necesario solicitar la anotación sobre la totalidad de las fincas, siendo posible solicitar la anotación sobre alguna de las fincas, finca que no puede ser una cualquiera, sino aquella sobre la exista vinculación con las pretensiones procesales de quien solicita la medida*”<sup>368</sup>.

### - Legitimación.

Podrá solicitar la anotación preventiva en el registro, todo administrado que, conforme a las normas del proceso, promueva recurso contencioso-administrativo contra los actos de la Administración Pública, adjuntando, junto a la solicitud de la medida, la certificación registral de dominio y cargas.

### - Plazo de solicitud.

El Art. 67 R.D. 1093/1997 preceptúa que la cautela podrá solicitarse con el escrito de interposición del recurso, o después, si existiere *justificación suficiente*, ofreciendo, dice la norma, indemnización por los perjuicios que pudieran seguirse en caso de ser desestimado el recurso.

Es necesario matizar un poco sobre dos aspectos contemplados en ésta disposición legal: el primero de ellos, la expresión “*justificación suficiente*”, dicción que forma parte del grupo denominado conceptos jurídicos indeterminados; el segundo, la contracautela que pueden exigir el Juez o Tribunal competente para que se permita la inscripción en el registro de propiedad del recurso o la demanda contenciosa.

---

<sup>367</sup> Sobre el objeto de la anotación preventiva *Vid*: SANTOS GÓMEZ, J., "Medidas cautelares en materia urbanística. Anotación preventiva y Registro de la Propiedad." en *Revista del Poder Judicial* Número. 86, 2007, pág. 217 - 231. Trabajo en el que resalta que sólo cabe acudir a la anotación preventiva de la demanda, cuando la situación jurídica afectada por el proceso y su resultado puedan alcanzar puedan alcanzar trascendencia registral.

<sup>368</sup> *Idem*. En el mismo sentido: FUERTES LÓPEZ, M., L.M., Bustillo Bolador, R (Dir.): "Inscripción registral de garantías ...", en *Fundamentos de Derecho... ob., cit.*, pág. 1010 "(...) debe subrayarse la circunstancia de que sólo podrá darse cuenta mediante el registro de estos conflictos cuando, por un lado, la pretensión sea realmente de anulación y, por otro, cuando la anulación del plan, el proyecto de ejecución o la licencia tenga una eficacia «real», afecte a los derechos inscritos".

Respecto del primero, ha interpretado el Tribunal Supremo que la exigencia de “*justificación suficiente*” hace referencia al contenido de la solicitud de la medida cautelar de anotación preventiva, la que, además de cumplir con los criterios sustantivos establecidos en la regulación específica de las anotaciones preventivas en el proceso contencioso administrativo en materia de urbanismo, esto es, el Art. 67 D.R. 1093/97, debe cumplir también, con los criterios exigidos por el régimen general contemplado en los Art. 129 – 136 de LJCA. “Según este precepto las medidas cautelares exigen: 1º). –Que la no adopción de la medida cautelar pudiera hacer perder la finalidad legítima al recurso (artículo 130-1 de la LJCA 29/98). 2º). –Que la medida cautelar no produzca perturbación grave de los intereses generales o de tercero (artículo 130-2 de la LJCA)”<sup>369</sup>.

Sobre el segundo (la contracautela), aclara la norma estudiada que la falta de prestación de la caución cuando el tribunal competente la haya exigido, impedirá la práctica de la anotación. “Si bien, como anteriormente hemos indicado, la anotación no causa perjuicio al interés general, si puede causar perjuicio económico a quien sea titular la finca o vaya a serlo, pues la existencia de recurso sin duda dificulta su transmisibilidad, y de ahí que quien solicita la medida deba afianzar tales posibles perjuicios(...) debe ser el Juzgador quien determine la cuantía de la caución en función de los perjuicios que la anotación pueda causar, sirviendo como criterios a tener en cuenta el valor de la finca sobre la que se solicita la anotación y el tiempo previsible de duración del procedimiento, no procediendo acordar la anotación hasta que no se haya prestado la caución acordada”<sup>370</sup>. Este precepto suele consagrarse en las diversas legislaciones procesales como contrapeso al ya contrapeso (valga el juego de palabras) de la tutela cautelar, para que el

---

<sup>369</sup> STS 20 abril 2004 (RJ 2638) Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil. En el mismo sentido STS 17 de mayo de 2006 (RJ 3653) Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez.

<sup>370</sup> *Idem*. En sentido contrario: BAÑO LEÓN J.M., *Las medidas cautelares en el recurso Contencioso-Administrativo... Ob. Cit.*, Pág. 266.

administrado ejerza su facultad de manera responsable y de ésta manera evitar su uso ilegal<sup>371</sup>.

Dos posiciones referidas a la contracautela se resumen en sendos pronunciamientos judiciales: la primera, erróneamente, refleja la interpretación del Art. 67 R.D. 1093/1997 y adopta un criterio de obligatoriedad de cara a la exigencia de la caución en todas las circunstancias, casi de forma independiente a los perjuicios que se causen y como requisito para la concesión de la medida. Es el caso de la STSJ de Madrid núm. 838/2005, de 21 junio de 2005, en la que "el tribunal entiende que puede existir justificación suficiente para proceder a la anotación preventiva del recurso contencioso administrativo, pero que, existe una serie de defectos subsanables en la petición de la parte (...) en concreto (...) tampoco se ha ofrecido fianza para responder de los eventuales perjuicios que puedan ocasionarse al titular registral (...) Debe por tanto revocarse el auto impugnado a fin de que se dé la posibilidad al recurrente de subsanar los defectos advertidos, en concreto la falta de certificación registral y de ofrecimiento de fianza (...) Una vez se cumplan dichos requisitos deberá el Juzgado tramitar la solicitud (...) con audiencia del titular registral de la finca y a los que según la certificación sean titulares de derechos y cargas que consten en ésta, y (...) proceder decidir si existen motivos bastantes para acordar dicha anotación,(...) y pronunciarse en torno a la cuantía de la caución a exigir para proceder a dicha anotación<sup>372</sup>. (Subrayas fuera del texto)

La segunda, de manera acertada, tiene en cuenta los posibles perjuicios a causarse a la contraparte con el decreto de la cautela. Esta posición es resumida por el Tribunal Supremo en la Sentencia del 6 de febrero de 2002<sup>373</sup>, en donde se interpreta de forma sistemática el Art. 67 mencionado con el 133.1 LJCA y se concreta que "la exigencia de caución únicamente es necesaria cuando de la medida cautelar pudieran

---

<sup>371</sup> Sobre la necesidad de la caución en la tutela cautelar urbanística *Vid.*: BAÑO LEÓN J.M., *Las medidas cautelares en el recurso Contencioso-Administrativo...* *Ob. Cit.*, Pág. 266; RUIZ PIÑERO, F.L., *Ob. Cit.*, Pág. 162 - 163.

<sup>372</sup> (JUR 199539) Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez.

<sup>373</sup> (LA LEY 57538/2006) Ponente: Excmo. Sr. Enríquez Sancho Ricardo. En el mismo sentido FUERTES LÓPEZ, M., "Prudencia y coherencia de la tutela cautelar...", en *Repertorio de Jurisprudencia... Ob. Cit.*, Versión electrónica Aranzadi (BIB 2003\545).

derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, de tal modo que si el Tribunal aprecia que no existe ese riesgo puede ordenar la anotación preventiva sin exigir caución al solicitante de la medida<sup>374</sup>.

### **-Audiencia de la Parte Contraria.**

A contrario de la anotación preventiva en vía administrativa, en la cual la Administración decreta la medida *inaudita parte*, en vía jurisdiccional el Art. 68 Real Decreto 1093/1997 exige, necesariamente, para la práctica del asiento haber oído al titular registral de la finca y a los que, según la certificación, sean titulares de derechos y cargas. Es de suponer que esta disposición se debe armonizar con el Art. 134 LJCA que contempla la excepción de medidas cautelares sin audiencia de la contraparte en casos de especial urgencia.

Como titular registral se entiende *“no sólo del titular del dominio, sino también de los titulares de derechos y cargas que pudieran quedar afectados por la resolución judicial, por cuanto ésta puede incidir en la subsistencia del mismo bien inscrito, como ocurriría, por ejemplo, en la construcción de una obra nueva sin licencia... en caso de la comunidad de bienes que carece civilmente de personalidad jurídica, determinando el artículo 11 del Reglamento Hipotecario su inaptitud para ser titular registral, de tal modo que la titularidad se predica respecto de cada uno de los miembros de la comunidad”*.<sup>375</sup>

### **- Formas de cesación de los efectos de la anotación.**

Contempla el Art. 71 de la disposición normativa estudiada la forma normal de cesación de los efectos de la anotación, esto es, la existencia

---

<sup>374</sup> (RJ 1123) Ponente: Excmo. Sr. Ricardo Enríquez Sancho. En el mismo sentido STS 30 de noviembre de 2005 (RJ/1396) Ponente: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde; 20 de diciembre de 2001 (RJ/1544) Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil y la Resolución de 7 mayo 2007. Dirección general de los registros y del notariado (RJ/3776). En sentido contrario y en defensa de la caución como requisito para la anotación preventiva BOTIA TORRALBA, P., *Ob. Cit.*, Pág. 120.

<sup>375</sup> Dirección general de los registros y del notariado en su Resolución de 7 mayo 2007 (RJ 3776).

de una sentencia que ponga fin al proceso judicial. En esta hipótesis, todo dependerá de si la sentencia contempla la creación, modificación o extinción del dominio o de algún derecho real inscribible, en cuyo caso, se practicarán los debidos asientos, quedando el contenido de la anotación inicial como incólume pero con efectos ya de cosa juzgada; si por el contrario, de la sentencia no resulta la creación, modificación o extinción del dominio o de algún derecho real, o la modificación de la descripción de las fincas sobre las que se hubiese practicado, la propia sentencia será título suficiente para cancelar la anotación.

## **VI. Otras medidas cautelares en materia urbanística.**

### **1. Actividad impugnabile en materia urbanística. Inactividad de la Administración y vías de hecho.**

Como ha quedado dicho, La LJCA permitió, además de la revisión de los actos administrativos y disposiciones generales de la administración dictadas en el sector urbanístico, la impugnación de los supuestos de inactividad de la Administración y de actuaciones materiales de la misma que configuren vía de hecho (Art. 25.2, 29 y 30). "Son impugnables, naturalmente, todas las resoluciones y acuerdos que se dicten por los Ayuntamientos y por las Comunidades Autónomas en materia de planeamiento, gestión y disciplina, y ello tanto los actos expresos como los que se produzcan por silencio administrativo. También lo serán los supuestos de inactividad con referencia a prestaciones concretas cuyo cumplimiento les sea exigible en virtud de lo dispuesto en una disposición de carácter general (por ejemplo un Plan General de Ordenación Urbana) que en un determinado aspecto no precise de actos de aplicación o por disponerlo así un acto, contrato o convenio urbanístico"<sup>376</sup>. Así mismo, es susceptible de impugnación, ante la jurisdicción contenciosa, toda actuación material de la Administración que se realice en ausencia de un título legitimante "por ejemplo en los supuestos de ocupa-

---

<sup>376</sup> Estévez Goytre, R. "El urbanismo y la Jurisdicción...", en *revista de derecho urbanístico...* pág. 153.

ciones de terreno en expropiaciones o reparcelaciones que se lleven a cabo prescindiendo del procedimiento legalmente establecido”<sup>377</sup>.

Por lo tanto, junto a régimen general de medidas cautelares establecido en los Arts. 129 a 135 LJCA, se abre la posibilidad de adoptar en el derecho urbanístico medidas cautelares con las especialidades procesales, ya explicadas, de los Art. 135 (si concurren las circunstancias especiales de urgencia) y 136 LJCA (si se cumplen los requisitos de los Art. 29 y 30 de la Ley)<sup>378</sup>.

## **2. Actos urbanísticos de contenido negativo. Adopción de medidas cautelares positivas en el ámbito urbanístico.**

En relación con los actos de contenido negativo debe decirse que la línea jurisprudencial urbanística del Tribunal Supremo, normalmente refiriéndose a denegación de autorizaciones administrativas, señala que dichos actos no deben suspenderse debido a que no innovan para nada la situación jurídica preexistente. A juicio del Tribunal, de accederse a la medida suspensiva, se estaría otorgando provisionalmente lo solicitado, “dando lugar a conceder por vía judicial lo denegado en vía administrativa, al menos durante la sustanciación del proceso”<sup>379</sup> de tal manera que se perdería el propio objeto del recurso. En este sentido, existen pronunciamientos que desestiman la suspensión provisional de resolucio-

---

<sup>377</sup> *Ibidem.*

<sup>378</sup> Sobre la inactividad de la Administración de planeamiento, o la denegación de las iniciativas de particulares de tramitación y aprobación de sus planes *vid:* GONZÁLEZ - VARAS IBÁÑEZ, S., *Urbanismo y ordenación... Ob. Cit.*, pág. 415 y ss.

<sup>379</sup> Entre otras: AATS de 25 febrero 2002 (RJ\1632); 12 de junio de 2000 (RJ/6672) Ponente: Excmo. Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez; STS 3 de diciembre de 1997 (RJ/9512) Excmo. Sr. Fernando Cid Fontan; STSJ País Vasco (RJCA/ 435). En el mismo sentido: AATS 3, 5, 29 de julio de 1991 (RJ/6672, 6701); 14 de julio de 1995 (RJ/6001); 30 de julio de 1996 (RJ/6216) Excmo. Sr. Jorge Rodríguez - Zapata; 22 de septiembre de 1995; 16 de mayo de 1995; 6 de febrero de 1995; 26 de diciembre de 1994; 25 de enero de 1994 (RJ/445); 27 de marzo de 1993 (RJ/3039); 22 de noviembre de 1993 (RJ/10484); 18 de diciembre de 1992 (RJ/12595); 16 de julio de 1991 (RJ/7944) y ATC 29 de marzo de 1990.

nes que niegan: *v. gr.* la propuesta formulada por la entidad demandante para la ordenación y el desarrollo urbanístico de un determinado sector (ATS 25 de febrero de 2002); la legalización de obras realizadas en la playa (STS 3 de diciembre de 1997); la licencia de obras (ATS 12 de junio de 2000); la licencia para la realización de actividades en sitios públicos (STSJ País Vasco 13 de diciembre de 2002); o, actos que clausuran vertederos (STS 3 de diciembre de 1999) etc.<sup>380</sup>

Hasta aquí el normal proceder de los tribunales y la interpretación tradicional de la regulación del régimen cautelar frente a actos de contenido negativo. La novedad vino marcada por la diferenciación, hecha por el Supremo, incluso antes de la entrada en vigor de la LJCA de 1998 amparándose en el Art. 24 CN y en el antiguo 1.428 LEC, del acto negativo y de los posibles contenidos positivos del mismo, avalando, el Tribunal, la suspensión respecto de estos últimos, o, lo que es igual, la adopción de una medida cautelar positiva. Si bien esta línea jurisprudencial un tanto innovadora que, por lo general, limitaba su aplicación práctica a los supuestos de expulsión de extranjeros o de suspensión de la ejecutividad del acuerdo denegatorio de la exención de la prestación social sustitutoria del servicio militar, se ha extendido a los casos de realización de actividades ilegales de carácter medio ambiental o urbanístico sin las correspondientes licencias y, en especial, sin la preceptiva evaluación de impacto ambiental<sup>381</sup>.

Un ejemplo reciente de lo dicho, de gran importancia por sentar precedente en el ámbito medio ambiental, nos traslada al pronunciamiento del TSJ de Castilla y León (25 de febrero de 2010<sup>382</sup>) que ordena, acertadamente y con fundamento en el Art. 129.1 LJCA, un medida cautelar positiva para obtener la paralización de una actividad cuya ilegalidad se postula por el recurrente y que de mantenerse causaría perjuicios ambientales, urbanísticos y arqueológicos irreversibles. Interesa resaltar, del caso en comento, los principales hechos y los argumentos utilizados

---

<sup>380</sup> En el mismo sentido pero con referencia al ámbito ambiental: AATS 12 de diciembre de 1990 (RJ10388); 20 de mayo de 1991 (RJ/4361); 19 de julio de 1991 (RJ/6555); 2 de diciembre de 1993 (RJ/95259).

<sup>381</sup> AATS 2 y 19 de noviembre de 1993 (RJ/8768).

<sup>382</sup> Recurso de apelación 0000433/2009. Sentencia 502 de 2010.



por el Tribunal para el análisis de cada uno de los criterios necesarios para la adopción de las medidas cautelares, en este caso, positivas:

- El Ministerio Fiscal de medio ambiente y urbanismo, en ejercicio de la acción pública, solicitó directamente al Ayuntamiento la suspensión de la actividad o paralización de la explotación minera existente en la zona arqueológica de “Las Médulas”. Requerimiento frente al cual la Junta de Gobierno Local emite un Acuerdo denegando la adopción de cualquier tipo de medida puesto que la actividad de explotación estaba autorizada por la Delegación Territorial de la Junta de la Comunidad Autónoma. El mismo Fiscal solicita, esta vez ante la jurisdicción, la nulidad del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local y la suspensión de todas las actividades mineras de explotación que se están adelantando en el lugar indicado, suspensión ésta última a la que el juzgado de lo contencioso accede<sup>383</sup>.

- Los **intereses enfrentados** en el caso estudiado son: por un lado, el desarrollo socio - económico del Municipio invocado por el Ayuntamiento, y el puro interés privado de la entidad mercantil titular de la explotación de la cantera y, por el otro, la protección del urbanismo, el medio ambiente y el patrimonio arqueológico, representado por el Ministerio Fiscal. Éste último interés, a juicio del Tribunal, prevalece frente al primero debido a la ilegalidad que reviste la actividad de explotación minera al realizarse en ausencia de licencias urbanísticas, ambientales y, en particular, del estudio previo de impacto ambiental.

Lo anterior a pesar de la autorización de la Delegación Territorial con la que contaba, desde hacía más de 40 años, la empresa titular de la explotación minera, pues, argumenta el *a quem*, tal autorización debió adaptarse a lo establecido por las normas urbanísticas del Ayuntamiento y, en especial, al Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Espacio

---

<sup>383</sup> En este sentido ver también: ATS 27 de diciembre de 1995 (RJ/2552) Ponente: Excmo. Sr. Sanz Bayón. “En el derecho español inicialmente la suspensión es un mandato dirigido a la Administración y no a la jurisdicción (...) si la Administración no la cumple, la jurisdicción puede ordenarla”.

Natural de la Médulas, puntualmente, a la exigencia del estudio de impacto ambiental<sup>384</sup>.

“La perspectiva de la valoración de los intereses en conflicto y la doctrina del Tribunal Supremo es constante y mantiene, en el ámbito de las denominadas actividades clasificadas, que procede la suspensión de la actividad, en base a la imposibilidad de desarrollarla, sino se cuenta con las licencias correspondientes, bien porque de otra forma se autorizaría implícitamente durante la tramitación del proceso la prosecución de una actividad que resulta contraria a ordenamiento jurídico, bien porque lo que el interés público exige es que se ejecuten las medidas orientadas a garantizar el cumplimiento de los requisitos legales de una actividad sometida a la normatividad urbanística y medio ambiental que, en caso de incumplirse, pueden producir riesgos obvios (...)”<sup>385</sup>. “Debe prevalecer el interés de protección del medio ambiente, frente al puro interés privado de la entidad mercantil y otros intereses sociales que coexistan (...)”<sup>386</sup> Nótese que el desarrollo sostenible no impide el desarrollo económico sino que lo armoniza con la protección del medio ambiente, a cuyo disfrute todos tienen derecho”.

- El TSJ entiende que “la desestimación de la solicitud [por parte de la Administración] de que se suspenda una actividad o se paraliquen las actividades mineras de la explotación de la cantera, debe entenderse como una denegación de las medidas de protección y restauración de la legalidad expresamente pedidas, con un efecto o consecuencia positiva, que es el mantenimiento de una actividad que se considera ilegal. Por ello, la petición provisional de paralización constituye una medida positiva que tiende a evitar la prolongación y permanencia de una situación contraria al ordenamiento jurídico”.

---

<sup>384</sup> En sentido contrario refiriéndose al ex RDL 1302/1986: AATS de 19 de mayo de 1992 (RJ/4225) y 20 de mayo de 1992 (RJ/4226) citados en el trabajo de JORDANO FRAGA, J., “El proceso de afirmación del medio ambiente como interés público prevalente o la tutela cautelar ambiental efectiva: La Suspensión de los actos administrativos por la razón (...)” en *Revista de Administración Pública ... Ob. Cit.*, pág. 198. “la ausencia de evaluación de impacto ambiental respecto a proyectos que *prima facie* no están sujetos no puede determinar la suspensión con fundamentación en la nulidad por omisión de un trámite preceptivo”.

<sup>385</sup> Cfr. STS 23 de enero de 2003

<sup>386</sup> En el mismo sentido: SSTS 30 de abril y 15 de julio de 2002; 13 de febrero de 2003; 25 de octubre de 2005, 27 de enero y 25 de abril de 2006.

- “Es perfectamente posible la tutela cautelar pretendida cuando, sin existir licencia, se rechaza expresamente la adopción de medidas de protección de la legalidad urbanística o medio ambiental pues, (...) la adopción de aquellas dirigidas a la restauración del orden jurídico infringido son de imposición forzosa para la Administración”<sup>387</sup>.

- El *periculum in mora* se entiende presente en el caso de autos, pues “(...) de no accederse a la petición de suspensión o paralización de las actividades de explotación se perdería la finalidad legítima del recurso, desde la óptica de la plena efectividad de la sentencia, que es el cese de la situación flagrante de ilegalidad que se denuncia y que permanecería desde hace años con evidente causación de daños y perjuicios irreversibles o de distinta consideración (ambientales, urbanísticos y arqueológicos).”

