



En lo fundamental, ese conjunto de peculiaridades que han distinguido, tanto el desarrollo como el actual perfil de los sistemas contencioso administrativos de Europa continental y Latinoamérica, encuentra su real fundamentación histórica en causas y en circunstancias de orden mucho más político que jurídico, que se enmarcan dentro del eterno y pugnaz forcejeo entre el poder y la libertad; dentro de la vieja lucha por la instauración de un sistema de garantías para las libertades públicas y de unos frenos y unas cortapisas para los desbordamientos del poder público.

En realidad, muy pocas de las características del contencioso administrativo contemporáneo y de las diversas instituciones que lo conforman pueden explicarse con propiedad al margen de los hechos históricos de carácter político que en cada caso rodearon el momento o el proceso de su institución.

Así ocurrió con la que bien puede considerarse como la piedra angular del contencioso administrativo: la acción de nulidad o, según la nomenclatura francesa el recurso por exceso de poder. A partir de su institución -impulsada de modo pretoriano por el Consejo de Estado, un cuerpo colegiado del seno de la administración y en cierta forma considerado como un bolsillo del Gobierno- y por su intermedio comenzó a ser posible impugnar y obtener la anulación de los actos administrativos.

Y así ocurrió con su hermana menor la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, llamada también de plena jurisdicción -de idéntico origen- que, dando un trascendental paso adelante, significó la posibilidad de conseguir, además de la anulación del acto en cuestión y, a modo de corolario, que la sentencia dispusiera lo necesario para que el actor afectado por la decisión anulada pudiera volver a ser colocado en la situación en que se hallaba antes de ella.

Y más tarde, con la acción indemnizatoria o de reparación directa, también creada pretorionalmente por el Consejo de Estado francés, pero de estirpe más bien espuria en cuanto que su inspiración y su ancestro son de origen jus privatista y no propiamente publicista. Por su intermedio comenzó a ser posible que, por la vía contencioso administrativa, se condenara al Estado a indemnizar los perjuicios que con sus hechos o sus omisiones se les causaran a los asociados.

Y así ocurrió con la acción de controversias contractuales, de origen aún más marcada e inocultablemente civilista, que legitimó institucionalmente e camino improvisado que por fuerza de las circunstancias habían tenido que ir abriendo entre nosotros los jueces contencioso administrativos para poder darle trámite a unos juicios que carecían de una vía procesal propia y que obviamente no encajaban en ninguna de las anteriores.

Y así ocurrió finalmente con la acción de definición de competencia administrativas, creada en un principio para conseguir que cualquier interesado pudiera obtener un pronunciamiento judicial definitivo acerca de cuál es realmente

en caso de colisión por activa o por pasiva, la autoridad administrativa competente para el ejercicio de determinada función. Lamentablemente esta acción fue drásticamente recortada pocos años más tarde mediante la reducción abrupta del espectro de las personas legitimadas en la causa para su ejercicio<sup>1</sup>.

Cada una de estas acciones fue surgiendo como parte del proceso de construcción del sistema contencioso administrativo y como respuesta a la necesidad de ir extendiendo a nuevos campos el radio de acción de un régimen especial de justicia, distinto del ordinario, para el control judicial de las actuaciones del gobierno.

Por otra parte, todas ellas se instituyeron en su momento con plena conciencia y a propósito, bien por el legislador ordinario, en el caso de las Leyes 130 de 1913 y 167 de 1941, bien por el legislador extraordinario, en el caso de los Decretos Ley 528 de 1964, 1 de 1984 y 2304 de 1989. En todo caso, es perfectamente claro que con cada una se perseguía un fin concreto y previamente definido: la consagración de una nueva vía procesal autónoma y específica.

Esa inveterada tradición varió recientemente con ocasión de la expedición de la Ley 80 de 1993. En efecto, sin razón aparente, rompiendo con el molde de las ocasiones anteriores, y muy probablemente sin siquiera proponérselo, el nuevo estatuto legal sobre contratación administrativa, adoptado por medio de la citada ley, entronizó, como sacada del sombrero, la que en principio parecer ser una novísima especie de acción contencioso administrativa: la acción ejecutiva contencioso administrativa.

