

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Asunto minero. Medida provisional, medida cautelar de urgencia / MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA - Regulación en Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011

El artículo 229 y siguientes del CPAyCA instituyen un amplio y novedoso sistema de medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo que son aplicables en aquellos casos en que se consideren “necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia” [se] pone de presente el carácter decididamente autónomo de la tutela cautelar a través de las denominadas “medidas cautelares de urgencia”, establecidas en el artículo 234 del Código y que pretenden la adopción de una medida provisional de manera inmediata, en donde dada la situación de inminente riesgo de afectación de los derechos del interesado, se prescinde del trámite de notificación a la contraparte y puede ordenarse la medida, inclusive, de manera previa a la notificación del auto admisorio de la demanda (conforme al artículo 229 del Código); en otras palabras, esta disposición constituye una protección reforzada al derecho convencional de toda persona de contar con un recurso judicial efectivo en caso de graves violaciones de derechos humanos, dado el apremio con que se adopta dicha medida cautelar, dejando de ser accesoria y subordinada al proceso contencioso administrativo principal adquiriendo unas características y contornos particulares y diferenciados, pues ella en si misma constituye, a la luz del procedimiento contencioso, un recurso judicial sui generis de urgencia para la protección de los derechos de los asociados. Es en estos términos, como una medida autónoma garante de los Derechos Humanos, que se debe interpretar y aplicar, en adelante por parte de los Jueces Administrativos, la tutela cautelar de urgencia. Esta interpretación ha sido acogida favorablemente por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que en reciente providencia fijó un alcance avanzado a las medidas cautelares, específicamente, a las denominadas de urgencia, señalando que este tipo de medidas pueden ser solicitadas con anterioridad a la presentación del escrito de demanda y de solicitud de conciliación prejudicial, cuando se exija tal requisito, inclusive. (...) El anterior criterio jurisprudencial significa reconocer la institución cautelar como un procedimiento autónomo al proceso contencioso administrativo, de ahí, entonces, que se conciba como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia. Conforme a ello, la aplicación de las medidas cautelares debe acometerse bajo presupuestos convencionales, constitucionales y legales, lo que lleva a decir que al Juez le corresponde remover los obstáculos eminentemente formales que llegaren a impedir la adopción de estas medidas en los casos en que exista una seria y verdadera amenaza de vulneración de derechos, bienes o intereses jurídicos. Así, por ejemplo, no sería de recibo argumentar la negativa en adoptar una medida cautelar amparado en el hecho que no fue peticionada por la parte interesada, ya que se pondría en cuestión el derecho de acceso a la administración de justicia. Este argumento encuentra mayor peso, aún, en el caso de las denominadas medidas cautelares de urgencia, las cuales, conforme a la lectura dada por la Sala Plena, así como por la finalidad que están llamadas a satisfacer, implican que se concreten como verdaderas medidas preliminares cautelares de eficacia inmediata para la protección de los derechos.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 229 / LEY 1437 DE 2011 -ARTICULO 234

NOTA DE RELATORIA: Al respecto se puede consultar la sentencia de la Sala Plena Contenciosa de 5 de marzo de 2014, exp. 2013-06871

MEDIDA CAUTELAR - Medida provisional. Ley 1437 de 2011 / MEDIDA CAUTELAR - Criterios para su adopción

En cuanto a los criterios que debe seguir el juez contencioso administrativo para determinar la procedencia de una medida cautelar, es preciso reconocer que éste cuenta con un espacio de discrecionalidad a efectos de adoptar la medida solicitada así como de modular sus efectos en el caso concreto. En este contexto, debe el Juez abordarlo teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad como, de hecho, lo da a entender, además de las exigencias constitucionales y convencionales, la normativa sobre las medidas cautelares al establecer como uno de los requisitos para el decreto de la cautela, en el artículo 231 CPAYCA 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” (...). Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleja la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que en el escenario de las medidas cautelares, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, debe proceder a un estudio de ponderación y sus subprincipios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad. (...) En consecuencia, (...) la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos (pasos a y b) y, luego de ello, se procede a c) que ordena analizar si se encuentra justificado que la satisfacción de uno de los principios afecte al otro; aplicando las consideraciones vertidas en iii) en la materia que se está tratando, hay que decir que ello implica valorar si está justificada la adopción de la medida cautelar para la protección de un derecho en circunstancias de amenaza, en desmedro de la administración.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 234 NUMERAL 4

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Asunto minero. Competencia en razón a la naturaleza del asunto

Sea lo primero advertir que la regulación del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA - Ley 1437 de 2011- guardó silencio respecto de las reglas de competencia que deben regir los

denominados asuntos mineros, pues, basta comparar la regulación del derogado Decreto 01 de 1984, en el artículo 128.6 cuando prescribía que esta Corporación conocería privativamente de “los que se promuevan sobre asuntos petroleros o mineros en que sea parte la Nación o una entidad territorial o descentralizada...”, disposición que no encuentra par en el nuevo artículo 149 del CPAyCA. Pese a lo anterior, también se advierte que esta misma normativa estableció en el artículo 104 una regla amplia en lo que concierne a los asuntos respecto de los cuales esta jurisdicción puede conocer, comprendiendo no solo los detallados en dicho Código sino reconociendo, por vía de integración normativa, su competencia para los comprendidos en la Constitución así como en las leyes especiales (...) En este orden de ideas, se encuentra que es el artículo 295 de la Ley 685 de 2001 la que atribuye la competencia para conocer de esta clase de asuntos al Consejo de Estado de manera privativa al señalar que “De las acciones que se promuevan sobre asuntos mineros, distintas de las contractuales y en los que la Nación o una entidad estatal nacional sea parte, conocerá el Consejo de Estado en única instancia”. Así las cosas, se advierte que el legislador instituyó un criterio de competencia en razón a la naturaleza del asunto.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 149 / LEY 685 DE 2001 - ARTICULO 295

MEDIDA CAUTELAR - Asunto minero. No accede

En el presente caso, el Despacho encuentra que no es procedente acceder a la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos demandados. El fundamento de esta determinación reside en el hecho de que la cuestión litigiosa propuesta por el demandante requiere una verificación de aspectos probatorios (...) y jurídicos complejos (...) que, en estricto sentido, no son propios de esta prematura etapa procesal; advirtiendo, entonces, que será en el momento del fallo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de mayo de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00034-00(50221)

Actor: COLGEMS LTDA. CI

Demandado: NACION - AGENCIA NACIONAL DE MINERIA ANM Y SERVICIOS GEOLOGICO COLOMBIANO SGC

Referencia: MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (ASUNTO MINERO - AUTO)

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la solicitud de suspensión provisional deprecada por el accionante en el escrito de demanda respecto de la Resolución GTRM No. 252 de 26 de abril de 2012 – proferida por el Servicio Geológico Colombiano- y la Resolución No. 001879 de 12 de abril de 2013 –proferida por la Agencia Nacional de Minería-, mediante las cuales se resolvió rechazar y archivar la propuesta de contrato de concesión minera No. JA4-14041.

ANTECEDENTES

1.- En escrito del 28 de febrero de 2014 La Sociedad Colgems Ltda CI, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó se decretara la nulidad de la Resolución GTRM No. 252 de 26 de abril de 2012 – proferida por el Servicio Geológico Colombiano- y la Resolución No. 001879 de 12 de abril de 2013 –proferida por la Agencia Nacional de Minería- las cuales resolvieron rechazar y archivar la propuesta de contrato de concesión minera No. JA4-14041, formulada por el demandante. Consecuencialmente solicitó, a título de restablecimiento del derecho, que se permitiera a la demandante la suscripción del contrato de concesión minera mencionado así como que se ordene el pago de los perjuicios materiales causados.

En escrito separado la parte demandante elevó solicitud de suspensión provisional de las normas demandadas argumentando que éstas violaban los artículos 158, 271, 273 y 274 de la Ley 685 de 2001 así como el artículo 58 de la Constitución.

2.- Mediante auto de 25 de marzo de 2014 el Despacho admitió la demanda ordenando su notificación personal a los demandados e intervinientes y concediendo el término establecido por la ley para efectos de su contestación.

3.- Así mismo, comoquiera que se presentó solicitud de suspensión provisional contra el aparte de la norma demandada, mediante proveído de la misma fecha se corrió traslado a la parte demandada por el término de cinco (5) días, transcurridos entre el 12 y el 16 de mayo de 2014, conforme lo establecido en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Dentro de la mencionada oportunidad en sendos escritos de 14 y 16 de mayo, respectivamente, el Servicio Geológico Colombiano SGC y la Agencia Nacional de Minería ANM manifestaron su oposición a la cautela deprecada.

4.- Mediante auto de 19 de mayo de 2014, se fijó el 29 de mayo de 2014 a las 3.00 pm como fecha y hora para celebrar la audiencia preliminar en donde se escucharán las alegaciones de las partes sobre la medida cautelar peticionada. En el curso de dicha actuación los intervinientes expusieron oralmente sus consideraciones sobre la medida cautelar.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Sea lo primero advertir que la regulación del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA - Ley 1437 de 2011- guardó silencio respecto de las reglas de competencia que deben regir los denominados asuntos mineros, pues, basta comparar la regulación del derogado Decreto 01 de 1984, en el artículo 128.6 cuando prescribía que esta Corporación conocería privativamente de *“los que se promuevan sobre asuntos petroleros o mineros en que sea parte la Nación o una entidad territorial o descentralizada...”*, disposición que no encuentra par en el nuevo artículo 149 del CPAyCA.

Pese a lo anterior, también se advierte que esta misma normativa estableció en el artículo 104 una regla amplia en lo que concierne a los asuntos respecto de los cuales esta jurisdicción puede conocer, comprendiendo no solo los detallados en dicho Código sino reconociendo, por vía de integración normativa, su competencia para los comprendidos en la Constitución así como en las leyes especiales:

“Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 104. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucrados las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.”

En este orden de ideas, se encuentra que es el artículo 295 de la Ley 685 de 2001 la que atribuye la competencia para conocer de esta clase de asuntos al Consejo de Estado de manera privativa al señalar que *“De las acciones que se promuevan sobre asuntos mineros, distintas de las contractuales y en los que la Nación o una entidad estatal nacional sea parte, conocerá el Consejo de Estado en única instancia”*. Así las cosas, se advierte que el legislador instituyó un criterio de competencia en razón a la naturaleza del asunto.

Para el presente caso, este Despacho encuentra que es competente para conocer la pretensión incoada por la parte demandante, dado que, se persigue la declaratoria de nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se rechazó y archivó la propuesta de contrato de concesión minero.

1.2.- Igualmente, es competente este Despacho, con prescindencia de la Sala de Subsección para adoptar la decisión que jurídicamente corresponda respecto de la solicitud de suspensión provisional deprecada, en atención al hecho de que si bien se trata de la adopción de una medida cautelar (de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, que en principio competen a la Sala de decisión) el *sub lite* es un juicio contencioso adelantado en única instancia ante el Consejo de Estado, razón por la cual se hace aplicable la excepción establecida en el artículo 125 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

“Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 125. Será competencia del juez o magistrado ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite, sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la Sala, excepto en los procesos de única instancia. (...)”.

2.- La audiencia preliminar convocada.

2.1.- Mediante los autos de 25 de marzo de 2014 este Despacho admitió la demanda y ordenó correr traslado a las demandadas de la solicitud de medida cautelar. En estas mismas providencias (especialmente en el auto admisorio) se hizo referencia a la convocatoria a las partes a una audiencia preliminar en la cual el Magistrado Ponente, con asistencia de las partes del proceso, escuchó los argumentos jurídicos de cada uno de ellos.

2.2.- Sobre esto, el Despacho encuentra suficientemente justificado y acorde al ordenamiento jurídico la convocatoria a esta audiencia preliminar. El acto de escuchar a las partes en audiencia se ajusta el principio de tutela judicial efectiva¹,

¹ Corte Constitucional, sentencia C-318 de 30 de junio de 1998: “[...] El derecho a una tutela judicial efectiva, aparece, entre otras cosas, la posibilidad de acceder en condiciones de igualdad y sin obstáculos o barreras desproporcionadas, a un juez o tribunal independiente e imparcial, frente al cual se pueda acometer, libremente, la plena defensa los derechos o intereses propios a fin de obtener, dentro de un plazo razonable, la debida protección del Estado. Es un derecho de naturaleza prestacional, pues exige la puesta en obra del aparato estatal con miras a su realización. En este sentido, debe afirmarse que se trata de un derecho de configuración legal y, en consecuencia, depende, para su plena realización, de que el legislador defina los cauces que permitan su ejercicio”. Corte Constitucional, sentencia C-426 de 2002: “[...] [e]l artículo 229 de la Constitución Política consagra expresamente el derecho de acceso a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, el cual se traduce en la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con

ya que constituye una oportunidad para que el Juez comprenda las posiciones jurídicas de cada una de las partes; la intermediación garantiza el ejercicio imparcial² de la administración de justicia y el principio de igualdad sustancial y procesal de las partes, dado que los involucrados en el litigio tendrán oportunidad de exponer oralmente, pero de manera directa ante el Juez, las razones de derecho y fácticas que sirven de sustento a sus posiciones jurídicas frente a la medida cautelar, y les impone el ejercicio de las cargas de la argumentación a cada uno de ellos; y, por último, la convocatoria a esta audiencia preliminar deviene en útil, también, por el hecho que a través de esta se permite a todos los intervinientes en el proceso contencioso dilucidar cuestiones técnicas o jurídicas especializadas. Se trata, pues, de cumplir con los mandatos constitucionales consagrados en los artículos 1, 2, 29 y 229, así como aquellos convencionales establecidos en el artículo 25³ de

plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. Por su intermedio, se le otorga a los individuos una garantía real y efectiva, previa al proceso, que busca asegurar la realización material de éste, previniendo en todo caso que pueda existir algún grado de *indefensión* frente a la inminente necesidad de resolver las diferencias o controversias que surjan entre los particulares -como consecuencia de sus relaciones interpersonales-, o entre éstos y la propia organización estatal” [puede verse también, sentencia C-207 de 2003]. Corte Constitucional, sentencia T-247 de 10 de abril de 2007: “[...] El derecho a la tutela judicial efectiva comprende no solo la posibilidad que se reconoce a las personas, naturales o jurídicas, de demandar justicia ante las autoridades judiciales del Estado, sino, también, la obligación correlativa de éstas, de promover e impulsar las condiciones para que el acceso de los particulares a dicho servicio público sea real y efectivo. Así, ha dicho la Corte que “[n]o 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.” De este modo, el derecho de Acceso a la Administración de Justicia permite alentar a las personas la expectativa de que el proceso culmine con una decisión que resuelva de fondo las pretensiones. Para ello es necesario que el juez adopte las medidas de saneamiento que sean necesarias para subsanar los vicios que puedan impedir una decisión de fondo”.

² Corte Constitucional, sentencia C-361 de 2001: “[...]“Dentro de los principios que rigen la actividad jurisdiccional, los de independencia e imparcialidad de los jueces son determinantes para el logro de los objetivos de realización del orden justo que es fundamento del Estado. Sobre la imparcialidad, ha señalado que ésta “se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (Art. 13 C.P.), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial.” Los principios de independencia e imparcialidad judicial, garantizan a los ciudadanos que el juez tendrá un juicio libre, no sometido a presiones de ninguna índole, con lo cual se asegura la primacía del orden social justo. Por ello, quien juzga no puede estar afectado por ningún tipo de interés personal, ni sujeto a presiones de ninguna clase. Tal es el fundamento de la institución de los impedimentos y recusaciones dentro de los procesos judiciales”. Corte Constitucional, auto 091 de 2003: “[...] La garantía de imparcialidad, que constituye un elemento definitorio de la actividad judicial, impone que la autoridad competente para resolver un asunto se encuentre ajena a toda circunstancia que pueda llegar a viciar su decisión, que desmejore el grado de objetividad que su función le exige, o que revele la verosimilitud de involucrar elementos subjetivos, extraños al recto cumplimiento de sus obligaciones institucionales”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 22 de noviembre de 2005, caso Palamara Iribarne vs. Chile: “[...]146. La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia”. Informe No. 17/94, Guillermo Maqueda, Argentina, OEA/Ser. L/V/II.85, Doc. 29, 9 de febrero de 1994, párr. 28: “[...] supone que el Tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso sub judice”

³ “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”

la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 14⁴ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2.3.- Resta entonces, recordar lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-713 de 2008, cuando afirmó que: “que la oralidad en la administración de justicia se concibe como una norma que tiene la estructura de principio.”, mientras que la sentencia C-124 de 2011 afirmó que la *“audiencia oral está precedida de garantías que, si bien tienen raigambre procesal, son parte integrante de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Estas garantías refieren a la inmediación, la concentración y la publicidad.”*; mismas finalidades que se persiguen con la realización de la audiencia preliminar convocada por el Despacho⁵.

Dicho lo anterior, pasa el Despacho a abordar la solicitud de suspensión provisional solicitada, previo análisis normativo de las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3.- Las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3.1.- El artículo 229 y siguientes del CPAyCA instituyen un amplio y novedoso sistema de medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo que son aplicables en aquellos casos en que se consideren *“necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”*, conforme a las notas del artículo 229; de donde se infiere que la institución cautelar es una manifestación legislativa concreta de la garantía de efectividad del derecho al acceso a la administración de justicia, en la terminología acuñada por la jurisprudencia constitucional al amparo de los artículos 29 y 228 de la Constitución⁶, así como el derecho a un recurso judicial efectivo, de acuerdo a

⁴ “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”.

⁵ A esta argumentación se debe adicionar lo establecido en el inciso segundo del artículo 4º de la Ley 270 de 1996 que establece: “Las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos.”

⁶ Al respecto la jurisprudencia ha sostenido que: 5.2. La Corte Constitucional ha señalado en repetidas oportunidades que las medidas cautelares tienen amplio sustento en el texto de la Constitución Política, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal (CP arts. 13, 228 y 229). Han sido previstas como aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, un derecho que está siendo controvertido dentro

los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y su interpretación y alcance conforme a lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷; comoquiera que se busca evitar que la duración del proceso judicial redunde en una afectación para quien acude a la jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtenerse una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido; pues al decir de Chiovenda “*la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón*”⁸.

3.2.- El anterior aserto se sustenta en el hecho de que a través de la tutela cautelar se protege de manera provisional e inmediata y de diversas formas una posición jurídica en concreto (bien sea particular o general) que es objeto de litigio ante la jurisdicción contenciosa administrativa y que encuentra en entredicho su ejercicio a plenitud en razón a la amenaza que supone, en general, la acción de la administración pública frente a ella, bien sea a partir de una decisión administrativa, una acción u omisión, etc; por citar algunas manifestaciones particulares del accionar de la administración. En otras palabras, al decir de Schmidt-Assmann, con la tutela cautelar “se pretende evitar “hechos consumados” y, así garantizar la temporalidad de la tutela judicial, aunque sólo sea de forma provisional.”⁹.

3.3.- Avanzando en la tipología desarrollada por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se diferencia entre medidas cautelares *preventivas*, tendientes a operar como una suerte de acción impeditiva para que no se pueda consolidar una afectación a un derecho; *conservativas*, que

de ese mismo proceso, teniendo en cuenta el inevitable tiempo de duración de los procesos judiciales.” Corte Constitucional, Sentencia C-529 de 2009. En el mismo sentido C-490 de 2000.

⁷ “4. (...) el propósito de las medidas provisionales, en los sistemas jurídicos nacionales (derecho procesal interno) en general, es preservar los derechos de las partes en controversia, asegurando que la ejecución de la sentencia de fondo no se vea obstaculizada o impedida por las acciones de aquéllas, *pendente lite*.

5. (...) en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no sólo cautelar, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas. Siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo.” . Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de 22 de septiembre de 2006. Solicitud de medidas cautelares por parte de la Comisión IDH respecto de la República de Colombia a favor de Mery Naranjo y otros. En el mismo sentido véase: Caso Del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel De Yare). Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 Marzo de 2006, considerando cuarto; Caso Del Internado Judicial De Monagas (“La Pica”). Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de enero de 2006, considerando cuarto.

⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile, Edit. Jovene, 1960, vol. 1. P. 147.

⁹ SCHMIDT- ASSMANN Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objetos y fundamentos de la construcción sistemática, Madrid, Barcelona, Marcial Pons - INAP, 2003, p. 237.

por oposición a la anterior buscan mantener o salvaguardar un *statu quo ante*; *anticipativas*, en donde se pretende satisfacer por adelantado la pretensión perseguida por el demandante, mediante una decisión que propiamente correspondería al fallo que ponga fin al proceso y que se justifica en tanto que de no adoptarse se incurriría en un perjuicio irremediable para el actor, y de *suspensión* que corresponde a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo que consiste en una privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.

3.4.- Es preciso resaltar que el Código no establece un *numerus clausus* de medidas cautelares que puedan ser adoptadas por el Juez Contencioso Administrativo, por el contrario, se trata de un sistema innominado de medidas con el que se persigue, en suma, adoptar unas decisiones inmediatas de cualquier tipo a fin de responder a las necesidades que demande una situación en específico; lo que se corrobora con una revisión al artículo 230 que establece que se puede: “ordenar que se mantenga la situación...”, “suspender un procedimiento o actuación administrativa...”, “suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo”; hasta llegar a aquellas en las cuales se permite “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” y, por último, “impartir ordenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.”.

3.5.- Por último, el Despacho pone de presente el carácter decididamente autónomo de la tutela cautelar a través de las denominadas “medidas cautelares de urgencia”, establecidas en el artículo 234 del Código y que pretenden la adopción de una medida provisional de manera inmediata, en donde dada la situación de inminente riesgo de afectación de los derechos del interesado, se prescinde del trámite de notificación a la contraparte y puede ordenarse la medida, inclusive, de manera previa a la notificación del auto admisorio de la demanda (conforme al artículo 229 del Código); en otras palabras, esta disposición constituye una protección reforzada al derecho convencional de toda persona de contar con un recurso judicial efectivo en caso de graves violaciones de derechos humanos¹⁰, dado el apremio con que se adopta dicha medida cautelar, dejando de

¹⁰ Ha dicho sobre este punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva sobre las Garantías Judiciales en Estados de Emergencia: “la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente

ser accesoria y subordinada al proceso contencioso administrativo principal adquiriendo unas características y contornos particulares y diferenciados, pues ella en si misma constituye, a la luz del procedimiento contencioso, un recurso judicial *sui generis* de urgencia para la protección de los derechos de los asociados. Es en estos términos, como una medida autónoma garante de los Derechos Humanos, que se debe interpretar y aplicar, en adelante por parte de los Jueces Administrativos, la tutela cautelar de urgencia.

3.6.- Esta interpretación ha sido acogida favorablemente por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que en reciente providencia fijó un alcance avanzado a las medidas cautelares, específicamente, a las denominadas de urgencia, señalando que este tipo de medidas pueden ser solicitadas con anterioridad a la presentación del escrito de demanda y de solicitud de conciliación prejudicial, cuando se exija tal requisito, inclusive. La Sala Plena manifestó lo anterior en los siguientes términos:

“Huelga manifestar que casos como el presente, el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto con la medida cautelar.

En ese orden, no escapa el hecho de que una cosa es que la conciliación extrajudicial constituye requisito de procedibilidad de la demanda, mas no de la solicitud de la medida cautelar. De suerte que, estamos en presencia de dos figuras diferentes y que se pueden estructurar en momentos distintos, sin que esto implique su incompatibilidad procesal.

Tal precisión conduce a que efectivamente es posible solicitar el decreto y práctica de la medida cautelar, aun sin haber agotado previamente el requisito de procedibilidad. De ahí que, esta alternativa materializa la prevalencia del derecho sustancial frente al formal, toda vez que implica la adecuación e interpretación de la norma procesal con miras a la efectividad de los derechos sustanciales de los ciudadanos”¹¹.

3.7.- El anterior criterio jurisprudencial significa reconocer la institución cautelar como un procedimiento autónomo al proceso contencioso administrativo, de ahí, entonces, que se conciba como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia. Conforme a ello, la aplicación de las medidas cautelares debe acometerse bajo presupuestos convencionales, constitucionales y legales, lo

admisibles, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 24.

¹¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de marzo de 2014, exp. 2013-06871.

que lleva a decir que al Juez le corresponde remover los obstáculos eminentemente formales que llegaren a impedir la adopción de estas medidas en los casos en que exista una seria y verdadera amenaza de vulneración de derechos, bienes o intereses jurídicos. Así, por ejemplo, no sería de recibo argumentar la negativa en adoptar una medida cautelar amparado en el hecho que no fue peticionada por la parte interesada, ya que se pondría en cuestión el derecho de acceso a la administración de justicia. Este argumento encuentra mayor peso, aún, en el caso de las denominadas medidas cautelares de urgencia, las cuales, conforme a la lectura dada por la Sala Plena, así como por la finalidad que están llamadas a satisfacer, implican que se concreten como verdaderas medidas preliminares cautelares de eficacia inmediata para la protección de los derechos¹².

3.8.- Criterio de aplicación. Por otro lado, en cuanto a los criterios que debe seguir el juez contencioso administrativo para determinar la procedencia de una medida cautelar, es preciso reconocer que éste cuenta con un espacio de discrecionalidad a efectos de adoptar la medida solicitada así como de modular sus efectos en el caso concreto. En este contexto, debe el Juez abordarlo teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad como, de hecho, lo da a

