

ENSAYO JURÍDICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

LAS MEDIDAS CAUTELARES ADMINISTRATIVAS EN EL DERECHO COMPARADO

ENSAYO DE PARA UNA TEORIA GENERAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL Y COLOMBIANO.

(Parte II)

Por

Libardo Orlando Riascos Gómez

Doctor en Derecho.

Lriascos@udenar.edu.co

2008

ABSTRACT

La presente investigación bibliográfica analiza a manera de ensayo una Teoría General de las Medidas cautelares en el procedimiento administrativo español y colombiano. Como punto de partida se toma la doctrina, legislación y jurisprudencia de las medidas cautelares en el ámbito del derecho civil y se aplica al procedimiento administrativo que rige en el ámbito previo a la vía contencioso administrativa, en la llamada “vía gubernativa” o vía administrativa. Igualmente se presentan unas especies de medidas cautelares existentes en derecho español y colombiano, como la suspensión de los efectos del acto administrativo, la inexportabilidad de bienes histórico culturales, la suspensión de sueldo y empleo, entre muchas otras.

Palabras Claves: Medida cautelar, proceso administrativo, proceso contencioso administrativo, vía administrativa, suspensión, actos administrativos.

ABSTRACT

The present bibliographical investigation analyzes by way of rehearsal a General Theory of the precautionary measures in the Spanish and Colombian administrative procedure. As starting point this takes the doctrine, legislation and jurisprudence of the precautionary measures in the environment of the civil right and it is applied to the administrative procedure that governs in the previous environment to the administrative contentious road, in the call “via governmental” or via administrative. Equally some species of existent precautionary measures are presented in Spanish and Colombian right, as the suspension of the effects of the administrative act, the cultural historical inexportabilidad of goods, the salary suspension and employment, among many others.

Key words: precautionary measure, administrative process, administrative contentious process, via administrative, suspension, administrative acts.

CONTENIDO:

SEGUNDA PARTE

LOS PRINCIPIOS Y EL PROCEDIMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

1.3.4. Los Principios que orientan las medidas cautelares en el procedimiento administrativo.

- A. El Principio de legalidad
- B. El Principio de proporcionalidad
- C. El Principio de publicidad, en particular la consideración de la “inaudita parte”.

1.3.5. Clasificación de las medidas cautelares.

- 1.3.5.1. Suspensión de la eficacia del acto
 - 1.3.5.2. Suspensión de la eficacia de la norma o disposición administrativa
 - 1.3.5.3. Suspensión de la eficacia de una relación jurídica
 - 1.3.5.4. Cesación temporal de las potestades privadas
- 1.3. El Procedimiento de las medidas cautelares administrativas**
- 1.3.2. Lineamientos del “proceso cautelar”
 - 1.3.3. Requisitos del procedimiento
-

DESARROLLO

1.3.4. Principios que orientan las medidas cautelares en procedimiento administrativo.

Es innegable la estructuración, desarrollo y función integral que los principios generales del Derecho cumplen y han cumplido a lo largo de la evolución de las figuras e instituciones jurídicas en general, y en particular al fortalecimiento de todo el ordenamiento jurídico, soporte primero de un Estado formal de Derecho.

Para hacer el estudio de los principios que orientan las medidas cautelares en el procedimiento administrativo debemos partir de la legislación ius-civilista, porque es la que más a profundizado sobre el tema.

Ciertamente, el Título preliminar del Código Civil Español ^[55], recoge la importancia que los principios del derecho en general tienen en el ámbito de las fuentes del derecho (junto al ordenamiento jurídico español : La Constitución, Ley, los decretos-leyes y los actos y disposiciones administrativas; la costumbre, doctrina y jurisprudencia) y en particular en su capital incidencia en las medidas cautelares.

Bien es cierto, que la aplicación subsidiaria de los llamados principios generales del derechos deviene en defecto de la Ley o de la misma costumbre, cuando una y otra han dejado de explicarse por su propia esencia y funciones en el ámbito del ordenamiento jurídico, pero no es menos cierto, que la inobservancia en la aplicabilidad de aquellos principios constituiría una figura, instituto o sistema jurídico como el de las medidas cautelares en un reducto de orfandad en la verdadera función integradora y hermenéutica del derecho, hoy por hoy, imperdonable e inadmisibles en la teoría general de las fuentes del derecho, tal como lo hemos precisado en otro trabajo nuestro, previsto en esta página WEB.

Por tanto, el Procedimiento Administrativo como el sistema de medidas cautelares, no puede ser ajeno a éstas argumentaciones sobre los principios del derecho y así lo cree fundamente la LRJAP y PC, al incardinar toda actuación administrativa a los principios generales del derecho (como la economía, la celeridad y eficacia en la gestión administrativa, la aplicabilidad del criterio interpretativo para resolver las cuestiones planteadas, la normalización y racionalización en las labores o actividades administrativas). Principios que orientan y guían toda actividad, gestión, función o procedimiento de carácter administrativo y dentro de éste al sistema cautelar.

En cuanto al sistema de medidas cautelares en el procedimiento administrativo, se aplicarán

estos principios generales del derecho aceptados por el ordenamiento jurídico español, pero además se prevén otros de carácter específico, previstos en la propia Constitución y normas jurídicas especiales. En efecto, los elementales principios de legalidad e igualdad constituyen la base del ordenamiento ius-administrativista, y por tanto los más ligados a las funciones de toda actividad administrativa con repercusiones indudables a los particulares o administrados.

De otra parte, consideramos que si las actividades administrativas se desarrolle de conformidad con las pautas de economía, celeridad y eficacia, esto no es más que la constatación del principio de la llamada “Administración eficiente”, racionalizada y normalizada. Si bien estos principios son consecuenciales de los de igualdad y legalidad antes previstos, no se debe descartar su capital importancia en el juego de principios orientadores de la gestión administrativa, pues cumplen una función informadora en el ordenamiento jurídico ius-administrativo ^[56], y en particular en la iniciación, instrucción, desarrollo y terminación del procedimiento administrativo. Principios cuya sistematización y estudio han sido concienzudamente tocados por el profesor andaluz GONZALEZ NAVARRO ^[57], en sus diferentes obras sobre el tema, al cual remitimos.

La aplicabilidad de dichos principios previstos para el procedimiento administrativo, al sistema de medidas cautelares es incuestionable, pues hemos sostenido que las cautelas son efectos contingentes o posibles de la iniciación del procedimiento administrativo y como tal son parte integrante de aquel ^[58]. Si eso es así, no cabe duda que estos principios generales del derecho, tanto previstos en la Constitución como en el resto del ordenamiento jurídico son de ineludible aplicabilidad.

Unos y otros cumplen funciones integradoras e interpretativas del derecho y desempeñan un papel decisivo y cualificador en favor de una mejor relación entre la administración pública del Estado y los administrados.

Una relación no taxativa de estos principios es la siguiente:

A. El Principio de legalidad.

Todo supuesto de medida cautelar en el procedimiento administrativo tiene que estar previsto en el ordenamiento jurídico vigente para que se considere conforme a éste. La cautela administrativa esta tipificada en el ordenamiento jurídico.

En el caso, por ejemplo, de la suspensión del otorgamiento de las licencias urbanísticas en derecho administrativo español, se tiene que con la adopción de esta cautela administrativa se limita, restringe o generalmente suspende el ejercicio pleno de las “Licencias Urbanísticas”, las cuales persiguen habilitar al peticionario de las mismas para ejercer el llamado “*ius-aedificandi*”. De no existir la adopción legalizada de la cautela suspensoria por parte de los órganos urbanísticos de la administración competente, la propiedad o el dominio, como derecho constitucional se vería seriamente vulnerado, como también se estaría erigiendo como regla general la arbitrariedad e ilegalidad de la adopción de medidas cautelares que no tienen respaldo en el ordenamiento jurídico, por parte de la administración pública del Estado.

Así mismo, 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 al 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 de equilibrio que debe existir en todo ordenamiento jurídico ^[59].

Por ello, el artículo 72 de la LRJAP y PC, al prever los supuestos en que se podrá adoptar las medidas cautelares, mientras éstas no causen perjuicios irreparables a los particulares ni menos impliquen la violación de derechos subjetivos establece un campo permisivo y

prohibitivo para adoptar cautelas en un ámbito de previsión legal. Toda cautela que rebase esos límites y elementos definidores de las medidas cautelares que los subsumen se reputan ilegales y como tal recurribles por vía administrativa o jurisdiccional, según fuere el caso y circunstancias.