Es decir, una acción por cuya virtud el acreedor puede conseguir "la realización coactiva de los intereses protegidos por el derecho, que han sido legalmente decretados o constituidos"<sup>2</sup>.

Efectivamente, el artículo 75 de dicha ley dispuso que "...el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales **y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa**".

Con esta disposición legal quedó claramente establecido que, a partir de su vigencia<sup>3</sup>, todos los procesos ejecutivos nacidos con ocasión o como consecuencia de un contrato estatal deben tramitarse por la vía contencioso administrativa.

<sup>1</sup> Así lo hizo, en efecto el Decreto Ley 2304 de 1989 que redujo a solo las partes del conflicto y al juez contencioso administrativo, de oficio, el derecho a intentar la respectiva acción.

<sup>2</sup> En los términos de la definición del Profesor MORALES MOLINA. ("*Curso de Derecho Procesal Civil*. Parte General. Sexta edición. Editorial A.B.C. Bogotá, 1973.

<sup>3</sup> Que, salvo por lo que hace a algunos aspectos puntuales y específicos comenzó el 1o de enero de 1994, según se dispuso en el artículo 81.

Es verdad que bien podría decirse –y en efecto así se ha dicho– que la norma en cuestión no hizo otra cosa que atribuirles a los jueces contencioso administrativos una nueva competencia jurisdiccional, que por lo demás existía de vieja darla radicada en cabeza de los jueces ordinarios. En tales condiciones, el legislador apenas habría llevado a cabo una redistribución de competencias de tipo jurisdiccional, pero de ningún modo entronizando una nueva acción en el sistema procesal contencioso administrativo.

Planteado en otros términos, el legislador de 1993 no habría creado una nueva especie de acción sino solo seccionado la vieja acción ejecutiva ordinaria, y trasladado de la justicia común a la especial contencioso administrativa el segmento correspondiente a la efectividad o realización coactiva de los derechos nacidos de las relaciones contractuales entre los entes públicos y los particulares.

Si nos atenemos al tenor literal de la citada norma de la Ley 80, resulta obligado aceptar que en ella realmente no se instituyó un nuevo tipo de acción, y que la sola intención que en ella se consignó en esa materia fue la de señalar de modo especial –por oposición a la regla general contenida en el Código de Procedimiento Civil– quién habría de ser el juez de los procesos de ejecución o cumplimiento derivados de los contratos estatales.

Pero si, por otro lado, nos atenemos más bien a la historia del derecho contencioso administrativo de la que hemos hablado, y a través de ella observamos cómo han ido surgiendo las distintas acciones de ese tipo, forzosamente ha de admitirse que ésta no habría sido la primera vez que una mera atribución de competencia termina por constituirse en el germen de tales acciones.

Recuérdese, por ejemplo, el caso de una de las de más reciente data en nuestra legislación, cuya semejanza con la que estamos analizando resulta a todas luces evidente: la acción hoy llamada de controversias contractuales de la que trata el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo. Si bien es verdad que ella apenas vino a instituirse formalmente con el Decreto Ley 1 de 1984 que la consagró recogiendo la elaboración pretoriana que, forzado por las circunstancias, había tenido que ir adelantando durante dos décadas el Consejo de Estado, no lo es menos que su origen se encuentra en los viejos artículos 80 y 32 del Decreto Ley 528 de 1964, por cuya virtud se les asignó a aquél y a los tribunales administrativos el conocimiento de “las controversias relativas a contratos administrativos”<sup>4</sup>. No cabe duda que ese fue el verdadero comienzo de la acción de controversias contractuales que hoy goza, procesalmente hablando, de identidad propia y de indiscutible autonomía en nuestro derecho contencioso administrativo.

<sup>4</sup> Artículos 30 ordinal a) y 32 ordinales a) y b).

Pero volvamos al caso materia de este análisis: el de los procesos de ejecución derivados de los contratos estatales.

En la correspondiente exposición de motivos, donde debería haberse dejado una constancia explicada acerca de las razones que condujeron a adoptar la fórmula que quedó consagrada en el citado artículo 75 de la Ley 80, prácticamente nada se dijo sobre el particular. Efectivamente, el legislador omitió consignar allí en detalle las consideraciones relativas a los fundamentos que lo llevaron a asignarles a los jueces contencioso administrativos la competencia para conocer de dichos procesos de ejecución.

La única razón que escuetamente se planteó en dicha exposición de motivos –con laconismo digno de mejor causa– fue la de que su intención era la de establecer “como juez único del contrato estatal el de la jurisdicción contencioso administrativa”<sup>5</sup>.

A nuestro modo de ver, esa sola consideración no justifica en absoluto la institución de una nueva especie de acción contencioso administrativa. Ni siquiera la del germen de la misma. Empero, si se la mira desde un punto de vista puramente práctico y con referencia a las complejas vicisitudes procesales de la historia del contencioso contractual” –entendido en su más amplia acepción–, ella resulta al menos explicable. Porque no puede olvidarse que uno de los puntos oscuros y polémicos, que tradicionalmente y desde sus orígenes ha tenido entre nosotros el tema de la contratación administrativa, es precisamente el de la determinación del juez competente para el conocimiento y el juzgamiento de las múltiples clases de controversias que pueden surgir de una de tales convenciones<sup>6</sup>.

Por este aspecto –pero quizás solo por él– la intención del legislador de 1993 debe, en justicia, calificarse de plausible, en la medida en que apuntó a resolver uno de los aspectos más equívocos de ese contencioso contractual: el de unificar los criterios relativos a la determinación del juez competente.

Sin embargo, ello demuestra, de otra parte, que no hubo de por medio más consideraciones y que, por consiguiente, si finalmente se concluye en forma definitiva que lo que se hizo fue entronizar –en acto o por lo menos en potencia– la acción ejecutiva contencioso administrativa, tal cosa ocurrió más allá de la voluntad del legislador.

La jurisprudencia y la doctrina, a las que ahora les corresponde la palabra, apenas han comenzado a abordar el tema. La primera adelantó ya un primer

<sup>5</sup> Véase el “Nuevo Régimen de Contratación Administrativa” publicado por el Ministerio de Gobierno, Santafé de Bogotá, 1993.

<sup>6</sup> Recuérdense, por ejemplo las complejas dudas y los inconvenientes y las interminables discusiones que sucesivamente se plantearon en esta materia, cuando se expidieron los Decretos Leyes 3130 de 1968, 1670 de 1975, 150 de 1976 y 222 de 1983.

estudio sobre el particular, que quedó plasmado en providencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 29 de noviembre de 1994<sup>7</sup>, de la que fue ponente el Honorable Consejero Doctor Chahín Lizcano.

En ella se dijo lo que ya atrás se señaló en el sentido de que la norma del artículo 75 de la Ley 80 hizo una indiscutible adscripción de competencia a la jurisdicción contencioso administrativa respecto de todas las controversias contractuales derivadas de los contratos estatales. Pero se precisó que, en punto de los procesos de ejecución, esa competencia se contrae a los casos de "obligaciones ya definidas por voluntad de las partes o por decisión judicial".

En relación con lo primero, la misma providencia explicó que la razón de ser de ese cambio no es otra que el indiscutible deslizamiento -por así llamarlo- de competencias ordinarias a competencias contencioso administrativas, que se ha venido produciendo "buscando criterios de continuidad y unidad en el juez". Y por el lado de lo segundo puntualizó, además, a renglón seguido, que "si bien el artículo 75 de la norma citada, cuando habló de los procesos de ejecución o cumplimiento, no dijo nada sobre el trámite, por la forma de interpretación integral de las diferentes legislaciones y habida cuenta de la existencia de normas que remiten a él, como el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, es necesario concluir que se aplica el Código de Procedimiento Civil".

La providencia en cuestión tuvo diez salvamentos de voto y dos aclaraciones de voto. En lo esencial, los primeros, en una posición evidentemente conservadora, se centraron en la afirmación de que el sentido del artículo 75 de la Ley 80 apenas se limita a unificar en cabeza del juez contencioso administrativo la competencia judicial para el conocimiento "de las controversias que se desprendan de la celebración, cumplimiento y ejecución de los contratos estatales, es decir, de los procesos en que se dilucide la validez del contrato, la responsabilidad de las partes o se juzguen los actos administrativos a que haya dado lugar el contrato durante su ejecución y cumplimiento"<sup>8</sup>.

Con dicha afirmación sostuvieron implícitamente que la norma en cuestión no se refiere para nada a los procesos de ejecución propiamente tales, sino solo a los propiamente contencioso administrativos en cuanto se deriven, entre otras cosas, de la ejecución de los contratos estatales. El soporte teórico de esta posición quedó expresado en el salvamento suscrito por los Honorables Consejeros Betancur Jaramillo y Montes Hernández, en el cual se dijo, a modo de premisa, que la jurisdicción contencioso administrativa es, por definición, una jurisdicción de cognición y no una jurisdicción de ejecución.

<sup>7</sup> Expediente No. S-414. Actor: ARENAS OLMOS, Rigoberto. Apelación del Auto del 1o de junio de 1994 proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

<sup>8</sup> Salvamento de voto de la Honorable Consejera CLARA FORERO DE CASTRO.

Según ellos, en fin, la expresión "procesos de ejecución y cumplimiento" que contiene el artículo 75 de la Ley 80, se refiere, no al "proceso ejecutivo en sentido técnico, sino (a) la actividad compleja en interrelacionada desplegada por las partes para cumplir el objeto contractual convenido".

En su aclaración de voto, el Honorable Consejero Suárez Hernández fue incluso un paso más allá de la providencia que aprobó la mayoría, al sostener que, a su juicio, la norma legal que se analiza incluso sustrajo de la competencia de los funcionarios administrativos atribuidos de jurisdicción coactiva el conocimiento de los procesos ejecutivos derivados de los contratos estatales<sup>9</sup>.

#### LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LOS PROCESOS

Ello significaría que el surgimiento -así sea apenas embrionario- de una acción ejecutiva contencioso administrativa, además de constituir un trascendental hito en la historia del derecho procesal administrativo, precisamente porque significa trascender del ámbito meramente cognositivo que tradicionalmente ha caracterizado a sus distintas modalidades de acción, estaría marcando el comienzo del ocaso de la vieja jurisdicción coactiva.

#### I. INTRODUCCION

La regulación lógica, sistemática y ponderada de las medidas cautelares ha sido de especial preocupación del legislador colombiano, aunque no siempre la ha logrado así, o la regulación legal ha sido injusta, o ha sido deficiente, o ha dejado vacíos. Por causa de esas omisiones, deficiencias e injusticias, le ha correspondido al juez imponer la solución, unas veces correctamente, pero en otras de manera injusta o inapropiada. En ocasiones ha sido la doctrina particular la que ha propuesto las soluciones.

La referencia anterior no alude exclusivamente a las medidas cautelares que puedan darse en los procesos ejecutivos. Basta observar, por ejemplo, el embargo y secuestro de bienes previstos en la Ley 23 de 1982, sobre protección de los derechos de autor, cuando en su artículo 244 los autoriza para que se practiquen extraprocesalmente y una vez perfeccionados puedan perdurar indefinidamente, pues no existe norma legal que disponga un término para que el correspondiente proceso para el pago de perjuicios se promueva por el presunto afectado por la lesión de sus derechos de autor. La oposición a ese secuestro también ha tenido diferentes interpretaciones, desde el que la acepta, como aquella que la rechaza en todos los casos con la falsa tesis de que los derechos del opositor deberán discutirse y probarse en el correspondiente proceso judicial que, para el reconocimiento de perjuicios, promueva quien pidió y logró la medida cautelar.

En el Código de Procedimiento Civil no es extraño hallar normas que merezcan cuestionamientos o que originen diversas interpretaciones.

Tratándose de las medidas cautelares así ha sucedido. Para muestra puede

<sup>9</sup> Véase el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo.