

Procedimiento contencioso administrativo y medidas cautelares



Imágenes extraídas de google, Corina Duque A.

Globalización del derecho



Kelly Eamonn (2009)

- La sociedad global, altamente mediática , exige que el derecho pueda regular fenómenos y situaciones emergentes - entre Estados y ciudadanos-
- Transnacionalización de las relaciones

Globalización del derecho

- Elemento constitutivo de la globalización del derecho:

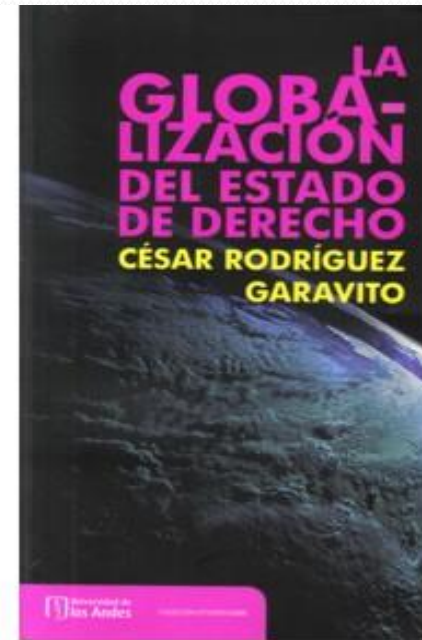


- La ecumenización o humanización de las relaciones jurídicas

Globalización del derecho

Rodríguez Garavito (2009)

- Fenómeno global de élites, con acercamiento entre neoliberalismo neoconstitucionalismo, paralelo activismo judicial
- ¿La reforma seguirá siendo objeto de disputa entre los diferentes actores e intereses particulares –contratación estatal, laudos arbitrales-cuyas visiones contraponen a la construcción de Estado social haciendo prevalecer mercado por encima de los derechos e impidiendo la administración de justicia?



Globalización de las organizaciones

Yong Serrano (2009)

- Responsabilidad pública y privada
- El deber de no causar daño a otro
- La obligación de indemnizar por daños que el ciudadano de deba soportar
- Daño, nexo causal, antijuridicidad
- Teoría objetiva de la responsabilidad del Estado
- Realización efectiva de derechos



El nacimiento del nuevo derecho administrativo

- Sin fronteras nacionales
- Sin líneas divisorias entre el derecho público y el privado
- Que efectivice los derechos fundamentales



El nacimiento del nuevo derecho administrativo



- Convergencia entre servicios y plataformas informáticas
- Convergencia entre derecho mercantil y contratación estatal.

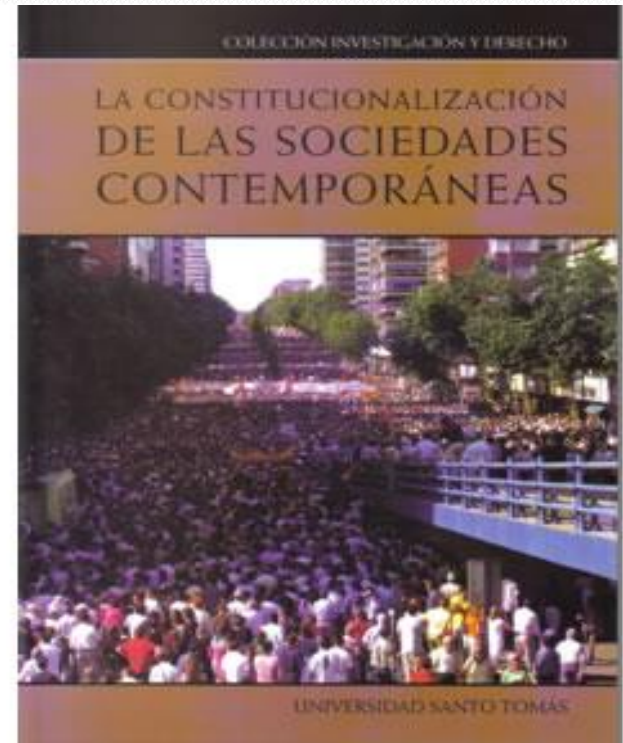
Ley 1437 de 2011



- Esfuerzo mancomunado de las tres ramas del poder público.
- Liderazgo del Consejo de Estado
- Participación amplia de los servidores judiciales y los órganos de control.
- Discusión de las iniciativas en espacios académicos.

Objetivos de la Reforma

- Concretar la constitucionalización de la función pública.
- Realizar los derechos fundamentales en sede administrativa.
- Garantizar la seguridad jurídica con la aplicación unificada de la jurisprudencia .



Constitucionalización del derecho administrativo

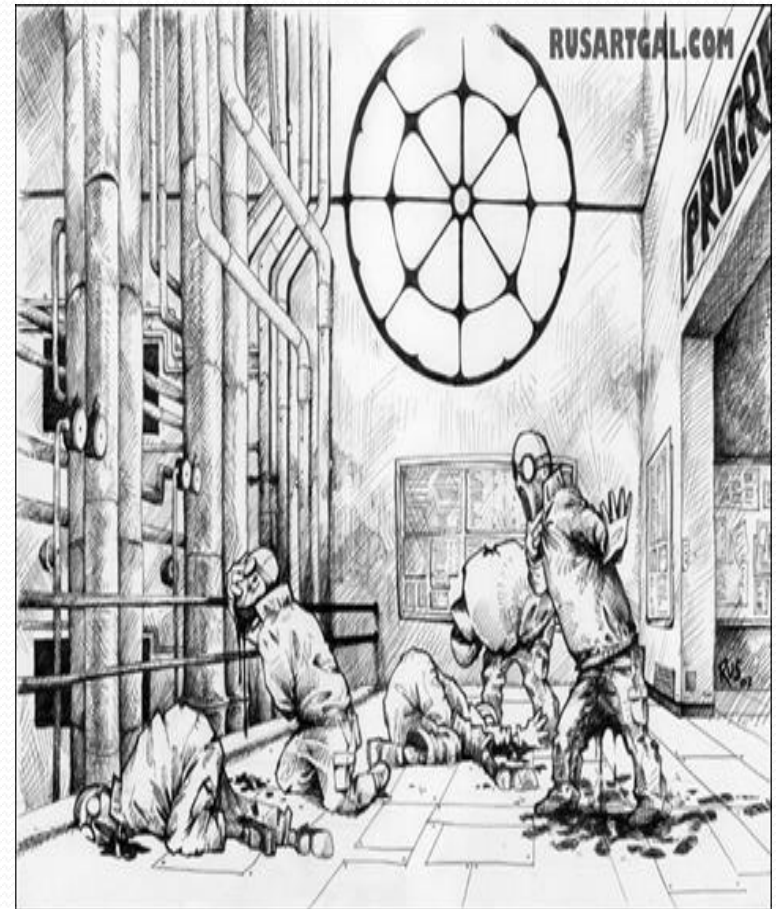
- Efectividad de los derechos como condición para la convivencia pacífica, para el desarrollo de la modernidad y para el bienestar general



Constitucionalización del derecho administrativo

Requisito *sine quanon* del progreso:

- El reconocimiento, el respeto y la realización de los derechos.
- El avance hacia la seguridad jurídica «unidad de pensamiento jurídico»
- Utilización del precedente judicial



Constitucionalización del derecho administrativo



- En el Estado social de derecho se exige la ayuda del Estado para superar las desigualdades.
- La igualdad se realiza procurando un mínimo existencial, la procura del orden económico y del orden social

Constitucionalización del derecho administrativo

- El principio de la fraternidad concilia la contradicción entre libertad y la igualdad en aras de conseguir una sociedad más justa.



Constitucionalización del derecho administrativo

Características:

- Proceso material que hace pasar una norma de valor legal a valor constitucional: Función pública, derecho de petición.
- Como consecuencia de ello el derecho administrativo adquiere una mayor protección y se garantizan mejor el ejercicio de libertades públicas .
- Identificación del origen de la norma: constitucional o jurisprudencial: derecho de petición a particulares.
- Dicotomía entre normas de referencia del bloque de constitucionalidad y normas objeto de control constitucional: Los protocolos del sistema interamericano de derechos humanos y la reparación de víctimas.



Desafíos de la administración



- Cambio de actitud del servidor público
- Valores corporativos: igualdad, fraternidad
- Reconocimiento en sede administrativa de los derechos fundamentales .
- Aplicación de la Constitución y la jurisprudencia unificada como criterios de actuación administrativa

Desafíos de la justicia

- En la función judicial se espera un cambio de actitud de los jueces hacia la inmediación y la oralidad.
- Disminución de niveles de desconfianza mutua
- Inmediación de pruebas
- Agilización de procedimientos y de fallos
- Acceso efectivo a la justicia
- Eficacia y legitimidad de la jurisdicción



Diagnóstico de la Justicia contenciosa

Informe del C.S J. (2010)

- 9% del total de procesos vigentes en el sistema judicial
- 34% nulidad y restablecimiento, 28% tutelas, 10% acciones de reparación directa, 6% acciones populares
- Incremento de demandas en un 237% (desde el 2005)
- Promedio de evacuación del 100%
- Inversión pasó de 1.600 a 30.000 millones en el 2011.
- La GTZ colabora con las líneas jurisprudenciales



Coyuntura de la Reforma

- Déficit de confianza mutuo
- Dilación en trámites administrativos y judiciales
- Rama Judicial deslegitimada
- Congestión judicial



**¿COMO REFORMAMOS LA CULTURA
PARA EL SERVICIO PÚBLICO?**



Diagnóstico de la justicia

- Inseguridad jurídica
- Federalización de la jurisprudencia
- Inexistencia de líneas jurisprudenciales
- Precedentes judiciales contradictorios



Recomendaciones del BID

- Práctica de pruebas con eficiencia y eficacia
- Implementación de la oralidad
- Adecuación de procedimientos
- Procedimientos electrónicos



El nuevo código contencioso administrativo

- Mayor seguridad jurídica
- Eliminación de costos de transacción
- Aplicación de jurisprudencia en sede administrativa y judicial



El nuevo código contencioso administrativo



- Compromiso de las tres ramas del poder público para el cumplimiento de las sentencias
- Prohibición de fallos inhibitorios
- Mayor comunicación entre administradores y administrados.

CONTENIDO DEL NUEVO CÓDIGO

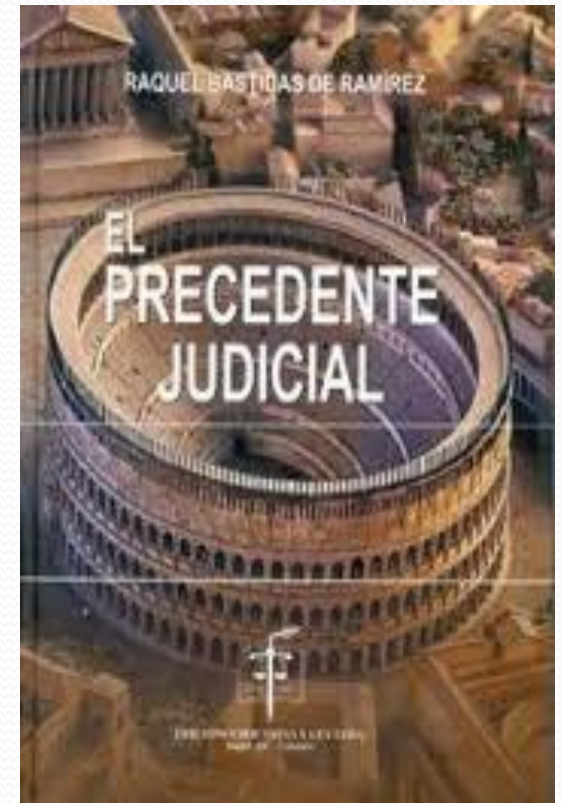
I. Principales cambios en el código de procedimiento administrativo

II. Principales cambios en el código contencioso administrativo.

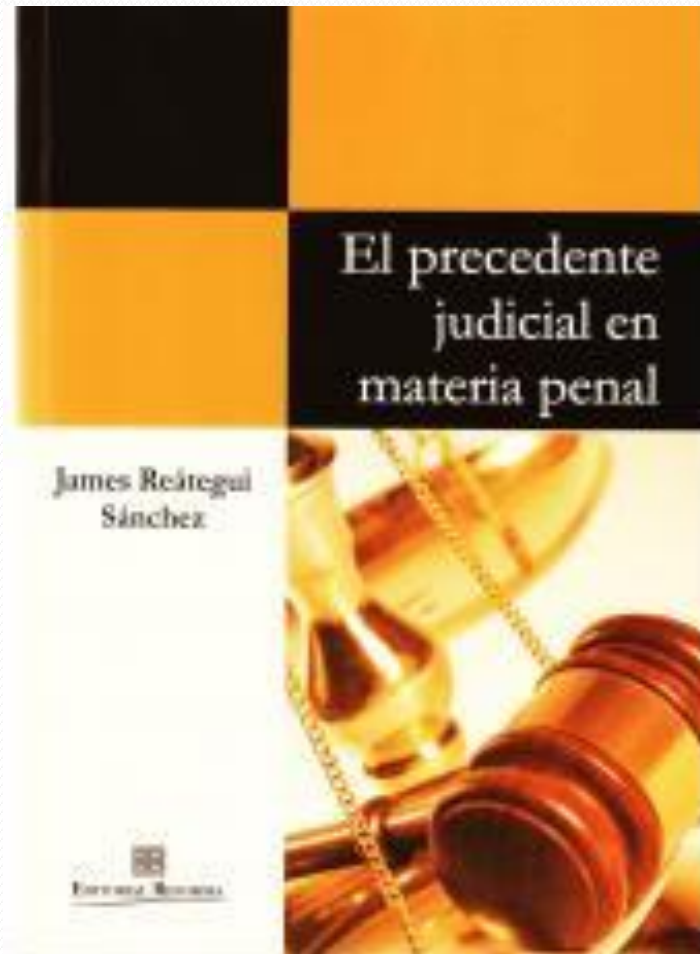
Jurisprudencia unificada

Ventajas de la extensión de la jurisprudencia unificada

- Tratamiento igualitario al ciudadano.
- Mejora la actuación administrativa y la tutela efectiva de derechos.
- Mejora la productividad y la competitividad
- Garantía de igualdad y seguridad jurídica
- Mayor compromiso , obra colectiva el precedente judicial con fuerza vinculante



Ventajas de la Jurisprudencia unificada



Diego López (2008)

- Genera progreso jurídico
- Facilita el acceso a la Adm Pca
- Disminuye costos de transacción
- Evita congestión judicial
- Efectiviza el derecho a la igualdad
- Mejora la función pública
- Hace predecibles los fallos
- Igualdad, transparencia en actuaciones judiciales
- Legitimidad de los jueces

II. Principales cambios en el procedimiento contencioso

- Reorganización de competencias y medios de control
- Inclusión de un procedimiento mixto
- Avance en la oralidad
- Medidas cautelares
- Medios probatorios
- Recurso de extensión
- Causales nuevas de nulidad electoral



Nuevas competencias



- Esquema mixto: criterio material y en algunos casos orgánico y funcional (naturaleza del asunto).
- Lista taxativa de temas (sin importar pública o privada), ejemplo responsabilidad extracontractual, contratación estatal.
- Cobija todas las autoridades públicas en función administrativa
- Medios de control y pretensiones, NO ACCIONES.

Procedimiento mixto y facultativo

- Oralidad y procedimientos escritos, se permite la grabación de audiencias
- Tres audiencias: inicial, de pruebas, de alegaciones y juzgamiento.



- Brevedad en las audiencias (10 minutos).
- En casos testigo se puede prescindir de las audiencias
- Contestación demanda (30 días)

Procedimiento mixto y facultativo....

- Programación electrónica del proceso y los términos.
- Se admiten las notificaciones electrónicas y en estrados
- La apelación y la adición de la demanda se ampliaron a 10 días.
- El auto que resuelve el incidente de responsabilidad por indebida medida cautelar es apelable



Medidas cautelares



Aplican en los procesos declarativos y son:

- Suspender el acto demandado
- Ordenar el reintegro del funcionario
- Suspender un procedimiento concurso o licitación
- Realizar obras o demoliciones
- Expedir órdenes de hacer o no hacer

Medios probatorios

- Las copias simples adquieren valor probatorio
- Los dictámenes pueden ser allegados por las partes
- Se puede pedir ampliación del plazo para contestar demanda con el fin de allegar peritazgos
- El juez puede pedir de oficio el perito
- La ampliación del dictamen se puede solicitar en la audiencia.
- Nulidad de pleno derecho cuando viola el debido proceso



Los medios de control

- Se crea la acción única con pretensión múltiple, - acumulación de pretensiones.
- Nulidad y restablecimiento: incluye conflictos de seguridad social y permite cambiar el reintegro por indemnización.
- Contractual : contratos de ESP con cláusulas exorbitantes.



Los medios de control

- Control por inconstitucionalidad: pronunciamiento sobre normas no demandadas – unidad jurídica-
- Nulidad: teoría de los móviles: admite los actos de contenido particular que no busquen el restablecimiento del derecho, para recuperar bienes de uso público, o efectos nocivos en el orden público.



La nulidad electoral

- Dos causales nuevas: La trashumancia y la doble militancia
- Se prohíbe la acción de tutela y la acción popular
- Se amplía el termino a 30 días
- La interponen las personas jurídicas



Protección de derechos colectivos



- Reclamación previa
- Se prohíbe suspender contratos en ejecución
- La acción de grupo se admite para temas laborales

Cuestionamientos a la reforma



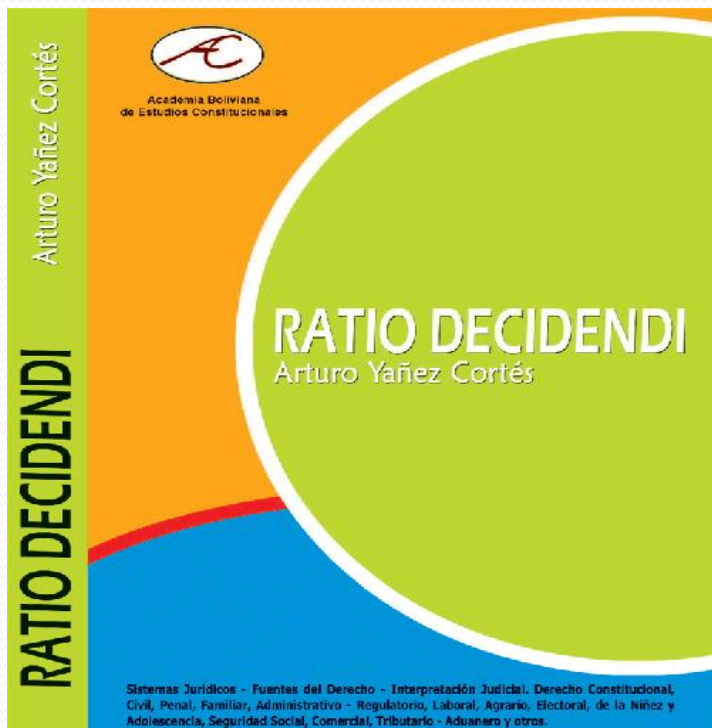
1. Financiamiento de la reforma
2. Ausencia de lineamientos para la aplicación de las sentencias unificadas
3. Riesgos del activismo judicial
4. Mantenimiento de la justicia rogada
5. Conservación de una ideología individualista

Financiamiento de la reforma

- Avanzar hacia la rendición de cuentas, la virtualidad, la oralidad exige destinación de recursos suficientes , de lo contrario la reforma se queda en letra muerta.
- La Ley 1285 de 2009 destinó temporalmente el 0.5% del PIB para la oralidad y la descongestión sin que se hayan situado los recursos allí establecidos., con un déficit del 70% de lo exigido.
- Ese déficit se mantuvo en el nuevo Plan de Desarrollo del Gobierno Duque.



Aplicación de sentencias unificadas



- Ausencia de lineamientos para su aplicación
- ¿Qué se entiende por «*ratio decidendi*»?
- ¿Qué reglas existen para extraer la *ratio decidendi*?
- ¿Cómo se realizan las variantes cuando las condiciones sociales o políticas lo exijan?

Activismo judicial

- Respecto de la facultad de imponer las medidas cautelares
- ¿Hasta dónde puede llegar la iniciativa del juez para ordenar obras, demoliciones?
- ¿Coadministración?
- ¿Separación de poderes?



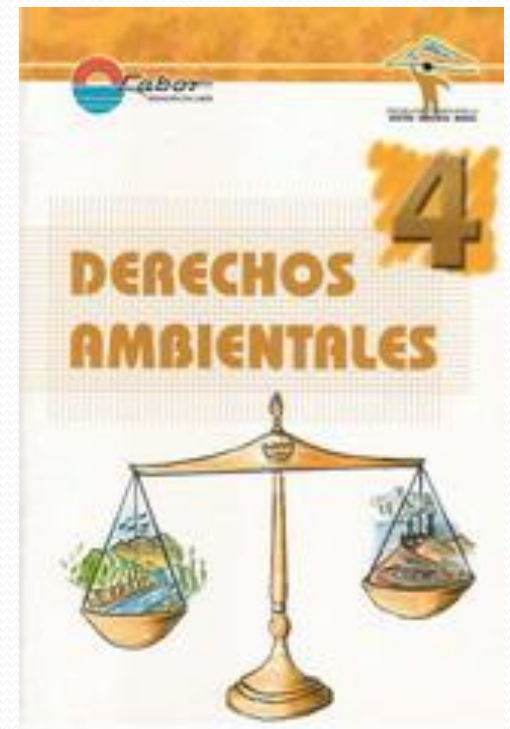
Conservación de una justicia rogada



- Se continúa con procedimientos dispositivos para la práctica de pruebas lo que impide buscar la justicia material.
- Para las masacres , falsos positivos, atentados terroristas se debió permitir al juez ser el director del proceso , sin limitar las pruebas. Se trata de hechos operaciones u omisiones de interés general, debiendo buscarse la verdad, la justicia y la reparación. (CIDH)

Ideología individualista

- No se avanzó hacia la apropiación de los derechos colectivos
- No existen reglas especiales o mecanismos de protección de intereses colectivos y por el contrario se limita el acceso a las acciones populares
- La ley 1425 de 2010 elimina el incentivo



ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO

Por: Corina Duque Ayala





ETAPA ESCRITURAL

1. Elaboración de la demanda

1. La designación de las partes y de sus representantes.
2. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en este mismo Código para la acumulación de pretensiones.
3. Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.



1. Elaboración de la demanda



4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.

5. La petición de las pruebas que el demandante pretende hacer valer. En todo caso, este deberá aportar todas las documentales que se encuentren en su poder.

6. La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.

7. El lugar y dirección donde las partes y el apoderado de quien demanda recibirán las notificaciones personales. Para tal efecto, podrán indicar también su dirección electrónica.

1. Demanda.....



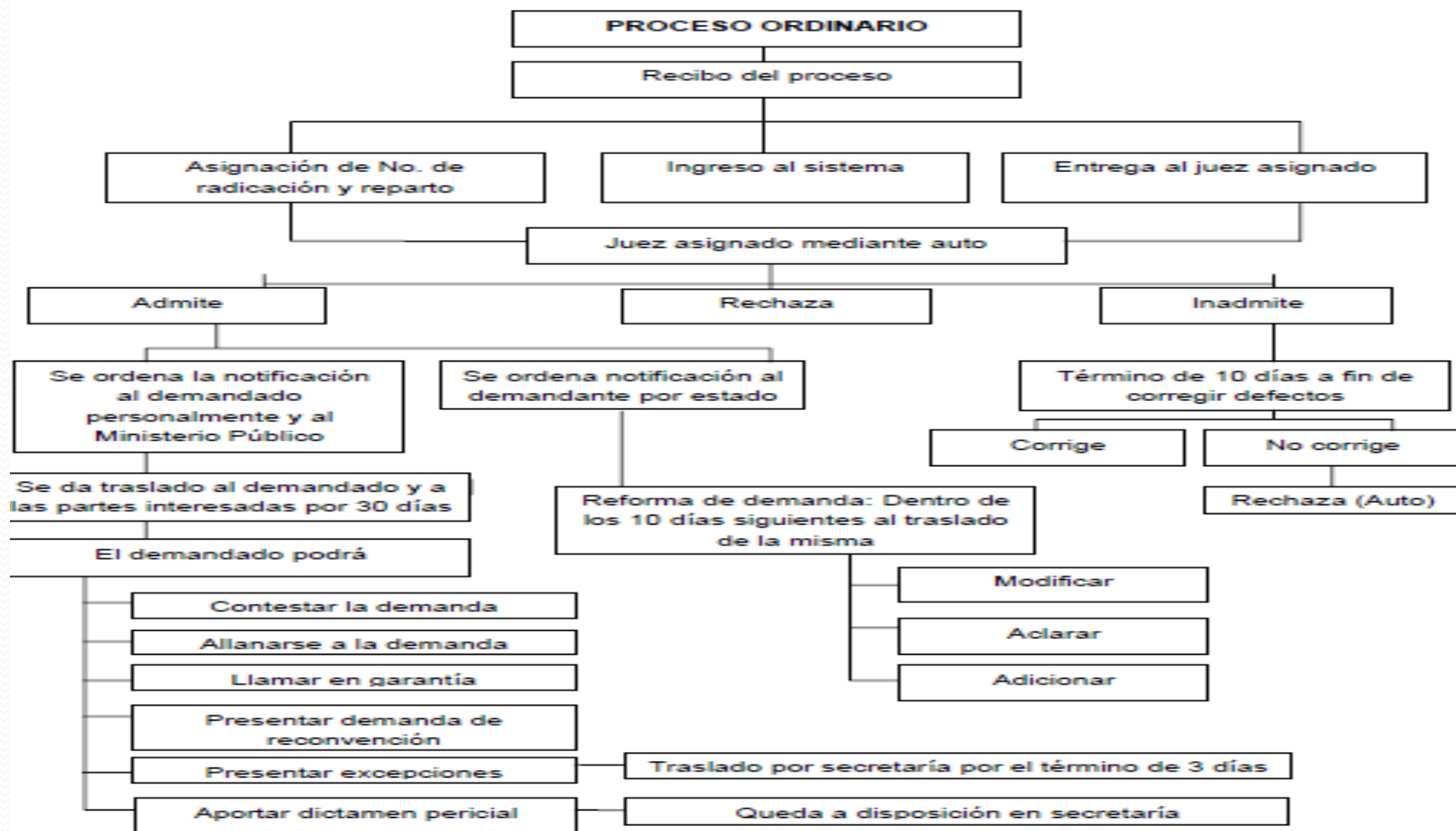
- **ARTÍCULO 163. INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PRETENSIONES.** Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión. Si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron.
- Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.

2. Rechazo de la demanda



- 1.-Cuando hubiere operado la caducidad.
- 2. Cuando habiendo sido inadmitida no se hubiere corregido la demanda dentro de la oportunidad legalmente establecida.
- 3. Cuando el asunto no sea susceptible de control judicial.

FLUJOGRAMA ETAPA INICIAL DEL PROCESO - LEY 1437 DE 2011

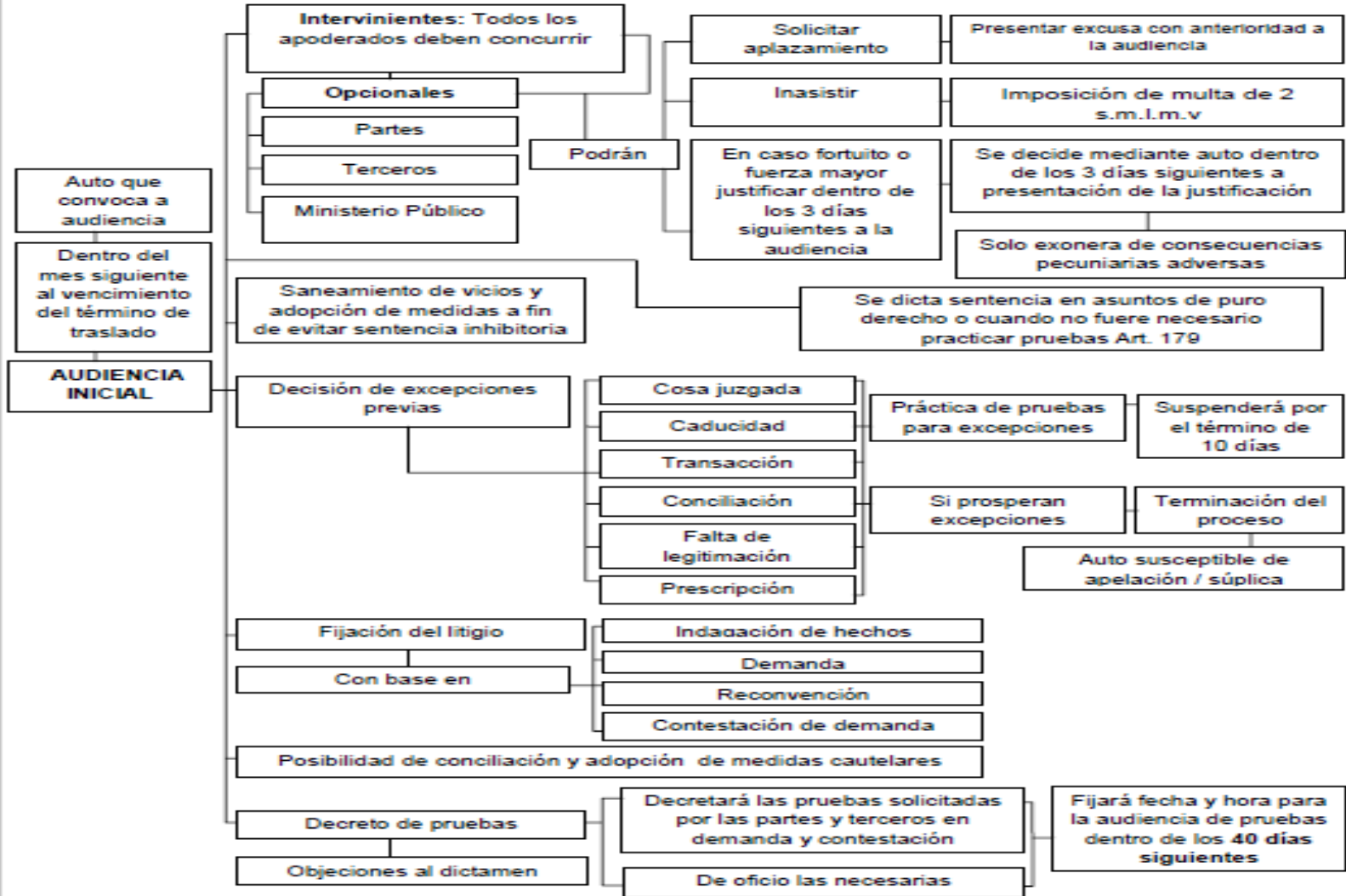


ETAPA ORAL

AUDIENCIA INICIAL

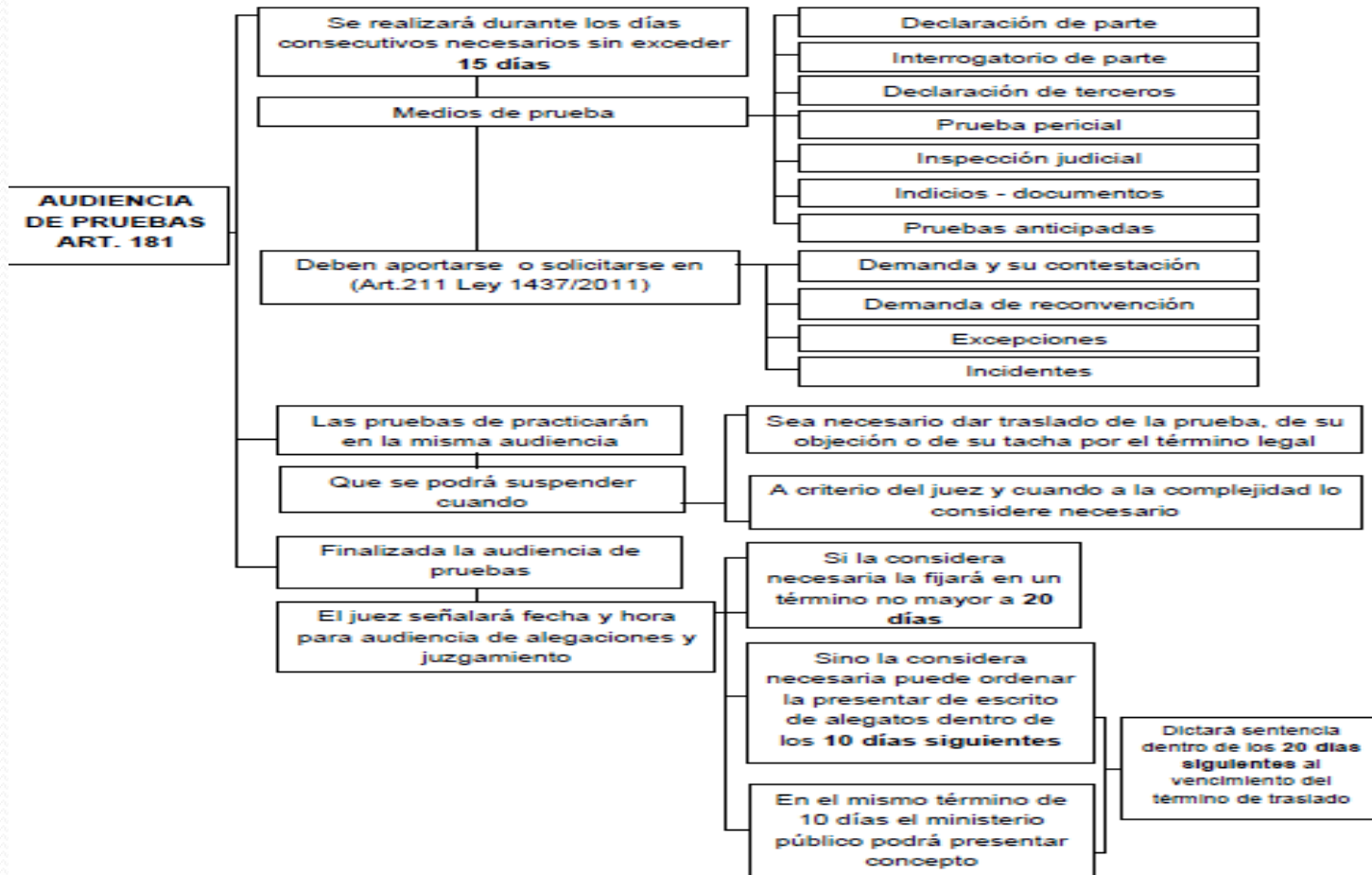


AUDIENCIA INICIAL ART. 180





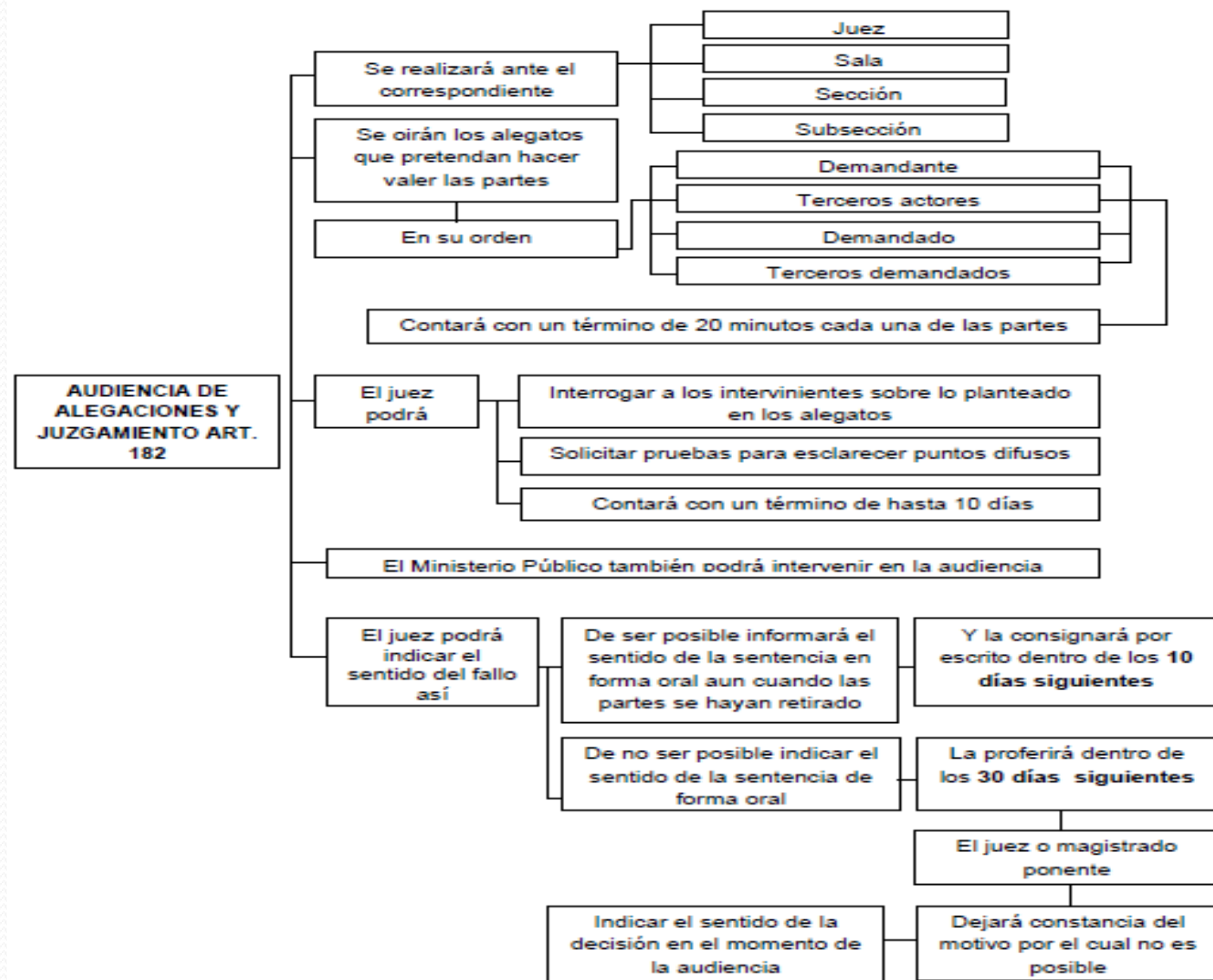
AUDIENCIA DE PRUEBAS



ETAPA ORAL

AUDIENCIA DE ALEGATOS Y JUZGAMIENTO



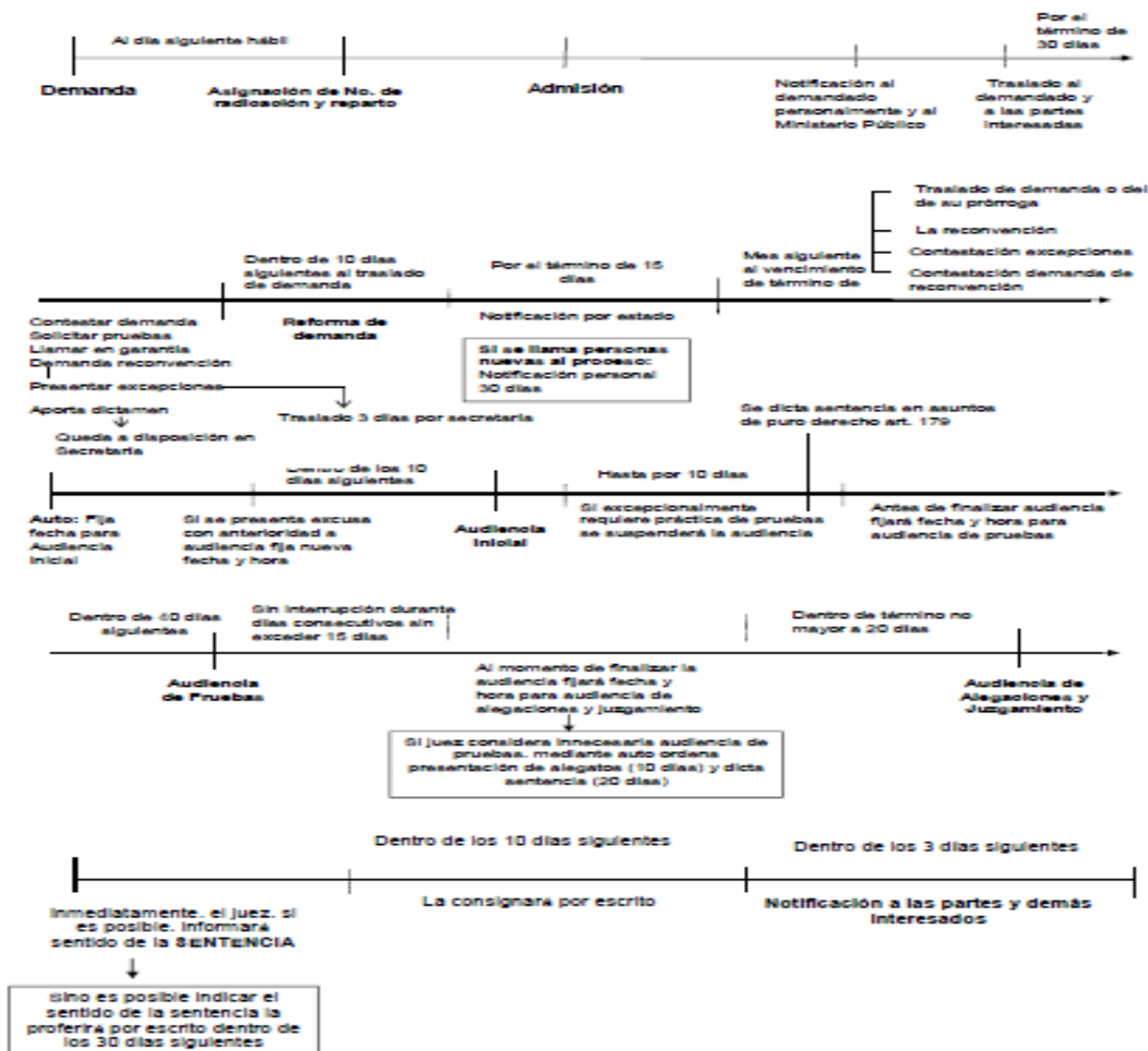


FLUJOGRAMA DE TIEMPOS





FLUJOGRAMA DE TIEMPOS – LEY 1437 DE 2011



MEDIDAS CAUTELARES



MEDIDAS CAUTELARES



Las medidas cautelares suponen un papel distinto del juez.

- ❖ Buscan hacer efectivo el control de la actividad administrativa mediante la adopción de medidas cautelares innominadas.
- ❖ Se busca hacer más eficaz la administración de justicia.



CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES

- Preventivas (se demanda la licencia ambiental y se solicita suspender el procedimiento sancionatorio por incumplimiento de la licencia).
- Conservativas (se ordena detener la demolición de un edificio porque tiene un valor histórico, cultural o arquitectónico).
- Anticipativas (se otorga una pensión a persona de la tercera edad, afectada por mínimo vital).
- De suspensión (se ordena la suspensión provisional del acto administrativo).

MEDIDAS CAUTELARES ESPECIALES



- ❑- Previstas en los artículos 237 a 239 del CPACA.
- ❑- Consisten en la suspensión de los efectos del acto del cual se pide su anulación.
- ❑- Ordenar demoler, hacer, etc.

Características



- La facultad de decretar medidas cautelares no puede usarse como un anticipo del fallo.
- Buscan garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.
- La facultad de decretar medidas cautelares, debe ejercerse con prudencia y responsabilidad.

Características

CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

- 1. **Provisionalidad:** las providencias cautelares están a la espera de que en el proceso se dicte la providencia definitiva o principal, por lo que no tienen vocación de permanencia en el tiempo.
- 2. **Instrumentalidad:** nunca constituyen un fin en sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente; nacen al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito (Calamandrei).

- Cuándo se puede solicitar el decreto de medidas cautelares? (233 CPACA)
- Desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.
- Por escrito (233, incisos 1 y 3) u oralmente (233, inciso 5).
- Si ha sido negada puede solicitarse nuevamente en caso de que se presenten hechos sobrevinientes (233, inciso final).

TALLER SOBRE MEDIDAS CAUTELARES



1. ¿Qué funcionario decreta la medida cautelar en el trámite que se adelante ante el Tribunal?

El Magistrado Ponente o la Sala?
(125, 243-2, 180-9 y 233-2 y 4 CPACA)



- Como regla general lo dicta la Sala según lo disponen los artículos 125 y 243, numeral 2.
- Pero es el Magistrado Ponente si se dicta al momento de resolver sobre la admisión de la demanda (233, incisos 2 y 4) o en audiencia (artículos 180, numeral 9, y 233, inciso 5).





2.¿Qué clase de medidas cautelares pueden ser decretadas? (230 CPACA; y 152 y 158 CCA

- CPACA. Las previstas en los 5 numerales del artículo 230.



3.¿Cuáles son los requisitos para el decreto de una medida cautelar? (229, 230 y 231 CPACA; y 152 CCA).



- 1) Que se trate de un proceso declarativo;
- 2) que haya relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda; y
- 3) los requisitos del artículo 231.



4. ¿Cuál es el recurso que procede contra la decisión mediante la cual se decreta una medida cautelar? (236, inciso 1 y 243, numeral 2, CPACA)



- CPACA. El de apelación en primera instancia o el de súplica en segunda y en única instancia.
- Si lo decreta la sala en única o en segunda instancia, procede reposición.



5.¿Es necesario otorgar caución para el decreto de la medida cautelar y cómo se calcula? (232 CPACA)



- 6. ¿Cuál es el recurso que procede contra la decisión que niega una medida cautelar? (236, inciso 1, 242, inciso 1, 243 núm. 2 CPACA)



- CPACA. El de reposición porque el de apelación sólo se concede para el que decreta, salvo en la situación prevista en el inciso final del artículo 277 (proceso electoral) evento en el que procede la apelación si se accede y si se niega.
- Cuando se niega la solicitud que se ha negado con anterioridad y se vuelve a solicitar por hechos sobrevinientes, no procede recurso alguno.



- 7.¿Se requiere otorgar caución en todos los casos?





- CPACA. Como regla general sí, salvo:
- A) que se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos,
- B) procesos de tutela,
- C) los que tengan por finalidad la protección y defensa de derechos e intereses colectivos y
- D) cuando la solicitante de la medida sea una entidad pública.
- E) Cuando además de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, se solicite o decrete una medida cautelar positiva, se requerirá caución.

- 8. ¿En relación con los actos administrativos es procedente el decreto de medidas cautelares distintas a la suspensión provisional o la suspensión provisional es la única cautela posible en relación con los actos administrativos (231)?



HAY TRES TESIS



- **La primera:** la suspensión provisional es la única cautela posible cuando se trata de actos administrativos, con fundamento en que el artículo 231 le da un tratamiento separado al acto administrativo (inciso 1) y a las actuaciones materiales de la administración (inciso 2).



- **La segunda:** sin perjuicio de la suspensión provisional (medida negativa) proceden otras medidas cautelares en relación con los actos administrativos, las positivas, siempre que se cumplan las condiciones del inciso 2 del artículo 231, a saber, el daño que se produce por el tiempo que se toma en dictar la sentencia (*periculum in mora*), la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y mediante un juicio de ponderación de intereses, que decida si resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.



La tercera: procede todo tipo de medidas adicionales a la medidas positivas siempre y cuando se decrete primero la medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo (cautela negativa) y luego se decreten las medidas positivas (cumpliendo los requisitos del *periculum in mora*, el *fumus boni iuris* y la ponderación de intereses) pues deben tenerse en cuenta los principios de presunción de legalidad y de ejecución de los actos administrativos que exigen que antes de decretar una medida positiva deba suspenderse el acto administrativo pues la medida positiva, entre otros propósitos, busca contrarrestar los efectos del acto administrativo.



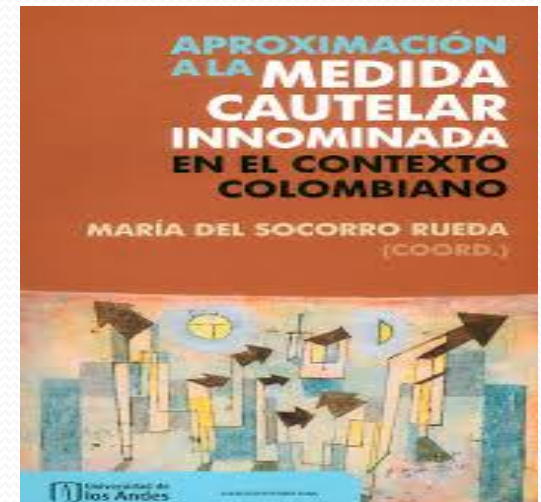
- La diferencia entre las tesis segunda y tercera consiste en que en la segunda tesis no se plantea la suspensión provisional del acto como condición previa para la adopción de las medidas positivas; en tanto que en la tercera tesis se considera necesaria la suspensión del acto administrativo como paso previo para la adopción de medidas positivas, pues sólo así se logra estructurar una proposición jurídica (providencia) congruente con la naturaleza propia de los actos administrativos.



- 9 ¿La medida cautelar de urgencia puede solicitarse antes de la presentación de la demanda? (231 y 234 CPACA).



- No. la medida cautelar de urgencia debe solicitarse a partir de la demanda, con fundamento en el artículo 230, inciso 1, que condiciona el otorgamiento de la medida a la relación directa y necesaria de la medida cautelar con las pretensiones de la demanda. Se agrega, al argumento anterior, que la medida cautelar sólo procede cuando "la demanda esté razonablemente fundada en derecho" (231, inciso 1).



- Según lo indica con claridad el artículo 233, inciso 1, del CPACA la medida cautelar puede ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso. Se pregunta:
- 11. ¿Si el juez de segunda instancia se encuentra resolviendo la apelación de un auto que se refiere a otra materia, pero hace parte del mismo proceso, puede resolver una solicitud de medida cautelar que en ese momento se presente ante su despacho?



- 
- No puede resolver sobre la solicitud de medida cautelar.
 - Se debe hacer integración normativa con el CGP, quedé acaxxxxx
 - El artículo 357, inciso 2, del CPC limita la competencia del juez de segunda instancia, que conoce de la apelación de un auto, al asunto objeto de la alzada.
 - Como según el artículo 354, inciso 1, del CPC el juez de primera instancia, aún durante el trámite de la apelación de un auto, conserva la competencia para resolver sobre medidas cautelares, este sería un fundamento legal para que el juez de primera instancia pudiera tramitar alguna solicitud de cautela que presente especial urgencia mientras se resuelve la apelación del auto de que se trate.



¿La medida cautelar se puede solicitar en audiencia?
(233-4)

R. SI

- 
- Qué procedimiento se debe aplicar para resolver sobre la solicitud de medida cautelar: el previsto en el artículo 210 del CPACA o el contemplado en el 233 del mismo ordenamiento?

- 
- R. Aunque el numeral 8º del art. 209 del CPACA dispone que las medidas cautelares consagradas en el capítulo del mismo nombre se tramitarán como incidente, esto es, conforme al artículo 210 del CPACA; para el trámite de la medida cautelar solicitada en la demanda, en el curso del proceso o en audiencia debe aplicarse el procedimiento previsto en el artículo 233 del CPACA por principio de especialidad.



Fin del Taller



EJERCICIO DE SIMULACIÓN

CASO LA OLA INVERNAL

Argumentación oral en el proceso

Caso la Ola invernal

- Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
- Resumen del caso: decomiso de telas cuya descripción no corresponde a la declaración de importación
- Demandante: MultiShop s.a.
- Demandado: DIAN

- Pretensiones: nulidad de los actos mediante los cuales se dispuso el decomiso y devolución de las telas o indemnización por los perjuicios causados (en caso de que no sea posible devolver la mercancía).
- Estado procesal: audiencia inicial
- Discentes participantes: juez y apoderados de las partes demandante y demandada.

Preparación para el juego de roles

- Los discentes tienen 5 minutos para preparar la parte correspondiente en la audiencia inicial. Para ello se les entregarán las consignas correspondientes a cada rol.
- NOTA: El discente defenderá la tesis que se le indique en la guía, aunque la considere errónea o no la comparta. Podrá ampliar los argumentos o proponer nuevas situaciones compatibles con la tesis principal.

Recomendaciones

- Presente la posición a defender desde el inicio.
- Sea ordenado en la exposición y cumpla los tiempos establecidos (5 minutos máximo).
- Además de tener razones que apoyen directamente su posición no se olvide de defenderlas, también construyendo subargumentos.

- 
- La crítica a los argumentos que se oponen a su planteamiento también forma parte de su exposición.
 - Antes de terminar haga una breve recapitulación.

Normas aplicables al caso

- Artículos 238 de la Constitución y 229 a 241 de la Ley 1437 de 2011, que integran el Capítulo XI de dicha ley, denominado “Medidas cautelares”



SIMULACIÓN



Debate sobre lo visto

¿Se ajustó a la ley el procedimiento seguido por el juez para resolver sobre las medidas cautelares solicitadas? (233)

- 
- R. Debe observarse, en particular, si se corrió traslado a la otra parte para que se pronuncie sobre la solicitud de medida cautelar y una vez evaluada por el juez este podrá decretarla en la misma audiencia.

Debate sobre lo visto

¿Podía el juez, de oficio, haber decretado la medida cautelar de suspensión del acto?
(229-1 y 234)

- 
- No podía hacerlo de oficio puesto que la medida cautelar, como regla general, se decreta a solicitud de parte; sin embargo está prevista la figura de las medidas cautelares de urgencia (artículo 234) en la que es posible dictar la medida en forma oficiosa



Debate sobre lo visto

¿Se debe decretar la medida cautelar solicitada? (231)

- 
- Lo más importante es que se hayan examinado los elementos sustanciales para su decreto, esto es, la apariencia de buen derecho, la urgencia de adoptar la medida y que hayan efectuado el juicio de ponderación de intereses.



Debate sobre lo visto

¿Se cumple con el requisito de la apariencia de buen derecho (artículo 231, inciso 2, numerales 1 y 2)?

- 
- Se debe efectuar por el participante un cálculo sobre las posibilidades de éxito de las pretensiones.



Debate sobre lo visto

¿Se cumple con el requisito de urgencia?

- 
- Se deben analizar por el participante si este es un caso que de no otorgarse el amparo cautelar la duración del proceso puede tornar ineficaz un eventual fallo estimatorio



Debate sobre lo visto

¿La ponderación de intereses en conflicto indica que se debe decretar la medida cautelar?

- 
- El discente debe realizar una ponderación de intereses en conflicto (públicos y privados), es decir, debe otorgarse la cautela en caso de que la gravedad de las hipotéticas consecuencias de la denegación de la cautela (si se acceda a las pretensiones) es mayor que los efectos derivados de acceder a la cautela (si se niegan las pretensiones); o negarse en caso contrario.



Debate sobre lo visto
¿Debería usarse el orden de la entrega de las mercancías sólo para su uso exclusivo con fines humanitarios (Prevenir la afectación de personas por la ola invernal que se avecina)? (229, parágrafo, 230-1 y 232)

- 
- El discente debe decir si considera que es directa y necesaria la relación que se advierte entre la medida cautelar solicitada y las pretensiones de la demanda, de un lado; y, por el otro, la circunstancia de que estas medidas cautelares también están previstas para los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y reflexionar acerca de si el presente proceso encuadra o no en el marco de dicha hipótesis normativa.

Debate sobre lo visto

¿En caso de que en la audiencia inicial se decrete la medida cautelar, la parte demandada podría recurrir? (236 y 243)



Debate sobre lo visto

¿Qué recurso podría interponer? (236 y 243)



Sí podría recurrir. En apelación



Debate sobre lo visto

¿Qué procedimiento se adelantaría para tramitar el recurso interpuesto? (244)

- 
- La apelación deberá interponerse y sustentarse oralmente en el transcurso de la audiencia; a continuación se debe dar traslado del recurso a los demás sujetos procesales para que se pronuncien; y el juez resolverá si concede o niega el recurso.
 -



Debate sobre lo visto

¿Qué debería resolver el juez, concedería o negaría el recurso? (243)



Debate sobre lo visto

¿En qué efecto concedería el recurso? (243)

- 
- El Juez debe concederlo, en el efecto devolutivo.

Debate sobre lo visto

¿Es válido el argumento según el cual la sociedad Multishop S.A. no está obligada a prestar caución porque se encuentra de por medio la protección del derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente? (232) (literal I, artículo 4, ley 472 de 1998).

- 
- R. Si bien las mercancías servirán a un propósito de protección de los derechos colectivos, desde el punto de vista del medio de control bajo el cual se tramita la controversia la finalidad perseguida es la nulidad del acto y el restablecimiento del derecho o la reparación del daño a la sociedad afectada, MultiShop s.a.

Debate sobre lo visto

¿En caso de que el juez acepte la tesis según la cual no es necesario otorgar caución, dicha decisión es recurrible? ¿Bajo qué modalidad de recurso? ¿En qué efecto se concedería? (232 Y 243)

- 
- La decisión es recurrible en apelación que se concedería en el efecto devolutivo.

Debate sobre lo visto

¿En caso de que una vez decretada la medida cautelar esta sea incumplida por la DIAN, de qué medios podría disponer ultishop s.a. para asegurar su cumplimiento? (241).

- 
- MultiShop s.a. podría solicitar la apertura de un incidente de desacato.

Debate sobre lo visto

¿Si la medida cautelar se revoca más adelante, durante el proceso, porque su decreto era improcedente, quién y cómo responde patrimonialmente por los perjuicios causados? (240).

- 
- Responde el solicitante mediante incidente promovido dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia que revoque la medida.



Debate sobre lo visto

¿Si la medida cautelar se niega puede solicitarse posteriormente con el argumento de que el río ya está inundando los predios? (233)

- 
- Cuando la medida haya sido negada podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes.



VARIANTES AL CASO PROPUESTO EN LA SIMULACIÓN



¿Si la medida cautelar sólo se solicita durante la audiencia de pruebas, dicha solicitud es procedente? (233)

- 
- Es procedente, la medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.



¿El juez podría decretar oficiosamente una medida cautelar? (229 y 234)

- 
- El juez sólo puede decretar de oficio las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa (parágrafo del art. 229 CPACA).



¿Si se solicita la medida cautelar de suspensión provisional de los actos de decomiso, debe acreditarse la manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento? (231)

- 
- No, por cuanto dicha exigencia no se establece en el nuevo ordenamiento.



¿Para decretar la suspensión provisional de los actos administrativos deben considerarse los elementos de apariencia de buen derecho, urgencia y ponderación de intereses? (231)

- 
- No. En el caso de suspensión provisional es suficiente la constatación de la violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud.
 - Y la prueba sumaria de los perjuicios si el medio de control fuere la nulidad y restablecimiento del derecho.



¿Si el juez decreta la suspensión provisional de los actos de decomiso, qué tipo de caución debe ordenar? (232)

- 
- No se requiere de caución cuando se trata de la suspensión de los efectos de los actos administrativos.

EJERCICIO DE SIMULACIÓN

Argumentación oral en el proceso
contencioso administrativo

Caso: el contrato caducado

Caso: El Contrato Caducado

- Medio de control: Controversias Contractuales
- Resumen del Caso: Nulidad del acto administrativo mediante el cual se declaró la caducidad de un contrato de obra y se ordenó hacer efectivo el seguro de cumplimiento. El Contratista llevaba ejecutada el 95 % de la obra contractual y había expirado el plazo del contrato. La Administración le adeudaba el 65% de la obra realizada y facturada y la caducidad tuvo su origen en el incumplimiento de unos plazos parciales para la ejecución de unas actividades determinadas en el contrato.

Caso: El Contrato Caducado

- Demandante: SOCIEDAD CONTRATOS Y CONTRATOS
- Demandado: EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS EDECO ESP

- Pretensiones:

PRIMERO: Que se declare la nulidad del acto por medio del cual se decreto la caducidad del contrato celebrado entre las partes.

SEGUNDO: Que se deje sin efecto dicho acto administrativo y se reconozcan los perjuicios causados con el acto ilegal, los cuales ascienden a tres millones de pesos (\$3.000.000,00).

ESTADO PROCESAL: AUDIENCIA INICIAL

A la Audiencia inicial concurren el apoderado del Contratista; el apoderado de la entidad demandada; el Ministerio Público y el apoderado de la Compañía de Seguros, que fue vinculado al proceso, en virtud del numeral 3 del artículo 171 de la Ley 1437.

DISCENTES A PARTICIPAR

- Apoderado del Contratista.
- Apoderado de la Aseguradora.
- Apoderado de la entidad demandada.
- Ministerio Público.
- Juez o Magistrado Ponente.

Preparación para el juego de roles

- Los discentes tienen 5 minutos para preparar la parte correspondiente en la audiencia inicial. Para ello se le entrega las consignas correspondiente a cada rol.
- **NOTA:** El discente defenderá la tesis que se le indique en la guía, aunque la considere errónea o no la comparta. Podrá ampliar los argumentos o proponer nuevas situaciones compatible con la tesis principal que se le encomienda.

Recomendaciones

- Presente la posición a defender desde el inicio.
- Sea ordenado en la exposición y cumpla los tiempos establecidos (5 minutos máximo).
- Además de tener razones que apoyen directamente su posición, no se olvide de defenderlas también construyendo sub-argumentos.
- La crítica a los argumentos que se oponen a su pretensión también forman parte de su defensa.
- Antes de terminar haga una recapitulación breve.

NORMAS APLICABLES AL CASO

- Constitución Nacional: artículos 2, 4, 29, 208, 233.
- LEAJ: artículos 1 y 2.
- Ley 1437 – Código de lo Contencioso administrativo – artículos 171, numeral 3, Art 224, 229 a 235.

Metodología del debate.

- Se conformaran grupos de tres (3).
- Analizaran el desarrollo del caso en la audiencia y responderan las preguntas formuladas.
- Cada grupo nombrara un relator.
- Los grupos tendran 30 minutos para el analisis.
- Los relatores expondran las conclusiones en la plenaria.



SIMULACIÓN

PREGUNTAS

18. ¿Las medidas cautelares pueden solicitarse en cualquier momento procesal?

RESPUESTA 1

- De conformidad con los artículos 229 y 235, las medidas cautelares pueden solicitarse en cualquier estado del proceso desde la presentación de la demanda.



2.- ¿Pueden solicitarse en la audiencia inicial?

3.- ¿Pueden solicitarse en la segunda instancia?

RESPUESTA 2:

La norma se refiere a cualquier estado del proceso, lo que incluye la audiencia inicial y la segunda instancia.

Ahora bien, podría pensarse que, en la apelación de autos, la competencia del Superior está limitada a la decisión del recurso, en aplicación del art. 5 inciso 2º del Código de Procedimiento Civil, lo que permitiría concluir que solo cuando se trate de la apelación de sentencias, pueden solicitarse medidas cautelares.

En esos casos la competencia la conserva el juez de 1ª Instancia.



3-¿ Debe darse traslado de la solicitud a todas las partes intervinientes?

RESPUESTA 3.

El Código se refiere solo a la parte demandada. Pero debe entenderse que dentro del término de traslado de la medida cautelar pueden pronunciarse las otras partes intervinientes y que si la medida cautelar es solicitada en Audiencia, debe correrse traslado a las demás.



4.- ¿Cuando se trata de la impugnación de actos administrativos, solo cabe la medida de suspensión provisional de sus efectos?

RESPUESTA 4:

Sobre el particular existen tres tesis.

- ❖ La primera sostiene que cuando se trata de actos administrativos solo procede la suspensión provisional de los efectos del acto.
- ❖ La segunda, que dicha limitante solo opera respecto del medio de control nulidad
- ❖ La tercera, que las medidas cautelares innominadas proceden también cuando se busca la nulidad de actos administrativos.



5.- ¿Cualquiera de las partes incluyendo el ministerio público o un tercero, puede solicitar medidas cautelares?

RESPUESTA 5:

- La medida cautelar puede ser solicitada por cualquiera de las partes intervinientes en el proceso – art 229-



6.- ¿Qué límites tienen los terceros en la solicitud de medidas cautelares?

RESPUESTA 6:

Los límites dependen de su calidad, de parte principal o accesorio, de conformidad con los art. 51 del CPC y 124 del CPA/C.A.

En el caso de la Aseguradora, lo más razonable, dado su propio interés, es considerarla como litisconsorte.



7.- ¿Que significa que la demanda este fundada en derecho?

RESPUESTA 7:

Se refiere a lo que la doctrina llama "apariencia de buen derecho" esto es: "Entregarle al Juez la totalidad de los razonamientos con base en los cuales resulta que el derecho solicitado por el demandante existe en un primer análisis".



8.- ¿Basta simplemente la vulneración de derechos del contratista?

RESPUESTA 8:

- No basta la infracción de derechos subjetivos. Es indispensable confrontar esos aspectos individuales con el interés público en concreto.



9-¿Es requisito indispensable la afectación del interés público?

RESPUESTA 9:

- Es requisito indispensable que la actuación objeto de la medida cautelar sea más gravosa para el interés público en concreto que la medida misma.
- Resulta mas afectado el interés público si se niega la medida, que si se decreta.



10- ¿La ejecución del acto impide el decreto de la medida cautelar?

RESPUESTA 10.

- La ejecución del acto no impide el decreto de la medida cautelar, atendiendo la posibilidad material y jurídica de la medida.



11- ¿Quién califica la suficiencia de la caución?

RESPUESTA 11:

- La suficiencia de la caución, la califica el Juez o Magistrado Ponente.



12- ¿Pueden aportarse pruebas con las medidas cautelares?

RESPUESTA 12:

- De conformidad con el numeral 3 del art. 231, pueden aportarse documentos o informaciones que permitan concluir sobre la procedencia de la medida.



SITUACIONES HIPÓTETICAS

Situación Hipotética n° 1

Suponga usted que fue negada la medida cautelar pedida e inmediatamente el demandante solicita la suspensión provisional de los efectos del acto.

¿Es posible que solicite esa medida cautelar?

RESPUESTA

- De conformidad con el artículo es posible volver a solicitar la medida cautelar negada.
- Con mayor razón puede pedirse una nueva.

Situación Hipotética n° 2

Usted, como Magistrado Promotor, fija la caución en la suma de \$500.000, en la modalidad de póliza de seguros.

- ¿ Que recurso puede interponer el demandante contra dicha decisión?

RESPUESTA

- Si el proceso es de única o segunda instancia, el recurso procedente es el de suplica.
- Si fuere de primera instancia, sería la apelación, en efecto devolutivo.

Situación Hipotética nº 3

- El juez ordena la detención personal y el arresto domiciliario. Posteriormente acepta la fianza.

¿Qué recurso cabe contra dicha decisión?

RESPUESTA

Contra la decisión que recibe la sanción solo cabe el recurso de reposición ante el Jefe o Magistrado Ponente.

La decisión no es apelable ni susceptible de súplica.

Situación Hipotética nº 4

La medida cautelar es decretada por el Magistrado Ponente, en un proceso de única instancia.

A usted le corresponde proyectar ante el resto de la Sala, el recurso de suplica contra dicha decisión.

¿ Se resuelve de plano o previamente debe dar traslado?

RESPUESTA

- Debe darse traslado por Secretaría, de conformidad con el artículo 246 de la Ley 1437.

Situación Hipotética nº 5

- En la audiencia inicial usted como Juez o Magistrado Ponente decreta la medida cautelar.
- ¿Que recursos pueden interponerse contra dicha decisión y en que efecto?

RESPUESTA

- Si el proceso es de única instancia, cabe el recurso de apelación en el efecto devolutivo.
- Si es de única, cabe el recurso de Suplica, en el caso del Tribunal, por tratarse de auto por naturaleza apelable.
- Si es de única instancia, en el caso del juez, el recurso de reposición.

Situación Hipotética nº 6

- La medida cautelar es decretada por el Magistrado Ponente en un proceso de única instancia. A usted le corresponde proyectar ante el resto de la Sala el recurso de suplica contra dicha decisión.
- ¿Se resuelve de plano o previamente debe dar traslado?

RESPUESTA

- Debe dejarse en la Secretaría, a disposición de la parte contraria, por dos días (art. 246 inciso 3°)

Situación Hipotética nº 7

- La medida cautelar es decretada por el Jefe Administrativo en un proceso de única instancia y es objeto del recurso de reposición.
- ¿Cuál es el trámite que debe seguirse?

RESPUESTA

- El trámite que debe seguirse es el previsto en los artículos 348 y 349 del Código de Procedimiento Civil.

Situación Hipotética nº 8

- Suponga que el asunto se tramitaba ante el Tribunal y el Magistrado Ponente, en el curso de la Audiencia, el juez decretó la nulidad cautelar.
- La entidad demandada propone la nulidad por falta de competencia funcional porque la decisión debió adoptarse por la Sala de Decisión conforme a los artículos 125 y 243 del Código de lo Contencioso Administrativo.
- ¿Declararía usted la nulidad?

CIERRE CONCEPTUAL

Elementos para la procedencia de la medida cautelar:

- Procesales
- Sustantivos.

REQUISITOS PROCESALES

- 1) Proceso declarativo.
 - 2) Tenga relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.
 - 3) Oportunidad: desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.
 - 4) Presentación en forma oral o escrita.
 - 5) Otorgar caución, salvo las excepciones de ley.
- (Artículos 229, 230 y 233)



Requisitos sustantivos para la procedencia de la medida cautelar (art. 231)



APARIENCIA DE BUEN DERECHO

Es un cálculo que realiza el juez sobre las posibilidades de éxito de las pretensiones.

APARIENCIA DE BUEN DERECHO

También conocido como *fumus boni iuris*.

Puede implicar una concepción positiva, que es el cálculo sobre las posibilidades de éxito de la demanda.

Puede implicar una concepción negativa, consistente en que *prima facie* la pretensión no parezca desprovista de fundamento.



La concepción positiva implica una carga argumentativa más exigente.

La concepción negativa implica una carga argumentativa menos exigente.

La primera concepción hace más difícil la concesión de la medida, la segunda la hace menos exigente.

APARIENCIA DE BUEN DERECHO

Este requisito está consagrado en los numerales 1 y 2 del artículo 231: 1) que la demanda esté razonablemente fundada en derecho y 2) que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.

DAÑO POR LA MORA

El juez debe valorar en qué casos, de no otorgarse el amparo cautelar, la duración del proceso puede tornar en ineficaz un eventual fallo estimatorio.

DAÑO POR LA MORA

- También conocida como el *periculum in mora* o sea el daño que se puede causar por no dictar oportunamente una resolución judicial que ponga fin al litigio, ya sea porque se destruya el objeto del mismo o porque se haga ineficaz la sentencia.



Se establece una correlación entre los dos requisitos estudiados, consistente en que a mayor apariencia de buen derecho menor exigencia en la argumentación del *periculum in mora* para el otorgamiento de la medida.



Expresado en otros términos si la apariencia de buen derecho es bastante alta casi que no es necesario verificar el *periculum in mora*

A mayor probabilidad de éxito menor argumentación en el *periculum in mora*

- 
- De todos modos no debe olvidarse que el *periculum in mora* es el elemento común a todas las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico: Éstas se justifican en tanto pretenden proteger el objeto del litigio y asegurar la efectividad de la sentencia.

- 
- *El periculum in mora* está consagrado en el numeral 4 del artículo 231, e implica 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.



Los requisitos anteriores no son concurrentes y se resumen de la siguiente manera: o el perjuicio irremediable o la ineficacia de la sentencia.



LA PONDERACIÓN DE INTERESES EN CONFLICTO

Ponderar es determinar el peso de algo, contrapesar, equilibrar (DRAE, 2001, p.1801)

PONDERACIÓN

- La ponderación es una técnica de decisión que permite determinar el interés que debe prevalecer en cada caso.

La metodología para ello se desarrolla en tres pasos: 1) se identifican los intereses en conflicto; 2) se atribuye importancia a cada uno, en el caso concreto; y 3) se decide cuál debe prevalecer.

PONDERACIÓN

- La consagración normativa de este requisito se encuentra en el artículo 231, inciso 2, numeral 3: que el demandante haya presentado los elementos que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida que concederla.

- 
- ANEXO.



Para adoptar la decisión sobre cuál principio debe prevalecer se acude a la fórmula del peso.

- 
- La fórmula del peso consiste en un test para determinar el peso de cada principio, lo que nos permite precisar el grado de sacrificio del principio afectado y de beneficio del principio contrario.

- 
- El peso de cada principio se determina multiplicando tres factores: el peso abstracto del principio, el peso del principio en el caso concreto y la seguridad sobre las apreciaciones empíricas concernientes a la importancia de los principios.
 - A los dos primeros factores se atribuyen los siguientes valores: 1 si es leve, 2 si es medio o 4 si es alto el peso.
 - El factor sobre las apreciaciones empíricas concernientes a la importancia de los principios se valora, generalmente, con 1.

- 
- La fórmula del peso es un esfuerzo por lograr una decisión racional, que mantiene necesariamente un componente subjetivo debido a que el grado o calificación (leve, medio o alto) se otorga por parte del juez.

- 
- Ejemplo para aplicar la fórmula del peso: los padres de un menor (derecho a la vida) se niegan a que se le efectúe una transfusión de sangre por motivos religiosos (libertad de conciencia)

- Calificamos así:
 - Peso concreto de la libertad de conciencia (4) y de la vida (4).
 - Peso abstracto de la libertad de conciencia (2) y de la vida (4).
 - Seguridad sobre las apreciaciones empíricas acerca de la importancia de los principios (1).

- De acuerdo con lo anterior, la ecuación se formula en los siguientes términos:
- Libertad de conciencia: 4 (peso en el caso concreto) $\times 2$ (peso en abstracto) $\times 1$ (seguridad sobre las apreciaciones empíricas) = 8
- Derecho a la vida: 4 (peso en el caso concreto) $\times 4$ (peso en abstracto) $\times 1$ (seguridad sobre las apreciaciones empíricas) = 16 .

- 
- ESTO NOS ARROJA LOS SIGUIENTES RESULTADOS:
 - 16 (DERECHO A LA VIDA) > 8 (LIBERTAD DE CONCIENCIA)
 - (Ejemplo y nociones básicas tomadas de "Consideraciones acerca de la fórmula de la ponderación de Roberto Alexy" de Carlos Bernal Pulido, en la obra conjunta "La ponderación en el derecho", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008).



A CONTINUACIÓN SE PRESENTA UNA
PROPUESTA DE SOLUCIÓN A LOS CASOS "LA OLA
INVERNAL" y "EL CONTRATO CADUCADO",
APLICANDO LA FÓRMULA DEL PESO, EN EL
MARCO DE LA PONDERACIÓN DE INTERESES

Caso Ola Invernal	Peso abstracto	Peso concreto	Seguridad sobre las apreciaciones empíricas
Principio legalidad	4	2	1
Derechos colectivos y vida	4	4	1
Total principio legalidad	8		
Total Ds. Colectivos y vida	16		

- **NOTA EXPLICATIVA.** El factor denominado "Seguridad sobre las apreciaciones empíricas", consiste en la valoración que hace quien atribuye unos determinados valores a los principios (el juez) acerca de qué tan seguro está de los números que asigna. En estos casos se ha escogido el valor de 1, en el entendido que hay certeza en quien califica a cada uno de los principios en conflicto.

Caso Contrato caducado	Peso abstracto	Peso concreto	Seguridad sobre las apreciaciones empíricas
Principio legalidad	4	2	1
Ppio. Eficacia de la administración (209 Cons.)	4	4	1
Total principio legalidad	8		
Total Ppio. Eficacia Admón.	16		



FIN

Recomendaciones



- Unificación de procedimientos especiales en un solo código.
- Aplicación sistemática de las líneas jurisprudenciales
- Creación de una misión que contrarreste el reglamentarismo.
- Reforma al Código electoral y modernización de los mecanismos de elección democrática.

Recomendaciones



- Disponer recursos suficientes para la
- Pedagogía ciudadanía y para la capacitación de administradores públicos, jueces en, litigantes, y apoderados del Estado en la nueva cultura del servicio público y en la eficacia en la realización de derechos. (incentivos positivos, uso de TICs)
- Realizar un control efectivo en la aplicación de la jurisprudencia unificada en sede administrativa.

**GRACIAS POR SU
ATENCIÓN**