El principio de legalidad de las medidas cautelares atempera la facultad discrecionalidad de adopción de las cautelas que tiene el órgano competente al iniciarse un procedimiento administrativo, porque le antepone la tipificación de la medida cautelar para que pueda ser adoptada. El órgano competente no puede discrecionalmente crear medidas cautelares, vale decir, no puede adoptar cautelas que previamente no estén previstas el ordenamiento jurídico.

B. El Principio de Proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad de las medidas cautelares surge cuando el órgano administrativo competente en la adopción de las mismas debe so penar el criterio de la finalidad que persigue la medida y la proporción con respecto a la cual se establece aquella. No sólo se observa que la medida sea típica, legal, sino que sea proporcional con el fin y los metas que pretende conseguir con su adopción.

Cuando el órgano administrativo competente para adoptar las medidas cautelares, "estima" que medidas son oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al procedimiento, está evaluando no sólo la conveniencia y mérito de la aplicabilidad de la cautela, sino la proporcionalidad entre el fin y las metas a alcanzar. Precisamente por ello se ha sostenido que la capacidad estimatoria del órgano adoptante de una cautela previamente fijada en el ordenamiento jurídico, en su momento y oportunidad adecuados devienen de la potestad discrecional que le asiste como tal

Por ello,

"Si se adopta una medida cautelar no para asegurar la eficacia de una resolución, sino para un fin distinto, estaremos ante un caso de desviación de poder, y si se acepta una medida que exceda con mucho la finalidad cautelar, estaremos ante una infracción del ordenamiento jurídico" ^[60].

Si el artículo 72, no insistiera en su texto, que las medidas denominadas provisionales sólo podrán adoptarse cuando existieren "los elementos de juicio suficientes", se pensaría que la capacidad estimatoria y de oportunidad devenidas de la potestad discrecional, tienen salvoconducto en el plano jurídico-administrativo; pero afortunadamente se cuenta con rasgos de proporcionalidad no sólo en la adopción de las medidas en el efecto y fines que con ellas se persigue, sino en el de materia en concreto al cual deben aplicarse, según la naturaleza del procedimiento administrativo en donde las cautelas tienen vigencia v.gr., En un procedimiento administrativo disciplinario de un funcionario del Estado, la medida típica, legal y proporcional es la de "suspensión de sueldo y empleo" y no ninguna otra.

C. Principio de Publicidad, en particular la no consideración de la "inaudita parte" en el ámbito jurídico administrativo en sede administrativa.

Este principio multifacético en el procedimiento administrativo se patentiza desde el punto de vista del interesado, o mejor tiene total relevancia cuando son los interesados o posibles interesados en una actividad administrativa encausada en procedimiento quienes se benefician o no de su observancia.

En el campo jurídico-administrativo se encuentran varias manifestaciones de este principio, a saber: a) El Derecho de información; b) El Derecho de audiencia; c) El Derecho de notificación; d) El llamamiento en causa de los posibles interesados.

El principio de publicidad se patentiza en la LRJAP y PC, cuando se refiere expresamente al

trámite de audiencia de los interesados y a las actividades que tanto el órgano competente de la iniciación del procedimiento como los propios interesados deben adelantar para cumplir con su función procesal y conocer lícita, abierta y públicamente los trámites, diligencias y posturas que cada una de las partes tiene en el procedimiento. Por ello, se dice que una vez se ha instruido el procedimiento administrativo, e inmediatamente antes de redactarse la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados para que, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, aleguen y presenten los documentos y justificaciones que estimen oportunas. Todo ello, so pena de nulidad de las actuaciones^[61], si se llegare a incumplir dicha audiencia.

La importancia capital de la audiencia de los interesados se prevé con carácter general en el procedimiento administrativo; constituye como antes se vio, en uno de los elementos definidores de las medidas cautelares, salvo taxativas excepciones debida y razonadamente fundadas por órgano administrativo que prescinda de su aplicabilidad.

De otra parte, se tiene que la llamada "inaudita parte" en el sistema de medidas cautelares arbitrado en el procedimiento civil, se constituye en uno de los medios más eficaces para lograr el fin de las medidas cautelares por parte del órgano jurisdiccional.

La "inaudita parte" se concreta inicialmente en la capacidad que tiene el juez para decretar las medidas cautelares a favor del peticionario (el demandante), sin que la otra parte (la demanda) tenga conocimiento o tenga alguno de tal proceder. Sólo tras la ejecución de la medida y una vez cumplido el propósito principal de efectividad --que es de la esencia de la medida--, surge para el demandado el derecho de defensa en una cualquiera de sus manifestaciones y oportunidad legales. Sin embargo esta actuación del juez no es en manera alguna una forma de proceder con reservas o secretos frente a quien se va a aplicar una medida cautelar; tal actuación se avala en la inaudita parte para garantizar a plenitud la ejecutoria de la medida como su efectividad, libre de óbices que desvirtuarán la esencia y sorpresa de la cautela.

En el Derecho Administrativo, y en particular en las medidas cautelares que se adoptan en el procedimiento, la regla general es diametralmente opuesta a la doctrina procesal civilista, que considera de la esencia a la inaudita parte para una dar mayor eficacia y garantía a la medida cautelar, porque la naturaleza jurídica del procedimiento jurisdiccional se caracteriza por la existencia de partes (demandante y demandado) y funcionario jurisdiccional (el juez).

Bien es cierto como dice GONZALEZ PEREZ^[62], que a tenor del artículo 72 de la LRJAP y PC., la intervención de los interesados no es requisito de la esencia en la adopción de las medidas cautelares, y por ende su audiencia, según los predicamentos del procedimiento jurisdiccional. Sin embargo, en el procedimiento administrativo español, se debe tener en cuenta las diferencias de la naturaleza jurídica del proceso, como la intervención y composición del mismo proceso, pues éste no contempla de la esencia la existencia de la triangularidad de las partes y el juez propios del proceso jurisdiccional.

Además y por lo antes expresado en el apartado de los elementos definidores, en concreto sobre la audiencia de los interesados, decíamos que tal trámite no debe ser simplemente una opción prudencial, ni un requisito contingente de las medidas como lo sostiene el autor citado, sino que debe destacar y precaverse los efectos que produciría la adopción de una medida cautelar que pudiera causar perjuicios irreparables o violar los derechos subjetivos de los interesados. Y, en tal virtud, la regla general respecto de las cautelas administrativas es la audiencia de los interesados y la excepción o prescindencia de la misma sólo se da por motivos de urgencia debidamente motivada al órgano competente.

La audiencia de los interesados en el procedimiento administrativo, según la LRJAP y PC., es de aplicabilidad general, por lo que siempre debe aplicarse, en tanto expresamente se prohíba por una norma específica en donde el Estatuto General del Procedimiento Administrativo

Español constituye la norma jurídica subsidiaria. Todo ello, descarta cualquier actividad administrativa calificada de secreta o reservada, que pudiere observar el órgano competente al adoptar un medida cautelar. Obviamente con criterios diferentes a los que se manejan en el ámbito jurisdiccional donde impera la llamada triangularidad del procedimiento (Las partes: el demandante y el demandado; y el juez que decreta y aplica de la cautela)

1.3.5. Clasificación de las medidas cautelares.

Para abordar en el tema, recordemos algunas precisiones con fines didácticos y de sistematización de la clasificación de las medidas cautelares en el ámbito administrativo.

Hemos sostenido al hablar del Derecho garantizador que el término proceso no es un instituto monopolizado por la función jurisdiccional exclusivamente sino que pertenece a la órbita de la teoría general del derecho ^[63], y que por tanto, es aplicable a todas las áreas del derecho y el ámbito o función administrativa.

En el derecho administrativo, se habla entonces de los procesos de facilitación y dentro de ellos una categoría destinada a los procesos de facilitación de los efectos, cuya manifestación más clara es el denominado proceso cautelar ^[64].

Por su parte, la naturaleza jurídica de las medidas cautelares en el procedimiento administrativo es ecléctica, porque participa de las doctrinas ius-civilistas que consideran un tertium genus al proceso cautelar con su estructuración independiente, pero sometida a una finalidad primordial: el aseguramiento eficaz de una resolución aún no dictada aún en el procedimiento del cual pende. Esto que es en últimas el fin de los procesos de facilitación de los efectos de la doctrina ius-civilista, es perfectamente aplicable al ámbito de las medidas cautelares administrativas, tal y como se plantean en el artículo 72 de la LRJAP y PC., pues tanto en materia civil como administrativa, las providencias provisionales dirigidas a los procesos de facilitación de los efectos constituyen en palabras de CALAMANDREI ^[65], el tercer grupo clasificatorio de aquellas donde su manifestación palmaria son las medidas cautelares.

Determinado el grupo donde se ubican las medidas cautelares administrativas en el campo procesal civilista, es de destacar que la remisión doctrinal a éstos temas es de reciente importación en la doctrina ius-administrativista como acertadamente lo apunta GONZALEZ NAVARRO ^[66].

Los grupos clasificatorios de las medidas cautelares que orbitan en el procedimiento administrativo, que a continuación los sistematizamos no son en manera alguna taxativos, sino simplemente enunciativos, pretenden por tanto ser un campo de re investigación y catalogación sistematizada de otros supuestos de cautela dentro de los grupos que proponemos: a) La suspensión de la eficacia del acto administrativo, b) La suspensión de la eficacia de las disposiciones administrativas, c) La suspensión de las relaciones jurídicas, y ,d) La cesación temporal de una potestad jurídica. Veámoslos:

1.3.5.1. Suspensión de la eficacia del acto administrativo

La suspensión de la eficacia o de los efectos del acto administrativo es quizá el más usual, extenso y prototípico dentro de los grupos clasificatorios de las medidas cautelares, y con sobradas razones el grupo más conocido en el derecho administrativo universal. La única diferencia que se encuentra entre los diferentes ordenamientos jurídicos del mundo es que la medida cautelar en unos opera tanto en vía o sede administrativa como en vía jurisdiccional; tal es el caso del derecho hispano; o en otros, como el caso colombiano, la medida suspensoria de los efectos del acto, no opera en vía administrativa (mal llamada "gubernativa", pues no sólo el "Gobierno" puede producir actos administrativos, sino una cualquiera de las tres ramas del poder: artículo 1, 82 y 83 del Código Contencioso-

Administrativo --C.C.A--), por prohibición constitucional (artículo 238, constitucional), sino en vía jurisdiccional, en proceso judicial (en acción de nulidad o, “acción resarcitoria” –nulidad y restablecimiento del derecho--, artículos 84 y 85 del C.C.A.) ante los Jueces administrativos (creados por la Ley Estatutaria de la Justicia, L.270/96), los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado.

En el derecho ibérico, a diferencia del derecho administrativo colombiano, debe distinguirse entre acto administrativo, propiamente dicho y las llamadas “disposiciones administrativas”, pues se deduce que los actos administrativos sólo son los que crean, modifican o extinguen una situación jurídica concreta, particular o personal, vale decir, actos administrativos subjetivos. En cambio, las disposiciones administrativas, no son actos administrativos generales, como si los son en Colombia. En el derecho administrativo colombiano, estas “disposiciones administrativas”, son actos administrativos objetivos, creadores de situaciones jurídicas generales, impersonales o abstractas.

En el derecho hispano, a efectos del derecho administrativo, las disposiciones administrativas no se consideran actos administrativos generales, sino actos jurídicos normativos o reglamentarios, pese a que tanto los actos administrativos como las llamadas disposiciones administrativas sea posible aplicárseles figuras jurídico-administrativas como la “suspensión de la eficacia”, bien se trate de los actos o las disposiciones administrativas, tanto en vía administrativa como en vía judicial. Por ello, en este aparte nos referiremos a las suspensión de la eficacia del acto únicamente y en el siguiente a la suspensión de la eficacia del acto normativo o reglamentario (la norma o disposición administrativa).

El acto administrativo presupone la existencia de una actividad por parte de la administración en concreción, aunque ciertamente no la única forma de hacerlo, pues existen otras actividades o actuaciones administrativas que no son actos pero si generan, crean o extinguen situaciones jurídicas (hechos, operaciones, vías de hecho, omisiones o abstenciones, etc). Sin embargo, sólo esta actuación administrativa (el acto) es susceptible de ser suspendidos los efectos jurídicos o la eficacia (ser oponible a todas las personas, erga omnes, generar o extinguir derechos y regir y producir efectos desde su notificación), tanto por los funcionarios administrativos que lo profirieron (vía administrativa o de “*self-control*”,), como los funcionarios judiciales que actúa como revisores de la actividad administrativa con base en una función de control jurisdiccional extra-administrativo (o de *out-control*, como dirían los anglosajones)

Sin embargo, la actuación administrativa que bien crea cargas, obligaciones o bien otorga beneficios y derechos a los particulares o administrados, caracterizada por incorporar declaraciones unilaterales, no normativas y sometidas al Derecho Administrativo ^[67], es lo que generalmente se concreta en actos administrativos. Esto supone analizar el acto administrativo como una unidad dentro del grupo de clasificación de la figura jurídico-administrativo de la suspensión de la eficacia del acto, según se dirija a uno u otro de los extremo planteados y que la doctrina ius-administrativista ^[68], ha desglosado según los diversos puntos de referencia, tales como: a) según los sujetos de los que emana la concreción administrativa, b) según, los sujetos que aparecen como destinatarios de los mismos, c) según los efectos que estos producen a los particulares, d) según la impugnabilidad o no del acto; entre otros varios supuestos.

Igualmente, se debe tener en cuenta en el derecho administrativo ibérico que la medida cautelar suspensoria, también tiene su incidencia no sólo conceptual sino desde el punto de vista de los requisitos de forma y de fondo para adoptarla en los diferentes procedimientos y vías (administrativa o judicial), según sea la clase o el tipo de acto administrativo al cual se vaya a aplicar la medida cautelar, tal como lo ha ido develando el transcurso evolutivo del Derecho Administrativo Español. En efecto, se habla de medidas cautelares suspensoria de los efectos del acto administrativo nulo de pleno derecho, como también la de los actos declarativos de derecho que al ser revocables por infringir manifiestamente la ley. De igual

manera, admiten la cautela de suspensión, los llamados actos limitativos de derechos y, en forma más concreta la suspensión de actos favorables o la de las autorizaciones dentro de los que se encuentran las licencias urbanísticas (la suspensión de la eficacia de la licencia, para distinguirla de la suspensión del otorgamiento de la licencia urbanística como otro supuesto de medida cautelar administrativa ^[69]).

Por tanto, la medida cautelar suspensoria del acto administrativo es una medida cautelar que suspende temporalmente los efectos jurídicos del acto en tanto sea adoptada por el funcionario administrativo o por el funcionario judicial en las respectivas vías. La suspensión de la eficacia del acto, según el sistema jurídico que la acoja, podrá adoptarse en vía administrativa desde la iniciación del procedimiento ídem por el órgano o funcionario competente (sólo en derecho ibérico), o podrá adoptarse en vía jurisdiccional en el auto admisorio de la demanda por el juez o tribunal administrativo competente (por regla general el Magistrado Ponente) cuando ha sido solicitada por el demandante en el *libello demandatorio* tras el ejercicio de una acción contencioso-administrativa (de nulidad o resarcitoria), en el caso del derecho administrativo ibérico, colombiano y alemán.

1.3.5.2. La suspensión de la eficacia de la norma o disposición administrativa.

Hemos dicho anteriormente, que las disposiciones administrativas como especie del género de los actos administrativos, en el derecho ibérico conceptual como institucionalmente no se consideran actos administrativos, sino actos jurídicos normativos o reglamentos, y por tanto, aunque esta distinción en el derecho colombiano no rige, sí debe enfatizarse en el derecho ibérico, tal como aquí lo hacemos.

Por esta razón, en este grupo clasificatorio de medidas cautelares englobamos una serie de supuestos que se endilgan rectamente a dejar temporalmente sin eficacia las denominadas disposiciones administrativas (o reglamentos).

Sin embargo, en cuanto a los lineamientos generales de la medida cautelar suspensoria del acto administrativo (tales como el órgano competente para adoptarla, los efectos jurídicos y materiales de la misma, la estructuración, oportunidad y mérito para adoptarla, entre otros) son de plena aplicabilidad a la suspensión de las disposiciones administrativas por identidad de materia o sustancia. En este caso, la distinción es simplemente nominativa entre acto y disposición administrativa, con algunas matizaciones que veremos a continuación.

El tratadista español ENTRENA CUESTA ^[70], al tratar la figura de la suspensión de la eficacia de las disposiciones administrativas hace previamente una aproximación sistematizada y clasificatoria de los reglamentos administrativos orientada así: a) En base a criterios subjetivos, b) A criterios referidos a los emisores y destinatarios de la disposición, c) A criterios dirigidos a la relación existente entre las disposiciones y la propia Ley; y, d) finalmente, en razón del contenido de las disposiciones. Esta clasificación previa quizá obedezca a estudiar la figura jurídico-administrativa más desde la óptica académica o doctrinal que desde la visión jurídico-práctica del derecho, pues la cautela de suspensión es una sola con sus efectos jurídicos temporales delimitados en el tiempo y en el espacio ius-administrativo, no importando en principio, a qué clase de disposición administrativa se aplique. Otra cosa diferente es que según el tipo o clase de disposición, podrán deducirse diferentes efectos con relación a dicha norma en concreto, pero no en relación a los efectos jurídicos de la cautela misma que siempre serán los mismos para toda disposición.

Esto es tan evidente que si bien no debemos olvidar la clasificación de la disposición administrativa de que se trate (ya sea de “rango superior” o de “rango inferior” administrativo, según el órgano o autoridad administrativa), tampoco debe desconocerse que la medida cautelar suspensoria es aplicable a todas las disposiciones administrativas, siempre que se hayan cuestionado en un procedimiento administrativo de nulidad y sea solicitadas por el interesado o decretas ex officio por la autoridad competente para conocer y resolver un

procedimiento de esta naturaleza.

En Colombia, los actos administrativos generales (las disposiciones administrativas del derecho ibérico), en cuanto a la solicitud, decreto, aplicación, efectos jurídicos y materiales, así como los fines de la medida cautelar de suspensión de los efectos jurídicos del acto, sólo en vía jurisdiccional (artículos 4 y 238, constitucionales), siguen los mismos pasos y planteamientos que la suspensión de los actos subjetivos o individuales. Quizá las diferencias puntuales que existen actualmente entre la cautela suspensoria de los efectos del acto sea la acción contencioso-administrativa que se utiliza para solicitarla: Cuando se trata de acto objetivo, la acción pertinente será la acción de nulidad; en cambio, cuando el acto es subjetivo, podrá ser mediante la acción de nulidad como la acción resarcitoria (nulidad y restablecimiento del derecho). Igualmente difiere en el carácter evaluativo que debe hacer el funcionario judicial al momento de adoptarla en el auto admisorio de la demanda: Cuando el acto es objetivo, el funcionario cumple su labor, comparando el acto demandado, supuestamente violatorio o transgresor, con el ordenamiento jurídico vigente (Constitución, Leyes, Decreto-leyes o actos administrativos nacionales, seccionales o locales), es una actividad intelectual o silogística de comparación entre norma jurídica demandada, violatoria del ordenamiento jurídico, el ordenamiento jurídico paradigma de comparación con la norma violada y la conclusión del trabajo comparativo: violación o no del ordenamiento jurídico. En cambio, cuando se trata de actos subjetivos o individuales, la tarea judicial e intelectual es aún más compleja, pues además de la actividad silogística del juez individual o colegiado, se impone que analice si el acto demandado produce perjuicios irreparables de los cuales se deviene daños materiales o morales al peticionario-demandante que deben ser indemnizados mediante protección o tutela judicial. Esta tarea adicional del juez es determinante para adoptar la medida cautelar suspensoria, a fin de precaver daños subsiguientes a los inicialmente causados por la expedición de un acto administrativo subjetivo transgresor del ordenamiento jurídico vigente. Es una condición *sine qua nom* para la adopción de la cautela suspensoria que se pruebe que el acto demandado produjo, está produciendo o puede producir daños y perjuicios al peticionario-demandante [\[70 A\]](#).

1.3.5.3. La Suspensión de la eficacia de una relación jurídica.

Nos referimos con este supuesto de medida cautelar a aquellos eventos jurídicos en los cuales se suspende una acción, función o status funcional de un empleado público del Estado. Esto suele suceder, por regla general, tras la iniciación de un procedimiento administrativo disciplinario [\[70B\]](#) o de responsabilidad fiscal o financiera adelantado por órganos administrativos competentes. En Colombia, los procedimientos administrativos disciplinario y fiscal, los inicia, desarrolla y terminan los denominados por la Constitución de 1991, como "Órganos de Control", es decir, la Procuraduría General de la Nación (compuesta además por Procuradores delegados y los personeros municipales) y por la Contraloría General de la República (compuesta además por Contralores Seccionales y locales), respectivamente.

En España, uno de los supuestos más relevantes dentro de éste grupo clasificatorio de medidas cautelares, es el de la suspensión de empleo y sueldo previsto en la Ley de funcionarios civiles del Estado [\[71\]](#). Si los funcionarios públicos, a tenor del artículo 1o. de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (LFCE), que están al servicio de la administración son personas incorporadas a esta estructura pública por una relación de servicios profesionales y retributivos, regulados por el Derecho administrativo, es indudable que cuando se es funcionario de la administración civil del Estado, se encuentra en una de las denominadas situaciones del artículo 40 de la mencionada ley, en concreto, en la condición de suspensión de funciones. La relación jurídica de servicios profesionales y retributiva del funcionario en estos casos se ve suspendida temporalmente mientras la medida permanezca vigente.

El preámbulo del Decreto 2088/1969, de 16 de agosto aprobatorio del Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, prevé que la

relación de los funcionarios públicos con la administración ha estado siempre determinada por el cumplimiento de los deberes de lealtad, fidelidad y obediencia y por el principio de responsabilidad. Cuando dicha relación genérica entre los funcionarios públicos y la Administración se ve truncada surge un movimiento jurídico contra reactivo que trata de equilibrar el resquebrajamiento y que generalmente se concreta en el inicio, desarrollo y terminación de un procedimiento administrativo disciplinario dentro del cual se toman medidas provisionales o cautelares mientras se produce la resolución definitiva. Una de esas medidas cautelares, puede ser la suspensión de sueldo y empleo del funcionario expedientado.

La medida cautelar de suspensión de funciones y derechos ajenos a la condición de funcionario expedientado disciplinariamente, se arbitra en el procedimiento sancionador disciplinario español que tantos comentarios doctrinales y pronunciamientos judiciales en vía de revisión jurisdiccional (out-control) ha promovido, al punto que ha generado no sólo una nueva subdivisión del derecho administrativo: el derecho administrativo disciplinario, sino que ha producido una normatividad especializada por parte del legislador hispano que se cuenta en igual número de entidades públicas adscritas al Estado, el número de reglamentaciones disciplinarias asignadas a cada departamento, sección o unidad administrativa. Hay tantos procedimientos disciplinarios como entidades o subdivisiones de la misma actualmente existentes.

En Colombia, pese a que se ha dicho que la suspensión de los efectos del acto administrativo sólo es susceptible de aplicación en vía jurisdiccional, por disposición expresa del artículo 238, constitucional, la verdad es que existen claras y expresas excepciones en que la medida suspensoria se aplica en vía o sede administrativa. Una, es la medida cautelar de suspensión del empleo y sueldo que aplica la Procuraduría General de la República y las dependencias orgánica o jerárquicamente adscritas a esta en los procedimientos administrativos disciplinarios iniciados (a instancia de parte, ex officio o por queja, denuncia o anónimos), desarrollados y terminados (con acto administrativo sancionatorio o de gravamen de destitución, suspensión, multa, anotación en hoja de vida o amonestación), según el Código Disciplinario Colombiano (mal llamado "único", porque existe otros estatutos disciplinarios especiales, aún vigentes v.gr. el de las fuerzas armadas, policía, etc., y otras normas disciplinarias que se aplican a todos los funcionarios del Estado v.gr. La Ley 190 de 1995, conocido con Estatuto Anticorrupción) o Ley 200 de 1995, julio 28.