Sin embargo, esta sentencia no entra a valorar en concreto los perjuicios<sup>388</sup>, afirmando en abstracto que: “La finalidad legítima del recurso (...) no es sólo, que al final del proceso, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquel<sup>389</sup>”. La decisión adoptada se fundamenta directamente en el respeto a la legalidad por parte del Ayuntamiento y de la empresa titular de la explotación minera.

- Se decanta el *A quo* por exigir un contenido de *fumus boni iuris* reforzado, es decir, una “fuerte apariencia” de **ilegalidad de la actividad** frente a la que se solicita la medida cautelar. La explotación minera denunciada se ubica en “suelo rústico de protección forestal” dentro del espacio natural de “Las Médulas” según el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Espacio Natural, y se lleva a cabo “sin haberse realizado la correspondiente evaluación de impacto ambiental y sin las preceptivas licencias urbanística y ambiental ni

---

<sup>387</sup> En el mismo sentido STS 5 de mayo de 2001 y ATS 26 de marzo de 1994.

<sup>388</sup> Este punto de gran relevancia pues desde 40 años atrás se venía realizando la explotación minera. En sentido contrario la línea jurisprudencial que expone la necesidad de prueba de los perjuicios por lo menos indiciariamente: ATS Febrero 25 de 1987 (RJ/3368); 8 de febrero de 1989 (RJ/1097); 13 de octubre de 1988 (RJ/8018); 17 de julio de 1993 (RJ/5577) Ponente: Excmo. Sr. Esteban Álamo.

<sup>389</sup> STS 7 de abril de 2004 (RJ/2685) Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez.

autorización excepcional de suelo rústico”. Para llegar a tal conclusión, el grado de análisis del juez en primera instancia y luego del tribunal conllevó una minuciosa evaluación de todos los aspectos vinculados al asunto (estudio e interpretación de toda la normativa Estatal y Autonómica urbanística y ambiental aplicable al caso<sup>390</sup>), para determinar, en particular, la ilegalidad de la autorización con que contaba, desde hace más de 40 años, la entidad mercantil para el desarrollo de la explotación minera y, en general, la carencia de licencias necesarias y la falta de estudio de impacto ambiental necesarios para el desarrollo de la actividad. Una motivación ardua (16 folios el *a quo* y 10 el *a quem*) que alcanzó prácticamente el nivel exigido para una resolución definitiva, traspasando, en aras del respeto la tutela judicial efectiva, los “límites” del juicio provisional. La decisión del *a quo*, comprendida toda su argumentación, fue confirmada por el *a quem* sin ningún matiz sobre la prohibición de prejuzgamiento del fondo del asunto<sup>391</sup>.

Por todo lo anterior, concluye el Tribunal, considera procedentes las medidas, solicitadas por el Ministerio Fiscal, adoptadas por el juzgado contencioso.

Valga ahora mencionar que el medio ambiente es un interés que, sin lugar a dudas y de manera constante, la jurisprudencia española viene

---

<sup>390</sup> El Juzgado de lo contencioso y el Tribunal Superior analizan detalladamente el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desarrollo de la actividad minera por las siguientes normas: Decreto 101/2002 por el que se aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Espacio Natural de las Médulas; Ley 10/1998 de Ordenación del Territorio de la Comunidad de Castilla y León; Ley 42/2007 de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad; Ley 8/1991 de Espacios Naturales de Castilla y León; Real D.L. 1302/1986 de Evaluación de Impacto Ambiental; Decreto 329/1991 de la Junta de Castilla y León sobre reestructuración de los espacios naturales afectados por actividades mineras y extractivas; todos los instrumentos legislativos del régimen transitorio establecido en materia de evaluación de impacto ambiental entre otras.

<sup>391</sup> Algún autor considera, en el ámbito de la tutela cautelar ambiental, que la apariencia de buen derecho es un elemento suficiente para que en seno del proceso cautelar se otorgue la protección provisional instada: JORDANO FRAGA, J., "El proceso de afirmación del medio ambiente como interés público prevalente o la tutela cautelar ambiental efectiva: La Suspensión de los actos administrativos por la razón de la protección del medio ambiente en la Jurisprudencia. "en *Revista de Administración Pública* Núm. 145, 1998, pág. 188. Otro ejemplo de un análisis exhaustivo del objeto del proceso en el juicio cautelar lo encontramos en ATSJ de Canarias de 3 de marzo de 2009, Recurso 66/09.

considerando prevalente no sólo cuando concurre, en una misma ponderación, con intereses privados, sino, incluso, cuando lo hace con otros intereses públicos (*v gr.* La realización de una obra en suelo especialmente protegido<sup>392</sup>, excepto cuando la misma obra tiene como finalidad la defensa del ambiente<sup>393</sup>). Algunas de las principales razones, esgrimidas en los pronunciamientos judiciales, para colocar el interés ambiental cerca del vértice de la pirámide de jerarquización de los intereses generales son: su vinculación constitucional como interés público primordial<sup>394</sup>, la irreversibilidad e irreparabilidad de los daños y perjuicios que le son causados y la repercusión indirecta de dichos daños en la salud y en la vida de todos los administrados<sup>395</sup>. Así mismo, la protección del medio ambiente es un argumento, que a juicio de los tribunales españoles, “no constituye un mero interés público singular concurrente, es un interés que unido a la presunción de validez y eficacia de los actos ad-

<sup>392</sup> En este sentido el ATS 7 de noviembre de 1995 (RJ/8134) Ponente: Excmo. Dr. Mateos García “El interés general no es el propio de todo acto administrativo, sino que se manifiesta en una necesidad concreta de proteger el ambiente”. En la misma línea: ATS 27 de diciembre de 1995 (RJ/2552) Ponente: Excmo. Sr. Sanz Bayón. La doctrina más reciente y relevante en materia de medidas cautelares considera que la decantación de los Tribunales por la prevalencia del interés ambiental, en el contexto de la Comunidad Europea, responde, con carácter general, a que el Tribunal de Justicia se ha mostrado especialmente receptivo con la protección del medio ambiente, siendo hoy uno de los objetivos esenciales de la Comunidad. En este sentido: De LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. Cit.*, pág. 248; CASTILLO DAUDÍ, M., “La aportación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la política comunitaria del medio ambiente”, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios homenaje al Profesor Don Manuel Díez Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 827 y ss.

<sup>393</sup> ATS 11 de marzo de 1996 (RJ/2328) Ponente: Excmo. Sr. Goded Miranda sobre la ejecución de obras del proyecto de regeneración del paseo marítimo de la playa.

<sup>394</sup> Decíamos al principio de éste capítulo que los Art. 45 y 47 CE están dentro de los “*principios rectores de la política social y económica*”, y por lo tanto son informadores de la actuación de los poderes públicos.

<sup>395</sup> Sobre la Tutela Cautelar en materia medio ambiental entre otros: De LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo... Ob. Cit.*, pág. 246 y ss; JORDANO FRAGA, J., “El proceso de afirmación del medio ambiente como interés público prevalente o la tutela cautelar ambiental efectiva: La Suspensión de los actos administrativos por la razón ...” en *Revista de Administración Pública ... Ob. Cit.*; MARTÍN SÁNCHEZ, C. J., “Las medidas cautelares y el medio ambiente”, en *Aranzadi Administrativo*, Núm. 24 2001, pág. 1y ss.

ministrativos determina la eficacia del acto que lo impone.”<sup>396</sup> Sin embargo, tal como lo mencionábamos páginas atrás, refiriéndonos al interés de protección de la legalidad urbanística, si bien es cierto que las Administraciones públicas tienen la obligación de actuar en función del interés general, entre el que se encuentra sin lugar a dudas el interés ambiental, esto no impide que los particulares, en uso de la acción pública o en sus recursos de impugnación de actos administrativos, también aleguen tal interés y esperen la misma respuesta de la jurisdicción: la suspensión del acto administrativo que vulnera la legalidad ambiental o la adopción de medidas cautelares positivas si son necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia<sup>397</sup>. En todo caso, como en cualquier ámbito de la tutela cautelar, el adecuado tratamiento de la materia requerirá de un análisis casuístico<sup>398</sup> que permita, si así procede, equiparar razonadamente los intereses particulares con los intereses públicos, también de carácter ambiental, ponderarlos con los intereses defendidos por la Administración y jerarquizarlos de acuerdo a su prevalencia<sup>399</sup>.

---

<sup>396</sup> AATS 11 de mayo 1989 (RJ/3867); 16 de octubre de 1990 (RJ/8247) Ponente: Excmo. Sr. González Navarro sobre la ejecución del acto que limita el en el horario de actividades de una discoteca; 17 de marzo de 1992 (RJ/3276) Ponente: Excmo. Sr. De Oro Pulido López sobre la concurrencia de intereses de protección medio ambiental con interés en la construcción de vivienda familiar; 23 de diciembre de 1992 Ponente: Excmo. Sr. Rodríguez- Zapata Pérez sobre la ejecución de un acto administrativo de clausura de industria. Así mismo los ya citados AATS de 7 de noviembre y 27 de diciembre de 1995.

<sup>397</sup> En este sentido: DE LA SIERRA, S., "Medidas Cautelares", en *Fundamentos... Ob. Cit.*, pág. 252; ATS 17 de febrero de 1990 (RJ/1439) Ponente: Excmo. Sr. González Navarro "un elemento decisivo para el otorgamiento de la suspensión es la afección al medio ambiente, si existe tal afección el Art. 45 CE, en cuanto a principio rector que informa la práctica judicial, hace obligada la suspensión del acto administrativo susceptible de causar perjuicios de difícil reparación al medio ambiente como bien jurídico constitucional protegido". En sentido contrario aduciendo falta de representación de los intereses colectivos: ATS 2 de octubre de 1990 (RJ/7884) Ponente: Bruguera Mante.

<sup>398</sup> En esta posición: ATS 6 de marzo de 1990 (RJ/2140).

<sup>399</sup> Cfr. DE LA SIERRA, S., "Medidas Cautelares", en *Fundamentos... Ob. Cit.*, pág. 252. En este orden: ATS. 17 de junio de 1987 (RJ/6500); 15 de junio de 1991 (RJ/ 4685).

## VII. Sobre las medidas cautelares como mecanismos preventivos en materia de corrupción urbanística.

Si hay un sector que, en las últimas décadas, representa de manera muy significativa la corrupción en el sector público, ese es el del urbanismo<sup>400</sup>. Un sector que pese a ser el que es capaz de proporcionar una mayor calidad de vida a los ciudadanos, en el que puede apreciarse el acierto de hacer converger intereses públicos e intereses privados, paradójicamente, se retrata ante la sociedad española como un ámbito marcado por el delito y las malas prácticas.

Con frecuencia los medios de comunicación nos muestran crudamente la detención o apertura de causas penales de servidores públicos, principalmente altos cargos de la Administración, políticos, que presuntamente han defraudado la confianza de los ciudadanos y del ordenamiento jurídico empleando sus potestades administrativas para satisfacer intereses espurios, particulares, clientelistas, completamente alejados del interés común de los ciudadanos y por tanto de los fines que la normativa reguladora de la materia establece.

Algo ha sucedido o sucede con el urbanismo: la crecida demanda de viviendas por la población y la especulación generada; el elevado movimiento de dinero y la facilidad para canalizarlo en la financiación de partidos políticos; la laxitud de algunas administraciones en garantizar el cumplimiento de la legalidad o tolerar o ser cómplices de la indisciplina (merece la pena, solo por dar un ejemplo, mencionar la “amnistía” que parece preverse en la reforma de la Ley Gallega del Suelo<sup>401</sup>); la falta de controles o, directamente, de la voluntad firme para hacer cumplir la le-

---

<sup>400</sup> Sobre el fenómeno de la corrupción: RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Corrupción, Estado de Derecho y Poder Judicial: retos y límites a las iniciativas supranacionales e internacionales de la asistencia y cooperación judicial” en *Estudios sobre la corrupción una reflexión hispano-brasileña*, 2013, pág. 135-240; “Los sistemas procesales penales frente al reto de controlar la corrupción” en *la corrupción, aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, 2000, pág. 73-78.

<sup>401</sup> Exposición de motivos de la ya citada Ley 2/2010, 25 de marzo, de medidas urgentes de modificación de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.

galidad urbanística, son elementos que en mayor o menor medida han contribuido a generar un sector económico especialmente abonado para la corrupción, pública pero también privada, menoscabando valores esenciales de la convivencia y del buen orden de un Estado Democrático y de Derecho.

Toda esta indisciplina urbanística (por agrupar en un término las malas prácticas que emergen directamente del incumplimiento de las normas urbanísticas) ha arrojado como resultado la preterición del principio de legalidad; la quiebra de la legitimidad y credibilidad en el proceder de la Administración y de quienes ocupan su más altos puestos, alcanzando prácticamente a la totalidad del espectro político y territorial; la pérdida y presión sobre espacios, en principio, inmunes a la acción urbanística, siendo especialmente grave la situación en las zonas de litoral; un paisaje saturado de construcciones ilegales, destrucción de paisajes y recursos naturales<sup>402</sup>. Estas consecuencias han traído consigo un aumento de la sensibilidad colectiva que condujo, ante el fracaso del papel preventivo y sancionador del derecho administrativo, a solicitar el auxilio del derecho penal para la tutela de los intereses urbanísticos y medioambientales<sup>403</sup>.

El anterior panorama es una realidad innegable. Una realidad que, si bien es cierto, se ha visto frenada por la general situación de crisis en la que además se da el contrasentido que en buena medida parece traer causa en el sector al que se ha hecho referencia en este capítulo añadiéndose un nuevo y negativo efecto a los ya enunciados, no lo es menos, que no parece que el problema se haya cerrado, muestra de ello son las noticias que nuevamente surgen en relación a la materia. Esta es una si-

---

<sup>402</sup> Cfr. DESDENTADO DAROCA, E., "El control de la legalidad urbanística..." en *El control de la legalidad urbanística... Ob. Cit.*, pág. 1y ss; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T.R., *Manual de Derecho... Ob. Cit.*, pág.235.

<sup>403</sup> Cfr. PAREJO ALFONSO, L., *La Disciplina... Ob. Cit.*, pág. 20 "el avance del recurso a la represión penal en la materia, especialmente en punto de los atentados y agresiones a la naturaleza y el medio ambiente, que es detectable en algunos países y, entre ellos, el nuestro (...) es por ahora selectivo y reconducible al incremento de la sensibilidad colectiva hacia los valores y bienes lesionados (...). Pero no puede olvidarse tampoco que constituye, al menos en el caso Español, una reacción frente al fracaso continuado del mecanismo sancionador administrativo para , por sí solo, corregir la persistente situación generalizada de indisciplina social en el uso del suelo y de los recursos naturales."



tuación en la que las medidas preventivas, y dentro de éstas las medidas cautelares<sup>404</sup>, deben cobrar un mayor protagonismo. No en vano se afirma que “El cumplimiento de la legalidad hoy previene las decisiones del mañana”<sup>405</sup>.

Sobre el mayor protagonismo de las medidas cautelares en el ámbito urbanístico, son innumerables los llamados de la doctrina más autorizada, especialista en derecho urbanístico, a erradicar la regla de excepcionalidad la adopción de las mismas (incluso algunos, yendo más allá, abogan por el recurso suspensivo en el ámbito urbanístico<sup>406</sup>), a no esperar para su adopción a que el problema de ilegalidad cobre dimensiones desproporcionadas que sólo permitan ser corregidas mediante tardías demoliciones, cuantiosas indemnizaciones o modificaciones de los planes urbanísticos, de dudosa legalidad, que permitan la legalización de aquello que atenta contra el orden, la sostenibilidad ambiental y la estética de la ciudad.

---

<sup>404</sup> Los tribunales están facultados para adoptar las medidas cautelares necesarias para garantizar la ejecución de los fallos. En este sentido SSTS, 23 de julio de 1998 (RJ/5883), 30 de enero de 2001 (RJ/1724), Ponente: Excmo. Sr. Ricardo Enríquez Sancho, 9 de noviembre de 2006 (RJ/8553) Ponente: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde.

<sup>405</sup> BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico... Ob. Cit.*, Pág. 493. Además de la necesidad de potenciar las medidas preventivas como correctivo de la indisciplina urbanística, este Autor considera que el alto nivel de tolerancia social de las irregularidades urbanísticas tiene como causa la titularidad del municipio sobre la ejecución de las competencias relativas a la disciplina urbanística. “Es sociológicamente imposible que una administración tan cercana al vecino pueda hacer cumplir una ley. Al agravio comparativo inevitable de quien sufre el peso de la ley por vez primera debe unirse el efecto electoral.” Por esta razón, sugiere que la aplicación de las normas de disciplina urbanística se lleve a cabo por un organismo administrativo independiente.

<sup>406</sup> En este sentido: DESDENTADO DAROCA, E., “El control de la legalidad urbanística...” en *El control de la legalidad urbanística... Ob. Cit.*, pág. 40. “Debería producirse un giro en la valoración de la necesidad de otorgamiento de la medida cautelar que llevara a entender que la regla general en el ámbito urbanístico debe ser la suspensión, dados los intereses en juego y las dificultades de la reposición de las cosas a su estado anterior una vez que ya se ha construido y que lo excepcional debería ser su no otorgamiento”. Así mismo cita los fallos: STS de 24 de enero, y 10 de julio de 2007 (RJ/4773) y 10 de septiembre de 2007 (RJ/5332).

La memoria de la Fiscalía coordinadora de medio ambiente y urbanismo<sup>407</sup> insiste y hace especial hincapié “en la extraordinaria importancia de las medidas cautelares en la materia”<sup>408</sup>. A tal efecto, señala que “la temprana adopción de las mismas en su doble dimensión de aseguramiento y prevención, coadyuva decisivamente para evitar la consumación del delito en muchos casos y a la posibilidad de acordar la restauración más fácilmente (de hecho no es lo mismo demoler una vivienda concluida y habitada que aquella en la que solo se ha levantado la estructura)”<sup>409</sup>. Continúa el documento en mención recomendando la no suspensión de los expedientes administrativos de restablecimiento de la legalidad urbanística, cuando se inicien las actuaciones judiciales ya que, los primeros, “carecen de naturaleza sancionadora (...) y en consecuencia hay que defender la plena vigencia de las medidas cautelares acordadas en los mismos”<sup>410</sup>. Refiere, por último, que la petición y adopción, con éxito, de las medidas cautelares en temas de urbanismo permite que la sentencia que se dicte posteriormente por la autoridad judicial pueda ser plenamente ejecutada.

Como ejemplo de la importancia de las medidas cautelares cita la Fiscalía de Sevilla, en el documento en comento, un caso de contaminación de un acuífero producida por una empresa minera, la cual, “a raíz de una serie de incumplimientos reiterados de los requisitos a los que se tenía que sujetar en la autorización para drenaje e inyección, propia de su actividad, acabó causando unos daños globales al dominio público de, al menos, 322.381’60 euros. A su vez, su conducta infractora ha provocado una grave alteración del curso de las aguas, con la consiguiente puesta en peligro de las personas y el entorno medio ambiental, y ha resultado afectado por arsénico un acuífero del que se abastece la población, cuyas consecuencias habrían sido superiores de no haberse adoptado la medida cautelar de suspensión por el Organismo de Cuenca”<sup>411</sup>. Así mismo,

---

<sup>407</sup> Memoria de la Fiscalía coordinadora de medio ambiente y urbanismo año 2008. [http://www.fiscal.es/cs/Satellite?c=Page&cid=1240559967727&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE\\_buscadorDocEspecialista&vest=1240559967727](http://www.fiscal.es/cs/Satellite?c=Page&cid=1240559967727&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_buscadorDocEspecialista&vest=1240559967727).

<sup>408</sup> *Ibidem*, pág. 58.

<sup>409</sup> *Idem*.

<sup>410</sup> *Ibidem*, pág. 59

<sup>411</sup> *Ibidem*, pág. 70.

resalta la memoria la importancia de la adopción de medidas cautelares por parte de los jueces instructores de los delitos de urbanismo y medio ambiente cuando las mismas no hayan sido acordadas en vía administrativa o contenciosa y sea necesarias para el aseguramiento de la tutela judicial efectiva<sup>412</sup>.

Finalmente, para el año 2013, la Fiscalía especializada de medio ambiente señala<sup>413</sup> que las medidas cautelares se vienen aplicando ya después de varios años, pero que no todo lo que se dice de ellas resulta positivo: “En algunos Juzgados se aplican con cierto retraso, lo que impide que sean verdaderamente efectivas. Lo cual resulta incomprensible, como refiere Córdoba, dado que la normativa urbanística andaluza (art. 181 Ley Ordenación Urbanística de Andalucía) ofrece un catálogo amplio de las mismas que puede servir a título orientativo. Por su parte la memoria de Cádiz afirma que cada vez es menor la eficacia de las medidas cautelares, especialmente las paralizaciones, dado que pocas veces se respetan, ya que los Tribunales se limitan a condenar por una simple falta de desobediencia, al no existir normalmente más que un solo apercibimiento”. A pesar de lo efectivas que pueden llegar a ser este tipo de herramientas de cara a la disminución de los efectos de las prácticas corruptas, aún no se han tomado con la suficiente celeridad y seriedad por la jurisdicción contencioso-administrativa. El llamado sigue siendo entonces en la misma línea, seguir batallando por la garantía provisional

---

<sup>412</sup> Al respecto *Ibidem*, pág.71 “En relación con emisiones acústicas, la memoria de la Fiscalía de Granada reseña la aplicación de una medida cautelar, a través de un muy fundamentado auto de clausura del establecimiento que era foco emisor de los ruidos, con la finalidad de proteger el derecho fundamental de las víctimas a la intimidad y a la calidad de vida, conforme a la interpretación coordinada de los artículos 45 y 18 de la Constitución Española. La adopción de esa medida es un dato que se destaca, habida cuenta los casos contados en los que los Instructores acuerdan medidas cautelares en los delitos de medio ambiente en general, a pesar, como bien subraya la Fiscalía, «*de su evidente importancia para asegurar una tutela judicial efectiva*».”

<sup>413</sup> Memoria de la Fiscalía coordinadora de medio ambiente y urbanismo año 2013. <http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2014/09/2013-MEMORIA-FMA.pdf>.

de derechos y dar a la justicia cautelar el valor y la celeridad que requiere para funcionar.

## CONCLUSIONES

1. La medida cautelar de suspensión del acto administrativo, ha formado parte de las instituciones centrales del derecho administrativo y, en sus orígenes fue incorporada a los ordenamientos jurídicos herederos de la tradición jurídica continental europea, entre ellos los ordenamientos Español y Colombiano, como una herramienta de uso excepcional por dejar sin efecto una de categorías dogmáticas de gran envergadura o “prerrogativa” la autotutela, -declarativa y ejecutiva-.

2. El control de la actividad de la Administración pública no aparece a la par de la propia Administración, al menos no el control sobre toda su actividad ni ejercido con total independencia de la misma. En los albores del siglo XIX es la propia Administración la que realiza el control de sus propios actos, alejada de toda intervención del poder judicial y a través de órganos consultivos como el Consejo de Estado y los Consejos provinciales en España (1958) y el Consejo de Estado Colombia (desde 1828). Posteriormente, desde 1988 en España y 1886 en Colombia, se delega el control de la legalidad de los actos administrativos a órganos mixtos compuestos por funcionarios administrativos y judiciales. Finalmente, el Consejo de Estado es sustituido en España por la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo (1904) y, de manera definitiva, con la LJCA/1956, pasa a integrar el Poder Judicial. Es la época de inicio del Contencioso-administrativo objetivo. En Colombia sucede lo propio con las Ley 130/1913 y Ley 6/1914.

3. Bajo esta perspectiva, el Derecho Administrativo se configura para la institución Administración Pública, La ley se concreta, mediante la subsunción, en actos administrativos, el administrado que considere antijurídica la decisión de la Administración puede acudir a los Tribunales que son sólo revisores de la legalidad de las decisiones de la Administración. En tales condiciones, Sólo era posible obtener la suspensión provisional del acto administrativo, única medida cautelar posible, si el administrado lograba demostrar una “manifiesta y flagrante” violación a la legalidad sumada a un perjuicio grave e irremediable – entendido como irreparable económicamente- causado por el acto administrativo a sus derechos o intereses legítimos.

4. No tardó la realidad en demostrar que el Derecho no podía limitarse a una mera conexión de hechos con las normas previamente establecidas. El legiscentrismo llevó a separar el Derecho de su contenido material Justicia y el Estado de Derecho Liberal vio su final en la segunda guerra mundial. Los derechos humanos, los valores superiores de justicia material y dignidad humana vieron devuelto su carácter normativo dentro de las constituciones posguerra. Éste nuevo Estado Constitucional y Social de Derecho trajo consigo una reivindicación del ordenamiento jurídico como un todo compuesto por principios y reglas, el replanteamiento de las fuentes mismas del derecho y la vinculación positiva del texto constitucional a los poderes públicos y a las relaciones entre particulares.

5. La Carta Magna de 1978 (CE) y la Constitución Política de 1991 (CN) generaron como consecuencia un movimiento generalizado de reforma, al menos en los criterios de interpretación de todas las normas preconstitucionales. Estas constituciones normativas elevaron a rango constitucional el principio de legalidad y ampliaron su contenido: la Administración pública quedó sometida sí a la Ley, pero también al derecho, en el entendido de que la injusticia bajo ninguna circunstancia puede ser derecho, todo ello de conformidad con los principios, valores y derechos incorporados en los textos fundamentales. Así mismo, esta ampliación del contenido del principio de legalidad desencadenó en la reivindicación del papel del principio de equidad en la interpretación del ordenamiento jurídico y también como informador de todos los procedimientos administrativos y judiciales. En este marco, el derecho administrativo debe regular jurídicamente a la Administración para que cumpla con la finalidad de satisfacer derechos y libertades públicas, para que garantice con su actividad la efectividad de los derechos e intereses legítimos de los administrados dentro del sistema general de garantías del Estado Constitucional.

6. Estas constituciones ratificaron claramente a la Jurisdicción contencioso-administrativa como parte del Poder Judicial y le asignaron el control sobre la totalidad de las manifestaciones de la actividad de la Administración, aboliéndose cualquier espacio de inmunidad que pudiera quedar a la Administración Pública. La jurisdicción contencioso-administrativa ya no hace exclusivamente un juicio al acto administrativo, sino que controla toda la conducta de la Administración Pública, lo que incluye también la inactividad de la administración y las vías de hecho. El

objeto del proceso contencioso deja de ser el acto administrativo y se centra en el conflicto jurídico entre las partes que deben estar en posición de igualdad frente al juez. La jurisdicción contencioso-administrativa ya no sólo revisa si la actuación administrativa se ajusta a la solución predeterminada por la Ley sino que, además, garantiza la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos.

7. La potestad cautelar que se incorpora dentro de la potestad jurisdiccional (contemplada en los Art. 106.1, 117.3, 118 CE, 2.1 y 3.1 LOPJ, desarrollados por los Art. 129 y ss. de la LJCA y por los Art. 116 y 238CN, desarrollados por los Art. 229 y ss. LPACA) y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, forman parte del marco constitucional necesario para el control de la Jurisdicción contencioso-administrativa y el mandato de efectividad de derechos en los procedimientos administrativos. La potestad cautelar el buen funcionamiento de la administración de justicia y la eficacia de sus decisiones, por lo tanto, se hace forzoso su ejercicio para la autoridad competente cuando se cumplen los requisitos establecidos en la ley procesal específica y, consecuencia de ello, también resulta de obligatorio cumplimiento lo ordenado cautelarmente para: las partes (administrado - Administración), los terceros (interesados y/o ciudadanos en general) y para las autoridades comprometidas con la ejecución de la medida (Art. 118 CE, Art. 4 y 95.7 CN). Si bien es cierto que la potestad jurisdiccional (de la que se deriva la cautelar) está atribuida, en principio, a la rama judicial (Art. 117.3 CE), en el ordenamiento jurídico español el Art. 3 LOPJ recuerda, como excepción a tal regla, la potestad jurisdiccional reconocida por la propia Constitución a otros órganos, de esta manera se legitima, en dicho ordenamiento, la potestad cautelar en vía administrativa.

8. Si hay una norma constitucional que ha permitido el control judicial de la actividad de la Administración y la efectividad de los derechos es la Tutela Judicial Efectiva (Art. 24 CE y 229 - 229 CN). Este derecho configurado con rango de fundamental (Sección I Capítulo II, Art. 53 CE, Art. 4, 29, 229 y 86 CN) ha sido blindado con ciertas garantías adicionales. a. Para el ordenamiento jurídico español: aplicación directa de su contenido normativo, vinculación a todos los poderes públicos, reserva de su regulación a la Ley orgánica que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial; procedimiento preferencial y sumario ante los Tribunales Ordinarios para su protección y, también, la garantía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. b) Para el ordenamiento jurídico

colombiano: fuerza normativa, eficacia directa, prevalencia y permanencia en el ordenamiento jurídico, límite a la labor del legislador en cuanto a la forma de aprobar su regulación (Ley Estatutaria) y frente al contenido de dicha regulación, protección especial mediante acción de tutela.

9. Hay ordenamientos jurídicos en los que el derecho fundamental a la Tutela Judicial Efectiva no tiene discusión alguna, la Constitución Española lo consagra expresamente en su Art. 24. Sin embargo, en otros ordenamientos como el colombiano no se encuentra consagrado expresamente, siendo necesario recurrir al criterio de remisión, a los tratados internacionales y convenios válidamente suscritos y ratificados por Colombia (Art. 93 CN). En este marco, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 8) y la Convención Interamericana de los Derechos Humanos (Art. 8.1 y 25) establecen que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces competentes que le ampare contra violaciones a sus derechos reconocidos por la constitución. Por lo tanto, los deben garantizar que la autoridad competente prevista decida sobre los derechos de quien interponga el recurso (acceso a la administración de justicia), garantizar el desarrollo del recurso (debido proceso) y el cumplimiento de la decisión (efectividad de la sentencia). La Tutela Judicial Efectiva es un derecho que tiene conexión directa con los principios constitucionales de justicia, dignidad humana, libertad e igualdad, así mismo, garantiza la convivencia pacífica como finalidad del Estado Constitucional. En Colombia además el derecho fundamental de la Tutela Judicial Efectiva se construye a partir de los Art. 29 CN (Debido Proceso con todas las garantías) y 299 CN (acceso a la Administración de Justicia).

10. De los tres grandes grupos de garantías que componen el derecho fundamental a la Tutela Judicial Efectiva, este trabajo ha destacado la efectividad de la sentencia. La decisión de fondo debe satisfacer, con sus argumentos, la posición jurídica de las partes y corresponder con los derechos de quien haya demostrado tener la razón en el proceso. Será inefectiva la sentencia que ordene una indemnización a favor del accionante que ningún momento incoó ante el aparato judicial una pretensión de condena dineraria. Dicha tutela habrá logrado poner en funcionamiento el andamiaje judicial, durante todo el tiempo necesario para garantizar el debido proceso, pero habrá fracasado sino logró más que la frustración de la parte que no encontró la protección de aquello a lo que tenía dere-



cho, sino que, ante la imposibilidad judicial de proteger el derecho al momento de la sentencia, recibió una suma de dinero a cambio.

11. De este marco constitucional se infiere que el Juez debe adoptar las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la protección de los derechos e intereses en litigio de quienes acuden al proceso para demostrar su razón. Por lo tanto, de demostrarse en el proceso alguna intromisión legítima o ilegítima (que no se tenga el deber jurídico de soportar) a los derechos o intereses de las partes en conflicto, el fallo de fondo deberá reponer al individuo en el ejercicio del derecho o interés del que se ha visto privado. Para lograr tal fin será indispensable entonces **la adopción de las medidas necesarias y adecuadas para garantizar provisionalmente la protección de los derechos o intereses legítimos en conflicto**. A esta garantía provisional de derecho se le denomina Tutela Cautelar y se establece constitucionalmente como clausula *numerus apertus*.

12. La protección de la Tutela Judicial Efectiva y, por lo tanto, de la Tutela Cautelar no es sólo para derechos fundamentales, sino para todos los derechos subjetivos e intereses legítimos que se debatan ante la jurisdicción (cualquiera que esta sea, ordinaria o especializada como la jurisdicción contencioso-administrativa). Su materialización se logra, entre otras, mediante el poder/deber del Juez de adoptar las medidas provisionales para la protección de los derechos e intereses en conflicto. La constitucionalización de las medidas cautelares ha resultado un hecho en los ordenamientos jurídicos Español y Colombiano. Corresponde al Juez aplicar directamente la Constitución y garantizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con todas sus garantías. **Mediante las herramientas cautelares se debe poner fin provisionalmente a la intromisión ilegítima o legítima (que no se tenga el deber jurídico de soportar) en el derecho o interés y reponer provisionalmente al individuo en el ejercicio de los mismos.**

13. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y las garantías que lo componen, no es un derecho absoluto. El mismo admite modulaciones razonables y proporcionadas hechas por el legislador en virtud de su libertad de configuración democrática (Art. 1.1, 9.3, 10 y 19.2 CE y 1, 2, 13 CN). Pero serán inconstitucionales las limitaciones hechas por el legislador que sean arbitrarias, desproporcionadas o carentes de racionalidad que no permitan la garantía de los derechos sustanciales.

14. La modulación o limitación legal de las garantías de la tutela judicial efectiva, entre ellas de la tutela cautelar, debe pasar por el tamiz del test de razonabilidad: adecuación del medio seleccionado al fin pretendido (garantizar el derecho o interés legítimo y la efectividad de la sentencia). Así mismo, tales modulaciones deberán ser proporcionadas. En este sentido, deberá el legislador aplicar el test de proporcionalidad aplicando los subprincipios de idoneidad (si con esa medida se ha de conseguir el objeto propuesto o el fin pretendido), necesidad (si existe otra medida más moderada para la consecución de otro objetivo con la misma eficacia) y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (la medida será ponderada o equilibrada por derivarse de ella más ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes y valores en conflicto. Normalmente, ese juicio de racionalidad y de proporcionalidad se hace en abstracto, es decir, sobre los supuestos normales de aplicación de la norma, lo que obsta para que la aplicación de la misma a casos concretos traiga como consecuencia resultados que restrinjan o limiten garantías fundamentales, en tales casos la aplicación de la medida podrá ser corregida por el Juez.

15. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la tutela cautelar conllevan entonces el replanteamiento de prerrogativas de la Administración Pública tales como la autotutela y sus derivados ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos. A falta de mención expresa constitucional, en España, se ha encontrado un fundamento constitucional a la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos a través de su vinculación con el principio de eficacia de las Administraciones Públicas, eficacia entendida en términos de resultados obtenidos mediante la utilización de los métodos acordes con el ordenamiento jurídico. En el ordenamiento jurídico colombiano, tales efectos de los actos administrativos se han hecho parte del engranaje constitucional a través del principio de legalidad de las actuaciones públicas y/o del interés público que se encuentran en la base de la misma de la Administración Pública. En este marco, la autoejecución de las decisiones administrativas es uno sólo uno de los múltiples medios o instrumentos con los que cuenta y puede usar la Administración Pública para obtener una actuación eficaz. El buen uso de esa autotutela se tendrá que valorar, caso a caso, en términos estrictos de eficacia. La ejecución “de propia mano” del acto administrativo sólo debería llevarse a cabo cuando sea estrictamente necesaria para la consecución del resultado pretendido con el acto y

no exista para la Administración Pública la posibilidad de recurrir a otra técnica más efectiva, menos lesiva, proporcional, impositiva o de menor gravamen para el ciudadano. Desde esta perspectiva, la suspensión de los efectos de un acto administrativo, cuya obtención del resultado pretendido no requiera estrictamente su ejecución inmediata, resultará viable.

16. En el ordenamiento colombiano, la remisión de la ejecutividad y la ejecutoriedad de los actos administrativos al principio de legalidad y al interés público encomendado a la Administración debe tener en cuenta que: por un lado, la presunción de validez, para operar, precisa contar con una mínima base, es decir, el acto del que se presume la validez debe estar rodeado de una mínima apariencia de conformidad con el ordenamiento jurídico, por lo que, faltando tal apariencia, debe considerarse que la presunción carece de soporte y si la presunción carece de sustento la ejecución del acto que de ella deriva no será posible. Por lo tanto, si no hay apariencia de legalidad, será deber del juez competente ordenar la suspensión cautelar de los efectos de la decisión impugnada. En cuanto al interés público abanderado por la Administración es necesario matizar que ya no existe un monopolio del interés general por parte de la Administración y que los particulares también pueden abanderar la defensa de los intereses públicos. Para Colombia resulta recomendable, dar un debate más abierto sobre estas prerrogativas de la Administración, seguir los planteamientos de la doctrina española y replantear la ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo desde el principio de eficacia. Desde esta última óptica, la ejecución inmediata de los actos administrativos sólo será viable cuando sea la única forma de consecución los fines públicos perseguidos por la Administración y de obtener la prevalencia del derecho sustancial.

17. En el ordenamiento jurídico español se permite la suspensión cautelar en vía de recurso administrativo. el Art. 149.1.18 CE asigna la competencia exclusiva del Estado para legislar sobre las “bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y de procedimiento administrativo común”, ello sin perjuicio de las “*especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas*”. Esta norma da cierre y garantía de unidad en todo el territorio nacional del núcleo fundamental del derecho administrativo. Las legislaciones autonómicas que, en su textos normativos, contemplan herramientas cautelares adscritas al procedimiento administrativo lo hacen con fundamento en las “espe-

cialidades derivadas de su propia organización” dentro del ámbito de sus competencias exclusivas, como es el caso del urbanismo.

18. El requisito determinante que plantea la norma para acordar la suspensión cautelar en vía de recurso administrativo es el *perjuicio* causado o que se puedan causar al recurrente. Tal perjuicio debe ser superior del aducido por terceros o del que se cause al interés público (Art. 111.2). Si de la suspensión acordada, pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la misma quedará supeditada a la prestación de una caución por parte del recurrente. Es decir, el resultado de tal exigencia previa a la adopción de la medida cautelar no es otro que evitar los perjuicios para terceros o para el interés público. A pesar de lo anterior, la norma insiste en la posibilidad de existencia de más riesgos para terceros y para el interés público y faculta a la autoridad administrativa para que, ya dictada la suspensión del acto, acuerde cualquier tipo de instrumento cautelar necesario para salvaguardar evitar los mismos (Art. 111.4). Esta cláusula “*numerus apertus*” debería estar plantada en el Art. 111. 2 y no en el 111.4, de tal manera que, la autoridad administrativa pudiera adoptar cualquier cautela necesaria, incluida la suspensión, para asegurar el derecho o interés legítimo del recurrente. Sin embargo, la suspensión del acto es la única herramienta cautelar que le es permitida a las Administraciones Públicas, estas últimas no están facultadas para acordar cautelas de carácter positivo (ordenes de hacer, no hacer o dar), a excepción de algunas anotaciones preventivas del recurso contempladas expresamente en las leyes especiales (p.e en las diferentes leyes relacionadas con el urbanismo y la ordenación del territorio).

19. En el ordenamiento jurídico Español el acto administrativo es de obligatorio cumplimiento y ejecutorio sin necesidad de agotar los recursos de la vía administrativa – excepto los de carácter sancionatorio- , por ello se hace necesario ampliar la facultad de las Administraciones públicas para que puedan ordenar todas las medidas cautelares posibles para asegurar el derecho o interés legítimo. Una fórmula más garantista de los derechos e intereses legítimos podría ser tomada del ordenamiento jurídico Colombiano: aplazar la ejecutividad y ejecutoriedad del acto hasta tanto no se agoten todos los recursos posibles en vía administrativa (Art. 238 CN, 87-89 LPACA). Lo anterior, generaría grandes avances a la efectividad de la tutela judicial si se suma a la interpretación hecha por el Tribunal Constitucional (STC 78 de 20 de mayo de 1996) que permite

que la solicitud de la medida cautelar impida la ejecución del acto administrativo, hasta tanto el Juez o Tribunal no se pronuncie sobre la misma.

20. Por su parte, en el ordenamiento administrativo colombiano, el Art. 20 LPACA, regula la atención prioritaria de la Administración pública a las peticiones de reconocimiento de un derecho fundamental cuando deban ser resueltas para evitar un perjuicio irremediable al peticionario. La misma norma, establece que la autoridad administrativa deberá adoptar de inmediato las medidas de urgencia necesarias para conjurar dicho peligro cuando estén en juego razones de salud, seguridad personal o esté en peligro inminente la vida o la integridad del destinatario de la medida solicitada. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, fundamento constitucional de la tutela cautelar, se extiende también al procedimiento administrativo y esta habilitación a la Administración para proteger de manera inmediata derechos fundamentales resulta idónea. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico colombiano sólo la Jurisdicción contencioso-administrativa podrá suspender los efectos de los actos administrativos (Art. 238 CN). Este Art. 20 LPACA está haciendo mención también a los actos administrativos en ejecución o ejecutados que vulneren derechos fundamentales. Probablemente, si la medida que requieran ordenar la Administración para garantizar la no vulneración del derecho fundamental es de carácter positivo, la autoridad administrativa no tendrá inconveniente, pues el Art. 29 y 229 CN le facultan para adoptar las medidas provisionales que sean necesarias, pero si la medida cautelar que se necesita para conjurar el peligro inminente del peticionario es la suspensión del acto administrativo, la autoridad administrativa encontrará una prohibición específica en el Art. 238 CN. Ahora bien, si la administración está autorizada a revocar de manera directa los actos administrativos cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución o a la Ley, cuando no estén conformes con el interés público o social o cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona, siempre que cuente con el consentimiento del ciudadano afectado, podrá en caso de vulneración de derechos fundamentales, con el consentimiento del ciudadano afectado, suspender los actos administrativos que menoscaben tales derechos, quien puede lo más (revocar) puede lo menos (suspender).

21. De los Art. 24 CE y 29 y 229 CN se derivan cláusulas abiertas en materia de protección provisional de derechos. En un Estado Constitucional todos los jueces deben aplicar de manera directa la Constitución pero el

juez contencioso- administrativo en materia cautelar esperó una habilitación por parte del legislador: en España tal habilitación legal llegó en 1998 y en Colombia en 2012. La tutela cautelar ha de entenderse como el medio idóneo para garantizar provisionalmente la efectividad de los derechos e intereses en litigio y, de esa manera, la tutela judicial efectiva. Ya no se trata, única y exclusivamente, de adoptar medidas provisionales para evitar la insolvencia del demandado, para mantener el status quo de la situación jurídica de las partes en el proceso o para mantener la integridad de los bienes en litigio, se trata de garantizar provisionalmente los derechos subjetivos o intereses legítimos de las partes en el proceso para salvaguardar la efectividad de la tutela judicial.

22. La suspensión del acto administrativo forma parte de esas medidas que garantizan provisionalmente el derecho y que se constitucionalizan con el derecho fundamental la tutela judicial efectiva. Por la desconfianza con la que ha sido vista por la jurisdicción contencioso administrativo, se ha condicionado su adopción a condiciones de certeza jurídica de ilegalidad del acto: manifiesta y ostensible violación de la norma alegada como vulnerada, integración del concepto de violación (requisito de citar todas normas que se consideran infringidas y el por qué de cada afirmación), perjuicios de imposible o difícil reparación (con el concepto de irremediable sometido a la posibilidad de valorar pecuniariamente el derecho), imposibilidad de suspender actos de contenido negativo, entre otras. No era imaginable el desarrollo que bajo el Estado Constitucional iba a tener la suspensión cautelar. Sin embargo tal auge no ha venido tanto de la mano del juez administrativo, como del juez constitucional. En aras de la efectividad de la tutela judicial efectiva resulta necesario que el juez contencioso – administrativo tenga la posibilidad, pero no excepcional, de suspender decisiones de la Administración. El replanteamiento de cada uno de los condicionamientos (manifiesta violación de normas, perjuicios irremediables, interés general inmerso en los actos de la administración) ha ido llegando. La suspensión cautelar se debe visualizar como un límite a la autotutela ejecutiva de la administración pública.

23. La actitud inmóvil de la jurisdicción contenciosa respecto de la institución suspensiva, y esa restricción de garantía provisional de los derechos en vía de recurso contencioso- administrativo, llevaron al legislador (español y colombiano) a otorgar poderes cautelares amplios al juez tratándose de protección de derechos fundamentales y colectivos. El procedimiento preferente y sumario para la protección de los derechos

fundamentales ante los Tribunales contencioso-administrativos españoles que cobró vigencia con el Art. 6 y ss., de la Ley 26 de diciembre de 1978, cuyo régimen cautelar, que se mantuvo vigente hasta la LJCA, invertía la regla general: la suspensión del acto administrativo debía ordenarse y, excepcionalmente, se denegaría justificada en la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general. En la misma línea, en Colombia tratándose de protección provisional de derechos se habilitó al Juez de Tutela (Art. 7 D.2591/1991), no sólo suspender de oficio o a petición de parte la aplicación de un acto administrativo, sino además para ordenar, de oficio o a petición de parte, lo que considere necesario para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un fallo eventual a favor del solicitante. En Colombia existe, además, la posibilidad de utilizar la acción de tutela conjuntamente con los medios de control procedentes ante la jurisdicción contencioso-administrativa como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, o cuando el medio de control ordinario no sea idóneo para la protección de derechos fundamentales. En materia de protección provisional de derechos colectivos en Colombia, el Art. 25 L. 472/98 también estableció una cláusula “*numerus apertus*” relacionada con la adopción de medidas cautelares.

24. En España el régimen particular de medidas cautelares para la protección de derechos fundamentales fue derogado por los Art. 129 y ss LJCA, sin embargo, además del amparo ordinario, existe una acción de protección integral de los derechos fundamentales: el derecho de amparo ante el Tribunal Constitucional. De manera similar, en Colombia el régimen cautelar de la acción de tutela se derogó por el Parágrafo del Art. 229 LPACA, el legislador no se pronunció sobre dicha modificación en la exposición de motivos de la LPACA, fue el Consejo de Estado en Sentencia (Sala Plena de 5 de marzo/2014) quien consideró que los medios de control ordinarios – gracias a la nueva regulación de las medidas cautelares de la LPACA- eran idóneos para la protección de los derechos fundamentales y deberían ir desplazando a la acción de tutela. Sin embargo, la Corte Constitucional declaró inexecutable dicho parágrafo en Sentencia C-284/2014, de mayo 15. El recurso contencioso-administrativo en el ordenamiento Colombiano sigue sin ser idóneo para la protección de derechos fundamentales, más aún para desplazar a la única acción de protección integral de derechos fundamentales, particularmente por:

a. las acciones de tutela no son de competencia exclusiva de la Jurisdicción contencioso-administrativa, la Jurisdicción ordinaria también cono-

ce de este tipo de acciones y no pueden aplicarse regímenes cautelares diferentes para la protección de los mismos derechos. La diferenciación que pretendió hacer el legislador no tuvo más motivo que el sujeto calificado que es accionado, en vía de tutela, ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, es decir, la Administración Pública.

b. No existe aún claridad sobre la taxatividad o no de la regulación cautelar en la LPACA. Dentro de la acción de tutela el juez puede ordenar cualquier medida provisional que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto eventual del fallo a favor del solicitante. En LPACA si bien se incorporó, como finalidad general de las medidas cautelares proteger, garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, el Consejo de Estado, en sentencia de la Sala Plena de 5 de marzo/2014, citando un informe de los debates previos en el parlamento (Gaceta No.951 23 Noviembre de 2010), afirmó la taxatividad del listado incluido en el Art. 230 LPACA.

c. No es posible solicitar medidas cautelares previas al recurso contencioso-administrativo. La inmediatez de la protección del derecho fundamental muchas veces no puede esperar a la presentación de la demanda en el contencioso-administrativo. El procedimiento de medidas de urgencia establecido en el Art. 234 LPACA sólo permite, por interpretación del Consejo de Estado (Sentencia de la Sala Plena de 5 de marzo/2014) que se soliciten las medidas cautelares sin agotar el requisito de la conciliación prejudicial, éste último se deberá agotar con posterioridad a la presentación del recurso contencioso-administrativo.

d. En el régimen cautelar de la acción de tutela todos las medidas cautelares están sometidas a los mismos requisitos: el *periculum in mora* (genérico - proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante), *fumus boni iuris* (verosimilitud de los argumentos del accionante que el juez debe deducir de la solicitud y las pruebas presentadas con ella, sin obligación de escuchar a la parte contraria) y la *ponderación de intereses* (pero a valorarse con posterioridad a la orden de suspensión provisional, sólo en el caso de pretenderse el levantamiento de dicha suspensión para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público Art. 7 inciso 2). En el régimen cautelar de la LPACA la suspensión del acto administrativo está sometida a requisitos distintos del resto de medidas cautelares (suspensión de procedimientos, inclusive contractuales, ordenes positivas de hacer o no hacer). Para la suspensión de actos administrativos, solicitada dentro del medio de



control de simple nulidad, se exige el *fumus boni iuris* ( de contenido fuerte - **violación de** las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal vulneración 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) y se sigue manteniendo como requisito la integración del concepto de violación lo que resulta insostenible de cara al principio de *iura novit curia* y, mucho más, si se pide para una acción pública como la de tutela.

Para la suspensión cautelar, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, además del *fumus boni iuris* en los términos ya descritos, se requiere el **periculum in mora** en términos de “*demonstrarse sumariamente la exigencia del perjuicio*”. Ahora bien, si se trata de suspensión de procedimientos, entre ellos los contractuales, o cualquier orden positiva de las enumeradas en el Art. 230 LPACA los requisitos son: **fumus boni iuris** (demandada razonablemente fundada en derecho y demostrar así sea de manera sumaria la titularidad del derecho), **periculum in mora** (“*de no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable*” o que “*existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serán nugatorios*”) y **ponderación de intereses** (de manera previa, con audiencia de la parte contraria y su resultado debe permitir concluir que sería más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla). Sobre este último punto, además, el Consejo de Estado (Sentencia de la Sala Plena de 5 de marzo de 2014) da importancia, por influencia de la jurisprudencia española, a los **perjuicios que se causen a terceros** y tomar en cuenta las **posibilidades y previsiones financieras y presupuestales que la Administración** deberá efectuar para la ejecución de la medida cautelar. El juicio de ponderación de intereses incorporado en la LPACA para las medidas cautelares, diferentes a la suspensión del acto administrativo, no tiene en cuenta los perjuicios que se causen a los bienes y valores del solicitante de la cautela. Además, el Consejo de Estado tiene en cuenta los perjuicios a terceros y la sostenibilidad fiscal de la Administración Pública, criterios éstos que ni siquiera fueron incluidos por el legislador.

e. En la LPACA no hay posibilidad de medidas innovativas (Art. 231). Igualmente excluye las medidas cautelares con contenido de obligación de dar (Art. 230). El régimen cautelar de la acción de tutela no excluía ningún tipo de medidas cautelares. En cualquier caso, se debe reconocer

que algunas medidas anticipativas pueden tener un efecto innovativo y que algunos jueces administrativos están ordenando medidas de pago provisional de obligaciones dinerarias frente a la Administración.

f. En la LPACA La concesión de las medidas cautelares, salvo la de suspensión del acto administrativo, en medios de control de simple nulidad, podrá quedar condicionada la prestación de una caución. En materia de derechos fundamentales, la adopción de ninguna la medida cautelar se condicionaba a la prestación de una contracautela.

g. La finalidad de la acción de tutela no es la declaratoria de ilegalidad del acto - de hecho el juez contencioso-administrativo no tiene la competencia para ello- sino la protección integral de los derechos fundamentales. Esta sola razón es suficiente para que la apariencia de buen derecho que se exige para la adopción de la medida cautelar en vía de tutela tenga un contenido más débil.

25. h. En la LPACA, cuando la medida cautelar sea revocada en el curso de proceso por considerar que su decreto era improcedente o cuando la sentencia sea desestimatoria, el solicitante responderá patrimonialmente por los perjuicios que se hayan causado (Art. 240). Ninguna sanción se contempló por el legislador en procesos de protección de derechos fundamentales. Además desde el mismo procedimiento contencioso-administrativo resulta reprochable este tipo de sanción ya que se trata de una responsabilidad objetiva que no está atada a la culpa o dolo del solicitante, Amén de ello, dejó fuera causales importantes de exclusión de la responsabilidad del solicitante, entre otras, cuando la modificación de la medida durante el curso del proceso se haya llevado a cabo por variación de las circunstancias de hecho oportunamente notificadas por las partes (Art.240). Esta disposición normativa es un desincentivo adicional para el solicitante que pretenda la protección provisional de sus derechos.

26. Tratándose de derechos colectivos, la Corte Constitucional (Sentencia C-284/2014, de mayo 15) declaró exequible, las medias cautelares de LPACA para la acción popular, cuando ésta sea de conocimiento de la Jurisdicción Contencioso- administrativa. A pesar de ello, las conclusiones a las que se puede llegar del estudio de la dos regulaciones cautelares son similares a las arriba dichas. En particular, por ser la acción popular una acción pública, la única idónea para la protección integral de derechos colectivos, que no es de competencia exclusiva de la Jurisdic-

ción contencioso- administrativa y por la diferencia en la apreciación de los tres requisitos sustantivos para la adopción de las medidas cautelares. El Art. 25 L. 476/1998 es mucho más flexible en:

a. el buen derecho del demandante (la preponderancia y coherencia de los argumentos del accionante que el juez debe inferir del estudio de los hechos expuestos y las pruebas existentes);

b. el peligro que genera la mora del proceso (impedir perjuicios irremediables e irreparables o suspender los hechos generadoras de amenazas a los derechos e intereses colectivos); y

c. la ponderación de intereses (que se hará por el juez con posterioridad al acuerdo de la medida cautelar con la finalidad de evitar mayores perjuicios al interés colectivo o evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público).

d. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-644/11, se pronunció respecto del Inciso 2 del Art. 144 LPACA (que prohíbe al juez de acciones populares pronunciarse sobre la ilegalidad de actos administrativos) consideró que si bien se cierra la posibilidad de que el juez popular decrete la nulidad de un acto o contrato, establece que el juez puede “adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos”. Por lo tanto, cualquier interpretación que se deba hacer de las medidas cautelares en materia de derechos o colectivos tendrá que evitar ser restrictiva y considerar la finalidad de los Art. 29 y 229 constitucionales. Y así lo volvió a afirmar posteriormente, considerando el régimen cautelar de la LPACA (Art. 229 y ss) complementario y no excluyente de la regulación cautelar de la acción popular (Art. 25 L. 472/98). En este sentido, la aplicación del régimen cautelar de la LPACA no puede reducir las medidas que puede decretar el Juez de conocimiento de la acción popular.

27. El legislador colombiano debió hacer del recurso en vía contencioso-administrativa un escenario idóneo para la salvaguarda de todos los derechos, incluyendo los fundamentales, de los administrados. Tal consecuencia se obtendría, entre otras, trasladando el escenario de garantía provisional de derechos que se encuentra en la acción de tutela a los recursos ordinarios de de la jurisdicción contencioso-administrativo. La acción de tutela tiene grandes bondades, pero se ha convertido en otra causa de congestión de la administración de justicia

y, por lo tanto, colaboradora de la mora judicial en los procesos ordinarios de la jurisdicción contenciosa. Los ciudadanos acuden a ella al no encontrar en los medios de control ordinarios procedimientos idóneos para la protección de sus derechos. Ahora bien, pudiendo el Juez contencioso-administrativo justificar, en los Art. 29, 238 y 229 CN, su competencia para adoptar todo tipo de medidas cautelares necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva, no lo hace por miedo a prevaricar. Sigue esperando el Juez para cada medida cautelar que ordene, una habilitación previa y expresa de una Ley (en estricto sentido). 22 años después de la vigencia del texto fundamental colombiano llega una habilitación del legislador en materia cautelar para el juez contencioso, sin embargo, tal habilitación no es tan amplia como la que se tiene en materia de protección de derechos fundamentales. Son todavía varias las restricciones en materia cautelar en los procedimientos ordinarios de la jurisdicción contencioso administrativa.

28. La instrumentalidad de las medidas cautelares, debe mirarse desde varias aristas: la primera, se cimenta en el proceso cautelar como facilitador del proceso principal en donde la existencia de una demanda (proceso principal), o el condicionamiento de la medida a la presentación de la demanda, será presupuesto *sine qua non* para obtener una garantía provisional de derechos (procedimiento cautelar accesorio). A esta variante parecen pertenecer la LJCA española y la LPACA colombiana pues las dos incorporan el elemento teleológico de las medidas cautelares así: el aseguramiento de la efectividad de la sentencia o la finalidad legítima del recurso. Esta posición no es incompatible cuando la garantía provisional solicitada por el ciudadano es de carácter suspensivo, ello porque la suspensión provisional de un acto administrativo no quiere decir anulación del mismo y, para que tal acto suspendido salga del ordenamiento jurídico, requerirá que la nulidad sea declarada como resultado del proceso contencioso administrativo de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho. Lo anterior no es óbice para categorizar la suspensión cautelar como una medida de mero aseguramiento, pues en determinadas circunstancias, conllevará también la satisfacción de los derechos e intereses de las partes (p.e. la suspensión de una orden de expulsión de extranjero, la suspensión de un acto de remoción de funcionario o de una orden de demolición).

29. Ahora bien, cuando la garantía provisional necesaria para la salvaguarda de la tutela judicial efectiva es de carácter positivo la instrumen-

talidad en términos de dependencia de un proceso principal limita el contenido de las medidas cautelares a acordarse. Ello porque se permiten sólo las medidas conservativas y anticipativas y se excluyen **los órdenes** por parte del juez a la Administración Pública **de contenido innovativo**. Si la sentencia de fondo para garantizar el derecho necesita modificar la situación jurídica del particular (por ejemplo, concederle una licencia que le ha sido denegada para ejercer su profesión, conceder los medicamentos necesarios para garantizar el derecho a la salud o pagar anticipadamente las mesadas pensionales que se le han denegado) la garantía provisional del derecho deberá, bien anticipar provisionalmente algunos de los efectos del fallo, o bien innovar provisionalmente la situación jurídica de quien parece tener la razón. De lo contrario, la sentencia de fondo implicará que el derecho solicitado no se proteja y, por el contrario, se ordene una suma de dinero a título de indemnización cuando no era dinero lo que se estaba solicitando (p.e. en el caso de la desmejora del derecho a la salud) o en una indemnización muy superior por los perjuicios que se agravan con la mora judicial (p.e. en el caso de la licencia para ejercer la profesión o en la reclamación de las mesadas pensionales). La prohibición de las medidas cautelares innovativas y el temor a la anticipación de los efectos del fallo no sólo va en detrimento de la tutela judicial efectiva de los derechos, sino también de las sostenibilidad fiscal de las Administraciones públicas.

30. Las medidas cautelares autónomas del proceso principal no están permitidas por ninguno de los ordenamientos jurídicos aquí comparados. Sin embargo algunas situaciones particulares pueden llegar a generar dicha consecuencia:

a. En las medidas cautelares de **pago anticipado de una deuda** (que en **ordenamiento español** sólo se permiten en materia de deudas contractuales y en el **ordenamiento jurídico colombiano**, si bien no se contemplan expresamente, la práctica judicial está empezando a interpretar teleológicamente el régimen cautelar de conformidad con la tutela judicial efectiva y ha ordenado el pago anticipado de derechos pensionales), las partes perderán el interés de continuar con el proceso principal si sus pretensiones ya han sido satisfechas y sus derechos e intereses ya han sido protegidos. En el supuesto en que las partes, una vez hecho el pago correspondiente como consecuencia de la orden cautelar, queden satisfechas con la protección de sus derechos y desistan de continuar con el proceso, se estaría en presencia de una **medida cautelar autónoma**.

Más clara se ve esta idea de autonomía en el ordenamiento jurídico Español en el supuesto en que la **medida cautelar se solicite antes de la interposición del recurso**. Precisamente, el no pago la Administración teniendo la obligación de abonar el precio del contrato, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que la acrediten los bienes entregados o los servicios prestados, sumado al silencio posterior de la Administración a la reclamación (Art. 217 TRLCSP), configura una inactividad de la Administración que da lugar a la solicitud de medidas cautelares de urgencia, previas a la interposición del recurso. Esta situación faculta al interesado a solicitar de manera inmediata la medida cautelar de pago de la deuda (Art. 136 LJCA). Una vez ordenado el pago y cumplido el mismo por la Administración Pública, la necesidad de las partes por interponer una demanda posterior puede cesar. Salvo que el pago no se haya hecho de manera total o no se hayan contemplado los intereses moratorios, la medida cautelar satisfizo los derechos e intereses de las partes y la tutela judicial habrá sido realmente efectiva. Si el juez ha ordenado el pago total y este se ha hecho antes de que transcurra el término para que la medida quede sin efecto (10 días) no habrá necesidad del recurso posterior. La autonomía de la medida cautelar no vulnera el debido proceso y permite la prelación del derecho sustancial y la justicia material.

Las deudas a ciudadanos resultan un denominador común en todas las Administraciones públicas, no sólo por obligaciones derivadas de la contratación, sino también el relacionado, con pagos de la seguridad social o de salarios, entre otros. Los acreedores de la Administración pública han estado sometidos a procesos largos para obtener el pago de sus acreencias. Ello sumado al hecho de que gran parte de esos títulos ejecutivos son derivados de sentencias judiciales de condena contra la Administración Pública (es decir los ciudadanos, ya llevan cargando, desde tiempo atrás, con un proceso declarativo previo de larga duración). Muchas veces el futuro de la empresa contratista, o el mínimo vital de la persona natural acreedora depende de los pagos que no ha realizado la Administración Pública, pese a ello, salvo el embargo y secuestro excepcionalísimo como medida cautelar, no encuentran una garantía provisional de sus derechos. La orden provisional de anticipar pagos de la deuda materializa el derecho a la tutela judicial efectiva. Se debe exaltar el esfuerzo del ordenamiento jurídico español por ajustar su normativa a las exigencias de las directivas comunitarias. Sin embargo, aún no es suficiente, la

medida cautelar de pago anticipado debe poder ordenarse para cualquier deuda jurídicamente exigible contraída por la Administración y no sólo para las derivadas de la contratación.

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Art. 24CE, 29 y 229 CN) incorpora la adopción de todas las medidas necesarias y adecuadas para garantizar provisionalmente la protección de los derechos o intereses legítimos en litigio de los ciudadanos que acuden a la jurisdicción. Esta habilitación genérica permitiría que los jueces contencioso-administrativos pudieran ordenar también, como medida cautelar, pagos anticipados o totales de las deudas adquiridas por la Administración Pública, frente a las cuales no se haga una oposición seria, es decir la apariencia de buen derecho del demandante como criterio rector.

b. Las directivas europeas (89/665/CEE y 92/13/CCE) relativas los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras y a los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones exigen como obligación a los Estados Miembros la incorporación en sus ordenamientos jurídicos de medidas necesarias para garantizar que las decisiones de los “poderes adjudicadores” puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápido posible. España hace la adecuación normativa incorporando medidas cautelares en materia de contratación pública en el procedimiento administrativo y en vía de recurso administrativo, solicitadas ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales – Tribunal que aunque autónomo, no tiene naturaleza judicial-, entre ellas la suspensión automática del acto de adjudicación del contrato. Sin embargo, salvo la medida cautelar de pago anticipado de las obligaciones contractuales, no hubo un “aggiornamento” respecto a las medidas cautelares en materia en vía de recurso contencioso administrativo a cuya incorporación obligaban las directivas. Tampoco se permitió en la LJCA la existencia de medidas cautelares autónomas de un proceso principal (a similitud del *référé précontractual* francés) y, no es desconocido para nadie que, los recursos contencioso-administrativos distan mucho de cumplir con los requisitos de **eficacia y rapidez** exigidos por las directivas.

En el ordenamiento jurídico colombiano la LPACA en su Art. 230.2 si hizo mención de la suspensión de los procedimientos o actuaciones administrativas de carácter contractual. Sin embargo, a renglón seguido, le deja el legislador la advertencia al juez de que solamente podrá acordarla

cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar los supuestos de hecho que están dando lugar a su adopción y, en todo caso, el juez indicará las condiciones que la Administración demandada deba observar para reanudar el procedimiento o la actuación sobre la cual recaiga la medida. Una advertencia de tal magnitud podrá ser disuasiva de la adopción de la suspensión cautelar en materia contractual.

**c. En Colombia la suspensión cautelar de un acto administrativo que ha reproducido un acto que ya había sido suspendido provisionalmente** o había sido anulado por la jurisdicción contencioso-administrativa se debe tramitar mediante un procedimiento especial y célere. Sin embargo, no se contempla el procedimiento a seguir en el supuesto en que el acto administrativo reproduzca uno ya suspendido por el juez en vía de acción de tutela. En primer lugar, si el acto ha sido suspendido dentro de una acción de tutela tramitada como acción principal porque la acción contencioso administrativa no resultó idónea para la *“protección integral de los derechos fundamentales”*; la persona afectada carece de este procedimiento *“especial”* para solicitar la suspensión del acto que ha reproducido el ya suspendido. Tendrá que interponer contra dicho acto, la nulidad del acto y solicitar allí su suspensión (téngase en cuenta aquí el tiempo que tarda todo este trámite y el perjuicio para el ciudadano afectado, además de la posición de desigualdad frente a la administración de justicia en la que ese ciudadano estaría con respecto a los demás que, en su misma situación, pero con una suspensión ordenada por un Juez contencioso-administrativo, si pueden acudir a este procedimiento *“especial”* de suspensión más célere). Por lo tanto, la suspensión del acto que se ordenó en la tutela es una medida cautelar autónoma.

Lo mismo sucede cuando la suspensión del acto administrativo es ordenada por el juez de tutela, cuando esta acción procede como mecanismo transitorio. En estos casos no hay o no es nada seguro que exista, un proceso contencioso administrativo en curso en el que se pretenda la nulidad del acto que suspendió el juez de tutela. Si un nuevo acto administrativo reproduce el contenido del acto suspendido por juez de tutela y ese nuevo acto se expidió por la autoridad administrativa durante los cuatro meses siguientes a la suspensión hecha por el juez de tutela y aún no se ha instaurado el recurso de nulidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa, se estará nuevamente en frente de una medida cautelar autónoma. El particular que quiera solicitar la suspensión del acto que reproduce el ya suspendido deberá solicitar la suspensión al Juez



contencioso sin la existencia de un proceso principal o si no puede hacer uso del procedimiento especial y célere establecido para estos casos deberá instaurar el recurso de nulidad en vía contencioso-administrativa, lo que generará nuevamente una vulneración a la igualdad frente a la administración de justicia.

d. Por esta vía sería entonces posible revivir la “**suspensión en prevención**” como medida cautelar contra actos preparatorios o actos de trámite dirigidos a producir un acto definitivo inconstitucional o ilegal que no sean susceptibles de ningún recurso. Así mismo contra actos de ejecución cuando el definitivo no hubiera sido notificado debidamente, cuando los recursos dirigidos contra él no hubieran sido resueltos ni siquiera en forma presunta o cuando las autoridades hubieran impedido que se recurrieran. Esta figura fue retirada del ordenamiento jurídico colombiano debido a que, en el primer caso – actos de trámite dirigidos a producir un acto ilegal o inconstitucional-, se vulneraba el derecho de defensa de la Administración. En efecto, la suspensión se ordenaba *inaudita altera parte*, pero contra dicho auto procedían los recursos de apelación y súplica que garantizaban la contradicción. En el segundo caso – actos de ejecución cuando el definitivo no se hubiera notificado debidamente o se hubiera impedido su recurso- se declaró inconstitucional por tratarse de una medida cautelar autónoma. La suspensión en prevención impediría que futuros actos ilegales o inconstitucionales vieran la luz o que se ejecutaran actos indebidamente notificados o que generaran indefensión en los particulares. Lo que pasa ahora es que cuando el administrado se encuentre en alguno de los dos supuestos de hecho mencionados, nuevamente deberá acudir a la acción de tutela para lograr la suspensión del acto de trámite o de los actos de ejecución de un acto indebidamente notificado o que le cause indefensión. Sin embargo, en escenario de tutela sólo se debatirá sobre la vulneración de un derecho fundamental (por ejemplo del debido proceso) pero no sobre la ilegalidad o inconstitucionalidad del futuro acto o del acto de ejecución, por lo tanto, probablemente el acto se inaplique para el caso concreto, pero no se impida que nazca a la vida jurídica.

e. La incorporación de las medidas cautelares autónomas del proceso principal permitirían poner en inmediata posesión del derecho o ejercicio del interés legítimo a quien manifiesta ser el titular del mismo, despojando a quien no tiene la razón, desde el primer momento, de su posición de ventaja. Ahora bien, si se incorporan a la legislación como

procesos sumarios, el efecto de cosa juzgada material sólo llegará con el juicio que se abra posteriormente, si es que hay necesidad, que verse sobre el fondo del asunto. En Colombia mediante el uso de la acción de tutela se obtienen similares resultados a los que se obtendrían mediante los procedimientos sumarios ante la jurisdicción contencioso administrativa. Si bien la tutela es una acción para la protección de derechos fundamentales y no un incidente cautelar, su autonomía, celeridad, sumariedad, trato preferencial y posibilidad de garantía provisional inmediata de derechos, permiten obtener la satisfacción de los derechos e intereses legítimos de los particulares.

31. Respecto de las **medidas cautelares susceptibles de ser solicitadas antes de la presentación de la demanda**, en principio, mantienen la instrumentalidad porque los efectos de la medida cautelar porque están condicionadas a la posterior presentación de la demanda. Sin embargo, ejemplos como los que se han explicado en el numeral anterior dejan entrever la posibilidad de autonomía de estas medidas cautelares.

En Colombia el procedimiento de urgencia no permite la solicitud de la medida cautelar antes de la presentación del recurso contencioso-administrativo, simplemente permite que se acuerde la medida *inaudita altera parte*. Por vía jurisprudencial, en Consejo de Estado ha considerado que, en casos de urgencia, se pueda presentar el recurso contencioso-administrativo sin necesidad del requisito de procedibilidad conciliación prejudicial, pero **en todo caso, hay que interponer el recurso contencioso administrativo para solicitar la medida cautelar**. Por esta razón, no se puede considerar como una posibilidad real de adopción de las medidas cautelares previamente a la interposición del recurso. No resulta garantista, desde el contenido de la tutela judicial efectiva, negar la posibilidad de acudir de manera inmediata a la jurisdicción contencioso-administrativa a solicitar la garantía provisional de derechos. Si la efectividad de los derechos e intereses en litigio depende de una garantía provisional inmediata, que no espera a la presentación de la demanda, debería poder acordarse pero el legislador colombiano vetó tal posibilidad.

Ahora bien, en el derecho Español, **La posibilidad de solicitud previa (a la interposición del recurso) de las medidas cautelares no debería estar atada, exclusivamente a los casos de vías de hecho o inactividad de la administración**. Tratándose de suspensión provisional de

los actos, por ejemplo, jamás habrá una solicitud de suspensión en circunstancias de inactividad de la administración.

32. Los poderes del juez cautelar no están limitados, estrictamente, por las pretensiones cautelares sino por las propias pretensiones de la demanda y, además, deben usarse con la finalidad de garantizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En este sentido la LJCA y su desarrollo en la práctica judicial han permitido que el juez, teniendo en cuenta los hechos y argumentos suministrados, si considera que la medida solicitada no es la idónea o no es suficiente para la garantizar provisionalmente el derecho o interés legítimo, pueda ordenar la medida cautelar que considere más ajustada para tal fin. El criterio de “necesidad” o “idoneidad” pasa por el tamiz de mirar si existe otra medida más moderada para la consecución del mismo objetivo con la misma eficacia. En Colombia, por el contrario, la justicia cautelar ha sido y sigue siendo timorata el carácter excepcionalísimo y restrictivo que siempre ha tenido la garantía provisional de derechos. Pensar en una orden positiva a la Administración en vía de recurso contencioso-administrativo era casi un atentado contra el principio de legalidad (antes de la expedición de la LPACA). No será fácil que el juez incorpore dentro de su práctica la idea de ordenar una medida cautelar diferente a la que se ha solicitado en la pretensión cautelar con la finalidad de salvaguardar la tutela judicial efectiva.

33. La mutabilidad resulta connatural a la medida cautelar, más aún si la duración del recurso contencioso es considerable. Por lo tanto, una regulación completa de la garantía provisional de derechos bien debe permitir, o al menos no prohibir, un procedimiento para su levantamiento o sustitución cuando las circunstancias de adopción iniciales de la medida hayan variado. En el contencioso-administrativo colombiano, la variabilidad de la medida cautelar no está limitada, como en el español, sólo al cambio de las circunstancias fácticas que sirvieron de fundamento a la adopción de la medida, o por lo menos, no está prohibido por el legislador, que los avances que se vayan haciendo durante el proceso o los cambios en los criterios de valoración del juez de los hechos también puedan conllevar la modificación o revocación de la cautela.

Resulta sano y respetuoso de la tutela judicial efectiva, que la posibilidad de mutabilidad de la medida cautelar, durante todo el transcurso del

proceso, no se dote de rigidez alguna. Es decir, que pueda el juez hacerlo, de oficio o a petición de parte, cuando las circunstancias tanto de hecho como de derecho (criterios de interpretación, avances del proceso) que motivaron el acuerdo de la medida cautelar hayan cambiado, y ameriten el levantamiento de la medida cautelar o la necesidad de ordenar otra que resulte más adecuada. Lo anterior siempre en el entendido que, cuando el juez llegue a la certeza jurídica, debe fallar de fondo. Mientras la certeza jurídica no llegue, todas las decisiones que se tomen relacionadas con la salvaguarda del derecho o interés legítimo, seguirán careciendo del carácter de cosa juzgada.

34. En Colombia aún si la situación de protección del derecho amerita urgencia deben concurrir todos los requisitos exigidos por el legislador para adoptar la medida cautelar (*fumus boni iuris- periculum in mora* y ponderación de intereses). No se da prelación a uno u otro requisito como en el caso español que, tratándose de medidas de urgencia, acertadamente, permite que el requisito preponderante y suficiente para la adopción de la medida cautelar sea la apariencia de buen derecho del demandante. Además, sobre la circunstancias de especial urgencia, el Consejo de Estado Colombiano ya ha empezado a restringir su utilización. Sin que el legislador lo haya hecho, ha excluido de tal procedimiento especial los actos sancionadores que estén precedidos de un procedimiento complejo de motivación y decisión, ello por considerar que no se puede formar un juicio sin haber escuchado a la parte contraria. Interpretación ésta que resulta poco razonable, puesto que para la medida cautelar de urgencia, inclusive la suspensiva, el juez no cuenta únicamente con los argumentos y pruebas presentados en la solicitud por el demandante, sino que tiene la motivación incorporada en el propio acto administrativo. Además de ello, hay que recordar que toda actuación de la Administración Pública está sometida a un procedimiento administrativo previo y, por lo tanto, el juez también encontrará en dicho procedimiento administrativo la justificación y los argumentos de la Administración Pública demanda. Amén de lo anterior la Administración podrá ejercer su derecho de defensa a través de los recursos procedentes contra el auto que ordena la medida cautelar.

35. El legislador no puede eliminar del todo la posibilidad de adoptar medidas cautelares, entre ellas la suspensión provisional del acto administrativo, puesto que estas son herramientas destinadas a asegurar la efectividad de la sentencia estimatoria que pudiera recaer en el

proceso; si en su ejercicio de configuración democrática considera que debe someter las medidas cautelares al cumplimiento de ciertos deberes puede hacerlo, pero dichos límites deben necesariamente permitir el control de las decisiones de la Administración por parte de la Jurisdicción y la consecución de la tutela judicial efectiva. El legislador debe dejar margen de apreciación al Juzgador para que sea éste último el que conceda o niegue, según las circunstancias del caso, la suspensión pedida. En Colombia, además, tratándose de suspensión provisional del acto, constitucionalmente se incorpora la naturaleza jurisdiccional y el principio de la universalidad de la medida cautelar, lo que valida la procedencia genérica de la medida cautelar suspensiva para los todos los actos administrativos.

36. La probabilidad o verosimilitud de los argumentos presentados por el demandante para demostrar el derecho o interés legítimo que pretende debe ser suficiente para acreditar la apariencia de buen derecho necesaria para garantizar la Tutela Judicial Efectiva. En la suspensión cautelar, podrá el juez apreciar además la menor apariencia de legalidad del acto administrativo o las disposiciones controvertidas. Así mismo, en las órdenes de pago anticipado la apariencia de buen derecho es determinante, sobre todo, en aquellos procesos en los que se cuente con un título exigible e incontrovertido, o frente al cual no se plantee una oposición seria por parte de la Administración.

El miedo al prejuzgamiento del fondo del asunto ha hecho transitar al *fumus boni iuris* de un contenido débil – verosimilitud de los argumentos- a un contenido fuerte – teoría de las nulidades del acto administrativo- quedando reducida la aplicación de la suspensión a las ilegalidades groseras de la Administración que se aprecien *prima facie* sin grandes razonamientos jurídicos, es decir, a la certeza de vulneración del derecho o interés legítimo por parte de la Administración Pública. En estos términos, no sólo se prejuzga, sino que, además, se potencia el carácter excepcional de la medida cautelar.

En España y Colombia el *fumus boni iuris* de contenido fuerte es determinante para la adopción de la suspensión de actos administrativos sustentados en normas previamente declaradas nulas o que reproduzcan un acto ya anulado o suspendido por la jurisdicción contencioso-administrativa. Igualmente en España también el *fumus* de contenido fuerte es indispensable en términos de “manifiesta ilegalidad” si se trata

de actos administrativos que por primera vez son sometidos al control judicial, así como, si se trata de suspensión de disposiciones generales. Para la suspensión de actos administrativos el ordenamiento jurídico colombiano ha suprimido la exigencia de la “manifiesta ilegalidad” pero conservó un contenido fuerte al exigir la integración del denominado concepto de violación (citación de las normas invocadas como vulneradas y el por qué de la violación) aunado a que únicamente procederá la suspensión por violación de las disposiciones invocadas cuando tal la vulneración surja del análisis del acto y su confrontación con las normas alegadas o del estudio de las pruebas allegadas. La vulneración del derecho o interés legítimo del accionante no es prioritaria tratándose de actos administrativos de los cuales se solicita su nulidad.

El contenido de certeza del derecho no puede ser exigido para la providencia cautelar, ésta última debe soportarse no en la certeza sino en la apariencia del derecho. Cuanto mayor sea el grado de certeza jurídica exigida por el ordenamiento contencioso-administrativo para la adopción de la medida cautelar mayor será el pre-juicio sobre el fondo del asunto. Por tanto, el nivel de apariencia de derecho exigido para el juicio cautelar debe ser menor que el de certeza exigida para el fallo de fondo, teniendo en cuenta, además, que el *fumus* será susceptibles de variaciones durante el curso del proceso. Un cambio en las circunstancias fácticas o jurídicas podrá conllevar un cambio, modulación o levantamiento de la medida cautelar. Amén de ello, la providencia cautelar carece del efecto de cosa juzgada que caracteriza la sentencia. Si se teme por los perjuicios ciertos que con la medida cautelar puedan causarse a la Administración, el juez podrá condicionar la medida a la prestación previa de una caución. Ahora bien, si la apariencia de derecho que llevó a adoptar la medida cautelar, con posterioridad ha coincidido con la certeza del derecho declarada en el fallo, el afectado habrá obtenido prontamente protección de su derecho evitándose así la agravación de su situación jurídica.

Las medidas cautelares y, en particular, la suspensión cautelar no deben limitarse únicamente a los casos en que la Administración Pública actúe de manera manifiestamente ilegal, incluso los actos administrativos lícitos pueden vulnerar derechos o intereses legítimos. Además, en los casos de absoluta arbitrariedad es evidente que la Administración no

podrá oponer argumentos de interés público para mantener la decisión y ejecutarla.

Desde el *modus operandi* lo único que caracteriza el prejuicio del fondo del asunto es la exhaustividad o profundidad del análisis que el juez ha de realizar. Sumariedad no es sinónimo de superficialidad, por lo que al juez le corresponde valorar, en cada caso concreto, los argumentos y las pruebas en que éstos se sustenten pero en grado de verosimilitud para considerar que existe apariencia de buen derecho y garantizar la tutela judicial efectiva. El camino idóneo para permitir el buen funcionamiento de la justicia cautelar y el normal desarrollo del proceso de fondo, deberá pasar por la abolición de la idea del juez único y la separación de la competencia para el conocimiento de la pretensión cautelar y de la pretensión del proceso principal. Que el juez de conocimiento de la pretensión cautelar (el que salvaguarda en ese escenario el derecho a la tutela cautelar) sea diferente al juez que conoce de la pretensión de fondo o del proceso principal, de esta manera el juicio cautelar pasaría a ser realmente un juicio sumario.

En el ordenamiento jurídico Español el *fumus boni iuris* es el criterio principal de adopción de las medidas cautelares en los casos en que se configuren vías de hecho o inactividad de la Administración. En estos supuestos la actuación u omisión de la Administración debe ser patente, evidente, flagrantemente arbitraria para que se configure la vía de hecho o la inactividad. En Colombia, los ciudadanos afectados en sus derechos por vías de hecho o inactividad de la Administración sólo encontrarán una garantía provisional inmediata de los derechos a través de la acción de tutela.

De *lege ferenda* el *fumus boni iuris* debe ser determinante en el régimen cautelar contencioso- administrativo ya que la demora exorbitante de los procesos conlleva por sí misma la frustración de la sentencia final.

37. Como si respondieran a una naturaleza jurídica diferente, en Colombia para las medidas cautelares diferentes a la suspensión de actos administrativos – suspensión de procedimientos administrativos, inclusive los contractuales, órdenes positivas- se exige una apariencia de buen derecho de contenido más débil (demanda razonablemente fundada en derecho, demostrar al menos sumariamente la titularidad del derecho) pero deben concurrir con el *periculum in mora* y la ponderación

de intereses. Aún no ha sido posible desligar la suspensión del acto administrativo de los tradicionales privilegios de la Administración Pública, aún mantiene el contenido fuerte de la apariencia de buen derecho.

Las condiciones para el otorgamiento de las medidas cautelares, cualquiera que sea su naturaleza – suspensiva o positiva- deben ser exactamente las mismas, la protección cautelar de los derechos o intereses legítimos no debe variar única y exclusivamente porque exista un acto administrativo de por medio.

38. El *periculum in mora* es un criterio sustantivo que resulta congénito a la justicia cautelar. Dentro del Estado Constitucional y con la Tutela Judicial Efectiva como derecho fundamental, el *periculum* debe alejarse de contenidos relacionados con el “peligro de la insolvencia del deudor”, los perjuicios de “imposible o difícil reparación”, la “solvencia de la Administración Pública”, así como de la exclusiva referencia a los perjuicios “irreversibles”. El contenido del *periculum in mora* debe establecerse en términos de garantía del derecho, efectividad del fallo, finalidad legítima del recurso y efectividad de la tutela judicial.

El análisis de la adopción o denegación de la medida cautelar no puede responder a fórmulas marco de compensaciones económicas a los particulares por todo tipo de menoscabo a sus derechos e intereses legítimos, de ser así no se respondería adecuadamente a la pretensión cautelar y se vulneraría el principio de identidad entre lo solicitado por el ciudadano afectado y lo concedido en el fallo. La justicia cautelar debe ser preventiva, anticipativa e innovativa de situaciones jurídicas, en el entendido de que resulte necesaria para garantizar los derechos e intereses legítimos, efectividad del fallo y la tutela judicial efectiva. Habrá ocasiones en que el mantenimiento del *status quo ante* no sea suficiente protección, circunstancias en las cuales el menoscabo del derecho por el mero paso del tiempo del proceso no permitirá posteriormente reparación alguna, tal es el caso del acto que deniega el permiso para la realización de una manifestación o el que deniega medicamentos, entre otros. En estos supuestos el mero paso del tiempo deberá ser suficiente para que se acredite el *periculum in mora*.

Tratándose de la suspensión del acto administrativo, la irreversibilidad de los perjuicios tiene mayor relevancia, ya que se trata de no



menoscabar, con la ejecución del acto, el derecho o interés del demandante, pero para las demás medidas cautelares la irreversibilidad de los perjuicios es sólo una de las manifestaciones del riesgo de la pérdida de finalidad del recurso.

En España, en vía de recurso administrativo el *periculum in mora* para considerarse como criterio de adopción de la medida suspensiva debe haber superado la previa ponderación que el Juez haga de los perjuicios que se causen con la ejecución del acto a los intereses públicos y a los de terceros. Además de prevalecer el perjuicio del particular demandante sobre los anteriores, el mismo deberá ser de difícil reparación. En vía de recurso contencioso- administrativo, también se exigió la previa valoración circunstancial de intereses en conflicto, para, posteriormente, valorar si de no otorgarse la medida cautelar se perderá la finalidad legítima del recurso. La prueba del perjuicio, desde una perspectiva jurisprudencial, debe demostrar la inminencia, actualidad, irreversibilidad y la relación de éstos con el acto administrativo, aunque en ocasiones la inminencia del daño puede quedar acreditada por su propia evidencia.

En Colombia para la suspensión del actos administrativos la prueba del *periculum* es sumaria, pero todavía se citan consideraciones del Consejo de Estado en el sentido de que el interés de quien demanda es privado y, por lo tanto, la suspensión del acto administrativo debe estar rodeada de mayores exigencias que son las que van a darle seriedad jurídica al obstáculo que va a encontrar el administrado con la medida, por lo que el perjuicio debe ser cierto, casi de enormidad y exceso, sin ser suficiente el mero menoscabo económico. Para las medidas cautelares diferentes a la suspensión del acto se exige demostrar que: de no otorgarse la medida cautelar se cause un perjuicio irremediable o que los efectos de la sentencia serán nugatorios. Lo anterior concomitante con la ponderación de intereses en juego.

En el ordenamiento Español los tribunales suelen denegar la suspensión de los actos sancionatorios disciplinarios de funcionarios cuando estos pertenecen a los órganos del Estado, principalmente, por su función ejemplificadora y por el interés público que prevalece sobre el del funcionario a permanecer en su cargo. Frente a la medida cautelar de los efectos de un acto administrativo sancionatorio ambas partes se encuentran en la misma situación posible de anticipación de los efectos

del fallo pero ello no es óbice para que, si existe apariencia de buen derecho, se ordene la medida cautelar solicitada. Lo anterior además teniendo en cuenta los perjuicios que se causan al funcionario con la sanción. De gran aporte resultaría para el Derecho español la temerosa pero aún así novedosa posición del Consejo de Estado Colombiano.

39. El *periculum in mora* en su versión genérica – perjuicio a derechos e intereses legítimos por la mera mora del proceso- se encuentra siempre presente en la situación fáctica que se valora al momento de adoptar la medida cautelar, la sola idea de tener que acudir a la Jurisdicción contencioso- administrativa ya implica que hay una limitación al ejercicio de un derecho o interés legítimo y el curso del proceso *per se* hace que se agrave el menoscabo de la situación jurídica que pretende ser protegida. Esa agravación a mayores necesariamente acentuará el grado de urgencia de adopción de la medida cautelar.

En la práctica el *periculum in mora* se centra en su bilateralidad, por lo que su *modus operandi* pasa por una **ponderación de los perjuicios** que se causen a las partes y a los terceros (cuando así lo determine el legislador). Entonces, el perjuicio relevante no está siendo el ocasionado al derecho o interés legítimo por el mero paso del tiempo, se está valorando la irreversibilidad del mismo y la preponderancia respecto del aducido por la contraparte y los terceros. Esta ponderación de perjuicios es exigida en la LRJAPAC, LJCA y la LPACA. En esta última además, si bien no se establece como criterio a tenerse en cuenta por el legislador para la suspensión de actos administrativos, se ha incorporado la ponderación de de perjuicios como parte de la metodología del Juez para valorar la presencia del *periculum in mora*. Este *modus operandi* pone, una vez más, ahora en vía judicial, en una posición privilegiada al interés público y de terceros abanderado por la decisión administrativa.

No se puede admitir un interés público preponderante en un acto administrativo aparentemente contrario a derecho, ni tampoco un interés en la inejecución del mismo cuando los argumentos del demandante no sean verosímiles. Esto vuelve a resaltar la relevancia del *fumus boni iuris* como criterio principal.

40. El interés público que se ha de valorar, cuando el legislador así lo exija, para la adopción de la medida cautelar es el interés público concreto y cualificado que se persigue con la ejecución del acto

impugnado, no es el interés público genérico que se entiende en cualquier decisión de la Administración. Éste último ya ha justificado la autotutela administrativa y en sede de control judicial lo relevante es poder debatir la ejecución del acto y los derechos que se vulneran con la misma.

En España y Colombia la ponderación de intereses responde a una metodología de ponderación de perjuicios con el agravante de que en Colombia el Consejo de Estado exige pondera elementos adicionales a los exigidos por el legislador: los intereses de tercero y las posibilidades financieras de la Administración pública. El legislador Colombiano, además, incorporó el principio de proporcionalidad en sentido estricto en términos confusos, sólo permite que se valore la gravedad de la medida cautelar para interés público dejando de una lado la valoración de los perjuicios que se causen a otros bienes y valores por la no adopción de la medida.

No es posible una efectividad de la tutela judicial con una tutela cautelar condicionada a que no se perturbe el interés general o de un tercero. El debate de la ponderación en el escenario cautelar debe estar dirigido hacia la **ponderación de derechos fundamentales**, cuando no exista un hecho claramente subsumible en la norma a aplicar o cuando exista un conflicto ente normas a aplicar y estén en juego derechos fundamentales. En este marco la Administración puede actuar al servicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos. El juez debe acudir a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad siendo innecesarias o desproporcionadas las medidas que limiten derechos fundamentales si resulta patente el desequilibrio entre la medida a adoptarse para proteger el derecho fundamental del ciudadano y la limitación del otro derecho fundamental abanderado o de titularidad de la Administración.

41. La tutela cautelar al tenor del Art. 24 CE y 29, 229 CN procede en todo tipo de procesos siempre y cuando se logren acreditar los criterios racionales impuestos por el legislador. El legislador no puede excluir ni limitar la procedencia de las medidas cautelares dependiendo el tipo de procesos como lo hace, por ejemplo, el legislador colombiano excluyó los procesos ejecutivos contra la Administración Pública del régimen cautelar establecido en la LPACA.

42. Las medidas cautelares *inaudita altera parte* deben ser la regla general. El ejercicio del derecho de defensa y de contradicción del demandando se salvaguarda con la posibilidad de interponer recursos frente a la providencia cautelar. El derecho colombiano había marcado diferencia en este punto hasta el año 2012, año en el que convirtió la regla general en excepción para los casos de urgencia. Además en la suspensión provisional de actos administrativos existe una motivación suficiente de las razones de hecho o de derecho que han llevado a la Administración pública a manifestar su voluntad y, a mayores, un procedimiento administrativo previo en el que se documentó, también de manera motivada, cada etapa seguida para tomar dicha decisión.

43. Como contracautela también se debe permitir la adopción de cualquier tipo de medida que resulte adecuada para evitar o paliar los perjuicios ciertos que se causen con la adopción de la medida cautelar y no sólo la posibilidad de una caución prestada en metálico, depósitos públicos o pólizas de aseguramiento. Además su adopción debe quedar atada a la causación de perjuicios ciertos por la adopción de la cautela y no establecerse como requisito obligatorio para la adopción de ésta última. Así mismo, la Administración Pública no puede estar exenta de la prestación de caución cuando sea demandante, el juez deberá ordenar una contracautela si considera que con la medida cautelar adoptada a favor de la administración se causarán perjuicios al administrado.

44. La providencia cautelar debe motivarse en términos de razonabilidad frente a los criterios exigidos por el legislador y de ponderación si hay en juego derechos fundamentales.

45. Una vez ordenada la medida cautelar debe surtir efectos inmediatos. Los recursos frente a la providencia cautelar no pueden impedir su ejecución. La jurisprudencia Española ha hecho un gran aporte al impedir la ejecución del acto administrativo mientras curse en la jurisdicción contencioso-administrativa una solicitud de suspensión, fundamentándose en que, en tales circunstancias, la ejecutividad del acto está sometida a la decisión de los tribunales y la Administración Pública no puede reemplazar al juez en esta decisión y ejecutar el acto. No pasa así en el ordenamiento contencioso-administrativo colombiano en donde el tiempo necesario por los jueces para el conocimiento y la resolución de la medida cautelar puede obrar en detrimento de la Tutela Judicial Efectiva.

46. En el ordenamiento Español la suspensión cautelar en vía de recurso contencioso de los instrumentos de planeamiento urbanístico sigue siendo excepcional, exige actualmente un *fumus boni iuris* de contenido fuerte – una violación ostensible y concluyente, a fin de evitar prejuzgar el fondo del asunto-, el *periculum in mora* – perjuicio imposibles o difíciles de reparar, sino de una entidad superior o igual a los que acarrearían a la Administración las dilaciones en su ejecución - y la ponderación de intereses – ponderación de perjuicios- que arroje como resultado que los perjuicios sean de una entidad superior a los que se causen a la Administración Pública.

La interpretación más novedosa del Tribunal Supremo en materia de adopción de medidas cautelares frente a instrumentos de planeamiento, resalta algunas excepciones a la regla general de la no suspensión: cuando con la denegación de la suspensión se causen alteraciones físicas o situaciones jurídicas del terreno irreversibles o difícilmente reversibles; cuando concurren diversos intereses públicos y el incidente cautelar se produzca entre dos Administraciones Públicas; cuando el principio de sostenibilidad ambiental exija que el desarrollo y el progreso de las ciudades se acomode a un tratamiento más amable con los recursos naturales, y cuando se acredita un riesgo inminente para la efectividad del derecho a la vivienda del recurrente amenazado por la ejecución de concretas determinaciones del plan.

En el ámbito propio de la impugnación de los instrumentos de gestión, la fórmula genérica utilizada por el Alto Tribunal para ponderar los intereses en conflicto arroja como resultado: la prevalente aplicación del ordenamiento jurídico, la no suspensión de los instrumentos de gestión y la posterior compensación económica al particular por los daños que le sean irrogados con la ejecución. Respecto de este punto, se han resaltado los frecuentes equívocos a los que se llega por la utilización indiscriminada de fórmulas como «interés general prevalece sobre el interés particular» y la «indiscutible solvencia económica de la Administración Pública». Se han puesto en tela de juicio estos métodos por su posible contradicción con las exigencias constitucionales y legales que descenden del derecho a una tutela judicial efectiva.

En el sector de la disciplina urbanística los ordenamientos autonómicos del suelo asumen posiciones diferentes en cuanto a las medidas cautelares en los procedimientos de de protección de legalidad urbanística:

aquellos que, fieles a la regulación del TRLS76 y del TRLS92, integran una enumeración taxativa de medidas cautelares (Castilla y León y Madrid); otros que, como el gallego, se sitúan en una posición ecléctica, incluyendo un listado de cautelas tasadas, pero, dejando la posibilidad de ordenar cualquier medida *atípica* que se considere útil para la efectividad de la mera suspensión; finalmente, los ordenamientos que incorporan una cláusula general que faculta a la Administración para adoptar cualquier medida cautelar necesaria para la salvaguardia del ordenamiento urbanístico (Cataluña y País Vasco).

Frente a los actos administrativos que ordenan demoliciones, que declaran edificios en estado de ruina y frente a los actos administrativos sancionadores de infracción urbanística la balanza se inclina hacia la protección del derecho del administrado, toda vez que la demolición de un edificio o el pago inmediato de las elevadas sumas de dinero producirían para el particular un daño difícilmente reparable.

## BIBLIOGRAFÍA

- AHUMADA RUIZ, M. A., "Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española", en *Conferencia "Trilateral" Italia/Portugal/España. Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España. Octubre 24 a 27, Roma, 2013.*
- ALEGRE ÁVILA, J. M., "Discrecionalidad técnica y control judicial: la revisión jurisdiccional de los juicios técnicos de los tribunales y comisiones de selección para el acceso a la función pública", en *Revista Vasca de Administración Pública*, Núm. 42, 1995, págs. 267-282.
- ALEXY, R., *Teoría General de los Derechos Fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdez*, CEPC, Madrid, 1997.
- "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático", en *Derechos y libertades*, Núm. 8, 2000, pág. 12.
  - *Tres escritos de los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, U. externado de Colombia, Bogotá, 2003.
  - *El Concepto y la Validez del Derecho*, GEDISA, Barcelona, 2004.
- ALVARO DE OLIVEIRA, C. A., "El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales", en *XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Lima 2009, págs. 185-201.
- ALVIAR GARCÍA, H., "Una mirada distinta a las transformaciones del derecho administrativo", en *Revista de Derecho Público. Universidad de los Andes*, Núm. 19, 2007, pág. 2-14.
- ANDREIS, M., *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, Milán, 1996.
- ARANGO RIVADENEIRA, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, LEGIS, Bogotá, 2012.
- ARNAIZ EGUREN, R., "Urbanismo y Registro de la Propiedad. Especial referencia a la anotación preventiva de la interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos

de planeamiento, de ejecución o de licencias. Requisitos para adoptar la medida cautelar o el alcance de la misma", en *Urbanismo II*, Consejo general del poder judicial, Madrid, 1993, pág. 277.

ARROYO MARTÍN, I., "Estudio de reciente jurisprudencia sobre planeamiento urbanístico", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, Núm. 250, 2009, págs. 89-116.

ATIENZA, M. and RUIZ MANERO, J., "Sobre principios y reglas", en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 10, 1991, págs. 101-120.

AYUSO RUIZ -TOLEDO, M., "Eficacia de los actos administrativos: suspensión y ejecución", en *Cuadernos de Derecho Judicial: Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Núm. 8, Consejo General del poder judicial, 1994, pág. 24 ss.

BACIGALUPO, M., "El sistema tutelar cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 128, 1992, págs. 413-452.

- "Fumus boni iuris, periculum in mora y equilibrio de intereses como presupuestos de la tutela cautelar comunitaria.", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 94, 1997, págs. 287-306.
- *La nueva tutela cautelar en el Contencioso- Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

BAENA DEL ALCAZAR, M., "comentarios a la Constitución Española de 1978", en *Comentarios a las Leyes Políticas* Tomo VII, EDESA, págs. 381-409.

- "Los principios reguladores y la estructura de la Administración", en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo VII, Cortes Generales, Madrid, 1999, págs. 301-409.

BAÑO LEÓN, J. M., "Las medidas cautelares en el recurso Contencioso-Administrativo: Particular referencia al urbanismo, medio ambiente y contratación administrativa", en *Cuadernos de derecho judicial*, Núm. 8, 1999, págs. 255-276.

- *Derecho Urbanístico Común*, IUSTEL, Madrid, 2009.

BARCELONA LLOP, J., "De la ejecución forzosa de los actos administrativos a la ejecución forzosa de las sentencias contencioso - administrati-



vas.", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 127, 1992, págs. 171-210.

- *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Univ. de Cantabria. Santander, 1995.

BARONA VILAR, S., "Las medidas cautelares: introducción", en *Consejo General del Poder Judicial*, 1993, págs. 13-52.

BARRIOS FLORES, L., "Los Actos Administrativos: efectos.", en *El procedimiento administrativo común (Tomo I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 153-342.

BASSOLS COMA, M., *Génesis y evolución del Derecho urbanístico español (1812-1956)*, MONTECORVO S.A, Madrid, 1973.

- "Las competencias ejecutivas de las organizaciones administrativas", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. IV, Madrid, 1991, págs. 3391-3448.

BELADÍEZ ROJO, M., "Los vicios de los actos urbanísticos y su revisión", en *Revista de Administración Pública* Núm. 138, 1995, págs. 143-179.

BENVENUTI, F., "Autotutela (Diritto Amministrativo)", en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1959, pág. 539.

BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 2007.

- "Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española? ", en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 30, 2007, págs. 273-291.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *El acto ejecutivo. Origen y formación de una categoría central del Derecho Administrativo*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1992.

BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, FONTAMARA, Mexico, 2006.

BÖCKENFÖRDE, E. W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, TROTТА, Madrid, 2000.

- BOQUERA OLIVER, J. M., *Estudios sobre el Acto Administrativo*, S.L. CIVITAS, Madrid 1992.
- BORGOÑÓN, P., *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de primera instancia de la Comunidades Europeas*, CIVITAS, Madrid, 1993.
- BOTIA TORRALBA, P., *Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa, Difusión jurídica y temas de actualidad*, Madrid 2007.
- BUSTILLO BOLADO, R., Rebollo, L.M (Dir): "La acción pública ", en *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Pamplona, 2009, págs. 1263-1284.
- CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio sistematico della tutela cautelare*, CEDAM, Padova, 1936.
- CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, S.L. CIVITAS, Madrid, 1992.
- "Tutela anticipatoria, procesos sumarios y medidas cautelares. (Con ocasión de la sentencia del Tribunal Constitucional 210/1993 de 28 de junio)", en *La Ley*, Núm. 2, 1995, págs. 1086-1097.
  - "La efectividad de la tutela judicial y las medidas cautelares indeterminadas ex art. 1.428 Lec", en *Recopilación de ponencias y comunicaciones: Planes provinciales y territoriales de formación*, Vol. 2, 1996, págs. 577-644.
- CALDERON, J. J., *Una aproximación al influjo dogmático de la teoría iusfundamental de Robert Alexy en la jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales*, Univ. De Caldas, Manizales, 2004.
- CALONGE VELÁZQUEZ, A., "La suspensión de la ejecución de los actos administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común", en *Revista Vasca de Administración Pública*, Núm.39, 1994, págs. 235-248.
- "Primera decisión jurisprudencial sobre medidas "provisionalísimas". Un paso más en la crisis de la ejecutividad de los actos administrativos", en *Poder Judicial*, Núm. 33, 1994, págs. 465-478.

CALVO ROJAS, E., "Medidas cautelares en el proceso contencioso - administrativo, medidas provisionalísimas, medidas cautelares positivas, últimos avances en esta materia y algún exceso", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 53, 1994, págs. 465-476.

CAMPO CABAL, J. M., *Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo*, Temis, Bogotá, 1989.

- *Perspectivas de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo*, FUNDACIÓN FES, Madrid, 1997.

CAMPOS SÁNCHEZ - BORDONA, M., "La tutela cautelar de los derechos con origen en el ordenamiento comunitario ", en *Cuadernos de Derecho Judicial. "Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa"*, Núm. 8, 1999, págs. 67-108.

- "Reflexiones iniciales sobre algunos problemas que plantea el nuevo régimen de medidas cautelares en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso - administrativa de 1998", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 149 1999, págs. 105 -130.

CANO MATA, A., "Limitaciones al Principio de la Ejecutividad Administrativa ", en *Revista Española de Derecho Administrativo* Núm. 37, 1983, págs. 209-230.

CAPPELLETTI, M., *Giudici Legislatori?*, A. Giuffrè, Milano, 1984.

- "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 17, 1986 pág. 9-46.

CARBONELL, M., *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos.*, TROTТА, Madrid, 2007.

CARNELUTTI, F., *Sistema di diritto processuale civile*, CEDAM, Pádova, 1936.

CASES PALLARÉS, L., "La adopción de las medidas cautelares motivada en la nulidad de pleno derecho del acto administrativo", en *Revista española de derecho administrativo*, Núm. 76, 1992, pág. 661-677.

CASSETTA, E., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2005.

CASSAGNE, J., *Derecho Administrativo II*, Abeledo Perrot, Bogotá, 2009.

CASSESE, S., *Le basi del Diritto Amministrativo*, Garzanti libri, Milano, 1995.

CEBRIÁN HERRANZ, L., Rubio Pérez de Acevedo, P.: "Licencias urbanísticas", en *Urbanismo. La propiedad ante el urbanismo. Planificación y gestión urbanística. Licencias y disciplina Urbanística. Expropiación Forzosa*, Granada, 2007, pág. 324.

CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1997.

CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Servicio de Publicaciones, Madrid, 1992.

- "Medidas cautelares urgentes ante el cierre de una televisión local por ondas (Comentario de los Autos del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Ciudad Real de 4 de noviembre de 1999 y 14 de diciembre de 1999)", en *Revista de administración pública*, Núm. 151, 2000, págs. 287-318.
- "Los criterios de la adopción de las medidas cautelares en la nueva Ley reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa", en *Cuadernos de derecho judicial. Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Núm. 8 1999, pág. 17-65.
- "Regulación de las medidas cautelares", en *Justicia Administrativa*, Núm. extraordinario 1999, págs. 183-204.

CHIOVENDA, G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Jovene, Napoli, 1934.

- *Curso de Derecho Procesal Civil*, Harla pedagógica iberoamericana, México, 1995.

COMOGLIO, L. P., FERRI, C. and TARUFFO, M., *Lezioni sul processo civile II. Procedimento speciali, cautelare ed esecutivi*, il Mulino, Bologna, 1998.

CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., "Las medidas cautelares", en *Estudios de Derecho Judicial. Ejemplar dedicado a la nueva ley de la Jurisdicción Contencioso - Administrativa*, Núm. 11, 1998, pág. 531-608.

CORDON MORENO, F., "Principio de Proporcionalidad y Congruencia de la Resolución que adopta las medidas cautelares", en *Actualidad Jurídica*

*ca Aranzadi* Núm. 674, 2005, págs. 1-5.

COUTURE, E., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Roque Depalma, Buenos Aires, 1990.

CRIADO SÁNCHEZ, A. J., *El agente urbanizador en el derecho urbanístico Español*, Reus, Madrid, 2005.

CUADRADO ZULOAGA, D., "Actos administrativos cuya ejecución es objeto de suspensión judicial", en *Actualidad Administrativa*, Núm. 12, 2008, pág. Versión electrónica. La ley (960/2008).

DE LA FUENTE, M., *La ejecución forzosa de los actos por la Administración Pública*, Tecnos, Madrid, 1991.

DE LA SERNA BILBAO, M. N., "Las medidas cautelares", en *Documentación Administrativa* Núm. 254- 255 1999, pág. 179-193.

DE LA SIERRA, S., "El sistema comunitario de tutela cautelar y su control por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la luz del art. 6 del Convenio. Una oportunidad perdida. (La resolución del TEDH de 10 de marzo de 2004 en el asunto Senator Lines GmbH c. los quince Estados Miembros de la Unión Europea, Núm. 56672/00) ", en *Revista General de Derecho Administrativo* Num.6, 2004, pág. Versión electrónica iustel (RI/402991).

- *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo: un estudio normativo y jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 2004.
- "Medidas Cautelares", en *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Pamplona, 2007, págs. 1308-1325.

DE LUCA, F., "L'evoluzione normativa e giurisprudenziale alla luce dei principi di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale", en *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2011, pág. 1.

DE MIGUEL Y ALONSO, C., "Notas sobre el proceso cautelar", en *Revista de derecho procesal* Núm. 4, 1966, pág. Pág. 11.

DE OTTO, I., "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el Art. 53.1 de la Constitución",

en *Derechos Fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 152.

- "Estudios sobre el Poder Judicial", en *Revista Jurídica de Asturias* Núm. 13, 1990, pág. 430.

DE TOLEDO JÁUDENES, J., González Pérez, J (Dir): "Evaluación y seguimiento de la sostenibilidad del desarrollo urbano", en *Comentarios a la Ley del Suelo. Texto Refundido aprobado por el Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.*, vol. I, Civitas, Madrid, 2008, pág. 441.

DELGADO BARRIO, J., "Reflexiones sobre el artículo 106.1 CE: el control jurisdiccional de la Administración y los Principios Generales del Derecho ", en *Estudios de la Constitución Española: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría* Vol. III, Madrid, 1991, págs. 2312-2356.

DESCALZO GONZÁLEZ, A., *La noción de derecho administrativo en España: Algunas cuestiones de reciente actualidad*, Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

DESDENTADO DAROCA, E., "El control de la legalidad urbanística ¿qué legalidad?", en *El control de la legalidad urbanística. El estatuto básico del empleado público (Actas del III Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Granada 8-9 de febrero de 2008)*, Valencia, 2009, pág. 95.

DEVIS ECHANDÍA, H., *Compendio de derecho procesal. Teoría general del proceso*, Temis, Bogotá, 1978.

DIEZ- PICAZO, L. M., "Artículo 24. Garantías procesales", en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, vol. III, 1996, págs. 19-123.

- *Sistema de Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2005.

DIEZ SÁNCHEZ, "La protección de la legalidad urbanística", en *Derecho Urbanístico Estatal y autonómico. Coordinador Sosa Wagner F. y Quintana López T.* 2001, pág. 1505.

DURÁN BECERRA, A., "La justicia administrativa", en *Memorias del V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, 1998, pág. 231.

DURANGO ALVAREZ, G., "Aproximaciones conceptuales a la democracia constitucional y a los derechos fundamentales en la teoría de Ferrajoli", en *Opinión Jurídica*, Vol. 6, Núm. 12, 2007, págs. 189-204.

ENTRENA CUESTA, R., *Curso de Derecho Administrativo*, TECNOS, Madrid, 1999.

- "La reforma de la jurisdicción contencioso administrativa", en *Revista Jurídica de Catalunya*, Núm. 2, 1999, págs. 47-75.

ESCUADERO HERRERA, C., "De la instrumentalidad y otras características de las medidas cautelares en el orden contencioso-administrativo. Especial referencia a la suspensión de las disposiciones y actos ", en *Actualidad Administrativa*, Tomo 2, 1998, págs. 527-553.

ESPINOSA DE RUEDA JOVER, M., "las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo", en *Actualidad administrativa*, Núm. 20, 1999, págs. 585-603.

ESTÉVEZ GOYTRE, R., "El urbanismo y la Jurisdicción Contencioso- Administrativa", en *revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, Núm. 208, 2004, pág.

- *Manual de Derecho Urbanístico*, Comares, Granada, 2008.

FAIRÉN GUILLÉN, V., "La reforma del proceso cautelar civil español", en *Temas del Ordenamiento procesal*, Tomo II, Tecnos, Madrid, 1982, pág. 49.

- "El proceso cautelar en la Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Número 2 1996, pág. 1648-1654.

FASSI, S., *Código Procesal Civil y Comercial*, Astrea, Buenos Aires, 1971.

FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, 2010.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Manual de Derecho Urbanístico*, Publicaciones Abella, Madrid 2008.

- "La plenitud de la garantía jurisdiccional contencioso- administrativa en

el contexto constitucional", en *Libro Homenaje a Manuel García Pelayo*, vol. I, Univ. Central de Venezuela, Caracas, 1980, pág. 343.

- "Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor", en *Revista Española de Administración Pública* Núm. 76, 1992, pág. 511.
- "La Nueva Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo: valoración general", en *Revista General de Derecho Administrativo*, Núm. 15, 2007, pág. 13- 34.

FERRAJOLI, L., "Sobre los derechos fundamentales ", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 15, 2006, pág. 113.

FIORAVANTI, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, TROTTA, Madrid, 1996.

FONT I LLOVET., "Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 34, 1982, pág. 477.

FONT SERRA, E., "Las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva", en *El sistema de medidas cautelares*, Pamplona, 1974, pág. 30.

FORSTHOFF, E., MUÑIZ, J. and LÓPEZ GUERRA, L., (EDS), *El Estado de la Sociedad Industrial*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2013.

FRAGA JORDANO J, *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Barcelona, J.M. BOSCH, 1995.

FUCCILLO, M. C., *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, CEDAM, Padova, 1999.

FUERTES LÓPEZ, M., "Registro de la propiedad. Anotación preventiva de la interposición del recurso contencioso - administrativo", en *Derecho Urbanístico Estatal y Autonómico*, Valencia, 2001, pág. 824.

- "Prudencia y coherencia de la tutela cautelar en los recursos contra reglamentos", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* Núm. 6 2003, págs. 117-130.



- "El nuevo derecho urbanístico Gallego y su publicidad registral", en *Derecho Urbanístico de Galicia*, Madrid, 2004, págs. 1197-1221.
- "Inscripción registral de garantías y derechos urbanísticos", en *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Pamplona 2007, págs. 1423-1441.
- "Tutela cautelar e impugnación de reglamentos", en *Revista de Administración Pública*, Número 157, 2002, págs. 57-88.

GALLEGO ANABITARTE, A., *Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

GALLI, R., *Corso di diritto amministrativo*, CEDAM, Padova, 1994.

GAMBOA BENARTE, J. F., "¿Qué tan fundamental es el Colombia el derecho de acceso a la justicia?", en *Vniversitas. Universidad Pontificia Javeriana*, Núm. 110, 2005, pág. Págs. 511-518.

GARCIA DE ENTERRIA, E., "Sobre la posibilidad de que las jurisdicciones nacionales adopten medidas cautelares positivas (y no sólo suspensiones) contra los actos de sus Administraciones respectivas dictados en ejecución de Reglamentos Comunitarios cuya validez se cuestiona (Sentencia Atlanta del Tribunal de Justicia, de 9 de noviembre de 1995) ", en *Revista española de Derecho Administrativo* num. 88, 1995, pág. 565-579.

- "Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas y ampliación de su campo de aplicación (medidas positivas), y "jurisdicción plenaria" de los Tribunales Contencioso-administrativos, no limitada al efecto revisor de actos previos, dos sentencias constitucionales", en Civitas (ed.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1996, pág. 479.
- "El tribunal de justicia de las comunidades europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho Administrativo en materia de entes sujetos al Derecho Público y de medidas cautelares contencioso-administrativas: Sentencia Comisión c. España, C-214/00, de 15 de mayo de 2003", en *Revista española de Derecho Administrativo* Núm. 119, 2003, págs. 471-487.
- "Los principios de la organización del urbanismo.", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 87, 1978, págs. 301-336.
- "La reacción del contencioso francés a la crisis del modelo: ejecución de sentencias y medidas cautelares positivas", en *Revista Española*

*de Derecho Administrativo* Núm. 60, 1988, págs. 501-506.

- "La suspensión cautelar inmediata de una Ley nacional por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: Auto de 28 de junio de 1990, Comisión c. Alemania.", en *Revista de Instituciones Europeas. Centro de Estudios Constitucionales* Núm.3, 1990, págs. 875-884.
- "La lucha contra el abuso de los procesos: juicios provisionales y medidas cautelares", en *Poder Judicial, La ley* Núm. 20, Tomo 2, 1990, 1992, págs. 9-20, pág. 1209.
- "La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la "aparición de buen derecho "para el otorgamiento de las medidas cautelares. Silencio positivo y aparición de abuso de la ejecutividad.", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 70, 1991, pág. 255-267.
- "Reflexión sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en lo contencioso - administrativo", en *Revista Española de Derecho Administrativo, Estudios de derecho constitucional y de ciencia política: homenaje al profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*, Núm. 76, 1992, 1997, págs. 615-634.
- "La ampliación de la competencia de las jurisdicciones contencioso-administrativas nacionales por obra del derecho comunitario. Sentencia Borelli de 3 de diciembre de 1992, del Tribunal de Justicia y el artículo 5 CEE", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 78, 1993, págs. 317-324.
- "El derecho urbanístico español a la vista del siglo XXI", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 99, 1998, págs. 395-403.
- "La definitiva erradicación de los actos políticos o de Gobierno de nuestro Derecho", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 106, 2000, pág. 322.
- *Curso de derecho administrativo II*, 10 ed., Civitas, Madrid, 2006.
- "El problema de los poderes del juez nacional para suspender cautelarmente la ejecución de las leyes nacionales en consideración al derecho comunitario europeo", en *Revista de Administración Pública*, 1989, Págs. 411-433.
- "Perspectivas de las justicia administrativas nacionales en el ámbito de la Unión Europea.", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 103, 1999, págs. 401-411.
- "La formación histórica del principio de autotutela de la administración ", en *Moneda de Crédito (Homenaje a Rubio Sacristán)* Núm. 128, 1974, pág. 59-78.

- "Revolución francesa y Administración contemporánea", en *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 194, 1974, págs. 263-270.
- "La participación del administrado en las funciones administrativas", en *Revista de Seguridad Social*, Núm. 4, 1979, pág. 11-23.
- *La constitución como norma jurídica en la Constitución Española de 1978*, Civitas, Madrid, 1981.
- *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Civitas, Madrid, 1981.
- "La crisis del contencioso-administrativo francés: el fin de un paradigma", en *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1989, pág. 77.
- "La jurisdicción contencioso - administrativa hoy ", en *Documentación Administrativa*, Núm. 220, 1989, págs. 11-18.
- "Novedades sobre los procesos en el conflicto de pesca anglo-español: La suspensión cautelar por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de la Ley inglesa de 1988 aparentemente contraria al Derecho Comunitario. Enseñanzas para nuestro sistema de medidas cautelares, sobre la primacía del Derecho Comunitario y respecto a la indemnización de los daños causados por infracción de éste.", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 64, 1989, págs. 593-608.
- "El derecho administrativo en el siglo XXI.", en *La Ley*, Tomo 4 1990, pág. 985.
- "La Sentencia Factortame (19 de junio de 1990) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La obligación del juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del Derecho Comunitario aun a costa de su propio Derecho nacional. Trascendencia general de la Sentencia en el Derecho Comunitario y en el sistema español de medidas cautelares ", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 67, 1990, pág. 401-420.
- "La suspensión cautelar por el Tribunal de Justicia a de las Comunidades Europeas de la Ley inglesa de 1988", en *Revista de Instituciones Europeas* Vol. 17. Núm. 3, 1990, págs. 875-884.
- "La aplicación de la "apariencia de buen derecho" como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra reglamentos", en *Revista de Administración Pública*, Núm.125, 1991, págs. 411-418.
- "La nueva doctrina del T.S. sobre las medidas cautelares: la recepción de *fumus boni juris* (auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Número 69, 1991, pág. 65.
- "Las medidas cautelares que puede adoptar el Juez nacional contra el

Derecho Comunitario: la Sentencia Zuckerfabrik del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de febrero de 1991 (TJCE 1991, 135).", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. Núm. 72, Madrid, 1991, págs. 537-554.

- "Medidas cautelares positivas y disociadas en el tiempo: El Auto de 21 de marzo de 1991 de la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Número 71, 1991, págs. 377-388.
- "Nuevas medidas cautelares "Positivas": La imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de continuar un procedimiento, eliminando un obstáculo inicial sin apariencia de buen Derecho", en *Revista de Administración Pública* Núm. 126, 1991, págs. 297-307.
- "Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común.", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 75, 1992, págs. 325-328.
- *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1992.
- "Un punto de vista sobre la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común de 1992", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 130, 1993, págs. 202-222.
- *La batalla por las medidas cautelares, Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso - administrativo Español* 2da Ed. ed., Civitas, Madrid, 1995.
- "Aún sobre la reforma de la justicia administrativa y el modelo constitucional. Nota última", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 93, 1997, págs. 67-79.
- "Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas (referé-provision). A propósito del auto del presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de enero de 1997 (asunto Antonissen)", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 142, 1997, págs. 225-246.
- "Contencioso- administrativo objetivo y contencioso - administrativo subjetivo a finales del siglo XX", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 152, 2000, págs. 93-105.
- "Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar las salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional?", en *Revista de Administración*

*Pública*, Núm. 151, 2000, págs. 251-280.

- "Sobre la tutela cautelar en el proceso administrativo", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm.115, 2002, págs. 393-398.
- *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 2006.
- "La significación de las libertades públicas para el derecho administrativo", en *Anuario de Derechos Humanos* 1981, págs. 121-122.
- "Los ciudadanos y la administración, nuevas tendencias del Derecho Español ", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 59, 1988, págs. 325-344.
- "Sobre la legitimidad de las medidas cautelares utilizadas por la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Poder Judicial* Núm. 25, 1992, págs. 9-32.
- "Sobre la ejecutoriedad inmediata de las medidas cautelares recurridas en casación. Una reflexión rectificativa.", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 153, 2000, págs. 381-404.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, "Planificación Urbanística", en *Urbanismo. La propiedad ante el urbanismo. Planificación y gestión urbanística. Licencias y disciplina urbanística. Expropiación forzosa*, Comares, Granada, 2007, págs. 157-180.

- "Protección de la legalidad urbanística", en *Urbanismo. La propiedad ante el urbanismo. Planificación y gestión urbanística. Licencias y disciplina urbanística. Expropiación forzosa*, Comares, Granada, 2007, págs. 387-427.

GARCÍA LLOVET, E., "Tutela cautelar y Jurisdicción Contenciosa. Los fundamentos constitucionales.", en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional BIB 1998\1359* vol. IV, 1998, págs. 293-320.

- "Medidas cautelares en el proceso de amparo (un estudio sobre la "materia administrativa")", en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional BIB 1999\764* vol. I, 1999, págs. 1885-1914.

GARCÍA MARTÍNEZ, F. J., "Elaboración, aprobación y vigencia de los planes urbanísticos", en *Derecho Urbanístico de Galicia*, El consultor de los ayuntamientos y juzgados, Madrid, 2004, págs. 431-471.

GARCIA-TREVIJANO GARNICA, E., *La Suspensión del contrato Administrativo*, Civitas, Madrid, 2001.

GARRIDO FALLA, F., "La eficacia de los actos en la nueva Ley de procedi-

miento", en *Revista de Administración Pública*, Número 26, 1958, págs. 207-230.

- *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Tecnos, Madrid 2002.
- *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980.

GASCÓN INCHAUSTI, F., "*La adopción de las medidas cautelares con carácter previo a la demanda*", Cedecs, Barcelona 1999.

- "Nuevo marco para la adopción de medidas cautelares en el arbitraje internacional: la sentencia Van Uden del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Núm. 3, 1999, págs. 2044-2045.

GIANNINI, M. S., *Diritto Amministrativo*, vol. II, Giuffrè, Milano 1988.

GIL IBAÑEZ, J. L., "Las medidas cautelares", en *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Núm. 4, 2000, pág. 623-654.

- *Las medidas cautelares en el proceso contencioso - administrativo (una visión práctica)*, Constitución y leyes. COLEX, Madrid 2001.

GIMENO SENDRA, J. V., "Un nuevo sistema de medidas cautelares en la LJCA de 1998 ", en BLANCH, T. L. (ed.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Valencia, 2000, págs. 2249-2280.

- *Derecho Procesal Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

GÓMEZ ARANGUREN. G.E., "El régimen de medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011", en *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2001*, Bogotá, 2012, pág. 173.

GÓMEZ OVIEDO, J. M., REBOLLO, L.M., BUSTILLO BOLADO, R. (Dir): "Información urbanística", en *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Thomson Reuters, Pamplona, 2007, págs. 1442-1454.

GONZÁLEZ - VARAS IBAÑEZ, S., "La regulación expresa de otra medida cautelar paralela al efecto suspensivo del acto administrativo en el proceso administrativo", en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* Septiembre 1991, págs. 353-370.

- "La técnica de la necesidad de protección jurídico - subjetiva en el proceso administrativo español", en *Boletín de información del Mi-*

- nisterio de Justicia*, Núm. 1670, 1993, págs. 96-110.
- "El control judicial de la discrecionalidad administrativa a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y otras enseñanzas procesales del Derecho comunitario para el proceso administrativo español", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 135, LA LEY 8146/2001, 1994, págs. 301-341.
  - "Jurisprudencia constitucional y Jurisdicción Contencioso-Administrativa", en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional BIB 1998\1360* vol. IV 1998, págs. 467-508.
  - "Medidas cautelares y Jurisdicción contencioso-administrativa", en *Revista de Derecho Procesal*, Numero 1-3, 2001, pág. 199.
  - *Urbanismo y ordenación del territorio*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

GONZÁLEZ MARIÑAS, P., "La nueva disciplina urbanística en Galicia: (Comentarios al capítulo III del Título VI de la ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia)", en *Derecho Urbanístico de Galicia (Dirección. Sánchez Goyanes, E.)* 2004, pág. 999.

- GONZÁLEZ PÉREZ, J., "La suspensión de acuerdos por la jurisdicción contencioso administrativa", en *Revista de Administración Pública*, Número 23, 1957, págs. 184-190-189.
- "La suspensión de la suspensión del acto administrativo.", en *Revista española de Derecho Administrativo* Núm. 61, 1989, págs. 111-118.
  - "Nuevos sistemas de control a la administración pública", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 22, 1979, págs. 399-430.
  - *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1984.
  - "Criterios básicos de la utilización del suelo", en *Comentarios a la Ley del Suelo. Texto Refundido aprobado por el Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio*, vol. I, Madrid 2008, pág. 134.
  - "La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas dos años después ", en *Revista de Administración Pública* Número 136, 1995, págs. 7-67.
  - *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso administrativa. Ley 9/1998, de 13 de julio.*, vol. Vol. II, Civitas, Madrid, 1999.
  - *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Civitas, Madrid, 2001,
  - "Publicidad y eficacia en la gestión urbanística Art. 11", en *Comentarios a la Ley del Suelo. Texto Refundido aprobado por el Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio*, Madrid, 2008, pág. 163.

- *Comentarios a la Ley de suelo. Texto Refundido aprobado por el Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio*, Aranzadi, Pamplona, 2008.

GONZÁLEZ REY, S., "Comentarios del capítulo XI. Medidas Cautelares", en *Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo Ley 1437 de 2011 comentado y concordado*, Bogotá 2013, págs. 490-506.

- "Incidencias de la constitución de 1991 en el Derecho Administrativo Colombiano", en *Memorias II Jornadas de Derecho Administrativo y Constitucional*, Bogotá, 2002, pág. 205.

GUAITA, A., "Eficacia del acto administrativo", en *Revista de Administración Pública* Núm. 25, 1958, págs. 159-180.

GUTIERREZ DE CABIEDES, E., *Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares*, IX reunión de profesores de derecho procesal de las universidades españolas, Pamplona, 1974.

HÄBERLE, P., "El Estado Constitucional Europeo", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 2, 2000, pág. 87-104.

HERCE QUEMADA, V., "el proceso cautelar ", en *Revista de Derecho Procesal IV*, 1966, pág. 25.

HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A., "Medidas Cautelares en lo contencioso administrativo y Constitución. Una propuesta para un debate aún abierto", en *Cuadernos de Derecho Público*, Núm.10, 2000, págs. 7387.

HERRÁIZ SERRANO, O., "El paso firme dado por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el duro batallar por la tutela cautelar: la aplicación de la técnica francesa del Refere Provision", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 102, 1999, págs. 265-280.

HERRERO LOZANO, D., "Aspectos jurídicos de los planes de ordenación urbana ", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 20, 1976, págs. 57-106.

HESSE, K., "Significado de los derechos fundamentales", en *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 85-86-90.



- HOYOS, A., *La interpretación constitucional*, Temis, Bogotá, 1993.
- "Constitución e impartición de justicia: el debido proceso en el nuevo contexto democrático de Latinoamérica", en *Memorias del V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 1998, pág. 429.
- HUERGO LORA, A., *Los Convenios Urbanísticos*, Civitas, Madrid, 1998.
- IBÁÑEZ NAJAR, J. E., "Veinte años de vigencia del Código Contencioso Administrativo Colombiano", en *Civilizar. Universidad Sergio Arboleda*, Núm. 5, 2003, págs. 93-107.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*, Marcial Pons, Barcelona, 2005.
- JIMENEZ PLAZA, C., *El "fumus bonis iuris": un análisis jurisprudencial*, Iustel, Madrid 2005.
- JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, R., "Apuntes sobre medidas cautelares", en *Justicia y Derecho*, Núm. 6, 2011, pág. 2.
- JINESTA LOBO, E., *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo*, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1996.
- "Últimas disposiciones en materia de suspensión de la ejecución del acto o de disposición impugnada en el contencioso-administrativo", en *Ivstitia*, Núm. 109-110, 1996, págs. 4-21.
- JORDANO FRAGA, J., "El proceso de afirmación del medio ambiente como interés público prevalente o la tutela cautelar ambiental efectiva: La Suspensión de los actos administrativos por la razón de la protección del medio ambiente en la Jurisprudencia.", en *Revista de Administración Pública* Núm. 145, 1998, págs. 169-198.
- LAMPREA RODRÍGUEZ, P. A., *Anulación de los actos de la administración pública*, Doctrina y ley, Bogotá, 2004.
- LASAGABASTER HERRATE, I., "Derechos fundamentales y personas jurídicas de Derecho Público", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II, Madrid,

1991, págs. 651-677.

LÓPEZ BLANCO, H. F., *Instituciones de Derecho Procesal Colombiano, Parte general*, vol. Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2002.

LÓPEZ CÁRCAMO, I., "Análisis de la novísima doctrina sobre la tutela cautelar en el ámbito contencioso administrativo", en *Revista Vasca de Administración Pública*, Núm. 35-1, 1993, págs. 105-136.

LOPEZ MEDINA, D., *Interpretación Constitucional*, Consejo Superior de la Judicatura/ Universidad Nacional de Colombia Bogotá, 2006.

- *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, LEGIS, Bogotá, 2004.
- "El sueño Weberiano: claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del estado colombiano", en *Revista de Derecho Público. Universidad de los Andes*, Núm. 1, 2006, pág. 2-42.

LÓPEZ RAMÓN, F., "Límites constitucionales de la autotutela administrativa", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 115, 1988, págs. 57-98.

LÓPEZ RODÓ, L., "Las medidas cautelares en la jurisdicción Contencioso-Administrativa", en *Libro homenaje a Jesús López Medel*, Madrid, 1999, págs. 1947-1992.

LORENZO DE MEMBIELA, J. B., "Las medidas provisionalísimas inaudita parte en el procedimiento contencioso-administrativo y su construcción constitucional", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Núm. 26, 2006, págs. 497-518.

MALAGÓN PINZÓN, M., "La Revolución Francesa y el Derecho Administrativo Francés: La invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia de control judicial", en *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, Núm. 23, 2005, págs. 167-190.

MANCUSO, N., "Saggio sull'esecutorietà degli atti amministrativi", en *Rivista Giustizia Amministrativa*, spec. 3, 1968, pág. 757.

MARIENHOFF, M., *Tratado de derecho administrativo I*, vol. I, Abeledo Pe-

rrot, Buenos Aires, 1969.

MARSHALL, G., *Teoría Constitucional* Madrid, Espasa-Calpe, 1982.

MARTIN MATEO, R., *Manual de Derecho Administrativo*, Aranzadi, Madrid, 1998.

MARTIN REBOLLO, "Libertades públicas y control jurisdiccional ", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 84, 1977, pág. 387.

- "Veinticinco puntos sobre la jurisdicción administrativa y el reto de la eficacia ", en *Cuadernos de Derecho Judicial Constitución y control de la actividad administrativa*, Núm. 12, 2003, págs. 329-360.
- *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Thomson Reuters, Pamplona, 2007.

MARTÍN- RETORTILLO GONZÁLEZ, C., "El alcance suspensivo del recurso contencioso administrativo en la ejecutoriedad de los actos recurridos", en *Anales de la dirección general de lo contencioso del Estado*, 1961, pág. 65.

- *Suspensión de los actos administrativos por los Tribunales de lo Contencioso*, Montecorvo, Madrid, 1963.

MARTIN-RETORTILLO, L., "Del Control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial", en *Revista de Administración Pública*, Número 100-102, 1983, pág. 1083-1099.

MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

- "El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales", en *Cuadernos de Derecho Público*, Núm. 5, 1997-2007, págs. 119-142.

MENÉNDEZ PÉREZ, S., "El principio de eficacia en la función administrativa. Virtualidad práctica: Estudio jurisprudencial.", en *Cuadernos de Derecho Judicial. Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Núm. 32, 1994, pág. 13.

- "De nuevo sobre la ejecución de sentencias en materia urbanística: la salvaguarda de los intereses de los adquirentes de las viviendas de un edificio ilegalmente construido (a propósito de un supuesto de aplicación del artículo 73 del TRLS76. Construcción no adaptada al

ambiente en que se sitúa. STS 4 de mayo de 2004.", en *Revista de Urbanismo y Edificación* Núm. 10, 2004, págs. 119-125.

MORVIDUCCI, C., "Fumus Boni Iuris e misure cautelari nel processo comunitario", en *Rivista Italiana di diritto pubblico*, Núm. 3-4, 1999, pág. 705.

NEVADO- BATALLA MORENO, P. T., *Notas sobre derecho administrativo I*, Ratio Legis, Salamanca 2001.

- "Análisis jurídico del principio de eficacia en la actuación pública", en Versión Electrónica, 2009, págs. 3-10.
- *Notas sobre derecho administrativo II* 2da ed., Ratio Legis, Salamanca, 2006.

NIETO GARCÍA, A., "La inactividad de la administración y el recurso contencioso-administrativo", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 37, 1962, págs. 75-126.

- "Los orígenes de lo contencioso - administrativo en España", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 50, 1966, págs. 27-50.
- "Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 57, 1968, págs. 9-34.
- *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2005.
- "La inactividad material de la Administración: veinticinco años después", en *Documentación Administrativa* Núm. 208, 1986, pág. Págs. 11-64
- "La vocación del derecho administrativo en nuestro tiempo", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 76, 1975, págs. 9-30.
- El arbitrio judicial, Ariel, Madrid, 2000.

ORMEÑO AMEZCUA, E., "Génesis y evolución de la corrupción urbanística en España en el bienio 2006-2007: aproximaciones a la nueva ley de suelo en el contexto de la corrupción Emilio Amezcua", en *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo* Número 68 2008, págs. 32-53.

ORTELLS RAMOS, M., "Doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la tutela judicial cautelar en materias no penales", en *Tribunales de Justicia: Revista española de derecho procesal* Núm.6, 1997, págs. 623-642.

- *Las medidas cautelares*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2001.
- "Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1.428 LEC", en *justicia: Revista de derecho procesal*, Núm. 1, 1989, págs. 43-72.
- *La tutela judicial cautelar en el derecho español*, Comares, Granada, 1996.

ORTIZ GUTIÉRREZ, J. C., "La Constitución colombiana de 1991 y las nuevas bases normativas para la impartición de justicia", en *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, 1998, págs. 669-722.

OSORIO ACOSTA, E., *La Suspensión Jurisdiccional del acto administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

- *Las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso - Administrativa (Estudio y aplicación práctica de la Ley 29 de 1998)*, Collex, Madrid, 1999.

PARADA VASQUEZ, J.R., *Derecho administrativo III. Bienes públicos, derecho urbanístico*, vol. Ed. 10, Marcial Pons, Madrid, 2004.

- "Réplica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 59, 1969, págs. 41-70.
- *Derecho Administrativo I*, Marcial Pons, Madrid 2000.

PAREJO ALFONSO, L., "Interés público como criterio de control de la actividad administrativa", en *Cuadernos de Derecho Judicial. Constitución y control de la actividad administrativa*, Núm. 12, 2003, págs. 127-209.

- "La garantía jurisdiccional frente a la actividad administrativa", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 84-89, 1977, pág. 382.
- *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983.
- "La tutela cautelar en el orden contencioso-administrativo", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 49, 1986, págs. 19-44.
- "Constitución y valores del ordenamiento", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo I*, Madrid, 1991, págs. 29-134.
- *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993.

- *Eficacia y Administración. Tres estudios*, MAP, Madrid, 1995.
- "Apuntes para una interpretación del sistema legal urbanístico en clave histórica", en *Revista Ciudad y Territorio*, Núm. 107-108, 1996, págs. 149-166.
- *Derecho Administrativo. Instituciones generales: bases, fuentes, organización y sujetos, actividad y control* 1a Ed, Ariel, Madrid, 2003.
- *La Disciplina Urbanística*, Iustel, Madrid, 2006.
- *El concepto de Derecho Administrativo*, Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

PECES- BARBA, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.

PEDRAZ PENALVA, E., *principio de proporcionalidad y principio de oportunidad en Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Akal. Iure, Madrid, 1990,

PEMÁN GAVÍN, J., "Las leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes del derecho", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991, págs. 135-168.

- "Comentario al Art. 149.1.1a ", en *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, 2009, pág. 2250.

PENAGOS, G., *Nulidades y acciones del acto administrativo*, Doctrina y ley, Bogotá 1996.

- *El acto administrativo*, Doctrina y ley, Bogotá, 2001.
- "Nuevas tendencias del derecho administrativo a principios del siglo XXI", en *Vniversitas. Universidad Pontificia Javeriana*, Núm. 106, 2003, págs. 387.

PEÑA PORRAS, D., "El trasegar del acto administrativo en Colombia: entre el retrato y la conveniencia", en *Revista de Derecho Público. Universidad de los Andes* Núm. 1, 2006, págs. 3-17

PÉREZ ROYO, J., *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1998.

- *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Barcelona, .2007.

PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena Administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valla-

dolid, 2001.

- "La proyección social del planeamiento", en *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Thomson Reuters, Pamplona, 2007, pág. 11.

PRIETO SANCHÍS, L., *Estudio sobre los derechos fundamentales*, DEBATE, Madrid 1990.

- *Ley, principios y derechos*, S.L. - LIBROS DYKINSON, Madrid, 1998.

QUERALT JIMENEZ, A., "Régimen jurídico de los derechos y libertades en la Constitución Española", en *Prácticas de Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2012, pág. 248.

QUIROGA CUBILLOS, H., *Procesos y Medidas cautelares*, OKEY, Bogotá, 1991.

REBOLLO PUIG, L. M., Pizarro Nevado, R. Muñoz Machado S. (Coord): "Ejecución del Planeamiento", en *Derecho Administrativo IV: Bienes, servicios y actividades reguladas*, IUSTEL, Madrid, 2001, pág. Versión electrónica [lustel. www.lustel.com/v2c.asp](http://www.lustel.com/v2c.asp).

- "El planeamiento Municipal: perspectiva general", en *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Fundamentos de derecho urbanístico, Pamplona, 2007, págs. 249-258.

RESTREPO MEDINA, M. A., "La necesidad de ampliar la tutela cautelar judicial en el proceso contencioso administrativo", en *Revista de estudios socio-jurídicos*, Vol. 7, Núm. 2, 2005, págs. 191-205.

- "Balance de la Jurisprudencia constitucional sobre tutela cautelar judicial", en *Vniversitas. Universidad Pontificia Javeriana*, Núm. 112, 2006, pág. Págs. 63-90.
- "Perspectiva constitucional sobre la tutela cautelar judicial. El caso colombiano", en *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, Núm. 4, 2006, versión electrónica Universidad Alfonso X El sabio. [www.uax.es/publicaciones/archivos/SABDER06\\_006.pdf](http://www.uax.es/publicaciones/archivos/SABDER06_006.pdf).

RIASCOS GOMEZ L., *Las medidas cautelares en el procedimiento administrativo*, Pamplona, Univ. De Nariño, 1986.

- "Ensayo para una teoría general de las medidas cautelares en el procedimiento administrativo español y colombiano", en *Revista Electrónica el Derecho Público Mínimo*, 2008, versión electrónica de derecho público de la universidad de Nariño- Mcautelaras.

RIVERO, J., *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 2004.

RIVERO ORTEGA, R., "Medidas cautelares innominadas en lo contencioso-administrativo.", en *Revista española de Derecho Administrativo*, Núm. 98, 1998, págs. 271-280.

RIVERO YSERN, J. L., "Vía administrativa de recurso y justicia administrativa", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 75, 1992, págs. 381-398.

RODRIGUEZ - ARANA, J. F., "La suspensión de leyes autonómica por la vía del artículo 161.2 de la Constitución", en *Diario La Ley*, Tomo 1, 1989, pág. 953.

- "Algunas consideraciones sobre la suspensión del acto en vía económico-administrativa", en *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública* vol. 36, 1986, págs. 1049-1064.
- "El interés general en el sistema de suspensión de los actos administrativos en la Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales", en *Revista Vasca de Administración Pública*, Núm. 14, 1986, págs. 197-202.
- "El levantamiento de la suspensión de varias disposiciones administrativas por efecto de la legislación derivada de la adhesión española a la CEE", en *Revista Vasca de Administración Pública*, Número 14, 1986, págs. 193-196.
- La evolución histórica de la suspensión del acto administrativo en vía contenciosa en el Derecho español.", en *Anuario de Historia del Derecho Español (Boletín Oficial del Estado)*, Tomo: LVII Núm. 57, 1987, págs. 697-736.
- "De nuevo sobre la suspensión judicial del acto administrativo", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Número 64, 1989, págs. 639 a 650.
- "Régimen jurídico de la suspensión del acto administrativo en la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de 1978 ", en *Revista General de Derecho* Núm. 537, 1989, págs. 3541-3559.
- "La suspensión contenciosa del acto administrativo en la jurisprudencia de 1990", en *Actualidad administrativa*, Número 18, 1991, pág. 223.
- "Suspensión del acto y medidas cautelares: comentario del auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990", en PUBLICACIO-



- NES, M. D. J. C. D. (ed.), *Los derechos fundamentales y libertades públicas II: XIII Jornadas de Estudio*, Madrid, 1993, págs. 325-334.
- "La suspensión judicial del acto administrativo en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa", en *Jornadas de Estudio sobre la Jurisdicción Contencioso-administrativa. 8 / coord. por Marta María García Pérez*, 1998, págs. 95-108.
  - "La Suspensión del acto administrativo en vía de amparo constitucional", en *La Ley*, tomo 4, 2001, pág. 1033.
  - "Ejecutividad y tutela judicial efectiva", en *Actualidad Administrativa*, Núm. 1, 2005, págs. 4-8.
  - "Las medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en España", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Núm. 28, 2006, págs. 127-152.
  - "El interés general en el levantamiento de las medidas cautelares contencioso-administrativas.", en *La Ley*, Núm. 2, 2007, págs. 1865-1875.
  - "Ética y urbanismo ", en *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, Núm. 61, 2007, pág. 26.
  - "Título VI: Disposiciones comunes a los Títulos IV y V: Capítulo II: Medidas Cautelares; Artículos 133, 134 y 135", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm.100, 1998, págs. 886-890.
  - "Interés público y suspensión del acto administrativo. La doctrina del tribunal supremo ", en *Revista de Derecho Público Edersa*, Vol. 3, Núm.104, 1986, págs. 537-553.
  - *La Suspensión del acto administrativo en vía de recurso*, Montecorvo, Madrid, 1986.
  - "La suspensión del otorgamiento de las licencias de Urbanismo: una aproximación histórica y jurisprudencial.", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, Núm. 102, 1987, págs. 13-70.
  - "Últimas orientaciones jurisprudenciales sobre la suspensión contenciosa de actos administrativos", en *Poder Judicial*, Número 17, 1990, págs. 179.
  - "La suspensión del acto administrativo en la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa", en *El procedimiento administrativo y el control judicial de la Administración Pública: VI Jornadas Hispano-Argentinas de Derecho Administrativo en homenaje al profesor Laureano López Rodó*, 2001, págs. 335-350.
  - "Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa en España", *Revista aragonesa de administración pública*, Núm. 28. 2006, págs. 127-152.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Marcial Pons, Barcelona, 2000.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., "Corrupción, Estado de Derecho y Poder Judicial: retos y límites a las iniciativas supranacionales e internacionales de la asistencia y cooperación judicial" en *Estudios sobre la corrupción una reflexión hispano-brasileña*, 2013, pág. 135-240.

- "Los sistemas procesales penales frente al reto de controlar la corrupción" en *la corrupción, aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, 2000, pág. 73-78.
- *La corrupción en un mundo globalizado, análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, 2004.

RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C., "La tutela judicial cautelar en el derecho comunitario", en *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid, 1993, págs. 633-652.

RODRÍGUEZ MORO, R., *La ejecutividad del acto administrativo*, IEAL, Madrid 1949.

RODRÍGUEZ PONTÓN, F. J., *Pluralidad de intereses en la tutela cautelar del proceso Contencioso - Administrativo (adaptado a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998)*, Cedecs, Barcelona, 1999.

RUBIO LLORENTE, F., *derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1995.

RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Cizur Menor, Aranzadi, 2001.

SAINZ MORENO, F., "Suspensión del acto administrativo y caución suficiente", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 15, 1977, pág. 662.

- "Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 8, 1976, págs. 63-93.

SALA ARQUER, J. M., "La adopción de medidas cautelares con carácter de urgencia", en *Justicia Administrativa. La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, vol. Número extraordinario, Valladolid, 1999, págs. 205-214.

SÁNCHEZ BLANCO, A., "Ciudadanos, propietarios y Administraciones en la Ley del Suelo de 2007", en *Derecho Urbanístico del SigloXXI. Homenaje al Profesor Martín Bassols Coma*, vol. 3, Barcelona, 2008, págs. 518-540.

- "La Ejecutoriedad de los Actos Administrativos" en *Diccionario de derecho Administrativo III*, Bases del conocimiento jurídico, IUSTEL.

SÁNCHEZ GOYANES, E., "La corrupción urbanística (española y globalizada) en el Congreso Internacional de Río sobre Ética y Buen Gobierno", págs. 1971-1978.

- "Urbanismo y protección del paisaje: Las (mal) llamadas y (peor entendidas) Normas de aplicación directa: Anulación por el TSJ de Cantabria de licencia para 17 viviendas junto a la costa de Linares", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, No. 173, 1999, págs. 11-72.
- *La responsabilidad por actos de naturaleza urbanística*, Instituto nacional de Administración pública, Madrid 2003.
- "Comentario al Título VI Régimen jurídico", en *Ley del Suelo. Comentario al Texto Refundido de 2008*, Madrid, 2009, pág. 53.

SANCHÉZ MORÓN, M., "El derecho a la tutela efectiva como límite a la ejecutividad de los actos administrativos", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 32, 1983, págs. 669-673.

- "Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa", en *Cuadernos de Derecho Judicial. Eficacia, discrecionalidad y control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Núm. 32, 1995, págs. 143-162.

SANDULLI, A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, vol. II, Jovene, Napoli, 1989.

SANTAMARIA PASTOR, J. A., *Principios de derecho administrativo* vol. Vol. II, Univ. Ramón Areces, Madrid 1999.

- "Tutela jurisdiccional efectiva y no suspensión en vía de recurso", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 100- 102, 1983, págs. 1609-

1627.

SANTOFIMIO GAMBOA, J. O., "Panorama General del Derecho Administrativo en Colombia", en *El Derecho Administrativo Iberoamericano*, Granada 2005, págs. 185-278.

SANTOS DÍEZ, R., Castelao Rodríguez, J., *Derecho Urbanístico. Manual para Juristas y Técnicos*, El consultor de los ayuntamientos y juzgados, Madrid, 2008.

SANTOS GÓMEZ, J., "Medidas cautelares en materia urbanística. Anotación preventiva y Registro de la Propiedad.", en *Revista del Poder Judicial* Núm.86, 2007, págs. 217-231.

SANZ GANDASEGUI, F., "Medidas provisionalísimas en el proceso contencioso-administrativo (Comentario a los autos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993)", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 138, 1995, págs. 183-202.

SUAY RINCÓN, J., "Una resolución novedosa en materias de medidas cautelares: el Auto del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1984 ", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 50, 1986, pág. 265-268.

- "El "Fumus Bonis Iuris" como criterio determinante para la adopción de una medida cautelar (Auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 19 de noviembre de 1990)", en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* Núm. 251, 1991, pág. 659.

TESO GAMELLA, P., "Medidas Cautelares y Derecho Sancionador", en *Actualidad administrativa*, Número 2, 2000, pág. 59.

- *Medidas cautelares en la justicia administrativa. Las medidas cautelares configuración general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

TORNOS MAS, J., "Suspensión cautelar en el proceso contencioso - administrativo y doctrina jurisprudencial (Comentarios a los Autos de la Sala del Tribunal Supremo de 28, 29 y 30 de marzo y de abril de 1988)", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 61, 1989, pág. 124-126.

- "La suspensión judicial de la eficacia de los actos en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa", en *Revista Jurídica de Cata-*

*lunya*, Núm. 4, 1986, págs. 905-926.

- "La tutela cautelar en sectores específicos del derecho público: extranjería, materia tributaria, función pública", en *Cuadernos de derecho judicial, Nuevas perspectivas del Régimen Local. Estudios en Homenaje al Profesor José M.<sup>a</sup> Boquera Oliver Compilador: Baño León, José María; Climent Barberá, Juan (Coordinadores)*, Núm. 8, Tomo 1, 1999, 2000, págs.1145-1175

ÚBEDA TARANJO, F., "Suspensión de la eficacia de las autorizaciones urbanísticas ilegales. Un análisis desde el Art. 184 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio de Canarias y Espacios Naturales de Canarias.", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, Núm. 251, 2009, págs. 35-59.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., "Notas sobre disciplina urbanística: un estudio de la reciente jurisprudencia", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, Núm. 238 2007, págs. 11-56.

VALDÉS CAO, J., "Protección de la Legalidad Urbanística", en *Revista de Estudios Locales (CUNAL)*, Número Extraordinario, 1999, pág. 408-431.

VALLS GOMBAU, J. F., "La unificación del procedimiento cautelar", en *Cuadernos de derecho judicial*, Núm. 10, 2000, págs. 257-348.

VALORZI, A., *Tutela cautelare in processo amministrativo*, Giuffrè, Padova, 1991.

VAZQUÉZ SOTELO, J. L., "La Constitución del proceso cautelar en el Derecho procesal civil español", en *Jornadas sobre la reforma del proceso civil*, Madrid, 1990, págs. 809-854.

VECINA CIFUENTES, J., "La trascendencia del "Fumus boni iuris" como presupuesto de medidas cautelares. Especial consideración a los procesos administrativo y constitucional. (A propósito del Auto del Tribunal Constitucional de 1 de diciembre de 1993)", en *Revista de Derecho Procesal*, Núm. 1, 1995, pág. 259-288.

- "La potestad cautelar: contenido y límites (texto de la ponencia impartida a Secretarios Judiciales, en la sede del Centro de Estudios Jurídicos, dentro del Curso "Juicios rápidos civiles")", en *Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia*, 2004, págs. 5299-5321.

- VEDEL, G., *Derecho Administrativo. Traducción por Juan Rincón Jurado*, Temis, Madrid, 1980.
- VÉSCOVI, E., *Teoría General del Proceso*, Temis, Bogotá 1984.
- VIGO, L. R., *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.
- VILLALBA CASAS, J. J., "La protección de la legalidad urbanística", en *Derecho Urbanístico de Castilla y León*, Madrid, 2007, págs. 1317-1358.
- VILLALÓN PRIETO, J. C., "Las edificaciones sin licencia urbanística frente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito de las sentencias Vitello, de 17/072007 y Paudicio, de 24/05/2007, ambas contra Italia.", en *Revista de derecho administrativo*, 139, 2008, pág. 557-592.
- VILLAR PALASI, J. L., *Principios de derecho administrativo II*, Facultad de Derecho. Servicio de publicaciones, Madrid, 1982.
- VILARDELL RIEIRA, I., "La evaluación de la eficiencia de las actividades de la Administración Pública", en *Revista de Economía Pública*, Núm. 2, 1989, pág. 47.
- VIRGA, P., *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1999.
- VITTA, C., *Diritto Amministrativo*, UTET, Torino, 1962.
- VON IHERING, R., *La lucha por el Derecho*, HELIASTA, Buenos Aires, 1977.
- ZANOBINI, G., *Corso di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1958.