¹² Al respecto es valioso resaltar el hecho de que otras jurisdicciones han experimentado la adopción de este tipo de medidas preliminares, autónomas y de eficacia inmediata para la protección de los derechos de las personas, tal como se refleja en el sistema jurídico brasileiro en donde se ha establecido la llamada “medida liminar” comentada por Berizonce en los siguientes términos “La medida liminar se dispone inaudita parte en el proveimiento inicial, salvo en el mandato colectivo donde solo puede otorgarse después de la audiencia de la persona jurídica de derecho público (art. 22 § 2º). El poder del juez no está limitado a la suspensión del acto impugnado; puede dictar medidas activas, de anticipación de la tutela, siempre que resulte indispensable para la efectividad del derecho que se invoca. Como se ha señalado, lo que autoriza el art. 7º, III, es un proveimiento de amplio espectro, que tanto puede configurar una medida cautelar, como también una satisfactiva, capaz de agotar incluso el objeto de la pretensión, como p.e. excepcionalmente la orden de provisión de medicamentos.”. BERIZONCE, Roberto Omar. Tutela de urgencia y debido proceso. Hacia la reconstrucción del proceso de cognición y su articulación con las tutelas de urgencia. En: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. No. 37. Disponible en el enlace web: <http://www.icdp.co/revista/articulos/37/RobertoOmarBerizonce.pdf> [sin numeración en el documento digital]. En similar sentido, el ordenamiento jurídico francés, desde el año 2000 (Ley No. 2000-597 de 30 de junio) ha conocido la formulación de los denominados *référé* que corresponde a un conjunto de medidas de urgencias que pueden ser adoptadas por el “*juge des référés*” y consistente en i) un *référé* de suspensión, mediante el cual se puede ordenar la suspensión de la ejecución de cierta decisión, y de ciertos efectos siempre que la urgencia así lo justifique (artículo 5º), ii) un *référé* de libertad, mediante el cual el Juez puede ordenar las medidas que se consideren necesarias para dejar a salvo una libertad fundamental que está siendo afectada por una persona de derecho público o particular encargado de la gestión de un servicio público, siempre que sea un atentado grave y manifiestamente ilegal (artículo 6º) y iii) el *référé* conservativo, dirigido a adoptar las “medidas útiles” en un procedimiento administrativo en donde aún no se ha adoptado una decisión por parte de la autoridad (artículo 7º). Para un comentario de tales medidas véase la intervención realizada por el señor Consejero de Estado francés Marc Durand-Viel a la ponencia de la Dra. Ruth Stella Correa Palacio sobre medidas cautelares en el marco del seminario franco-colombiano de reforma a la jurisdicción contenciosa administrativa. La memoria de dicho encuentro (págs. 157-159, c1) se encuentra disponible en el enlace web: <http://www.consejodeestado.gov.co/memorias/medidas%20cautelares.pdf> [Consultado el 6 de marzo de 2014] El texto de la Ley puede verse en el siguiente enlace web: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000204851&categorieLien=id> [Consultado el 6 de marzo de 2014].

entender, además de las exigencias constitucionales y convencionales, la normativa sobre las medidas cautelares al establecer como uno de los requisitos para el decreto de la cautela, en el artículo 231 CPAyCA 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” (Resaltado propio).

3.9.- Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleja la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que en el escenario de las medidas cautelares, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*¹³, debe proceder a un estudio de ponderación y sus subprincipios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad¹⁴. Sobre la aplicación de la proporcionalidad en escenarios de discrecionalidad, se ha sostenido en anteriores ocasiones:

“1.- La discrecionalidad, en cuanto fenómeno con trascendencia jurídica, se concibe como un margen permitido de acción a las autoridades de cualquiera de los poderes públicos, en los eventos en que debiendo adoptar una decisión, el marco de sujeción a su actuación establecido por el ordenamiento jurídico resulta a todas luces indeterminado, correspondiéndole construir la decisión y, por lo tanto, las consecuencias jurídicas de la misma, bajo consideraciones objetivas de acatamiento y respeto al orden jurídico y a sus principios estructurantes.

Conforme a este entendimiento de la discrecionalidad, sobra advertir, entonces, que en cualquier ordenamiento jurídico sustentado en la cláusula del Estado social y democrático de derecho¹⁵, se debe partir de un concepto de

¹³ Como ya se ha sostenido, estos principios del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* significan que “siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio.”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de 27 de febrero de 2013, exp. 45316 (entre otras decisiones similares).

¹⁴ En cualquier clase de decisiones jurídicas debe considerarse la razonabilidad de esta, que no solo se agota con la simple aplicación lógico-formal de la norma, sino que supone velar porque la decisión en el caso concreto consulte criterios de justicia material y no devenga en irrazonable, desproporcionada o, en suma, contraria a la constitución; se trata, entonces, de adoptar una decisión que satisfaga el criterio de aceptabilidad; y para lograr ello en buena medida contribuye la valoración de los principios constitucionales.

¹⁵ MELKEVIK, Bjarne. Rawls o Habermas. Un debate de filosofía del derecho. 1a ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006, p.141: En el otro extremo, y que cabe comprender también dentro del discurso de la modulación de la discrecionalidad se encuentra la tesis de Habermas acerca del estado de derecho

discrecionalidad sustentado en la idea de una simple “*habilitación*” normativa a la autoridad para la concreción del derecho bajo escenarios de indeterminación, sustrayendo, por lo tanto, cualquier explicación del fenómeno de la artificial y peligrosa argumentación de estar vinculada su existencia a un ámbito de “*libertad de selección*”, arbitraria, subjetiva o pasional del servidor público.

(...)

6.- Se trata, entonces, de una concepción realmente material, sustancial y positiva de la discrecionalidad en cuanto norma habilitante del juez administrativo para adoptar decisiones acordes con los preceptos del Estado social y democrático de derecho¹⁶, en contra de posturas estrictamente formales o negativas, desconocedoras de parámetros de racionalidad y justificación para la decisión discrecional, fundadas por fuera de la racionalidad¹⁷.

7.- El asunto resulta elemental: allí donde el juez administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización¹⁸, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial¹⁹. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad.”²⁰

democrático: “El Estado de derecho democrático no es simplemente un Estado de dominación, de amenaza, como lo había preconizado MAX WEBER. HABERMAS llega incontestablemente a una conclusión opuesta. En efecto, WEBER concibe el derecho como una dominación y sostiene así una concepción positivista del derecho ajena a toda cuestión de legitimidad. Por el contrario, HABERMAS, como lo habíamos mencionado, fusiona las nociones de legitimidad y de legalidad, lo cual es símbolo del paradigma democrático de la autolegislación que se efectúa por intermedio del proceso democrático que debe situarse dentro del corazón mismo del Estado moderno. Se desprende de lo anterior que el Estado no puede ser legítimo o legal sino en la medida en que respete al proceso democrático. Dicho de otra manera, el Estado democrático no puede ser sino el destinatario de la legitimidad y de la legalidad que le otorga el mencionado proceso. El respeto a los derechos, a las normas y a las instituciones seleccionadas, así como la institucionalización de la seguridad y de la estabilidad jurídicas reposan, en consecuencia, exclusivamente sobre los procesos democráticos. Esta es la razón por la cual el Estado de derecho democrático no puede en adelante estructurarse a partir del poder y de la dominación. No tiene otra fuente de legitimidad y de legalidad que aquella que le otorgan esos procesos democráticos”.

¹⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial. Madrid, 2004, pp.79 a 86.

¹⁷ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. 2a ed. 1a reimp. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008, pp.208 y 209.

¹⁸ ALEXY, Robert, “Deber ideal”, en BEADE, Gustavo A.; CLÉRICO, Laura (eds). Desafíos a la ponderación. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2011, p.14.

¹⁹ STONE SWEET, Alec; MATTHEWS, Jud. Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global. 1a ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2013, pp.174 a 177 (Colección Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No.64).

²⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El principio de proporcionalidad: Instrumento para la reconducción objetiva de la actividad judicial en escenarios de discrecionalidad. (próximo a ser publicado). El presente trabajo constituye un desarrollo de la línea de investigación en materia de aplicación del principio de proporcionalidad que se inició con los estudios que sobre la materia incorporé en mi tesis doctoral titulada “El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos”, dirigida por el Catedrático de Derecho Administrativo D. Luciano Parejo Alfonso, presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España) el 25 de febrero de 2010, la cual obtuvo la máxima calificación sobresaliente cum laude otorgada por el Tribunal respectivo. El artículo aborda de manera resumida el modelo metodológico que hemos adoptado para resolver los conflictos a que tiene que enfrentarse cualquier autoridad (administrativa, judicial o legislativa), en los casos en los que deba adoptar decisiones en escenarios de discrecionalidad. Este planteamiento teórico que utilicé para resolver los problemas jurídicos de mi tesis doctoral, lo he venido empleando en diferentes trabajos e investigaciones académicas publicados en los últimos tres años y relacionados en la siguiente forma: El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de

3.10.- En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica **i)** que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); **ii)** que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario **iii)** llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación²¹, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos²² (pasos a y b) y, luego de ello, se procede a c) que ordena analizar si se encuentra *justificado* que la satisfacción de uno de los principios afecte al otro; aplicando las consideraciones vertidas en iii) en la materia que se está tratando, hay que decir que ello implica valorar si está justificada la adopción de la medida cautelar para la protección de un derecho en circunstancias de amenaza, en desmedro de la administración. El propio artículo 231 del CPAyCA da lugar a esta consideración imperativa en el numeral 4 literales a) y b) cuando prescribe como exigencia

su estructuración en función de los intereses públicos. Tesis Doctoral presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España), 25 de febrero de 2010, dirigida por el Catedrático Luciano Parejo Alfonso, pp. 20, 22, 29, 58, 67, 74, 78, 81, 240, 366, 369, 416 a 452, 454 a 476, 483, 490 a 498, 503 a 509, 515, 516, 519, 569, 591, 595 a 599, 606, 610, 612 y 615; Procedimientos administrativos y tecnología. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 270; “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”, en BREWER-CARIAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 178, 180, 185, 187, 191, 207, 226, 256, 257, 261, 271, 279, 280 a 292, 324 y 330; “Aproximaciones a los procedimientos administrativos en la Ley 1480 de 2011. El Estatuto del Consumidor y sus relaciones con la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo”, en VALDERRAMA ROJAS, Carmen Ligia (Dir). Perspectivas del derecho del consumo. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013; “Reflexiones en torno a la potestad administrativa sancionadora. El principio de proporcionalidad y su vincularidad a esta actividad administrativa”, Ponencia presentada en el XII Foro de Derecho Administrativo Latinoamericano, Arequipa (Perú) celebrado entre el 28 de octubre y el 1 de noviembre de 2013 (próximo a publicarse en Lima, Perú, y como libro en Bogotá por el Departamento de Derecho Minero y Energético de la Universidad Externado de Colombia en 2014); “El Contrato de Concesión de Servicios Públicos: Reglas para su debida estructuración”, en MATILLA CORREA, Andry; CAVALCANTI, Bruno (Coords). Estudios Latinoamericanos sobre concesiones y PPP. Ratio Legis, Madrid, 2013, pp. 63 a 150 (próximo a publicarse en México como libro).

²¹ La ley de ponderación, siguiendo a Alexy, quiere decir que “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales (Epílogo). 2º edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales [Trad. Carlos Bernal Pulido] 2008, p. 529.

²² A través de una escala triádica de leve, medio o intenso.

“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.”

3.11.- Es en los anteriores términos que se impone analizar el contenido y alcance, en general, de las medidas cautelares en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

4.- La suspensión provisional de los actos administrativos, como medida cautelar en el proceso contencioso administrativo.

4.1.- En el marco de las diversas medidas cautelares instauradas en el nuevo procedimiento contencioso administrativo se encuentra la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Nacional y desarrollada por los artículos 231 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. La suspensión provisional constituye un importante instrumento de naturaleza cautelar, temporal y accesorio, tendiente a evitar que actos manifiestamente contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso donde se hubiere decretado la medida, como producto de una solicitud fundamentada del impugnante, que en consideración del juzgador sea procedente en razón de la claridad de la infracción al principio de legalidad. En consecuencia, es presupuesto básico de la medida que el acto esté produciendo sus efectos jurídicos²³. En este sentido, su finalidad no puede ser otra que la de evitar, transitoriamente, la aplicación del acto administrativo, en virtud de un juzgamiento provisional del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho²⁴

4.2.- De acuerdo con los anteriores argumentos, cabe afirmar que la suspensión provisional como medida cautelar diseñada para el procedimiento contencioso administrativo procede, a petición de parte, “cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de pruebas allegadas con la solicitud”, figura que ha

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 18 de julio de 2002, exp. 22477, C.P. Alir Eduardo Hernández Enríquez: “La jurisprudencia ha precisado que, por tratarse de una medida cautelar, su procedencia quedará obstaculizada cuando el acto se ha cumplido y sus efectos –y por consiguiente el perjuicio– se han consumado”.

²⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de derecho administrativo. Contencioso Administrativo, T.III, 3ª reimp., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.482.

sido ampliamente definida en cuanto a su contenido y procedencia por la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación²⁵ en los siguientes términos:

“... En efecto, la figura de la suspensión provisional es una medida cautelar de raigambre constitucional, de estricto carácter provisional, objetivo y accesorio, inherente a las funciones de control preventivo de la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos, atribuida a la jurisdicción de lo contencioso administrativo que impide, previa decisión motivada de la autoridad judicial competente, que los actos de esta naturaleza que sean manifiestamente contrarios al orden jurídico continúen produciendo efectos mientras se decide de fondo en el proceso correspondiente sobre su constitucionalidad o legalidad, previniendo de esta manera el peligro que tal situación implica para el interés general de las instituciones y en particular para los asociados,²⁶ por lo tanto, instrumento vital de carácter material consolidador de los presupuestos de la cláusula constitucional del Estado social de derecho...”

Es provisional porque su existencia es precaria toda vez que el pronunciamiento de la decisión final normalmente la extingue, sin olvidar que puede ser modificada o levantada en presencia de las circunstancias previstas por la ley; objetiva porque la decisión que la adopte debe fundarse en estrictas consideraciones de clara y evidente contradicción entre el acto administrativo y el ordenamiento jurídico superior, y no en consideraciones personales o subjetivas del juzgador; accesoria porque no constituye el centro del debate procesal y está sujeta a lo que disponga el fallo que ponga fin al proceso; y, finalmente, motivada porque siendo una decisión judicial, la garantía del debido proceso y el deber del sometimiento del juez al imperio de la ley, exigen una adecuada y suficiente exposición,²⁷ argumentación y reflexión de las razones en que se fundamenta²⁸ la manifiesta y ostensible infracción del ordenamiento jurídico por el acto administrativo impugnado.

En consecuencia, tal como lo ha sostenido esta Corporación,²⁹ el hecho de exigirse una violación manifiesta para la procedencia de la suspensión provisional, no excluye en manera alguna la interpretación de la ley ni la debida y suficiente motivación por parte del juez de lo contencioso administrativo.

Ahora, la realización de esta actividad garantística de motivación no implica romper las fronteras de una medida cautelar para incursionar en la decisión de fondo.

De otro lado, esa manifiesta infracción debe establecerse a partir de la aplicación de alguna, o de ambas, de las metodologías indicadas en el inciso 2 del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, esto es, de la confrontación directa del acto administrativo impugnado con el ordenamiento jurídico superior invocado como infringido, o también, mediante la confrontación del acto administrativo impugnado con el texto de los documentos aducidos con la solicitud que por sus características o contenidos normativos permitan establecer lo manifiesto de la infracción al ordenamiento jurídico.

En síntesis, para la procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo resulta imprescindible que la vulneración del ordenamiento jurídico sea evidente, ostensible o notoria, vulneración que se pone en evidencia por medio de cualquiera de las dos metodologías antes mencionadas, esto es, el juez debe llegar a esa conclusión realizando un cotejo directo entre el acto administrativo demandado y las normas que se invocan como transgredidas o mediante el análisis de los documentos presentados con la solicitud.

²⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 22 de marzo de 2011, CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 38.924.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-977 de 1992.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-064 de 2010.

²⁸ Artículo 303 del C. P. C. que desarrolla los artículos 29, 228 y 230 de la Constitución, aplicable por remisión del artículo 267 del C. C. A.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 27 de Mayo de 2009, (Expediente 36.476).

Finalmente, entre la norma que se dice vulnerada y el acto administrativo acusado debe existir una situación de subordinación jurídica, pues de no existir, la medida cautelar se tornaría improcedente ya que no se configuraría la manifiesta infracción a la que se refiere expresamente el artículo 152.2 del C. C. A.”

4.3.- En relación con este aspecto de la necesaria motivación de toda providencia que resuelva la solicitud de suspensión provisional debidamente solicitada dentro de un proceso contencioso administrativo en esta misma providencia se hace énfasis en lo siguiente:

“La Sala considera que la interpretación y la argumentación son imprescindibles e inescindibles en la actividad judicial.

En efecto, los jueces están conminados de manera permanente y continúa a interpretar las normas, incluso cuando se considera que una determinada disposición jurídica es clara y unívoca, pues en estos eventos el Juez, previamente, ha desarrollado un ejercicio hermenéutico para arribar a tal conclusión.

Afortunadamente, ya hace mucho tiempo que se superaron las concepciones formalistas y deductivistas de la interpretación, según las cuales la actividad judicial se limitaba a la simple verificación del derecho y a su aplicación automática a unos determinados hechos y, en consecuencia, el Juez sería simplemente “la boca que pronuncia las palabras de la ley; unos seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza, ni el rigor de aquella.”³⁰

Pretender que el Juez no desarrolle ningún ejercicio hermenéutico ni argumentativo ante una expresión legal (Como por ejemplo la incluida en el artículo 152 del C. C. A: “manifiesta infracción de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma”), sino que aplique sin consideración alguna la disposición, es desconocer abiertamente la necesaria relación entre interpretación, argumentación, actividad judicial y el deber de los jueces de motivar sus decisiones, postulado propio de toda sociedad enmarcada en los preceptos del Estado social y democrático de derecho.”³¹

4.4.- Su procedencia está determinada por la evidente, ostensible, notoria o palmaria vulneración del ordenamiento jurídico, establecida mediante la confrontación de un acto administrativo con el universo normativo superior al cual está sujeto, y la necesidad de proteger provisionalmente la legalidad mientras se profiere la decisión definitiva respecto del acto administrativo demandado.

4.5.- Esto significa que la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada sobre los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio.

³⁰ Montesquieu, Charles Louis de Secondat. Del Espíritu de las leyes. Primera Parte, Libro XI, Capítulo 6.

³¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 22 de marzo de 2011, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 38924.

4.6.- Ahora bien, para arribar a la conclusión de que la norma demandada atenta contra el orden jurídico debe el juez necesariamente hacer un proceso de interpretación de la ley y materializarlo en una debida y suficiente motivación, sin romper las fronteras que implica la medida cautelar para incursionar en la decisión de fondo.

4.7.- También debe el juez establecer que entre la norma que se dice vulnerada y el acto administrativo acusado exista una situación de subordinación jurídica, pues de no existir, la medida cautelar se tornaría improcedente, ya que no se configuraría la manifiesta infracción exigida en la norma.

4.8.- Requisitos de la solicitud de suspensión provisional.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos, en los siguientes términos:

“Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 231. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.
(...)”

4.9.- De la normativa en cita, se deducen como requisitos para la procedencia de dicha medida cautelar que i) sea solicitada por el demandante, ii) procede cuando existe una violación que 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, iii) si se trata de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho debe acreditarse, de manera sumaria los perjuicios que se alegan como causados por los actores.

4.10.- Ahora bien, bajo los supuestos legales referidos y para determinar sobre la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos demandados se procederá a efectuar el respectivo análisis de cada uno de los cargos invocados por el actor, para así determinar si en el presente asunto se vislumbra una infracción evidente u ostensible de las normas superiores cuya transgresión se alega.

5.- Los cargos esgrimidos por el actor

5.1.- La parte demandante elevó la solicitud de suspensión provisional respecto de las Resoluciones 001879 de 2013 y GTRM No. 252 de 26 de abril de 2012, en los siguientes términos:

“1.- VIOLACIONES GRAVES AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN QUE INCURRIÓ EL SERVICIO GEOLOGICO COLOMBIANO Y LA AGENCIA NACIONAL PARA LA MINERIA.

De lo expuesto anteriormente se evidencia que EL SERVICIO GEOLOGICO COLOMBIANO, con su actuar, ha incurrido en las siguientes violaciones al principio de legalidad al que están sometidas todas sus decisiones, y está generando graves daños de al patrimonio de mi poderdante, colocándolo además por la imposición de las sanciones penales que le pueden generar los actos acusados, una inhabilidad especial para desarrollar la única actividad que conoce como profesión la minería, vulnerando de esta forma además derechos constitucionales como el derecho al trabajo y a escoger de manera libre profesión u oficio.