La otra excepción, es la que adelanta el Contralor (Nacional, Seccional o Local) en los procedimientos administrativos de responsabilidad fiscal a los funcionarios del Estado, según el ámbito territorial y funcional de competencia al cual estén estos adscritos o de personas que dependan de su función controladora (nos referimos a la personas particulares que cumplen una función pública, artículo 1 del C.C.A., y tengan funciones de control, manejo, gestión o dirección de bienes, actos y servicios del Estado), según el artículo 268 y siguientes constitucionales y las normas vigentes sobre la materia (la última de ellas, la Ley 610 de 2000, reglamentario del procedimiento administrativo de responsabilidad fiscal).

Sin embargo, en una y otra excepción previstas en el ordenamiento jurídico colombiano, bien se puede decir, que la suspensión como medida cautelar se aplica no al acto administrativo cuestionado, porque caeríamos en el primer grupo clasificatorio de las medidas cautelares (suspensión del acto administrativo), sino que estas excepciones se plantean con miras a la suspensión de la relación jurídica, sobre todo de tipo funcional que adquiere el funcionario estatal o persona con funciones públicas que por excepción se le aplica las normas del funcionario estatal, es decir, la relación jurídica laboral adquirida por vínculo estatutario o reglamentario o por vínculo contractual.

1.3.5.4. La Cesación temporal de las potestades privadas.

Cuando se aborda el tema de las situaciones jurídicas subjetivas del administrado dentro de las relaciones jurídico-administrativas típicas, se tiene que evaluar e incardinar las posiciones

de los dos sujetos característicos que inciden dentro de aquellas para comprender hasta que punto la intervención administrativa puede manifestarse sobre la esfera jurídica de los particulares. En dichas relaciones aparecerán por tanto, la administración y los administrados. La primera, incidiendo en esfera jurídica particular patentizada en el ordenamiento por una cualquiera de las formas más rectamente dirigidas a la intervención: Los Reglamentos, los Actos administrativos, Los contratos y las llamadas “coacciones”. Los segundos, es decir, los administrados soportando aquella intervención o relación en un doble plano en tanto se halla como destinatario de situaciones jurídicas pasivas, o incluso en las que es titular de situaciones jurídicas activas frente a la administración ^[72].

Dentro de las situaciones jurídicas de carácter activo se encuentran, las siguientes: Las potestades y los derechos subjetivos y los intereses legítimos. Estas figuras jurídicas subjetivas tienen relevancia a la hora de enfrentarlas a la intervención Administrativa en un plano genérico en sus variadas manifestaciones. A pesar de que en la doctrina se habla de una identificación fácil de estas situaciones debemos advertir que el administrativo ostenta determinadas y determinables potestades que tradicionalmente se han categorizado como de Derechos subjetivos, sin serlos.

En el derecho administrativo hispano existe claros ejemplos de este grupo de medidas cautelares que afectan a las denominadas potestades de carácter activo como manifestaciones de una relación jurídica concreta. Podemos citar las siguientes: a) El embargo de bienes del deudor estatal en un procedimiento administrativo financiero o de apremio sobre el patrimonio; y b) La suspensión de potestades y de disposición patrimonial de bienes v.gr. suspensión del otorgamiento de licencias urbanísticas en el procedimiento administrativo urbanístico; suspensión de la disposición de bienes declarados inexportables por la ley de patrimonio eximio; la cesación de la capacidad para contratar a una persona en el procedimiento y selección del contratista; y finalmente, la fianza como medida cautelar en el ordenamiento jurídico español.

La Administración Financiera Española, a través de los órganos competentes (Los Recaudadores de Hacienda, que generalmente encabezan dicha titularidad), dentro del procedimiento administrativo financiero decreta como medida cautelar el embargo de bienes de los deudores tributarios que han impagado voluntariamente sus créditos. Esta medida cautelar, que afecta la esfera jurídica patrimonial de los particulares-deudores del estado, se impone, previos los trámites administrativos ineludibles y la extensión por parte de los servicios correspondientes de las llamadas “certificaciones de descubierto acreditativas de la deuda”, cuyo “título tributario” o ejecutivo (obligación clara, expresa y actualmente exigible) se hace valer dentro del procedimiento denominado de apremio sobre el patrimonio.

La medida cautelar de suspensión del otorgamiento de licencias urbanísticas, implica la cesación temporal del “ius aedificandi”. Igualmente, la cesación temporal de la capacidad dispositiva de bienes en vías o ya declarados de interés cultural mediante la medida cautelar de inexportabilidad de bienes protegidos por la Ley del Patrimonio Histórico Español en el procedimiento administrativo declarativo de bienes eximios; así como, la cesación temporal de la capacidad plena de contratar con la Administración, previos los trámites legales y procedimientos administrativos respectivos y el afianzamiento antes de concurrir a un procedimiento de selección del contratista. Finalmente, La fianza mediante aval como medida cautelar administrativa .

En el Derecho administrativo colombiano, estas eventualidades tienen una explicación matizada: a) El embargo de bienes en procedimientos administrativos de responsabilidad tributaria puede ser decretado en vía administrativa, por el Departamento de Impuestos Nacionales, Seccionales y Unidades administrativas especiales, al igual que en el derecho ibérico. Pero también cabe la posibilidad de decretarse igual medida cautelar en los procedimientos judiciales; b) La medida cautelar suspensoria de otorgamiento de licencias urbanísticas, se adopta y aplica por parte de las entidades municipales (Planeación Municipal,

Curaduría Urbana) encargadas para tramitar procedimientos administrativos urbanísticos, concesión, extinción o modificación de licencias o “permisos” urbanísticos de construcción, reconstrucción, arreglo o modificación de bienes urbanos, suburbanos o rurales, según fuere el caso; c) La medida cautelar de cesación para contratar no existe en el derecho colombiano, salvo si se trata de una persona incurso en el régimen de inhabilidades o incompatibilidades como funcionario estatal o persona apta para contratar, esta se halla imposibilitada o impedida para contratar con el Estado (Nación, Distrito, Municipio o comunidades indígenas que son “entidades territoriales”, --artículo 286, constitucional-- aptas para contratar; d) La fianza como aval en el derecho colombiano no se considera una medida cautelar.

1.1. El Procedimiento de las medidas cautelares Administrativas.

El procedimiento administrativo español está clara y expresamente delimitado en la LRJAP y PC, en cuanto a las etapas que lo constituyen, es decir, que todo procedimiento normalmente debe transcurrir por las siguientes etapas: iniciación, instrucción, desarrollo y terminación. Sobre este último punto, los procedimientos administrativos pueden terminar anormalmente por decisión anticipada, por renuncia, desistimiento o por declaratoria de caducidad. Así mismo, en el procedimiento administrativo además de las etapas normales existen otras anormales, contingentes o posibles: una de estas etapas contingentes se origina cuando se solicitan, decretan y aplican medidas cautelares en dicho procedimiento.

Ahora bien, debemos distinguir el iter o proceso que debe seguirse para la iniciación hasta su terminación del procedimiento administrativo del iter o proceso que se debe adelantar para la solicitud, decreto, aplicación, desarrollo y terminación de las medidas cautelares en el procedimiento administrativo respectivo. Es decir, que uno es el procedimiento administrativo principal del cual pende una medida cautelar, y otro pero supeditado a éste, es el proceso cautelar que determina el nacimiento y eventualidad de la cautela (como se recordará esta visión determina una naturaleza jurídica ecléctica de la medida cautelar que sin desconocer la autonomía de la figura cautelar, se concluye que esta sirve a unos propósitos asegurativos de la resolución aún no dictada en un procedimiento administrativo).

En tal virtud, en el actual ordenamiento jurídico-administrativo español no existe un proceso cautelar uniforme que marque las pautas a seguir frente a la petición, acuerdo, adopción y posterior desarrollo de las mismas hasta llegar a su terminación. Lo que sí está verdaderamente claro es el momento que habilita al órgano administrativo competente para adoptar las medidas y cuándo éstas se extinguen por la terminación del procedimiento administrativo principal al cual se hallaban pendientes.

El artículo 72 de la LRJAP y PC, se limita a expresar que las medidas provisionales se podrán acordar una vez se haya iniciado el procedimiento correspondiente por parte del órgano competente para decidirlo que lo será también para incoarlo, aunque eventualmente uno y otro órgano sea distintos, pero en todo caso la generalidad de las veces ambos encarnan un mismo órgano, objetiva y titularmente considerado en el plano administrativo. En efecto, quien inicia un procedimiento administrativo es competente para resolverlo, por regla general.

Este punto de referencia hace que se denote el inicio efectivo en la *vitae iuris* de la medida, endilgada a una finalidad primordial como ya sabemos, la de asegurar la eficacia de una resolución, aun no dictada en el procedimiento administrativo en curso. Denota además que la cautela se podrá adoptar concomitante o subsiguientemente al inicio del procedimiento, o mejor del acto de incoación o la presentación de la petición del particular. Esto nos conduce finalmente a que la adopción de la cautela bien puede acaecer tanto de oficio por el órgano competente o bien a instancia del interesado. Desde éstas premisas iniciales se desprende las subsiguientes construcciones del procedimiento cautelar administrativo, que será sui generis en tanto comporte la adopción de una cautela especial igualmente y tendrán rasgos generales que se aplican a todos los supuestos de medidas cautelares que como tales se encuadren dentro de los elementos definidores de las medidas antes vistas.

En el Sistema de medidas cautelares procesal civilista de más amplia trayectoria legislativa, jurisprudencial y doctrinal, se reconoce abiertamente que no existe igualmente un procedimiento unitario de regulación en el derecho positivo que denote los cauces procesales a seguir frente a las medidas cautelares. Sin embargo existe una serie de reglas y parámetros generales que vienen a paliar los vacíos que en cada caso concreto y clase de medida cautelar deben observarse de no existir claridad suficiente. Este proceder es acorde con la naturaleza y abundante clasificación de las medidas cautelares en el plano procesal civilista, a tal punto que como dice el jus-civilista RAMOS MENDEZ ^[73], cualquier construcción doctrinal rígida sobre el procedimiento de medidas cautelares se ve desmentida al punto por el propio derecho positivo, o bien por las necesidades de la práctica impuestos de conformidad con la clase de medidas cautelares que se pretenda arbitrar como idónea en el respectivo proceso.

Un verdadero procedimiento cautelar ha de observar las características, principios, etapas y formas posibles de terminación generales que informan a todo proceso sui generis, como lo es el “cautelar”, y por supuesto, las eventualidades y especialidades procedimentales y normativas previstas para cada caso en particular, teniendo en cuenta que las primeras se aplicarán como subsidiarias de los lineamientos principales de las segundas o especiales.

En el derecho colombiano, estos planteamientos, recomendaciones y perspectivas normativas en vía administrativa del derecho español sobre el “proceso cautelar” son válidas y viables. Sin embargo, cuando se trata del proceso cautelar en vía jurisdiccional, si bien in genere pueden ser atendidas, se debe dejar en claro que nuestro derecho, por disposición del artículo 267 del C.C.A., cuando no exista norma expresa sobre un trámite, procedimiento o figura jurídico-procesal en dicho código se aplicará en su integridad el Código de Procedimiento Civil Colombiano –C.P.C.--. En este caso, todo lo atinente a las medidas cautelares en el procedimiento contencioso-administrativo, que no sea la medida de suspensión de la eficacia o los efectos del acto administrativo que se encuentra íntegramente regulado en el C.C.A. (artículos 152 a 159) y en el artículo 238, constitucional. En cambio, en las demás medidas cautelares que afectan el patrimonio de las personas, tales como el embargo y secuestro de bienes, el registro de la demanda que verse sobre bienes; entre muchos otros, se regirán íntegramente por el C.P.C. –artículos 690 y ss ^[74] --. Esta remisión legal al procedimiento cautelar previsto en una norma extra-administrativa ejemplifica la complejidad de la materia y la falta de unificación normativa en todo lo atinente a la medida cautelar como instituto jurídico sustancial y procesal en el derecho administrativo colombiano que impone un estudio especializado y separado del presente, aunque con las correlaciones puntuales que hemos hecho a lo largo de este ensayo jurídico.

Muy a pesar de lo anotado, procedemos doctrinalmente a hacer los siguientes planteamientos.

1.4.1. Los Lineamientos del Proceso cautelar.

Primer rasgo característico. La naturaleza jurídica del procedimiento administrativo se revela intensamente en el Derecho Garantizador al englobar un grupo de normas que tienen por destinatario predominante al Estado, pero que a su vez presupone la destinación a otros sujetos, como los particulares. Este primer rasgo característico de las normas del procedimiento administrativo en general han de evaluarse a la hora de afrontar las normas del proceso cautelar administrativo.

Sobre la desmonopolización del término proceso como instituto exclusivo de la función jurisdiccional, bastante se ha aludido del brazo de un amplio sector de la doctrina ^[75], que lo considera un instituto de la Teoría general del Derecho, y como tal adaptable a los fines que esta teoría presupone.

Segundo rasgo característico. El proceso cautelar proviene de la importación doctrinal de los denominados por el Derecho Procesal Civil, procesos de facilitación, que no son otros que aquellos cuyo denominador común se centra en la remoción de los óbices que latan a manera de obstáculos previsibles en contra de la plena eficacia del proceso principal al cual pretenden asegurar hasta sus últimas consecuencias, es decir hasta que se prefiera una resolución judicial definitiva.

Así los procesos de facilitación adquieren relevancia en tanto estas labores generales de remoción y aseguramiento eficaz se dirijan a proteger los efectos del proceso de fondo, tutelando y garantizando que en el futuro se dicte una resolución. Se habla entonces de los procesos de facilitación de los efectos caracterizados más concretamente como un proceso cautelar, de aseguramiento preventivo, y para diferenciarlos de los procesos de facilitación que afectan a los requisitos y al desarrollo del proceso principal ^[76]. Por ahora nos interesa enfatizar en los procesos de facilitación de la eficacia.

Esta transferencia doctrinaria que ha sido propuesta por GONZALEZ NAVARRO ^[77], se dirige con carácter unificador dentro de la dispersa legislación administrativa sobre las materias tratadas por la doctrina procesal civilista con relación a los procesos de facilitación en un ámbito que comprenda la finalidad última de viabilizar la preparación, el desarrollo o la eficacia de un procedimiento administrativo, no sin antes hacer dos precisiones: 1) Que la regla general de facilitación de un procedimiento administrativo radicada en un verdadero procedimiento pendiente, se ve excepcionada por los mecanismos legales de facilitación automática, v.gr. suspensión del otorgamiento de licencias de parcelación y edificación en "el expediente de re-parcelación arbitrada, artículo 98, núm. 2a. Ley del Suelo -LS- y, 2) Que al existir principios y normas incompletas sobre los procedimientos de facilitación en el campo administrativo, la construcción genérica (me refiero a las tres categorías de procesos de facilitación) como la construcción específica (me refiero a las que nos ocupa: el proceso cautelar) se dificulta.

Tercer rasgo característico. El artículo 72. de la LRJAP y PC, por deducción ubica a las "medidas provisionales" o cautelares dentro del tercer grupo de los procesos de facilitación de las providencias cautelares previstas por CALAMANDREI, es decir, dentro de los procedimientos administrativos de facilitación de los efectos ^[78]. Sin duda la ubicación corresponde a esta categoría máxime si se tiene en cuenta que uno de los efectos contingentes o indirectos de la iniciación de todo procedimiento administrativo lo constituyen las medidas cautelares, dándole a éstas el matiz ecléctico característico de la naturaleza jurídica de las medidas cautelares administrativas en la consideración que se adoptan y nace a la vista iuris inseparable e instrumentalmente preordenadas a un procedimiento, sin que por ello pierdan la estructuración legislativa y científica independiente, reclamada por los ius-civilistas españoles, y que hace nominarlo de "proceso cautelar", pero como se concluye, indefectiblemente ligado a una finalidad primordial, cual es, el asegurar eficazmente la producción de una resolución final, aún no vista venir en un procedimiento.

Cuarto rasgo característico. Para obtener una conceptualización más completa de las medidas cautelares y su operatividad en el ámbito del derecho español, deberá observarse los elementos definidores de las medidas cautelares en cuanto implican una facultad discrecional atemperada (previos el "juicio suficiente" y la legalidad, oportunidad y mérito) para el órgano administrativo competente en adoptar las medidas cautelares y, por supuesto, contextualizar que las medida puede causar una limitación en las situaciones jurídicas de los particulares, al cesar o suspenderse temporalmente una potestad privada, un derecho subjetivo o una relación jurídica concreta o abstracta.

1.4.2. Los requisitos del procedimiento.

1. Elemento subjetivo.

En el procedimiento administrativo el órgano competente para adoptar las medidas cautelares es aquel que también lo es para decidirlo, aunque por excepción el órgano del procedimiento es distinto del órgano incoante. En todo caso, a tenor del artículo 72-1 de la LRJAP y PC, carecen de competencia para adoptar medidas provisionales los jefes de Sección o Dependencia, como órganos de instrucción que son. El otro sujeto que interviene en el procedimiento de las medidas cautelares suele ser el particular. es por ello que la adopción de cautelas una vez se haya iniciado el procedimiento administrativo principal, podrá hacerse bien a instancia del interesado (artículo 23 *Ibid*), o bien *ex officio* por el órgano competente.

La determinación del requisito subjetivo en el procedimiento de adopción de medidas cautelares, lleva consigo importantes consecuencias, a saber: a) La posibilidad de instituir como regla de audiencia de los interesados, pues a tenor LRJAP y PC., no se podrá adoptar cautelas que causen daños o perjuicios irreparables a los interesados ni que impliquen violación de Derechos subjetivos. El trámite de audiencia, que permite oír a los interesados y materializar su derecho de defensa mediante alegatos, solo por excepción ha de prescindirse por urgente y fundada necesidad, motivada en los casos taxativos ^[79]; b) El ámbito competencial de los órganos administrativos en la atemperada discrecionalidad para adoptarlas, correlativamente el derecho que les asiste a los interesados para solicitarlas o soportarlas, en uno y otro evento en su plenitud de efectos jurídico-materiales.

2. Requisito Objetivo

Las medidas cautelares administrativas tienen una existencia concomitante o subsiguiente a la iniciación del procedimiento administrativo, jamás previas a éste, aún aquellas que en casos taxativos como el previsto en el artículo 98-2 de la Ley de Suelos, no necesitan declaración expresa, es decir que se producen automáticamente ^[80].

La determinación de este requisito objetivo tiene como consecuencias importantes, las siguientes:

a) Toda medida cautelar está preordenada a un procedimiento administrativo del cual pende inseparablemente e instrumentalmente. La pendentia litis de la medida que no supone en manera alguna su estructuración legislativa y científica independiente, pero siempre supeditada a una finalidad primordial: asegurar la eficacia de una resolución, aún no dictada en un procedimiento principal ^[81]; b) No existen medidas cautelares que preparen o preconstituyan un procedimiento administrativo; c) Determinar el comienzo de los efectos de las medidas, según sea por el acuerdo del órgano competente, si se trata de la iniciación de oficio del procedimiento, o por la petición del particular, si se realiza a instancia del interesado. Denota en uno y otro evento el acto administrativo de iniciación del procedimiento ^[82]; y d) La finalidad primordial y razón de ser de las medidas cautelares administrativas, sin perjuicio de otras sobrevenidas. Asegurar la eficacia de la resolución, aún no dictada en el procedimiento y que se espera se produzca como resultado normal de la terminación del procedimiento principal. La determinación del elemento asegurativo de las medidas es de la esencia y no contingencia de éstas, por ello tienen cabida aquí los términos de la teoría doctrinal procesal civilista, del *periculum in mora* que previene perjuicios que sobrevienen por la dilación temporal entre el nacimiento del proceso y el fin de la decisión que extingue a aquel ^[83].

3. Requisito de temporalidad

Las “medidas provisionales” o cautelares encarnan como fenómeno jurídico-procesal un concepto de temporalidad. No hay medidas cautelares perpetuas. Se puede adoptar cautelas, por tanto, desde el inicio mismo hasta la terminación, pero siempre con carácter temporal. En el inicio puede adoptarlas el órgano competente para iniciarlo o incoarlo como el competente para resolverlo. En el transcurso del procedimiento, el órgano competente para adoptar las medidas cautelares es el competente para resolverlo, en cualquier momento del procedimiento ^[84]. En uno y otro caso, se desvirtúa la posible existencia de medidas

cautelares atemporales o indefinidas.

La determinación de la temporalidad de la medida cautelar tiene como consecuencias relevantes la de servir eficazmente por un lapso de tiempo mientras penda al procedimiento hasta que este termine. Ello trae consigo la vigencia de la *vitae iuris* y su incidencia de efectos hasta que se extinga por la terminación del procedimiento principal que le dio vida. Igualmente trae consigo el fenómeno jurídico de la modificación de la medida, pues mientras dure el procedimiento administrativo podrán sobrevenir presupuestos que cambian las situaciones inicialmente planteadas en su adopción que facultarán al órgano competente para estimarlas en torno a una eventual modificación ^[85]. En el ámbito administrativo se habla de estudios de las medidas cautelares: provisional o “definitiva”, aunque el término último no implique perpetuidad, sino un lapso de tiempo mucho mayor que el inicial, que en no pocas ocasiones desvirtúan el instituto jurídico-cautelar ^[86].

El término de medida cautelar “definitiva” no hace alusión al término de temporalidad de la medida sino a la condición que adquiere la medida tras la decisión del órgano competente para adoptar o resolver el proceso, vale decir, la forma externa que adquiere la medida al pasar del estadio de medida cautelar inicial no firme a medida final firme. Este estadio de evolución de la medida no afecta la temporalidad de la misma, porque en uno y otro caso, la medida cautelar tiene una vigencia o vida temporal, mientras dure el procedimiento administrativo del cual pende y deduce su vital existencia.

CITAS

- (55) Texto articulado de la Ley 3/1973, de 17 de marzo, aprobado por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo. El artículo 1o., reza: "1o. Las fuentes del Ordenamiento jurídico español son la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho. 2o. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior. 3o. La Costumbre sólo regirá en defecto de la ley aplicable, siempre que no sea contraria a la normal o al orden público, y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre. 4o. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de la Ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico. 5o..., 6o..., 7o. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos que conozcan, atendiéndose al sistema de fuentes establecido (artículo 361 de la LEC., concordancia)". Cfr., García de Enterría, E., Escalante, J.A., **CÓDIGO DE LEYES ADMINISTRATIVAS**. Ed., Civiltas, S.A., Madrid, 1984, págs. 169-170. en el Ordenamiento jurídico Colombiano y en parecidos términos el Código Civil Colombiano (Ley 57 de 1887, de 26 de mayo) adicionado y reformado por la Ley 153 de 1887, arts. 1o. a 49; alude al respecto en su artículo 8o. - Cuando no haya ley aplicable -después de atenerse al sistema de fuentes y orden predeterminados, se entiende- al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y *las reglas generales del derecho*". (cursivas nuestras). Cfr., Ortega Torres, Jorge. **CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO**. Ed., Temis, Undécima ed., Bogotá, 1976, págs. 25 y 1162. [Regresar](#)
- (56) GONZALEZ PEREZ, J. COMENTARIOS A LA LEY..., ut supra cit., págs. 221-225. [Regresar](#)
- (57) GONZALEZ NAVARRO, F. **PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**, ENAP. Primera Parte, Alcalá de Henares, 1969, págs. 43-52. [Regresar](#)
- (58) GARCIA DE ENTERRIA, E. **CURSO DE DERECHO...**, ut supra cit, pág. 398. [Regresar](#)
- (59) GONZALEZ PEREZ, J. Ob., ut supra cit., pág 618. [Regresar](#)
- (60) Ob. ut supra cit., pág. 435. [Regresar](#)
- (61) GONZALEZ NAVARRO, F. **EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL...**, ut supra cit., pág. 84. [Regresar](#)

- (62) GONZALEZ PEREZ, j. Ob. ut supra cit., pág. 433. [Regresar](#)
- (63) BALBE, Manuel. LA ESENCIA DEL PROCESO. _Revista de legislación y jurisprudencia, julio.-agos., Editorial Reus, Madrid 1947, págs. 10 y ss. [Regresar](#)
- (64) GUASP DELGADO, Jaime. DERECHO PROCESAL CIVIL. Parte esencial, Tomo II, 3a. ed., Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1968, pág. 683 y ss. [Regresar](#)
- (65) CALAMANDREI, P. Ob. ut supra cit., págs. 58 y 59. [Regresar](#)
- (66) GONZALEZ NAVARRO, F. **PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN, PROCEDIMIENTOS TRIANGULARES Y PROCEDIMIENTOS COMPLEJOS.** Administración y Constitución, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1981. págs. 375-377. [Regresar](#)
- (67) Martín Mateo, Ramón. **DERECHO ADMINISTRATIVO.** 8a. ed., Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, pág 291 y 292. [Regresar](#)
- (68) Entrena Cuesta, Rafael. **CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO.** 7a. ed., Vol. I, Techos, Madrid, 1982, págs. 187 y ss. [Regresar](#)
- (69) En derecho administrativo español, la medida cautelar de suspensión del otorgamiento de licencias urbanísticas, se distingue de otras figuras jurídicas que aún siendo medida cautelar arbitrada en el derecho urbanístico sin embargo engloban como supuestos específicos el primer grupo. Me refiero a la suspensión de la eficacia de la licencia urbanística, considerada como acto administrativo con nomen iuris urbanístico. [Regresar](#)
- (70) ENTRENA CUESTA, Rafael. Ob. ut supra cit., págs. 127 y 130. [Regresar](#)
- (70A) El tema de la medida cautelar suspensoria de los actos administrativos en vía jurisdiccional se ha tratado en nuestro trabajo, intitulado: Cátedra de Derecho Administrativo Especial. Digtocomputarizada, Universidad de Nariño, Facultad de Derecho, Pasto, 1987. [Regresar](#)
- (70B) Véase, nuestro trabajo en esta página de WEB, intitulado. **LA DESJUDICIALIZACION DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIOS DE LOS FUNCIONARIOS O EMPLEADOS DE LA RAMA JUDICIAL.** [Regresar](#)
- (71) La LFCE. Texto articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero. Este es otro supuesto de medida cautelar administrativa prevista en el derecho ibérico en forma por demás prototípica. [Regresar](#)
- (72) García de Enterría, E. y Fernández, T.R., Ob. ut supra cit. págs 28 y ss. [Regresar](#)
- (73) Cfr. RAMOS MENDEZ, F. **DERECHO PROCESAL...** Ob. ut supra cit., pág. 905; Serra Domínguez, M. y Méndez R.F. LAS MEDIDAS... Ob. ut supra cit., págs. 79 y ss., aluden:"...resulta en verdad difícil hablar de un procedimiento de medidas cautelares por ser en realidad varios los procedimientos existentes en nuestra Ley de enjuiciamiento civil y en leyes especiales, existiendo incluso verdadera contradicción entre la solución dada a un mismo problema en las diversas medidas cautelares. Creemos no obstante que es posible aventurar unas líneas generales procedimentales que pueden servir para una eventual reforma". [Regresar](#)
- (74) Me refiero al Código de Procedimiento Civil. Decretos números 1400 y 2019 de 6 de agosto y de 26 de Octubre de 1970, respectivamente. En concreto, al Libro IV, intitulado "Medidas Cautelares", arts. 678 a 692, en cuanto al aspecto legislativo. El C.P.C., modificado por el Decreto-ley 2282 de 1989 En la doctrina, López Blanco, Hernán Fabio. **INSTITUCIONES DE DERECHO...** Ob. ut supra cit., págs. 85 y ss. [Regresar](#)
- (75) Un extracto de la naturaleza jurídica del procedimiento administrativo que aborda en su exposición al respecto expresa: "... el procedimiento administrativo como un auténtico proceso. Se apoyan (se refiere a la doctrina que defiende éstos postulados) en las siguientes ideas: 1a. El proceso es un concepto de la teoría general del Derecho. Equiparan el proceso con

actuación de la ley afirmando que esta función se realiza en los Estados Modernos, no sólo por los los tribunales, sino también por la administración. 2a.- Los actos que integran el procedimiento no se diferencian sustancialmente de los dictados por la jurisdicción. Valga como ejemplo la identidad jurídica entre ejecución del acto administrativo y la sentencia. 3o.- Como señala García Trevijano, la jurisdicción puede ajercitarse tanto por la administración como por el poder judicial, entendiéndose por jurisdicción la potestad de componer los intereses contrapuestos y satisfacer pretensiones. 4o.- La configuración del procedimiento administrativo como presupuesto de la vía judicial exige ponderar adecuadamente los varios intereses en juego. A este respecto señala González Navarro que "La admisión de la tesis que ve en el procedimiento administrativo un presupuesto procesal del recurso contencioso administrativo envuelve el grave peligro de desvirtuar la esencia misma de aquél, habiéndole aparecer como un camino que inexorablemente desemboca en la jurisdicción contencioso-administrativa". Cfr. Cuartero Hervas, Enrique. **LEY DE REFORMA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**. Instituto Nacional de prospectiva. Cuadernos de documentación núm.19, Madrid,1980, págs. 7-30. [Regresar](#)

- (76) GUASP DELGADO, Jaime. **DERECHO PROCESAL...** Ob. ut supra cit., págs. 683 y ss. [Regresar](#)
- (77) GONZALEZ NAVARRO, F. **PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN...** Ob. ut supra cit., págs. 374-377. [Regresar](#)
- (78) Ob. ut supra cit., pág. 375. [Regresar](#)
- (79) GONZALEZ PEREZ, J. **Comentarios a la Ley...** Ob. ut supra cit. pág. 432. [Regresar](#)
- (80) El texto del artículo citado alude: "La iniciación del expediente de reparcelación llevará consigo, sin necesidad de declaración expresa, la suspensión del otorgamiento de licencias de parcelación y edificación en el ámbito del polígono o unidad de actuación hasta que sea firme en vía administrativa el acuerdo aprobatorio de la reparcelación". Se ha dicho con razón que el término "expediente" es la materialización del procedimiento administrativo, de donde se infiere que la redacción de la disposición citada alude a éste último como causa en la que se apoya la medida cautelar suspensoria y por ello su inclusión en la excepción a la regla del requisito objetivo del procedimiento para adoptar medidas cautelares. [Regresar](#)
- (81) GUTIERREZ DE CAVIEDES, E. **ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL - ELEMENTOS ESENCIALES PARA UN SISTEMA DE MEDIDAS CAUTELARES**. Ediciones EUNSA., Pamplona, 1974, págs. 389 y 906. *Ibíd*, Pedraz Penalva, E. **LAS MEDIDAS CAUTELARES...** Ob. ut supra cit. p. 93 ss. [Regresar](#)
- (82) GONZALEZ NAVARRO, F. **PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**. Parte 2a., Centro de Formación y perfeccionamiento de funcionarios, Alcalá de Henares, 1969, págs. 23-24. [Regresar](#)
- (83) GUASP DELGADO, Jaime. Ob. ut supra cit., pág. 683. *Ibíd*, Ortells Ramos, M. **EL EMBARGO PREVENTIVO**. Ob. ut supra cit. págs. 39 y ss. [Regresar](#)
- (84) GONZALEZ PEREZ, J. Ob. ut supra cit., pág. 434. [Regresar](#)
- (85) Sin embargo , estas conclusiones no implican de manera alguna el robustecimiento de una polémica que no existe con visos de tal, ya que "no es necesario advertir que esta característica (se refiere a la extinguiabilidad o modificabilidad de la cautela) no se confunde con otra propiedad de la duración temporalmente limitada de los efectos de la medida cautelar: (alude al Embargo preventivo en sede jurisdiccional) su destino a extinguirse (en su caso, convirtiéndose en medida ejecutiva) cuando el proceso principal termine por resolución firme. Esa limitación de la duración de los efectos de la medida cautelar, deriva y es expresión de su instrumentalidad y, por ello, la caracteriza de modo más exclusivo y esencial que esta otra modalidad de los límites temporales de eficacia que ahora consideramos, propia también de otras resoluciones judiciales no cautelares". Cfr. Ortells Ramos, Manuel. **EL EMBARGO...** Ob. ut supra cit., pág. 42. [Regresar](#)

- (86) En la medida cautelar de suspensión de sueldo y empleo previsto en la Ley de Funcionarios Civiles del estado, en donde se distingue la suspensión inicial (arts. 47 a 49 LFCE), denominada provisional en el texto y erigida como verdadera cautela, de la denominada suspensión-sanción (artículo 50 Ibid), cuyos principios cautelares son discutibles, como se ha visto. En cambio, los supuestos que plantea los estadios provisional y definitivo del afianzamiento mediante aval (que la LCE, prevé centro del capítulo I y II, como "De las Fianzas y demás garantías en los Contratos del Estado"), como medida cautelar arbitrada en el procedimiento administrativo de contratación cumple los presupuestos y elementos definidores de las medidas, al respecto. [Regresar](#)

Actualización: Pasto, Abril 1 de 2008

[Principio del documento](#)