1.1 DESCONOCIMIENTO DE LAS NORMAS DEFINIDAS EN LA LEGISLACION MINERA y orientadas a la facilitación de la extracción del mineral concesionado: 158, 271, 273 y 274 de la ley 685 de 2001 y sus propios CONCEPTOS JURIDICOS EMITIDOS CON ANTERIORIDAD:

1.2. VIOLACION DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL DEBIDO PROCESO Y DESCONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS artículo 58 C.N.

Esta vulneración surge claramente cuando la autoridad minera EL SERVICIO GEOLOGICO COLOMBIANO, Y LA AGENCIA NACIONAL DE MINERIA, desconocen los trámites, correcciones y demás actividades ejecutada por Mi Mandante para concretar su SOLICITUD DE CONCESION MINERA, bajo el imperio de la ley vigente, ley 685 de 2001, y posteriormente y por causas imputables a la autoridad minera, lo obligan a cumplir con las obligaciones definidas en la derogada ley 1382 de 2010.

Desafortunadamente la AUTORIDAD MINERA en un apresurado procedimiento, desconoce las pruebas arrimadas al expediente y las propias receptadas directamente por ella como son el pago de los cánones mensuales anticipados (ley 1382 de 2010), los requerimientos para que el oferente de la concesión firmara la minuta del contrato de concesión minera y, aún el texto del propio contrato de concesión suscrito por la sociedad ACTORA COLGEMS, una vez satisfecho todos los requisitos, vigentes, y frente a la autoridad minera de la época (Secretaria de Minas del Departamento de Bolívar), quien inexplicablemente jamás perfecciono dicho contrato de concesión minera, que se adjunta como prueba.

Aparece en este punto la arbitrariedad de la autoridad minera, para aprobar y rechazar propuestas de contratos de concesión minera, pues como se prueba con la documental arrimada como **pruebas números 9 y 10 del texto de la DEMANDA**, se adjuntan copia simple del CONTRATO DE CONCESION MINERA No. JA4-14001, y de su respectivo REGISTRO MINERO, expedido por la propia AGENCIA NACIONAL DE MINERIA, título minero, que fue solicitado por la ACTORA, conjuntamente con la solicitud hoy rechazada JA4-14041 y que es el objeto de la presente demanda. Repito Honorables Magistrados no se explica como una propuesta si cumple y se concreta en el TITULO

MINERO JA4-14001, mientras la otra propuesta en igualdad de condiciones no pudo concretarse y es el objeto de un largo periodo de estudio, que tiempo después, (2008 a 2012) cuatro años, es objeto del abusivo e ilegal rechazo. Este desconocimiento de la normatividad minera advierte una inestabilidad jurídica para todos los particulares de la actividad minera en COLOMBIA, quienes quedarían a merced de la arbitrariedad de la autoridad minera de turno.

Y es aquí donde la autoridad minera ratifica su yerro judicial y agrava el obrar lícito de la ACTORA, HONORABLES MAGISTRADOS, pues con el conocimiento del obrar lícito de mi Defendida COLGEMS y además notificada de la actuación procesal iniciada por esta para salvaguardar sus derechos contractuales y patrimoniales, decide dejar de lado la minuta suscrita por el actor después de un largo y tortuoso proceso gubernativo y RECHAZAR SU PROPUESTA DE CONTRATO por supuestas e inexistentes incapacidades legales y en contravención de la propia norma minera (ley 685 de 2001).

2- DAÑO INMINENTE QUE ESTAN GENERANDO LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS.

De la simple lectura de lo antes mencionado, se observa una evidente violación del principio de legalidad y la vulneración al derecho constitucional del debido proceso, desconocimiento de los derechos adquiridos y a la presunción de legalidad de actos administrativos existentes y ejecutados por autoridad minera con el cumplimiento de requisitos vigentes, en que incurrió EL

SERVICIO GEOLOGICO COLOMBIANO Y la AGENCIA NACIONAL DE MINERIA cuando profirió y ratificó los actos administrativos que hoy se demandan, los cuales, además de estar generando una lesión grave al ordenamiento jurídico, están generando graves perjuicios al demandante, al tener que enfrentar esta acción judicial y soportar las cargas civiles y económicas que la misma les implica, tales como la imposibilidad de laborar en la única profesión que desarrolla la minería.” (fls 4-6, cdno medidas cautelares)

6.- Los escritos de oposición a la prosperidad de la medida cautelar.

6.1.- El Servicio Geológico Colombiano SGC manifestó que en razón a las funciones que fueron asignadas en el acto de su creación, el Decreto-Ley 4134 de 2011, dicha Entidad “no cuenta con las calidades necesarias para componer el extremo pasivo de la Litis” en tanto que la discusión versa sobre un asunto minero cuya competencia corresponde a la Agencia Nacional de Minería a partir del 2 de junio de 2012 (conforme al Decreto-Ley 4134). Como consecuencia, consideró que no contaba con elementos para pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada.

6.2.- La Agencia Nacional de Minería presentó su escrito de oposición a la medida cautelar señalando que había ausencia de los requisitos para el decreto de ésta, pues, en cuanto a la ilegalidad de los actos demandados señaló que “las mismas [las Resoluciones] se encuentran debidamente sustentadas en la normativa minera vigente; específicamente, en lo relacionado con el término de duración de la sociedad y la falta de capacidad legal para formular propuesta de concesión

minera y para celebrar el correspondiente contrato con la misma.”. Frente a la alegación del actor según la cual se está vulnerando un derecho adquirido la ANM señaló que se trataba de una mera expectativa “la cual tenía la vocación de convertirse en derecho, siempre que la solicitud presentada cumpliera con la totalidad de requisitos técnicos y jurídicos para el otorgamiento de un contrato de concesión minera”. Por último, argumentó que no se cumple el requisito de acreditar sumariamente los perjuicios causados.

7.- Caso concreto.

En el presente caso, el Despacho encuentra que no es procedente acceder a la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos demandados. El fundamento de esta determinación reside en el hecho de que la cuestión litigiosa propuesta por el demandante requiere una verificación de aspectos probatorios (verificación detallada del trámite administrativo surtido) y jurídicos complejos (determinación del sentido y alcance de diversas figuras jurídicas propias del procedimiento administrativo minero) que, en estricto sentido, no son propios de esta prematura etapa procesal; advirtiéndose, entonces, que será en el momento del fallo, una vez que se cuenten con mayores elementos de juicio, que esta judicatura resolverá lo pertinente sobre la nulidad de las decisiones administrativas impugnadas ante esta Corporación.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

NEGAR la suspensión provisional de los efectos de la Resolución GTRM No. 252 de 26 de abril de 2012 – proferida por el Servicio Geológico Colombiano- y la Resolución No. 001879 de 12 de abril de 2013 –proferida por la Agencia Nacional de Minería; mediante las cuales se rechazó y archivó la propuesta de contrato de concesión minera elevada por la Sociedad demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA